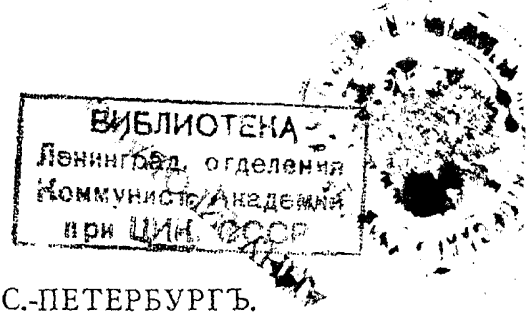
УКАЗЪ И ЗАКОНЪ.

ИЗСЛѢДОВАНІЕ

Н. М. КОРКУНОВА.

37704



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. Остр., 5 лин., 28.

1894.



2195

JF
913

...ЬНАЯ
...КА
Обществ нных Наук
Академии Наук СССР
264
57

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Предисловіе . . . . . V—VIII

ГЛАВА I.

Постановка вопроса.

1. Различіе во взглядахъ на соотношеніе законодательной и исполнительной власти . . . . . 1— 9
2. Теоріи, допускающія возможность установленія указами только техническихъ правилъ . . . . . 9— 22
3. Теоріи, объясняющія установленіе указами юридическихъ нормъ делегаціей законодателя . . . . . 22— 29
4. Невозможность объяснить существованіе указовъ при пониманіи власти какъ единой воли. . . . . 29— 36
5. Понятіе власти у Монтескье . . . . . 37— 44

ГЛАВА II.

Историческое развитіе понятія власти.

1. Понятіе власти у мыслителей древности. . . . . 45— 66
2. Средневѣковое понятіе власти . . . . . 66— 84
3. Воззрѣнія мыслителей новаго времени . . . . . 84— 94
4. Современное пониманіе власти . . . . . 94—130

ГЛАВА III.

Природа власти.

1. Невозможность объяснить всѣхъ явленій государственнаго властвованія, какъ проявленій единой воли . . . . . 130—162

2. Невозможность объяснить всѣхъ явленій государственнаго властвованія, вообще какъ проявленій воли . . . . . 162—176
3. Власть, какъ сила порождаемая сознаніемъ взаимной зависимости . . . . . 176—191
4. Общая характеристика установленнаго пониманія власти . . 191—193

ГЛАВА IV.

Совмѣстность властвованія.

1. Единство государства, какъ отношенія . . . . . 193—200
2. Ученіе Монтескье о раздѣленіи властей. . . . . 200—212
3. Раздѣленіе властей и раздѣленіе труда . . . . . 212—214
4. Возведеніе раздѣленія властей къ болѣе общему началу совмѣстности властвованія. . . . . 214—227

ГЛАВА V.

Значеніе и сила указовъ.

1. Содержаніе указовъ . . . . . 227—242
2. Санкція указовъ. . . . . 242—257
3. Отношеніе указа къ закону . . . . . 257—270
4. Чрезвычайные указы . . . . . 270—288

ГЛАВА VI.

Высочайшіе указы.

1. Возможность обособленія указовъ и законовъ при всѣхъ формахъ правленія. . . . . 289—308
2. Словесныя Высочайшія повелѣнія и указы. . . . . 308—325
3. Различіе законовъ и указовъ . . . . . 325—346
4. Гарантіи согласованія указовъ съ законами . . . . . 346—357

ГЛАВА VII.

Указы подчиненнаго управленія.

1. Органы указной власти . . . . . 358—372
2. Указы органовъ самоуправленія. . . . . 372—387
3. Указы мѣстныхъ правительственныхъ органовъ . . . . . 387—399
4. Указы министровъ . . . . . 399—408

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Статья 47 Основныхъ законовъ постановляетъ, что «Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ положительныхъ законовъ», выражая тѣмъ давнее стремленіе правительства установить и упрочить начало законности.

И для русскаго государствовѣда не можетъ быть болѣе высокой и болѣе благодарной задачи, какъ содѣйствовать, по мѣрѣ силъ, утвержденію и развитію этого начала въ нашей государственной жизни. Основы государственнаго быта поддерживаются и укрѣпляются не одною силою власти, но и силой убѣжденія. А выработка сознательныхъ и опредѣленныхъ убѣжденій есть именно дѣло науки.

Наша небогатая литература государственнаго права всегда съ особеннымъ вниманіемъ относилась къ вопросу объ обезпеченіи законности. Въ началѣ настоящаго столѣтія Горюшкинъ, Хапылевъ, Васильевъ кладутъ въ основу своего изложенія русскаго государственнаго права идеи Наказа о законѣ и законности управленія. Точно также и А. Д. Градовскій, какъ бы возстановляя преданія екатерининскаго и александровскаго времени, основнымъ началомъ нашего го-

сударственнаго строя признаетъ все то же начало законности, отводя ученію о законѣ первенствующее мѣсто въ своихъ Началахъ русскаго государственнаго права.

Сознательное и послѣдовательное проведеніе начала законности въ жизни предполагаетъ прежде всего точное выясненіе понятія закона и его отношенія къ другимъ актамъ государственной власти. Руководясь этою мыслью, я и выбралъ предметомъ моего изслѣдованія частный вопросъ объ отношеніи закона къ общимъ правиламъ, установляемымъ не въ законодательномъ порядкѣ, а въ порядкѣ управленія.

Я называю эти общія правила, установляемыя въ порядкѣ управленія, какъ Верховною властью, такъ и органами подчиненнаго управленія, *указами*. Такое наименованіе требуетъ нѣкотораго оправданія. Въ нашемъ законодательствѣ со словомъ указъ не соединяется точно опредѣленнаго значенія. До учрежденія министерствъ указами назывались всѣ вообще акты всѣхъ органовъ власти, обращенные къ подчиненнымъ имъ мѣстамъ и лицамъ. Акты присутственныхъ мѣстъ, существующихъ съ прошлаго столѣтія, сената, синода, губернскаго правленія, дворянскихъ опекъ, сиротскихъ судовъ, и до сихъ поръ именуются указами. Законодательство настоящаго столѣтія, напротивъ, какъ бы избѣгаетъ этого выраженія. Такъ акты, исходящіе отъ министровъ, никогда не называются указами, а установляемыя ими общія правила печатаются въ Собраніи узаконеній подъ именемъ «распоряженій». Общимъ правиламъ, издаваемымъ мѣстными властями, усвоено названіе «обязательныхъ для мѣстныхъ жителей постановленій». Об-

щаго наименованія для всѣхъ общихъ правилъ, установляемыхъ въ порядкѣ управленія, въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ. Между тѣмъ въ научномъ изложеніи безъ него обойтись трудно.

Градовскій употреблялъ въ такомъ общемъ значеніи выраженіе «административныя распоряженія». Въ проектѣ уголовнаго уложенія то же значеніе придано слову «постановленіе». Ни та, ни другая терминологія не можетъ быть признана удовлетворительной. Если распоряженіями именовать общія правила, Verordnungen, нельзя будетъ подъискать подходящаго слова для обозначенія частныхъ мѣръ, Verfügungen. Да и по своему привычному значенію распоряженіе болѣе соотвѣтствуетъ нѣмецкому Verfügung, чѣмъ Verordnung. Распорядиться, конечно, не значитъ установить общія правила, а именно принять частныя мѣры. Что касается постановленій, то это слово имѣетъ слишкомъ общее значеніе. Юристу невозможно обойтись безъ того, чтобы не говорить о постановленіяхъ закона и о постановленіи судебныхъ рѣшеній, а языкъ нашъ едва-ли будетъ точенъ и ясенъ, если мы одновременно станемъ и противополагать постановленія законамъ, и говорить о постановленіяхъ закона.

Слово указъ представляетъ въ этомъ отношеніи гораздо большія удобства. Въ обиходной рѣчи оно почти не употребляется и во всякомъ случаѣ не имѣетъ никакого опредѣленнаго значенія. Поэтому нѣтъ никакихъ затрудненій придать ему условное значеніе опредѣленнаго юридическаго термина. Такія выраженія, какъ министерскій, губернаторскій, земскій, думскій указъ нисколько не рѣжутъ уха. Отъ слова указъ можно образовать и выраженіе указная власть (Verordnungsgewalt). Къ тому же по своему

значенію указъ ближе всего соотвѣтствуетъ нѣмецкому Verordnung, французскому ordonnance, decret, англійскому order. Въ московской Руси «соборному уложенію» противополагали именно «государевъ указъ». Да и теперь, если законъ издается въ полной, расчлененной формѣ, если текстъ закона въ видѣ устава или положенія сопровождается мнѣніемъ государственнаго совѣта и именнымъ указомъ сенату, въ указѣ собственно излагается только повелѣніе обнародывать и привесть законъ въ исполненіе, т.-е. именно то, что составляетъ вездѣ функцію не законодательной, а исполнительной власти. Ко всему этому можно сослаться и на примѣръ Наказа, гдѣ указы (decrets) противополагаются именно въ такомъ смыслѣ законамъ и учрежденіямъ.

Итакъ, непосредственный предметъ моего изслѣдованія: указы въ ихъ отношеніи къ закону. Но указъ и законъ лишь различные акты государственной власти. Выясненіе ихъ взаимнаго отношенія предполагаетъ поэтому предварительное установленіе понятія власти и т. н. раздѣленія властей. Изслѣдованію этихъ вопросовъ, составляющихъ необходимое теоретическое основаніе всего ученія объ указахъ, посвящены вторая, третья и четвертая главы моей работы.

Алупка—Гейдельбергъ,
1891—1893.

ГЛАВА I.

Постановка вопроса.

1.

Вся постановка ученія объ указахъ опредѣляется тѣмъ, какъ представляютъ себѣ взаимное соотношеніе законодательной и исполнительной власти. Если исполнительной власти отказываютъ вовсе въ самостоятельности, если ее понимаютъ только какъ исполнительницу велѣній законодателя, если установленіе общихъ правилъ признается всецѣло исключительной функціей законодательства, тогда указамъ вообще нѣтъ мѣста. При такомъ взглядѣ вся дѣятельность исполнительной власти исчерпывается одними частными распоряженіями, представляющими примѣненіе законовъ къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ.

Объ указахъ можетъ быть рѣчь лишь подъ условіемъ признанія за исполнительною властью хотя нѣкоторой доли самостоятельности. Надо, чтобы она могла дѣйствовать не только въ исполненіе закона, не только примѣняя законъ къ частнымъ случаямъ. Надо, чтобы, хотя въ опредѣленной, ограниченной сферѣ, исполнительная власть могла явиться самостоятельно регулирующей властью. Только при этомъ условіи она можетъ установлять общія правила.

Поэтому пока господствовали ученія, низводившія значеніе исполнительной власти до простого, пассивнаго исполненія

велѣній законодателя, существованіе и значеніе указовъ совершенно игнорировалось. Столкновенія, возникавшія въ нѣкоторыхъ государствахъ между правительствомъ и парламентомъ, заставляли иногда обращать вниманіе и на указы. Но отношеніе къ нимъ государствовѣдовъ было совершенно отрицательное. Въ нихъ видѣли лишь незаконное вторженіе исполнительной власти въ область законодательства.

Только со второй половины настоящаго столѣтія, и главнымъ образомъ благодаря трудамъ Лоренца Штейна, ученіе объ указахъ заняло подобающее мѣсто въ системѣ государственнаго права.

Надо, впрочемъ, оговориться, что уже Локкъ, впервые заговорившій въ новой политической литературѣ о раздѣленіи властей и противопоставившій исполнительную власть законодательной, указывалъ на необходимость предоставить правительству нѣкоторую долю самостоятельной власти, не ограничивая его дѣятельности однимъ лишь исполненіемъ законовъ.

Книга Локка появилась въ 1689 году, когда только что завершившаяся борьба парламента съ Стюартами выдвинула вопросъ о соотношеніи законодательной и исполнительной власти и подготовила его рѣшеніе. Положеніе, занятое въ борьбѣ королевскою властью и парламентомъ, какъ нельзя болѣе способствовало уясненію этого вопроса. Стюарты были королями „Божіею милостью“, опиравшимися на свое самостоятельное право, независимое отъ парламента, но притомъ королями совершенно чуждыми народу, расходившимися съ нимъ въ самомъ чувствительномъ для народной совѣсти вопросѣ—религіозномъ. Такимъ образомъ народныя симпатіи не могли заслонить собою для Стюартовъ вопросовъ права, тѣмъ рѣзче выдвигавшихся, тѣмъ настойчивѣе требовавшихъ рѣшенія. Съ своей стороны и парламентъ стоялъ на почвѣ исторически сложившагося права.

Послѣ кратковременнаго эпизода республики, возстановленіе монархіи было встрѣчено общимъ сочувствіемъ и затѣмъ борьба ограничилась только вопросомъ о границахъ королевской власти. Самое существованіе ея стояло внѣ спора.

Этимъ и объясняется то спокойствіе, съ какимъ отнесся Локкъ [1]) къ вопросу о самостоятельной власти короля, обозначаемой въ Англіи именемъ „прерогативы“. Сторонникъ либеральныхъ ученій, защитникъ народной свободы, онъ не отвергаетъ однако значенія прерогативы, а даже признаетъ необходимымъ ея существованіе и притомъ въ весьма широкомъ объемѣ.

Гдѣ законодательная и исполнительная власти, говоритъ онъ, находятся въ различныхъ рукахъ, тамъ необходимо предоставить нѣкоторые предметы усмотрѣнію (discretion) того, кто надѣленъ властью исполнительной. Такъ какъ законодатель не въ состояніи предусмотрѣть и опредѣлить закономъ все, что можетъ быть полезно для общества, то исполнитель законовъ, имѣя въ своихъ рукахъ власть, имѣетъ, въ силу общаго естественнаго закона, право пользоваться своею властью на благо общества во множествѣ случаевъ, не опредѣленныхъ закономъ, покуда законодатель не позаботится объ нихъ. А въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже и сами законы должны уступать предъ исполнительной властью, или вѣрнѣе предъ тѣмъ основнымъ закономъ природы и правленія, что, насколько возможно, всѣ члены общества должны быть охраняемы. Но во многихъ случаяхъ строгое соблюденіе законовъ было бы гибельно. Эта власть дѣйствовать по усмотрѣнію, для общаго блага, внѣ предписаній закона, даже иногда вопреки имъ, и есть то, что называютъ прерогативой. Насколько ею пользуются на благо общества, она не вызываетъ спора и сомнѣній. Въ первобытномъ обществѣ, когда государи правятъ небольшимъ государствомъ, какъ отецъ семьей, законовъ бываетъ немного и все управленіе сводится къ прерогативѣ. Но когда государи начинаютъ пользоваться ею не для общаго блага, а въ своемъ личномъ интересѣ, народъ ограничиваетъ прерогативу опредѣленными законами во всѣхъ тѣхъ отношеніяхъ, гдѣ онъ считаетъ ее для себя опасной. Въ этомъ

[1]) *John Locke*, Two treatises of Government. Book II, ch. XIV „Of Prerogative“ (Works, London, 1714, v. II pp. 203—206).

нельзя видѣть посягательства на прерогативу. Покуда она служитъ только общему благу, она остаетсл свободной и въ Англіи мудрѣйшіе и лучшіе короли пользовались и широчайшей прерогативой. Въ ограниченіяхъ, вызываемыхъ злоупотребленіями прерогативой, нельзя видѣть посягательствъ на королевскую власть, потому что власть королевская не имѣетъ своихъ особыхъ отъ государства интересовъ и установлена для блага народа.

Но кто судья возникающихъ между народомъ и исполнительной властью споровъ о правильности осуществленія прерогативы?

На этотъ вопросъ Локкъ отвѣчаетъ, что на землѣ нѣтъ такого судьи. Народу въ такихъ случаяхъ остается только обращаться за разрѣшеніемъ дѣла къ небесамъ.

Все это ученіе Локка о прерогативѣ отличается необыкновенною трезвостью и дѣльностью взгляда. Господство законности и благо народное для него какъ нельзя болѣе дороги. Но отвлеченные принципы и формы не заслоняютъ предъ нимъ условій дѣйствительности. Онъ понимаетъ, что жизнь государства на каждомъ шагу выдвигаетъ все новые и новые вопросы, непредусмотрѣнные законодательствомъ, но требующіе во что бы то ни стало немедленнаго рѣшенія. Рѣшать ихъ по необходимости долженъ тотъ, въ чьихъ рукахъ власть, кто находится постоянно и непосредственно у дѣлъ государственнаго управленія. Того требуетъ сила вещей. Локкъ признаетъ даже право исполнительной власти въ случаѣ необходимости дѣйствовать вопреки закону.

Прерогатива, какъ ее понимаетъ Локкъ, заключаетъ, конечно, въ себѣ и право издавать указы, установлять общія правила. Разъ правительство уполномочено дѣйствовать внѣ предписаній закона по своему усмотрѣнію, оно вправѣ выражать свое усмотрѣніе не только въ частныхъ распоряженіяхъ, но и въ общихъ руководящихъ правилахъ. Сообразно съ этимъ Локкъ основываетъ различіе законодательной и исполнительной власти не на противуположеніи общихъ правилъ и частныхъ распоряженій. Законодательную власть онъ опредѣляетъ не

какъ власть установлять общія правила, а какъ власть опредѣлять, какимъ образомъ сила государства должна быть употребляема для охраны общества и его членовъ [1]). Характерную особенность исполнительной власти Локкъ видитъ не въ томъ, что она дѣйствуетъ въ частныхъ случаяхъ [2]), а въ томъ, что она постоянно дѣйствуетъ (a power always in being) въ противуположность законодательной власти, потребность въ дѣятельности которой является лишь время отъ времени, періодически.

Данное Локкомъ опредѣленіе прерогативы, какъ власти дѣйствовать по усмотрѣнію, внѣ предписаній закона, содержитъ въ себѣ готовую формулу для обозначенія взаимнаго соотношенія закона и указа. Если исполнительная власть можетъ дѣйствовать свободно только внѣ предписаній закона, значитъ и указы она можетъ издавать лишь подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ—таково общее правило. Но въ случаяхъ необходимости Локкъ допускаетъ возможность и отступленія отъ строгаго соблюденія закона. Другими словами, въ ученіи Локка о прерогативѣ уже намѣчены главныя, основныя положенія той теоріи указовъ, которая составляетъ существеннѣйшее содержаніе извѣстнаго сочиненія Лоренца фонъ Штейна Die vollziehende Gewalt. Казалось бы послѣдующей литературѣ предстояло только развивать такъ умѣло намѣченныя Локкомъ основныя положенія, чтобы прійти къ построенію согласнаго съ дѣйствительностью ученія объ исполнительной власти и въ частности объ указахъ.

Политическая теорія Локка не прошла безслѣдно. Его имя и его сочиненія пользовались и пользуются большою извѣстностью. Но его ученіе о прерогативѣ было какъ бы совершенно забыто.

Уже въ XVIII столѣтіи установляется въ политической

---

[1]) Ch. XII. 143. The legislative Power is that, which has a right to direct how the force of the commonwealth schall be imploy'd for preserving the community and the members of it. (Works, 1714, Vol. II. p. 199).

[2]) Какъ это ошибочно утверждаетъ *Ahrens*, Naturrecht, 6 Aufl. B II, S. 309.

литературѣ воззрѣніе на правительство, только какъ на исполнителя велѣній законодателя. И въ этомъ сходятся одинаково и послѣдователи Руссо, отрицавшіе самую идею раздѣленія властей, и послѣдователи Монтескье, признававшіе, напротивъ, раздѣленіе властей необходимою принадлежностью всякаго свободнаго государственнаго устройства.

Въ глазахъ Руссо правительство не представляется особою властью на ряду съ законодательной. Взаимное соотношеніе законодателя и правительства то же, что хозяина и слуги, воли и силы, приводящей ее въ исполненіе [1]). Установленіе всѣхъ общихъ правилъ Руссо признавалъ поэтому исключительнымъ правомъ законодательной власти: правительство только примѣняетъ законы къ частнымъ случаямъ.

Но точно также и Кантъ, не только не отвергавшій раздѣленія властей, а даже стремившійся дать этому ученію общее философское обоснованіе, сводя различіе трехъ властей къ различію трехъ членовъ практическаго умозаключенія [2]), ограничиваетъ дѣятельность правительства только изданіемъ частныхъ распоряженій о примѣненіи закона къ отдѣльнымъ случаямъ [3]).

Такимъ образомъ низведеніе значенія правительства до простого исполнителя законовъ стало безраздѣльно господствующимъ ученіемъ, совершенно заслонившимъ собою вызванные Локкомъ взгляды о необходимости предоставленія правительству извѣстной самостоятельности. Когда Лоренцъ Штейнъ

---

[1]) Du contrat social, l. III, ch. 1. Gouvernement confondu mal à propos avec le souverain, dont il n'est que le ministre.—On y distingue de même la force et la volonté; celle-ci sous le nom de puissance législative, l'autre sous le nom de puissance exécutive.

[2]) Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797. § 45. S. 165. Ein jeder Staat enthält drey Gewalten in sich—gleich den drey Sätzen in einem practischen Vernunftschlusz: dem Obersatz, der das Gesetz jenes Willens, dem Untersatz, der das Gebot des Verfahrens nach dem Gesetz, d. i. das Princip der Subsumption unter denselben, und dem Schluszsatz, der den Rechtsspruch (die Sentenz) enthält, was im vorkommenden Falle Rechtens ist

[3]) Ibidem, § 49. S. 170. Seine (des Regents) Befehle an das Volk und die Magistrate sind Verordnungen, Dekrete (nicht Gesetze), denn sie gehen auf Entscheidung in einem besonderen Fall.

въ своемъ Verwaltungslehre вновь выдвинулъ самостоятельное значеніе исполнительной власти, онъ и не подозрѣвалъ повидимому, что идетъ при этомъ по пути, намѣченному уже за два столѣтія до него великимъ англійскимъ мыслителемъ. Ссылаясь на Брактона и Мильтона, онъ ни словомъ не обмолвился о Локкѣ. Точно также Аренсъ объясняетъ возникновеніе въ Англіи ученія о прерогативѣ, какъ поправку, внесенную Блекстономъ въ теорію Монтескье [1]).

Чѣмъ же объяснить такое явленіе? Почему выставленное Локкомъ, вполнѣ соотвѣтствующее исторической дѣйствительности ученіе о прерогативѣ осталось, какъ бы незамѣченнымъ тѣми самыми мыслителями, которые въ другихъ вопросахъ являются продолжателями и послѣдователями знаменитаго автора Двухъ трактатовъ о правительствѣ?

Въ современной политической литературѣ мы находимъ довольно различныя, даже противоположныя объясненія этого поразительнаго факта.

Профессоръ Градовскій видитъ причину этого игнорированія самостоятельной регулирующей власти правительства въ самой теоріи раздѣленія властей, какъ ее понимали публицисты школы Локка и Монтескье [2]). Лоренцъ Штейнъ какъ разъ наоборотъ въ ученіи о народномъ верховенствѣ Жанъ Жака Руссо, отвергавшаго принципъ раздѣленія властей [3]).

Изъ этихъ двухъ объясненій ближе къ истинѣ, безъ сомнѣнія, объясненіе, данное Л. Штейномъ. Видѣть причину игнорированія самостоятельной регулирующей власти правительства въ самой теоріи раздѣленія властей, какъ ее понимали публицисты школы Локка и Монтескье, невозможно уже потому, что самъ Локкъ отводитъ въ своемъ ученіи весьма видное мѣсто королевской прерогативѣ. Точно также и Монтескье нигдѣ прямо не говоритъ, чтобы дѣятельность исполни-

---

[1]) Naturrecht, II, c. 310

[2]) Законъ и административное распоряженіе по русскому праву въ Сборникѣ государственныхъ знаній, т. I, 1874, стр. 3.

[3]) *L. Stein*, Die vollziehende Gewalt, 1869. B. I, s. 103. *Gneist* Gesetz und Budget, 1879, s. 65.

тельной власти сводилась къ простому пассивному исполненію велѣній законодательной власти. Напротивъ, онъ опредѣляетъ исполнительную власть, какъ такую, которая вѣдаетъ дѣла, подлежащія международному праву. [1]) Но международное право не регулируется вовсе велѣніями законодательной власти. Что же касается внутренняго управленія, полиціи, то Монтескье прямо говоритъ: „Полиція имѣетъ постоянно дѣло съ подробностями; великіе примѣры поэтому къ ней не примѣнимы. Для нея существуютъ скорѣе регламенты, чѣмъ законы“ [2])

Съ другой стороны въ подтвержденіе объясненія, выставляемаго Штейномъ, можно указать, что Руссо дѣйствительно уподобляетъ соотношеніе законодательной и исполнительной власти соотношенію желанія идти и ногъ, выполняющихъ это желаніе [3])

Но и ссылкой на Руссо нельзя объяснить вполнѣ, почему господствовавшія до послѣдняго времени теоріи государственнаго права отказывали исполнительной власти во всякой самостоятельности уже потому, что въ этомъ отношеніи одинаково сходились и противники, и сторонники ученія о раздѣленіи властей. Слѣдовательно, причина установившагося воззрѣнія на исполнительную власть не могла корениться въ особенностяхъ этихъ двухъ теорій: она должна, очевидно, заключаться въ болѣе общихъ условіяхъ, одинаково вліявшихъ и на сторонниковъ, и на противниковъ теоріи раздѣленія властей.

Дѣйствительная причина этого стремленія къ безусловному подчиненію правительства законодательной власти за-

---

[1]) De l'ésprit des lois. l. XI, ch. VI. La puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens. Что подъ droit des gens Монтескье разумѣлъ именно международное право, видно изъ его же опредѣленія l. I, ch. III. Considérés comme habitants d'une si grande planète, qu'il est necessaire qu'il y ait différens peuple, ils ont des lois dans le rapport que ces peuples ont entre eux: et c'est le droit des gens.

[2]) l. XXVI, ch. 24. „Que les réglements de police sont d'un autre ordre que les autres lois civiles„—таковъ заголовокъ главы, а въ самой ней читаемъ: elle (la police) s'occupe perpetuellement de détails; les grands exemples ne sont donc point faits pour elle. Elle a plutôt reglements que des lois.

[3]) Contrat social, l. III, ch. I.

ключалась въ господствующемъ и по настоящее время пониманіи государственной власти, какъ единой надо всѣмъ господствующей, все опредѣляющей воли. Выраженіемъ этой единой властвующей воли признается законодательство и затѣмъ уже всѣ другіе акты власти по необходимости представляются лишь актами осуществленія выраженной въ законѣ единой воли. При такомъ взглядѣ на государственную власть, быть самостоятельнымъ, имѣть свою волю, можетъ, конечно, только органъ законодательной власти. Всѣ другіе органы государственной власти призваны только исполнять волю законодателя, и слѣдовательно должны находиться въ безусловномъ ему подчиненіи, въ полной отъ него зависимости.

Вотъ почему не только послѣдователи Руссо, но и сторонники теоріи раздѣленія властей низводили правительство до роли простого исполнителя велѣній законодателя. Съ пониманіемъ государственной власти, какъ единой воли, никакъ не мирится признаніе существованія въ государствѣ нѣсколькихъ самостоятельныхъ учрежденій, имѣющихъ каждое свою самостоятельную, свою особую волю. Вотъ почему и теперь, когда болѣе внимательное отношеніе къ фактамъ дѣйствительной государственной жизни заставило обратить вниманіе на указы и признать, что исполнительная власть не только примѣняетъ законъ, но и сама установляетъ самостоятельно общія правила, на это рѣшаются все-таки не иначе какъ съ цѣлымъ рядомъ оговорокъ, направленныхъ къ тому, чтобы какъ нибудь согласовать фактъ повсемѣстнаго существованія на ряду съ законами и указовъ съ представленіемъ о государственной власти, какъ объ единой волѣ.

2.

Постепенное развитіе въ литературѣ государственнаго права ученія объ указахъ представляетъ любопытную картину упорной и постоянной борьбы общепринятаго пониманія власти, какъ единой воли, съ необходимостью, въ виду свидѣтельства фактовъ, признать существованіе указовъ нор-

мальнымъ и даже необходимымъ явленіемъ государственной жизни.

Когда въ теоріи государственнаго права въ тридцатыхъ годахъ впервые рѣшились признать за правительствомъ право не только на частныя распоряженія въ исполненіе закона, но и на изданіе указовъ, это признаніе думали согласить съ представленіемъ о власти какъ объ единой волѣ тѣмъ, что единственно возможнымъ содержаніемъ указовъ признали правила цѣлесообразности, а отнюдь не юридическія нормы.

Такъ именно представлялъ себѣ дѣло Шталь [1]). Онъ разсматриваетъ вопросъ объ указахъ не въ общей формѣ, а только по отношенію къ монархіямъ. Монархическій принципъ, по его ученію, требуетъ предоставленія государю не одного лишь исполненія законовъ и изданія потребныхъ для того распоряженій, но и всей цѣликомъ области администраціи. Полицейскія и подобныя имъ общія распоряженія издаются поэтому безъ соучастія народнаго представительства. Въ большинствѣ нѣмецкихъ конституцій законодательный актъ требуется во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда постановленіе касается свободы или собственности гражданъ. Такое опредѣленіе Шталь находитъ очень неопредѣленнымъ. Если понимать такъ, что всякое ограниченіе свободы подданныхъ можетъ быть установлено не иначе какъ въ формѣ закона, тогда все управленіе перейдетъ въ руки парламента, потому что немного найдется административныхъ мѣръ, которыя бы не стѣсняли свободы. Требованіе, чтобы подданные не ѣздили безъ паспорта, чтобы дома строились такъ, а не иначе, запрещеніе опасныхъ для здоровья или въ пожарномъ отношеніи предпріятій, недопущеніе танцовальныхъ вечеровъ въ опредѣленные дни—все это ограничиваетъ свободу. Если же подъ свободой разумѣть только свободу движенія, то законодательная компетенція не распространится на опредѣленія порядка развода супруговъ, назначенія опеки и т. п. А между тѣмъ такіе вопросы должны подлежать законодательнымъ опредѣленіямъ.

[1]) *Stahl*, F. J. Philosophie des Rechts. 1830. 4 Ausgabe. 1870. B. III, s. s. 385 u. ff.

Принципъ, опредѣляющій соотношеніе компетенціи парламента и правительства заключается, по мнѣнію Шталя, въ томъ, что законодательная форма требуется для постановленій касающихся *правовой сферы индивида.* (Rechtssphäre des Individuums). Сюда относятся, во-первыхъ, нормы, опредѣляющія права частныхъ лицъ, слѣдовательно гражданскіе, уголовные и процессуальные законы. И кромѣ того, во-вторыхъ, нормы, опредѣляющія свободу индивида въ отношеніи къ государственной власти насколько эта свобода является какъ юридическое отношеніе. Поэтому законодательной формы требуютъ также всѣ нормы, установляющія положительныя повинности, напр. воинскую, квартирную, обязанность посѣщенія школъ, исполненія функцій присяжнаго и т. п., а кромѣ того и нормы, установляющія только ограниченія, если ограниченія этого рода до тѣхъ поръ еще не существовали ни по закону, ни по обычаю, напр. если вновь установляется запрещеніе разноснаго торга. Напротивъ, постановленія по медицинской, строительной и т. п. полиціи не требуютъ законодательной формы, потому что они не налагаютъ на подданныхъ прямыхъ повинностей, а только ограниченія и при томъ въ такой сферѣ, гдѣ допустимость ограниченій индивидуальной свободы уже установлена по праву. Такія постановленія ограничиваютъ, правда, свободу фактически, но не измѣняютъ ея какъ юридическое отношеніе. Они суть нормы не правовыхъ отношеній индивида, а правительственной функціи въ области полиціи, финансовъ, военнаго управленія и т. п.

Въ этомъ ученіи Шталя нельзя, конечно, не замѣтить нѣкоторой неясности въ разграниченіи сферы законодательной и административной регламентаціи. И неясность эта происходитъ отъ того, что Шталь считаетъ необходимымъ признать, будто установленіе юридическихъ нормъ составляетъ исключительную компетенцію законодательной власти, еще не рѣшается прямо отвергнуть это положеніе. Поэтому, съ одной стороны, онъ отстаиваетъ за правительствомъ право указами регулировать отношенія, возникающія въ сферѣ управленія, съ другой старается доказать будто эта регулировка не за-

трогиваетъ правъ гражданъ, что́ совершенно невѣрно. Не только наложеніе прямыхъ повинностей, но и установленіе ограниченій, не только вновь устанавляемыя ограниченія, но и измѣненіе объема существующихъ одинаково касаются правъ гражданъ, измѣняютъ ихъ юридическія отношенія. Утверждая противное, Шталь, конечно, дѣлаетъ натяжку, понадобившуюся ему лишь для того, чтобы сгладить противорѣчія его ученія съ установившимися взглядами на государственную власть, какъ на единую волю, проявляющуюся въ законѣ.

Несмотря на это, устанавляемая Шталемъ точка зрѣнія весьма долго удерживалась въ литературѣ, какъ господствующая. Самая граница между сферами примѣненія закона и указа передвигалась въ ту или другую сторону; но принципъ, опредѣлявшій взаимное отношеніе законовъ и указовъ, оставался тотъ же самый. Такъ и у Роберта фонъ Моля мы находимъ въ сущности то же самое воззрѣніе, что и у Шталя, только нѣсколько видоизмѣненное въ болѣе либеральномъ духѣ. И Моль, подобно Шталю, считаетъ установленіе юридическихъ нормъ допустимымъ только въ формѣ закона. Поэтому, если требуется постановить *нѣчто новое объ юридическомъ отношеніи* и въ особенности если требуется установить наказуемость чего-нибудь,—необходимъ законъ. Точно также нѣтъ сомнѣнія, что законъ можетъ быть измѣненъ, или аутентически истолкованъ, не иначе, какъ закономъ. Но Моль не останавливается на этомъ. Онъ еще болѣе Шталя съуживаетъ сферу примѣненія указовъ, выдѣляя изъ нея и такіе вопросы, которые не касаются непосредственно юридическихъ отношеній.

По мнѣнію Моля, хотя полицейскія правила рѣдко касаются непосредственно юридическихъ отношеній, многія изъ нихъ, однако, въ силу ихъ значительнаго и глубокаго вліянія на отношенія гражданъ, заслуживаютъ всесторонняго обсужденія съ точки зрѣнія народа. Въ такихъ случаяхъ требуется уже

---

[1]) *Mohl*, Polizeiwissenschaft, 1832, Auflage, 1866, B. I, ss. 45—47. *Ejusdem*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 1862, B. II, 628—630.

законъ. Всѣ подобные случаи Моль сводитъ къ двумъ категоріямъ. Законодательной формы требуютъ, во-первыхъ, всѣ полицейскія постановленія и установленія, которыя должны получить для всего государства, а не для опредѣленной только мѣстности, принудительную силу. Во-вторыхъ, сюда относятся также полицейскія постановленія, касающіяся крупныхъ и важныхъ интересовъ, физическихъ, духовныхъ или экономическихъ.

Разумѣется, характеристика этой второй группы совершенно неопредѣленна, и самъ Моль сознается, что нельзя указать никакихъ объективныхъ признаковъ важности, затрогиваемыхъ указами интересовъ. Поэтому внесенныя Молемъ поправки въ опредѣленіе взаимной границы указовъ и законовъ, дѣлаютъ эти границу еще менѣе ясной и опредѣленной.

Есть, однако вопросы, въ которыхъ Моль несомнѣнно подвинулъ ученіе объ указахъ значительно впередъ. Онъ первый далъ систематическое ученіе о средствахъ обезпеченія законности указовъ. Установленіе той или другой границы между указами и законами получаетъ дѣйствительное практическое значеніе только подъ условіемъ обезпеченія дѣйствительнаго соблюденія этой границы надлежащими гарантіями. Поэтому вопросъ о томъ, въ чемъ могутъ и должны заключаться такія гарантіи, является весьма важной частью ученія объ указахъ. Моль сводитъ эти гарантіи къ тремъ различнымъ группамъ. Чтобы побудить само правительство къ соблюденію должной границы въ изданіи указовъ, установляются два требованія: предварительное обсужденіе предположенныхъ къ изданію указовъ въ государственномъ совѣтѣ и обязательность контрасигновки указовъ хотя бы однимъ отвѣтственнымъ министромъ. Со стороны народа имѣется также двоякая гарантія. Во-первыхъ, парламентъ можетъ признать недѣйствительнымъ указъ, вторгающійся въ сферу, подлежащую опредѣленію законодательнымъ путемъ. Во-вторыхъ, каждый отдѣльный гражданинъ обязанъ только къ закономѣрному повиновенію и потому незаконный указъ для него не обязателенъ. Третью и послѣднюю группу гарантій законности указовъ составляютъ

гарантіи судебныя. Онѣ заключаются въ правѣ и обязанности суда не примѣнять незаконныхъ указовъ.

Кромѣ того, нельзя не обратить вниманія, что Моль подводитъ понятіе указа подъ болѣе общее понятіе чрезвычайнаго, экстраординарнаго законодательства и разсматриваетъ ученіе объ указахъ въ связи съ ученіемъ о конституціи, о провизорныхъ законахъ, объ общемъ значеніи судебныхъ рѣшеній. Однако изъ такого сопоставленія имъ не было сдѣлано никакихъ дальнѣйшихъ выводовъ.

Слѣдующій значительный шагъ впередъ въ развитіи ученія объ указахъ послѣ Шталя былъ сдѣланъ уже Лоренцомъ Штейномъ. Онъ гораздо рѣшительнѣе Шталя признаетъ необходимость предоставленія правительству самостоятельной власти издавать указы. Понятіе указа у него получаетъ общее философское обоснованіе и систематическое развитіе. У Шталя ученіе объ указахъ сводится только къ опредѣленію границъ между указомъ и закономъ. У Моля и другихъ послѣдователей Шталя къ этому присоединяется еще ученіе объ гарантіяхъ дѣйствительнаго соблюденія этой границы. Внутреннее существо указа вѣрнѣе и обстоятельнѣе выясняется Штейномъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ онъ кладетъ понятіе указа въ основу всего ученія объ управленіи. И если самъ Штейнъ идетъ уже слишкомъ далеко, утверждая въ предисловіи къ послѣднему изданію своего Руководства, что до него „понятіе и различіе закона и указа вовсе не существовали“ [1]), то во всякомъ случаѣ теорія Штейна дѣйствительно произвела совершенный переворотъ въ господствовавшихъ воззрѣніяхъ на указы и ихъ отношеніе къ закону.

Теорія Штейна объ указахъ, какъ она выразилась въ первомъ изданіи его „Исполнительной власти“, сохраняется имъ безъ существенныхъ измѣненій и до сихъ поръ. Изложеніе вопроса въ послѣднемъ изданіи Руководства 1888 года пред-

---

[1]) Handbuch der Verwaltungslehre, 1888. B. I. XVIII. Еще во второмъ изданіи Vollziehende Gewalt, I s. 80 онъ признавалъ самъ Шталя своимъ предшественникомъ въ этомъ вопросѣ.

ставляетъ въ общемъ лишь конспектъ того, что написано имъ уже въ 1865 году, хотя другіе элементы его теоріи подверглись за это время значительной переработкѣ. Между тѣмъ, за эти 25—30 лѣтъ ученіе Штейна объ указахъ получило себѣ дальнѣйшее развитіе. Подъ несомнѣннымъ вліяніемъ книги Штейна сложилась цѣлая литература объ указахъ, но Штейнъ совершенно игнорируетъ этотъ фактъ. Изъ всей этой литературы онъ счелъ нужнымъ упомянуть только о монографіи Еллинека, и то лишь съ цѣлью указать, что воспользоваться ею онъ не могъ.

Въ виду такой неподвижности усвоеннаго Штейномъ воззрѣнія на указы, при изложеніи его я буду руководствоваться преимущественно первымъ изданіемъ его Vollziehende Gewalt.

При этомъ условіи лучше будетъ соблюдена въ изложеніи преемственность въ послѣдовательномъ развитіи ученія объ указахъ.

Въ выясненіи понятія и значенія указовъ Штейнъ [1]) отправляется отъ понятія государства, какъ личности. Каждая личность заключаетъ въ себѣ три элемента, которые въ государствѣ, какъ въ совершеннѣйшей формѣ личности, проявляются раздѣльно, каждый въ особомъ государственномъ институтѣ.

Личность есть прежде всего самостоятельное существо, по самой своей природѣ все относящее къ себѣ, само для себя существующее. Это самоопредѣленіе личности, ея обособленность и самостоятельность, ея „я“ — Jch der Persönlichkeit — находитъ себѣ въ государствѣ выраженіе въ главѣ государства.

Но личность не ограничивается самоопредѣленіемъ. Она и внѣшнему, естественному и объективному, ставитъ свои цѣли. Въ этомъ и заключается функція воли. То, что воля хочетъ, есть цѣль, которую должны отъ личности воспринять

---

[1]) *Lorenz Stein*; Die Verwaltungslehre. I Theil. Die Lehre von der vollziehenden Gewalt. Stuttgart. 1865. 2 Auflage, 1869, B. I. Handbuch der Verwaltungslehre, 3 Auflage, 1888. B. I, 100—111. Rechtsstaat und Verwaltungsrechtpflege IV. in Grünhut's Zeitschrift für Privat und öffentliche Recht, B. VI, № 1, 1879. ss. 56—63.

внѣшнія вещи. Функція воли имѣетъ своимъ органомъ въ государствѣ законодательство.

Наконецъ, въ третьихъ, личность стремится свою волю и дѣйствительно осуществить во внѣшнемъ мірѣ. Это совершается дѣйствіемъ. (That). Такъ какъ осуществленіе воли дѣйствіемъ совершается во внѣшнемъ мірѣ, то именно здѣсь внѣшнія силы проявляютъ свою самостоятельность въ отношеніи къ личной волѣ, видоизмѣняя ея осуществленіе. Поэтому въ дѣятельности государства, какъ наиболѣе развитой личности, различаются два элемента: исполненіе и управленіе. Исполненіе представляетъ отношеніе дѣятельности государства къ его волѣ и закону; управленіе — отношеніе его къ конкретной жизни, къ силѣ фактовъ въ ея матеріальномъ бытіи. Исполненіе поэтому имѣетъ своимъ содержаніемъ только волю государства, какъ она выразилась въ законѣ. Гдѣ же такого закона нѣтъ, исполненіе почерпаетъ задачу и направленіе своей дѣятельности изъ сущности государства. Исполненіе является поэтому какъ чистая сила исполняющаго свою волю и осуществляющаго свою сущность государства; въ этомъ смыслѣ Штейнъ и говоритъ объ *исполнительной власти*.

Источникомъ исполнительной власти служитъ осуществляющее самое себя въ своей дѣйствительной жизни государство. Ея содержаніе не можетъ быть поэтому инымъ, какъ осуществленіемъ идеи государства. Она находитъ это содержаніе прежде всего въ опредѣленно формулированной волѣ государства, въ законѣ; но она не можетъ и не должна довольствоваться только формальнымъ закономъ. Она должна, напротивъ, проникнуться требованіями, вытекающими изъ идеи государства; она должна хотѣть только то, что сама признаетъ содержаніемъ этой идеи; она противорѣчитъ своей собственной сущности, если хочетъ чего нибудь другого; она должна поэтому сама сознать всю задачу, осуществленіе которой требуетъ государственная идея; и именно проникновеніе этой идеей, этимъ сознаніемъ дѣлаетъ ее живымъ членомъ государственнаго организма.

Законъ никогда не опредѣлитъ всѣхъ отраслей и задачъ

управленія: частью онѣ слишкомъ многочисленны, частью слишкомъ измѣнчивы и обусловлены мѣстными условіями. Поэтому дѣятельность управленія нуждается въ волѣ, которая бы его регулировала. А такъ какъ для нея нѣтъ закона въ тѣсномъ смыслѣ, то исполнительная власть должна сама отъ имени государства опредѣлять эту волю для отдѣльныхъ случаевъ. Такой актъ воли исполнительной власти называется *указомъ*. Указы исполнительной власти создаютъ поэтому также право для отдѣльныхъ отраслей управленія.

Исполнительная власть призвана осуществлять *сущность* государства и именно въ мірѣ внѣшнихъ явленій—она есть органъ всего положительнаго осуществленія государственной идеи. Она не можетъ поэтому выполнить своей истинной задачи механическимъ служеніемъ закону; она должна, напротивъ, быть внутренно проникнута сущностью, требованіями, цѣлями государственной идеи, настолько же и часто даже живѣе, чѣмъ законодательство, такъ какъ исполнительная власть должна поддерживать идею государства среди разнообразія мѣстныхъ и временныхъ условій; мало того, она должна постоянно восполнять законъ, идти дальше его, понимать его шире, чѣмъ само законодательство, ибо гдѣ недостаетъ закона, она сама есть высшая власть. Поэтому нѣтъ ничего болѣе неразумнаго, какъ говорить о подчиненіи исполненія закону, такъ какъ законъ самъ есть только формальное выраженіе этой идеи государства въ отдѣльной области, только душа, которой исполненіе, съ его пониманіемъ дѣйствительности и ея требованій, даетъ тѣло. Недостаточное признаніе и недовѣріе къ исполненію могутъ быть поэтому объяснены только исторически; въ дѣйствительности эта функція во всякомъ случаѣ не легче, и такая же важная, какъ и законодательство.

Правительственная власть есть самостоятельно мыслимая *дѣятельная воля* государственной власти. Ея самостоятельность всегда равна самостоятельности *фактовъ*, съ которыми приходится государству имѣть дѣло. Какъ всякая дѣятельная воля, она проявляется въ трехъ формахъ: въ формѣ воли

самой по себѣ, указной власти, въ формѣ созданія средствъ своего осуществленія, организаціонной власти, и въ формѣ внѣшней дѣятельности, полицейской или принудительной власти.

Первая основная форма, или первое содержаніе правительственной власти возникаетъ такимъ образомъ чрезъ ея отношеніе къ волѣ государства или къ закону. Конечно законъ есть высшая, и потому тамъ, гдѣ онъ имѣется и его достаточно, господствующая надъ волею исполнительной власти форма государственной воли. Однако никакой законъ не въ состояніи дѣйствительно и вполнѣ обнять всѣ стороны того житейскаго отношенія, для котораго онъ данъ. Къ тому же никакое законодательство никогда не было и не будетъ въ состояніи вполнѣ опредѣлить законами всѣ тѣ житейскія отношенія, для которыхъ потребенъ законъ. Между тѣмъ воля государства необходима и тамъ, гдѣ закона недостаточно, или его вовсе нѣтъ. Исполненіе, безъ котораго обойтись нельзя, должно, поэтому, своею волею восполнить недостатокъ закона. Эта власть правительства своею собственною волею восполнять или замѣнять законъ и есть указная власть, Verordnungsgewalt. Она относится къ сущности исполнительной власти и составляетъ поэтому ея имманентное право. Поэтому невозможно такое состояніе, при которомъ въ государствѣ существовали бы только одни законы безъ указовъ.

Законъ, согласно своей высшей природѣ, истекаетъ всегда изъ общаго сознанія государственной жизни и стремится поэтому къ достиженію двоякой цѣли. Съ одной стороны онъ имѣетъ своей задачей во всѣхъ фактическихъ отношеніяхъ уловить и выдѣлить однородное, съ другой—установить относительно этого однороднаго волю государства. Поэтому законъ имѣетъ дѣло съ принципами, съ сущностью вещей, а не съ ихъ случайной и переходящей формой. Указъ, напротивъ, отправляется прежде всего отъ факта и съ нимъ отъ частностей и измѣнчивости. Онъ установляетъ поэтому не принципы дѣятельности государствъ, а ея непосредственныя цѣли; онъ имѣетъ въ виду не истинное, а цѣлесообразное.

Поэтому законъ и указъ не формально только, но и

внутренно различны. Но оба они одинаково необходимы и всякая дѣятельность государства непремѣнно опредѣляется и закономъ, и указомъ. Только оба они вмѣстѣ составляютъ истинную волю государства.

Изъ этого изложенія видно, какое важное значеніе Штейнъ придаетъ указамъ. Онъ видитъ въ нихъ необходимую форму проявленія исполнительной власти, не только оправдываемую практическими соображеніями, но находящую себѣ и теоретическое обоснованіе. Необходимость существованія указовъ онъ признаетъ гораздо рѣшительнѣе, чѣмъ Шталь или Моль. Но въ одномъ довольно важномъ вопросѣ и у него замѣтны колебанія. Мы видѣли, что Шталь и Моль, допуская установленіе общихъ правилъ указами, оговариваются при этомъ, что юридическихъ нормъ указы не могутъ устанавливать; Штейнъ, какъ это ни странно—не даетъ никакого опредѣленнаго отвѣта на этотъ вопросъ.

Съ одной стороны онъ признаетъ, что указъ призванъ восполнять законодательство по всѣмъ тѣмъ вопросамъ, гдѣ оно оказывается неполнымъ и отсюда, казалось бы, само собой получается выводъ, что указомъ могутъ быть установлены и юридическія нормы. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, по ученію Штейна, только законодательство призвано устанавливать принципы государственной дѣятельности. Выражающаяся же въ указахъ воля исполнительной власти опредѣляетъ только способы осуществленія установленныхъ законодательствомъ принциповъ при данныхъ условіяхъ дѣйствительности. Отсюда, наоборотъ, можно заключить, что указы устанавливаютъ не юридическія нормы, а только правила цѣлесообразности.

И самъ Штейнъ постоянно колеблется между этими противуположными заключеніями. То онъ утверждаетъ, что по существу своему указъ не можетъ создавать объективнаго права [1]) то, напротивъ, признаетъ, что воля исполнительной власти, выраженныя въ указахъ, также создаетъ публичное

[1]) Vollziehende Gewalt, 1 Aufl., S. 47. Immer aber bleibt es das Wesen der Verordnung kein objektives Recht zu schaffen.

право, какъ и законы. [1]) И эти противуположныя положенія остаются безъ всякаго, хотя бы только внѣшняго примиренія. Во второмъ изданіи своей книги Штейнъ склонился было къ окончательному признанію указовъ источниками юридическихъ нормъ. Но въ по слѣднемъ изданіи Руководства, 1888 года, опять видимъ прежнія колебанія. Съ одной стороны указамъ, на ряду съ законами, присвоивается значеніе правотворящей силы [2]); съ другой—признается, что по общему правилу указы имѣютъ значеніе лишь инструкцій подчиненнымъ органамъ, необязательныхъ для частныхъ лицъ, и лишь „въ исключительныхъ случаяхъ“ и притомъ лишь до ближайшаго созыва палатъ могутъ они установлять юридическія нормы, въ качествѣ провизорныхъ законовъ. [3])

Выдвинутый Молемъ вопросъ о гарантіяхъ подчиненія указовъ законамъ получилъ у Штейна значительное развитіе. Онъ главной гарантіей законности указовъ считаетъ административный искъ и слѣдовательно надлежащую организацію административной юстиціи. Противоположеніе указа и закона является въ теоріи Штейна основой всего ученія объ административной юстиціи. [4])

Въ общемъ заслуга Штейна въ развитіи ученія объ указахъ сводится главнымъ образомъ къ его философскому и теоретическому обоснованію и къ болѣе рѣшительному, чѣмъ у Шталя и Моля, признанію необходимости существованія указовъ, какъ основной формы дѣятельности правительства. Но указанныя нами колебанія по вопросу о возможности установленія указами и юридическихъ нормъ придаютъ всей

---

[1]) Ibidem, 54. Soweit die vollziehende Gewalt nicht durch ein Gesetz begränzt ist, ist sie selbst der herrschende Staatswile, ist sie Gesetz im weiteren Sinn, und was sie bestimmt, ist geltendes öffentliches Recht, so gut wie das des eigentlichen Gesetzes.

[2]) Handbuch der Verwaltungslehre 1888, I, S. 166. Die zweite Quelle des positiven Verwaltungsrechts ist das Verordnungswesen. In ihm ist die Idee der Regierung neben der Gesetzgebung die rechtserzeugende Kraft.

[3]) Ibidem, 105.

[4]) Воззрѣнія Штейна по этому вопросу въ ихъ послѣдовательномъ развитіи изложены мною въ статьѣ „Очеркъ теорій административной юстиціи“ Журналъ гражд. и угол. права 1885, №№ 1, 8 и 9.

теоріи Штейна нѣсколько неопредѣленный и какъ бы незаконченный характеръ.

Въ нашей литературѣ послѣдователемъ воззрѣній Штейна явился А. Д. Градовскій, въ своей статьѣ Законъ и административное распоряженіе по русскому праву. [1]) Но у него вмѣсто колебаній Штейна, признать или не признать возможность установленія указами юридическихъ нормъ, мы находимъ рѣшительное ограниченіе содержанія указовъ установленіемъ однѣхъ техническихъ нормъ. „Административныя распоряженія,—говоритъ проф. Градовскій,— имѣютъ самостоятельное содержаніе. По своей идеѣ, законъ есть юридическая основа всѣхъ правоположеній, частныхъ и публичныхъ, по содержанію своему онъ есть *мѣра свободы* каждаго частнаго лица и *граница власти* каждаго органа государства. Но въ изысканіи *способовъ* и *мѣръ* необходимыхъ для осуществленія лежащихъ на государствѣ задачъ, мы не имѣемъ уже дѣла съ установленіемъ и опредѣленіемъ какихъ бы то ни было правоотношеній. Мѣры, касающіяся общественной гигіены, народнаго продовольствія, призрѣнія бѣдныхъ, эксплуатаціи соляныхъ копей, добыванія каменнаго угля и т. д., не заключаютъ въ себѣ ничего юридическаго. —Здѣсь открывается широкое поприще для свободной и творческой дѣятельности администраціи, для ея *распоряженій*". Такимъ образомъ, кромѣ исполнительныхъ указовъ, опредѣляющихъ порядокъ приведенія въ дѣйствіе изданныхъ законовъ, А. Д. Градовскій допускаетъ существованіе только такихъ самостоятельныхъ, творческихъ указовъ, которыми устанавляются лишь техническія правила.

Такому ограниченію содержанія указовъ, однако, слишкомъ явно противорѣчитъ повседневная административная практика, чтобы оно могло удержаться въ литературѣ. Въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ, напротивъ, все рѣшительнѣе и рѣшительнѣе признается, что указами могутъ быть установляемы и юридическія нормы. Выставлявшіяся прежде ограниченія

[1]) Сборникъ государственныхъ знаній, т. I, 1874 г.

указовъ по содержанію отвергаются, а соглашенія права изданія указовъ съ пониманіемъ власти, какъ единой воли, думаютъ теперь достигнуть тѣмъ, что право установленія указами юридическихъ нормъ обусловливаютъ прямой делегаціей со стороны законодательной власти.

3.

Возможность установленія указами безразлично и техническихъ и юридическихъ нормъ признана, собственно говоря, уже Гнейстомъ. [1])

Вопросъ о соотношеніи указовъ и законовъ онъ разрѣшаетъ съ совершенно формальной точки зрѣнія. Различіе между указомъ и закономъ сводится у него всецѣло къ тому, что законъ издается и отмѣняется не иначе какъ съ участіемъ народнаго представительства; указъ — безъ такого участія, одностороннею властью правительства. По содержанію своему указъ можетъ касаться только такихъ вопросовъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣхъ такихъ вопросовъ, которые не регулированы закономъ. При этомъ для административнаго права главнымъ источникомъ юридическихъ нормъ Гнейстъ признаетъ именно указъ. Но онъ вовсе не далъ своему ученію объ указахъ какого-либо общаго теоритическаго обоснованія, ограничиваясь только историческими указаніями, что въ германскихъ государствахъ и въ Англіи административное право первоначально создавалось указами; касающіеся же административнаго права законы установляютъ только границу свободной регулирующей дѣятельности правительства.

Болѣе обстоятельный анализъ содержанія указовъ былъ данъ впервые Лабандомъ. Установивъ еще въ своей монографіи о бюджетномъ правѣ [2]) различіе законовъ въ мате-

---

[1]) *Gneist* Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. 1809. S.S. 62—76: Gesetz und Budget., S.S. 65—70 u S.S. 215—218: Verwaltungsrecht. 1883. I, S.S. 126—131.

[2]) *Laband*, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preussischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes. 1871.

ріальномъ и формальномъ смыслѣ въ позднѣйшемъ своемъ трудѣ Государственное право Германской имперіи, [1]) онъ примѣнилъ это различіе и къ указамъ. Подобно тому, какъ закономъ въ формальномъ смыслѣ будетъ каждый актъ законодательной власти независимо отъ того, установляется ли имъ юридическая норма или нѣтъ, такъ и подъ указомъ въ формальномъ смыслѣ Лабандъ разумѣетъ всякій актъ исполнительной власти, каково бы ни было его содержаніе. Затѣмъ указы въ формальномъ смыслѣ по различію ихъ содержанія онъ раздѣляетъ на двѣ группы: указъ юридическій, Rechtsverordnungen и указъ административный, Verwaltungverordnungen. Юридическими указами онъ называетъ указы въ формальномъ смыслѣ, установляющіе юридическія нормы и потому въ матеріальномъ смыслѣ являющіеся законами. Указы административные это тѣ, которые, установляя не юридическія нормы, а только техническія, правила цѣлесообразности, и по содержанію своему не подходятъ подъ понятіе закона. Указы административные лишь частная форма служебныхъ повелѣній (Dienstbefehle) и отличаются отъ распоряженій, Verfügung, только тѣмъ, что установляютъ не частное велѣніе, а общее правило. Они имѣютъ поэтому обязательную силу только въ предѣлахъ самой администраціи, только для служащихъ. Ихъ санкціей служатъ только дисциплинарныя взысканія, налагаемыя за ихъ неисполненіе, какъ за нарушеніе служебнаго долга. Внѣ служебныхъ отношеній, для частныхъ лицъ административные указы никакой обязательности не имѣютъ. Для изданія такихъ административныхъ указовъ не требуется спеціальнаго полномочія отъ законодательной власти. Правительство издаетъ ихъ въ силу общаго полномочія управлять государствомъ, выполнять опредѣленныя задачи государственной дѣятельности.

Въ совершенно иныя условія поставлены указы юридическіе. Они только по формѣ своей указы, по содержанію это законъ. Установленіе юридическихъ нормъ по общему

[1]) Das Staatsrecht des deutschen Reich. 2 Auslage I, 1888. SS. 589—614.

принципу есть дѣло законодательной власти и потому для того, чтобы установить ихъ могла и исполнительная власть своимъ одностороннимъ актомъ, необходимо предоставленіе ей этого права конституціей или закономъ: При отсутствіи такого полномочія правительство не вправѣ издавать юридическихъ указовъ.

Правда и Лабандъ признаетъ, что „управленіе представляетъ не только примѣненіе и исполненіе, но вмѣстѣ съ тѣмъ развитіе и источникъ публичнаго права. Озабочиваясь въ предѣлахъ правомъ установленныхъ границъ удовлетвореніемъ государственныхъ и общественныхъ потребностей, оно приводитъ къ установленію новыхъ правоположеній". Но эта самостоятельная правотворящая дѣятельность управленія, внѣ спеціальныхъ на то полномочій законодательства, выражается, по мнѣнію Лабанда, не въ формѣ изданія юридическихъ указовъ, а въ формѣ образованія мало-по-малу административныхъ обычаевъ.

Установленное Лабандомъ различіе юридическихъ и административныхъ указовъ весьма скоро завоевало себѣ въ публицистической литературѣ права гражданства. За весьма немногими исключеніями [1]) эта классификація принята всѣми нѣмецкими публицистами. Она представляется въ самомъ дѣлѣ весьма удобной, потому что даетъ возможность яснѣе и опредѣленнѣе поставить вопросъ о взаимномъ соотношеніи указовъ и законовъ, такъ какъ, принявъ ее, нельзя уже обходить молчаніемъ вопросъ о возможности существованія указовъ, содержащихъ въ себѣ новыя юридическія нормы. Но установленіе этой классификаціи указовъ приводитъ только къ правильной и опредѣленной постановкѣ вопроса, а не даетъ еще и самаго рѣшенія вопроса.

И дѣйствительно, писатели, различающіе вслѣдъ за Лабандомъ административные и юридическіе указы, неодинаково

---

[1]) *Sarwey* Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 30 *Kirchenheim*, Einleitung S. 33. *Zorn*, Staatsrecht, I, S. 129. *Martitz* Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, 1880, B. XXXVI S. 207 Ueber den constitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht.

рѣшаютъ вопросъ о томъ, можетъ ли правительство самостоятельно, безъ прямого на то полномочія закономъ, издавать юридическіе указы? Самъ Лабандъ, какъ мы видѣли, рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно, безъ достаточной однако аргументаціи.

Въ его собственныхъ .положеніяхъ можно даже найти основанія для противоположнаго заключенія. Онъ самъ совершенно справедливо замѣчаетъ, что „границы между сферой закона и указа не неизмѣнны и вообще не опредѣлены точно. То, что первоначально было лишь измѣнчивымъ требованіемъ цѣлесообразности, правиломъ осуществленія функцій, возложенныхъ на учрежденія и должностныхъ лицъ, можетъ сдѣлаться постоянною и существенною частью публичнаго права даннаго государства.—Но покуда предписанія и постановленія (Anordnungen und Einrichtungen), относящіяся къ дѣятельности управляющихъ органовъ государства, не получатъ чрезъ посредство закона и обычая силы, такъ связывать управленіе, чтобы ограничивать полномочія государства въ отношеніи къ другимъ личностямъ, до тѣхъ поръ они не имѣютъ характера правоположеній“ [1]). Но само собой разумѣется, что если правила, опредѣляющія дѣятельность органовъ управленія, могутъ получить значеніе правоположеній не только въ силу закона, но и въ силу обычая, нельзя уже утверждать, чтобы право установлять указами юридическія нормы могло основываться исключительно на прямомъ уполномочіи законодателя. Обычай образуется независимо отъ воли законодателя.

Лабандъ представляетъ себѣ это такъ, будто бы правила указовъ, получающія помимо уполномочія законодатели значеніе правоположеній, дѣлаются таковыми не какъ постановленія указовъ, а какъ обычно—правовыя нормы. Но едва ли это возможно. Указъ установляетъ сразу общее руководящее правило; обычай слагается путемъ соблюденія опредѣленной нормы въ цѣломъ рядѣ частныхъ случаевъ. Указъ есть актъ государственной власти, сознательно направленный къ уста-

[1]) Das Staatsrecht des deutschen Reichs, I, S. 591.

новленію общаго руководящаго правила; обычай есть результатъ коллективной общественной дѣятельности, отнюдь не руководимой сознательнымъ намѣреніемъ создавать новыя юридическія нормы. Поэтому между возникновеніемъ юридическихъ нормъ въ формѣ указа и возникновеніемъ ихъ въ формѣ обычая нѣтъ никакого соотвѣтствія. И если Лабандъ вынужденъ въ своихъ объясненіяхъ обратиться къ понятію обычая, то это доказываетъ только невозможность объяснить всѣхъ явленій дѣйствительной жизни, допуская установленіе юридическихъ нормъ указомъ только по спеціальной делегаціи закона.

Защитникомъ возможности существованія самостоятельнаго права издавать юридическіе указы, независимо отъ какого-бы то ни было полномочія на то конституціи или закона явился прежде всего Арндтъ [1]). Но и онъ считаетъ существованіе такого права исключительнымъ явленіемъ, замѣчаемымъ только въ Англіи и Пруссіи и объясняемымъ историческими условіями: тѣмъ, что королевская власть въ этихъ государствахъ не опирается на постановленія конституціи, а существуетъ независимо отъ нея, и что законодательство этихъ государствъ не исходитъ изъ принципа народнаго верховенства, приводящаго къ низведенію короля до положенія простого исполнителя законодательныхъ постановленій. Во всѣхъ другихъ конституціонныхъ государствахъ, въ томъ числѣ и въ Германской имперіи, существуетъ только делегированное констуціей, право изданія юридическихъ указовъ [2]). Делегацію эту онъ усматриваетъ въ постановленіяхъ конституцій объ изданіи указовъ въ исполненіе законовъ [3]). Въ Германіи правительство не имѣетъ самостоятельнаго права издавать юридическіе указы, потому что сама имперія создана своей конституціей и до нея несуществовала [4]). Во Франціи и Бельгіи, потому что тамъ при-

[1]) *Arndt.* Das Verordnungsrecht des deutschen Reichs auf der Grundlage des preussischen und unter Berücksichtigung des fremdländischen Verordnungsrechts systematisch dargestellt. Berlin, 1884.

[2]) Ibidem, S. 7.

[3]) Ibidem, S. 74.

[4]) Ibidem, S. 13.

знано начало народнаго верховенства, потому что бельгійскій король не имѣетъ никакой власти по собственному праву, а только по уполномочію народа [1]). Почему нѣтъ самостоятельнаго права издавать юридическіе указы въ другихъ государствахъ, вовсе чуждыхъ идеи народнаго верховенства, напр. въ Вюртембергѣ, Арндтъ не объясняетъ. Такимъ образомъ его утвержденіе, что Пруссія и Англія составляютъ въ этомъ отношеніи исключеніе, остается недоказаннымъ.

Подобная недоговоренность, подобная готовность безъ достаточныхъ къ тому основаній признавать подмѣченное на дѣлѣ право изданія самостоятельныхъ указовъ за исключеніе могутъ быть объяснены именно только незнаніемъ, чѣмъ замѣнить въ теоретической постановкѣ вопроса несогласимую съ фактами дѣйствительной жизни старую теорію власти, какъ единой воли.

Такую же недоговоренность нельзя не замѣтить и въ ученіи объ указахъ Еллинека [2]), хотя его изслѣдованіе составляетъ несомнѣнно лучшее теоретическое разъясненіе вопроса.

Еллинекъ выясняетъ прежде всего что право изданія указовъ обусловливается самою природою государства [3]), что безъ него обойтись невозможно. Такой государственный порядокъ, при которомъ, въ прямую противоположность абсолютной монархіи, всѣ общія правила (Anordnungen) установлялись бы законодательнымъ путемъ, практически неосуществимъ, потому что противорѣчитъ всѣмъ существеннымъ свойствамъ человѣка. Никакая личность, а слѣдовательно и никакой органъ государственной власти, немыслимы безъ извѣстной доли свободной, т.-е. собственной иниціативы или хотя бы собственнымъ усмотреніемъ опредѣляемой дѣятельности. Нельзя личность такъ подчинить чужой волѣ, чтобы она во всемъ была бы только исполнителемъ этой воли. Въ этомъ убѣждаетъ

---

[1]) Ididem, S. 63.

[2]) *Jellinek*, Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage. Freiburg i. B. 1887.

[3]) Ibidem, S. 372. Das Verordnungsrecht durch die Natur der Staates selbst gegeben ist.

насъ повседневный опытъ. Одно и тоже порученіе, данное двумъ лицамъ, никогда не будетъ исполнено ими совершенно одинаково. Какъ нѣтъ на свѣтѣ двухъ безусловно одинаковыхъ предметовъ, такъ нѣтъ и двухъ абсолютно схожихъ дѣйствій.

Еще менѣе возможно всю дѣйствительную жизнь государства подчинить a priori безусловному руководительству закона. Несмотря на существованіе частныхъ законовъ, въ преобладающемъ числѣ случаевъ законъ все-таки представляется абстрактнымъ правиломъ, необладающимъ достаточною гибкостью для приспособленія къ быстро мѣняющимся конкретнымъ потребностямъ государства. Аппаратъ законодательства слишкомъ тяжелъ и малоподвиженъ, чтобы съ надлежащей быстротой удовлетворять потребностямъ каждаго случая. Поэтому органы управленія не могутъ быть только исполнителями выразившейся въ законѣ воли государства. Государство немыслимо безъ правительства, надѣленнаго правомъ свободной, хотя и не произвольной дѣятельности, выражающейся въ такихъ актахъ, которые исходятъ изъ собственной, односторонней воли органовъ управленія. Поэтому указы служатъ не только къ опредѣленію исполненія законовъ, но и для выраженія собственной, самостоятельной воли правительства и содержаніе такихъ указовъ не опредѣляется, а только ограничивается закономъ [1]). При этомъ указы могутъ быть какъ административные, такъ и юридическіе [2]).

Но въ какомъ же отношеніи стоятъ юридическіе указы къ законодательству? Могутъ ли они быть издаваемы правительствомъ только по особому уполномочію законодателя или и по самостоятельному праву? Такъ какъ право изданія законовъ Еллинекъ признаетъ вытекающимъ изъ самой природы государства, то можно бы было ожидать, что онъ признаетъ за правительствомъ въ этомъ отношеніи самостоятельное право, независимое отъ спеціальной делегаціи законодателя. Однако-

---

[1]) Ibidem, S. 360, 370.
[2]) Ibidem, S. 384.

же непосредственно вслѣдъ за указаніемъ необходимости, неизбѣжности изданія указовъ, онъ говоритъ, что „конституція *должна*, прямо или косвенно, предоставить правительству право изданія указовъ“ [1]) и оспариваетъ мнѣніе Арндта о возможности существованія права изданія указовъ praeter legem [2]) А нѣсколько раньше, въ главѣ, посвященной теоретическому выясненію понятія закона, прямо утверждаетъ, что установленіе юридическихъ нормъ должно всегда основываться на законѣ или прямо, или косвенно, когда законодатель предоставляетъ право установленія юридическихъ нормъ другимъ органамъ. [3]) Но затѣмъ, безъ всякаго ближайшаго объясненія, на ряду съ закономъ ставится обычай, которымъ яко бы также можетъ обосновывать право изданія указовъ. [4]) Однако, если правительство можетъ получать право изданія юридическихъ указовъ не только въ силу постановленія о томъ закона, но и въ силу обычая, оно очевидно можетъ пользоваться этимъ правомъ независимо отъ закона, praeter legem.

4.

Итакъ, въ послѣдовательномъ своемъ развитіи политическія теоріи континента, начавшія съ полнаго отрицанія за исполнительною властью права издавать какія-либо общія правила, приходятъ теперь къ признанію указной власти все въ болѣе и болѣе широкомъ объемѣ. Эта перемѣна въ ученіи объ указахъ совпала съ установленіемъ новаго взгляда на общій характеръ функцій исполнительной власти.

Болѣе внимательное отношеніе къ фактамъ дѣйствительной государственной жизни привело современную политическую теорію къ признанію невозможности осуществить такой порядокъ вещей, при которомъ исполнительная власть ограничивалась бы ролью простого пассивнаго исполнителя закона. И

[1]) Ibidem, S. 372.
[2]) Ibidem, S. 373.
[3]) Ibidem, S. 255.
[4]) Ibidem, S. 373.

если въ современной литературѣ удерживается по старому названіе исполнительной власти, то ему придаютъ уже другое значеніе. Исполнительная власть признается исполнительницей не законовъ только, а вообще задачъ государственной жизни [1]).

Прежній взглядъ на чисто пассивную роль исполнительной власти, по справедливому замѣчанію Еллинека [2]), прежде всего противорѣчитъ самой человѣческой природѣ. Органы административной власти состоятъ изъ людей, а личность немыслима безъ нѣкоторой доли свободной, слѣдовательно собственной, самостоятельной иниціативы. Личность не можетъ дѣйствовать, какъ машина. Вотъ почему одно и то же порученіе, данное нѣсколькимъ лицамъ, если и приведетъ въ своемъ осуществленіи къ одному и тому же результату, то все же въ способахъ осуществленія всегда окажутся различія.

Къ этому психологическому соображенію присоединяются другія, основанныя на практическихъ условіяхъ государственнаго быта. Управленіе, какъ непосредственное осуществленіе задачъ государственной жизни, составляетъ необходимое условіе самаго существованія государства. Государство не можетъ жить не охраняя своей цѣлости, не развивая своего могущества, не удовлетворяя насущнымъ потребностямъ общественной жизни. Дѣятельность законодательства можетъ на время пріостановиться безъ того, чтобы государство распалось, погибло. Но если не будетъ вовсе управленія, не будетъ и государства. Бытіе государства только и проявляется въ его дѣятельности. Государство лишь постольку и существуетъ, поскольку оно дѣйствуетъ, властвуетъ, правитъ. Поэтому для того, чтобы существовало государство, должно совершаться управленіе. Поэтому управленіе не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ всегда болѣе или менѣе случайнаго существованія закона предусматривающаго данный случай, встрѣтившіяся въ практикѣ. Управляя, приходится на каждомъ

[1]) *Pötzl*, Krit. Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswiss. V, 2. H. S. 213.

[2]) Gesetz und Verordnung, 369.

шагу дѣлать выборъ между нѣсколькими возможными способами дѣйствовать, на каждомъ шагу становиться въ тѣ или другія отношенія къ гражданамъ. Между тѣмъ, закона, опредѣляющаго способъ осуществленія задачъ управленія и отношенія администрацій въ ея дѣятельности къ гражданамъ, можетъ и не оказаться. А задачи государственной жизни должны быть осуществлены во что бы то ни стало. Онѣ не ждутъ, ихъ нельзя откладывать по произволу. Администраціи приходится въ такихъ случаяхъ дѣйствовать самостоятельно, по собственной иниціативѣ, не дожидаясь когда появится соотвѣтствующій законъ.

Да если законъ и имѣется, онъ не можетъ напередъ съ такою подробностью предусмотрѣть все измѣнчивое разнообразіе конкретныхъ условій административной дѣятельности, чтобы осуществленіе ея задачъ могло быть достигнуто простымъ пассивнымъ примѣненіемъ закона.

Въ настоящее время, на основаніи не разъ повторявшагося опыта, признано рѣшительно невозможнымъ даже дѣятельность судьи свести къ чисто пассивному механическому примѣненію закона. А судья имѣетъ дѣло съ однимъ только правомъ. Его задача, поэтому, гораздо проще и, такъ сказать, одностороннѣе задачи администратора, обязаннаго соображаться не съ однѣми юридическими нормами, но и съ требованіями цѣлесообразности. Кромѣ того, задача администратора не въ томъ только, чтобы установить юридическую квалификацію даннаго случая, а въ томъ, чтобы достигнуть опредѣленнаго практическаго результата. Судья только подводитъ чужія дѣйствія подъ абстрактныя опредѣленія закона —и все-таки нуждается въ извѣстной самостоятельности. Во сколько же разъ больше надо ея администратору, который самъ призванъ дѣйствовать, которому приходится совершать не логическую операцію подведенія частнаго подъ общее, а дѣлать практическое дѣло, добиваться опредѣленныхъ результатовъ?

Итакъ, администрація немыслима безъ собственной самостоятельной иниціативы. Ея дѣятельность не можетъ быть

только исполненіемъ закона. Весьма многое въ ней по необходимости опредѣляется собственнымъ свободнымъ усмотрѣніемъ администраціи. Если же мы обратимъ вниманіе на особенности устройства исполнительной власти, мы поймемъ, что это необходимая, присущая управленію самостоятельность не можетъ не проявиться и въ установленіи администраціею общихъ правилъ для своей дѣятельности. Организація исполнительной власти вся разсчитана на то, чтобы всѣ ея части, всѣ органы, сверху до низу, подчинялись одному импульсу, идущему сверху, чтобы низшіе органы были руководимы высшими, чтобы высшіе органы направляли дѣятельность низшихъ, указуя имъ цѣли, средства и направленіе, въ какомъ слѣдуетъ дѣйствовать. Поэтому въ основу административной организаціи положено начало іерархической подчиненности. Низшіе органы дѣйствуютъ по повелѣнію и по указаніямъ высшихъ. У высшихъ органовъ, конечно, не хватило бы ни силъ, ни времени, еслибы они стали давать такія указанія по каждому частному случаю. Уже для того, чтобы было возможнымъ справиться съ руководительствомъ многочисленными подчиненными органами, необходимо давать имъ не не частныя, а общія указанія, предписывать имъ общія правила ихъ дѣятельности. Къ этому привходятъ еще выгоды однообразной дѣятельности всѣхъ подчиненныхъ органовъ, приводящей ихъ дѣйствія къ согласію и единству и вносящей въ общественную жизнь извѣстную опредѣленность и устойчивость.

Такимъ образомъ само собой складывается, что и исполнительная власть не только дѣлаетъ частныя распоряженія, но устанавливаетъ и общія правила, и чѣмъ шире развивается управленіе, чѣмъ разнообразнѣе его задачи, тѣмъ большее развитіе получаетъ и нормирующая дѣятельность администраціи. При узкости задачъ управленія въ античномъ или средневѣковомъ государствѣ фактъ этотъ еще могъ укрыться отъ глазъ наблюдателя но въ современныхъ государствахъ, съ ихъ широко развитымъ управленіемъ, установленіе администраціей и общихъ правилъ принимаетъ такіе размѣры,

становится такимъ бьющимъ въ глаза фактомъ, что не замѣчать его или игнорировать представляется уже совершенно невозможнымъ.

Одинъ только вопросъ остается теперь спорнымъ: вопросъ о томъ, можетъ ли правительство своими указами самостоятельно установлять юридическія нормы? Большинство современныхъ государствовѣдовъ полагаютъ, что самое различіе законодательства и управленія предполагаетъ уже недопустимость установленія юридическихъ нормъ иначе какъ законодательнымъ порядкомъ, что иначе самое это различіе не имѣло бы смысла.

Однако въ дѣйствительности во всѣхъ государствахъ можно указать случаи несомнѣннаго установленія юридическихъ нормъ указами. Факта этого игнорировать невозможно. И вотъ въ объясненіе его выставляютъ то соображеніе, что хотя по праву установленіе юридическихъ нормъ принадлежитъ исключительно одной законодательной власти, но она можетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ делегировать осуществленіе этого права правительству.

Подобныя полномочія дѣйствительно встрѣчаются очень часто и въ законахъ, и въ конституціяхъ. Но ссылкой на нихъ нельзя согласить факта установленія юридическихъ нормъ исполнительной властью съ принципомъ раздѣленія властей, понимаемомъ въ томъ смыслѣ, что право можетъ творить одна только законодательная власть. Вѣдь если такъ, законодатель не долженъ и самъ передавать осуществленіе своего исключительнаго права исполнительной власти, какъ это и признаютъ болѣе послѣдовательные представители конституціонной теоріи, напр. Ренне. Если функціи исполненія и установленія юридическихъ нормъ не соединимы, какимъ образомъ онѣ могутъ соединяться въ отдѣльныхъ случаяхъ по усмотрѣнію законодателя? Если весь смыслъ обособленія законодательной власти въ томъ, чтобы она одна установляла всѣ юридическія нормы, какимъ образомъ она можетъ сама отказываться отъ выполненія части своихъ функцій? Чтобы объяснить возможность подобной делегаціи, необходимо прежде допустить вообще возможность совмѣщенія функціи исполненія съ функціей законодательства, возможность того, что не одна законодательная

власть творитъ право, т. е. отказаться отъ того самаго положенія, которое служитъ основаніемъ отрицанія возможности установленія юридическихъ нормъ исполнительной властью безъ особой на то делегаціи законодателя. Къ тому же делегаціей нельзя объяснить интересующіе насъ факты и потому, что установленіе юридическихъ нормъ исполнительною властью совершается заурядъ и безъ всякаго уполномочія на то со стороны законодателя. Въ объясненіе этого говорятъ, что уполномочіе можетъ выразиться не только въ постановленіи закона, но также и въ обычаѣ. Этимъ, конечно, до-нельзя расширяется понятіе делегаціи и при томъ такъ, что оно теряетъ всякій опредѣленный смыслъ. Въ самомъ дѣлѣ делегировать, передавать право можетъ только тотъ, кто его имѣетъ. А обычай создается во всякомъ случаѣ не законодателемъ. Старыя допухтовскія ученія о согласіи законодателя на образованіе обычая похоронены теперь безвозвратно. Обычай творитъ тотъ, кто совершаетъ образующія его однородныя дѣйствія. Слѣдовательно, въ данномъ случаѣ, творцомъ обычая является сама исполнительная власть, установляющая своими указами юридическія нормы. Выходитъ, что чрезъ посредство обычая исполнительная власть делегируетъ себѣ непринадлежащее ей право установлять юридическія нормы. Признать, что делегація законодательнаго права можетъ совершиться путемъ обычая, значитъ косвенно допустить установленіе юридическихъ нормъ и безъ делегаціи.

Вся эта теорія делегаціи такъ искуственна и произвольна, что, конечно, не могла бы имѣть успѣха, еслибы къ принятію ея не было нѣкоторыхъ особыхъ причинъ, неимѣющихъ никакого отношенія къ внутреннему достоинству самой теоріи. Причины эти заключаются все въ томъ же установившемся пониманіи государственной власти, какъ единой воли. Прежде, при господствѣ отвлеченно построенныхъ теорій, не считавшихся вовсе съ дѣйствительностью и потому болѣе стройныхъ и послѣдовательныхъ, соотношеніе законодательной и исполнительной власти сводили просто къ соотношенію общаго и частнаго, какъ различныхъ моментовъ единой воли. Одна и

та же воля въ законѣ проявляется въ общей формѣ, въ актахъ исполнительной власти—въ примѣненіи къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ.

Когда же ближайшее изученіе дѣйствительности заставило признать фактъ изданія исполнительною властью и указовъ, спасти объясненіе власти, какъ единой воли, думаютъ тѣмъ, что содержаніе указовъ ограничиваютъ лишь опредѣленіемъ технической стороны исполненія.

Общія техническія правила, установляемыя указами, считаются выраженіемъ не воли государства, а воли отдѣльныхъ личностей призванныхъ осуществлять волю государства [1]). Однако, въ дѣйствительности указами установляются не одни техническія правила, а также и юридическія нормы. Чтобы объяснить это и прибѣгаютъ къ фикціи законодательной делегаціи.

Въ сущности это пониманіе власти, какъ единой воли противорѣчитъ не только факту изданія указовъ, но и вообще факту обособленія властей. Если исполнительная власть должна быть только исполнителемъ закона, она очевидно теряетъ всякую самостоятельность въ отношеніи къ законодательной и не можетъ быть особою властью. Послѣдовательные сторонники пониманія, государственной власти, какъ единой воли, такъ и смотрѣли на дѣло, совершенно отвергая теорію обособленія властей. Опредѣляя власть, какъ единую волю, они считаютъ государственное властвованіе безусловно недѣлимымъ. Всѣ акты властвованія, какъ бы они ни были различны, признаются проявленіями одной и той же господствующей воли.

Разбирая съ такой точки зрѣнія самое ученіе Монтескье, находятъ въ немъ неразрѣшимыя внутреннія противорѣчія. Знаменитая одиннадцатая книга Духа законовъ признается крайне поверхностнымъ и совершенно непродуманнымъ про-

[1]) Всего опредѣленнѣе такой взглядъ выраженъ у *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Recht, 1892, S. Nur die befehlende, ordnende, leitende Thätigkeit ist staatlicher Art. Wissenschaftliche, künstlerische, technische Verrichtungen bleiben Aktionen der Individuen, die vom Staate zwar angeordnet aber nicht vollzogen werden können. Nur das, nicht wie sie stattfinden, ist staatliches Werk. Sie sind, so weit sie überhaupt staatlich relevant sind, Vollziehung staatlichen Willens, nicht staatlicher Wille selbst.

изведеніемъ, обнаруживающимъ въ авторѣ не только непослѣдовательность, но и совершенное непониманіе дѣйствительности.

Однако, рядомъ съ этимъ, ни одно изложеніе государственнаго права не обходится безъ различенія, по примѣру Монтескье, законодательства, исполненія, суда; безъ признанія первой, безусловно необходимой гарантіей законности, независимости суда; безъ указанія на обособленіе законодательства исполненія, какъ на характерный отличительный признакъ конституціоннаго строя. Попробуйте отбросить всѣ эти понятія, коренящіяся въ теоріи Монтескье, и вамъ шагу нельзя будетъ ступить въ объясненіи явленій современной государственной жизни.

Правда, нѣкоторые думаютъ устранить это противорѣчіе тѣмъ, что признаютъ законодательство, управленіе, судъ не отдѣльными, самостоятельными властями, а особыми функціями единой власти. Однако, при этомъ не объясняютъ, что надо понимать подъ отдѣльными функціями власти, если сама власть — воля. Психологи представляютъ себѣ волю, или какъ особую функцію нераздѣльнаго духа, или какъ отдѣльную способность духа, но во всякомъ случаѣ характеризуемую именно тѣмъ, что это способность, производящая опредѣленную функцію душевной дѣятельности. Другими словами, какой бы кто психологической теоріи ни держался, всѣ считаютъ отличительнымъ признакомъ воли опредѣленную функцію. Терминомъ воли обозначается или способность, выполняющая волевую функцію, или совокупность явленій, представляющихъ собою осуществленіе этой функціи. Поэтому едвали ссылка на то, что обособленіе законодательства, суда, управленія, обусловливается обособленіемъ разнородныхъ функцій властвующей воли, что нибудь можетъ объяснить въ этомъ вопросѣ.

Въ виду этого позволительно усомниться, точно ли теорія Монтескье уже такъ несостоятельна и не слѣдуетъ ли скорѣе усомниться въ правильности противорѣчащаго ей пониманія государственной власти, какъ единой воли?

5.

Если обратиться къ Монтескье, мы увидимъ, что самъ онъ не даетъ вовсе общаго опредѣленія власти, pouvoir, и въ изложеніи своемъ очевидно не всегда разумѣетъ подъ pouvoir одно и то же. Въ XI книгѣ Духа законовъ pouvoir обозначаетъ собственно функціи государственныхъ учрежденій. Потому онъ говоритъ не о *раздѣленіи власти*, а *о распредѣленіи властей* [1]). Поэтому распредѣленіе властей онъ считаетъ возможнымъ и необходимымъ не только въ отношеніи къ общему государственному управленію, но и къ управленію мѣстному. Вся XIX глава XI книги посвящена вопросу о распредѣленіи властей въ управленіи римскихъ провинцій. Монтескье указываетъ на отсутствіе должнаго распредѣленія и обусловленной имъ гармоніи трехъ властей, какъ на существенный недостатокъ провинціальнаго управленія, очевидно разумѣя подъ властью не объединяющую все государство силу, а только функціи органовъ власти [2]).

Во второй книгѣ, гдѣ говорится о различіи формъ правленія, Монтескье разумѣетъ подъ pouvoirs самыя государствен-

---

[1]) l. XI ch. XX. Je voudrais rechercher, dans tout les gouvernements modérés que nous connaissons, quelle est *la distribution des trois pouvoirs*. Ср. также ch. VII, XI, XII, XIV, XVIII и XIX. Въ ch. VI говорится также объ отдѣленіи, separer, но никогда о раздѣленіи, division, и это тѣмъ болѣе заслуживаетъ вниманія, что въ болѣе раннемъ своемъ произведеніи Considération sur les causes de la grandeur des romains, ch. XI онъ говорилъ еще о раздѣленіи власти: les lois de Rome avaient sagement *divisé la puissance publique* en un grand nombre de magistratures qui se soutenaient, s'arrêtaient et se tempéraient l'un l'autre. Конечно, не ненамѣренно съ болѣе обстоятельнымъ выясненіемъ своихъ идей, Монтескье замѣнилъ „division de la puissance publique", болѣе подходящимъ выраженіемъ: „distributions des trois pouvoirs". Во французской литературѣ принципъ Монтескье обозначается какъ séparation des pouvoirs. Принятое у насъ обозначеніе „раздѣленіе властей" представляетъ переводъ собственно нѣмецкаго выраженія „Theilung der Gewalten". Любопытно, что и французскій переводчикъ Блунчли A. de Riedmateen говоритъ не „separation", а „division des pouvoirs".

[2]) l. XI, ch. XIX. C'est ainsi que les trois pouvoirs furent distribués dans la ville; mais il s'en faut bien qu'ils le fussent de même dans les provinces. La liberté était dans le centre, et la tyrannie aux extremités.

ныя учрежденія. Въ этомъ смыслѣ признаетъ онъ „власти посредствующія, подчиненныя и зависимыя“, чрезъ которыя, какъ чрезъ каналы, изливается власть государя необходимою принадлежностью монархіи. И къ числу этихъ посредствующихъ властей онъ прямо относитъ сословныя учрежденія дворянства, духовенства, городовъ [1]).

Употребляя такимъ образомъ слово pouvoir въ существенно различныхъ значеніяхъ, Монтескье, однако, положительно избѣгаетъ примѣнять его для обозначенія единой государственной власти, какъ основы государственнаго единства. Въ первой книгѣ, гдѣ рѣчь идетъ объ естественномъ состояніи и возникновеніи государствъ въ силу соединенія отдѣльныхъ личностей, Монтескье эту объединяющую власть называетъ не pouvoir, а „force générale“ и „puissance politique“ [2]). Тоже словоупотребленіе и во второй книгѣ; и тамъ объединяющая государственная власть называется не pouvoir, а puissance [3]).

Поэтому едва ли въ ученіи Монтескье можно видѣть внутреннее самопротиворѣчіе. Указывая въ XI книгѣ на существованіе въ каждомъ государствѣ трехъ родовъ властей (trois sortes de *pouvoirs*), онъ, очевидно, подъ „властями“ разумѣетъ здѣсь нѣчто иное, чѣмъ когда въ первой книгѣ

---

[1]) l. II, ch. IV. Les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants, constituent la nature du gouvernement monarchique, c'est-à-dire de celui où un seul gouverne par des lois fondamentales. — Ces lois fondamentales supposent nécessairement des canaux moyens par où coule la puissance: car s'il n'y a dans l'état que la volonté momentanée et capricieuse d'un seul, rien ne peut être fixe, et par conséquence aucune loi fondamentale. — Abolissez dans une monarchie les prérogatives des seigneurs, du clergé, de la noblesse et des villes, vous aurez bientôt un état populaire, ou bien un état despotique.

[2]) l. I, ch. III. La force générale peut être placée entre les mains d'un seul, ou entre les mains des plusieurs.—La puissance politique comprend nécessairement l'union des plusieurs familles.

[3]) l. II, ch. II. Lorsque le peuple en corps a la souveraine puissance, c'est une démocratie. ch. III. Dans l'aristocratie, la souveraine puissance est entre les mains d'un certain nombre de personnes. Только въ пятой главѣ, опредѣляя природу деспотіи, Монтескье, вмѣсто puissance, говоритъ pouvoir despotique конечно потому, что отличіе деспотіи отъ монархіи онъ видѣлъ не въ томъ, кому принадлежитъ объединяющая власть управленія, а въ отсутствіи должнаго распредѣленія функцій. Il résulte de la nature du pouvoir despotique, que l'homme seul qui l'exerce le fasse de même exercer par un seul.

объясняетъ возникновеніе государства соединеніемъ индивидуальныхъ силъ въ одну общую власть (la force générale, la puissance politique). Puissance имѣетъ у Монтескье совершенно общее значеніе. Pouvoirs обозначаетъ у него или функціи государственныхъ учрежденій (l. XI), или сами государственныя учрежденія (l. II), но только не объединяющую государство силу, которой присвоивается, напротивъ, наименованіе la force générale. Единая государственная власть и въ монархіи, и въ деспотіи принадлежитъ одному лицу. Но въ деспотіи нѣтъ правильнаго распредѣленій функцій между различными учрежденіями. Въ монархіи же государь, самъ непосредственно осуществляя законодательную и исполнительную функціи, судебную по крайней мѣрѣ предоставляетъ осуществлять подданнымъ [1]). Обезпеченіе свободы вообще зависитъ не отъ того, кому принадлежитъ объединяющая государственная власть, а отъ того, какъ распредѣлены между отдѣльными государственными учрежденіями различныя функціи. Поэтому и республика можетъ не быть свободнымъ государствомъ, если въ ней не будетъ установлено должнаго распредѣленія функцій [2])

Но если въ ученіи Монтескье нѣтъ прямого противорѣчія, оно дѣйствительно представляется весьма неопредѣленнымъ. Онъ различаетъ государственную власть (puissance politique) и различныя функціи государственныхъ учрежденій, но не выясняетъ вовсе ихъ взаимнаго соотношенія. Я думаю, онъ обошелъ этотъ вопросъ, потому что исходилъ изъ готоваго понятія государственной власти, какъ единой воли, господствующей надъ всѣми гражданами государства. Такое пониманіе и тогда уже, какъ и теперь, было общепринятымъ. Между тѣмъ, основанное на совершенно отвлеченномъ построеніи, это пониманіе государственной власти, какъ единой господствующей воли, совершенно не мирится съ ученіемъ о

[1]) l. XI, Dans da plupart des royaumes de l'Europe, le gouvernement est modéré, parce que le prince, qui a les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets l'exercice du troisiéme.

[2]) l. XI ch. IV, La democratie et l'aristocratie ne sont point des états libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve pas que dans les gouvernements modérès

распредѣленіи и равновѣсіи функцій власти, почерпнутымъ Монтескье не изъ отвлеченныхъ построеній, а изъ наблюденія исторической дѣйствительности.

И, повидимому, самъ Монтескье смутно чувствовалъ несогласимость такого пониманія власти, какъ объединяющей воли, съ своимъ ученіемъ о распредѣленіи властей. Онъ нигдѣ не даетъ прямо такого опредѣленія власти. Онъ говоритъ только, и то не прямо отъ себя, а словами Гравины „соединеніе частныхъ воль образуетъ гражданское состояніе".

А въ другихъ сочиненіяхъ Монтескье можно найти прямыя указанія на сомнѣнія съ его стороны въ правильности такого пониманія государственной власти, какъ всеобъединяющей и надъ всѣмъ господствующей воли. Такъ въ IX главѣ своихъ Considerations sur les causes de la grandeur des romains онъ говоритъ, что дѣйствительное единство государства есть единство гармоніи, приводящей совершенно повидимому противоположные элементы къ служенію одной цѣли. Напротивъ при азіатскомъ деспотизмѣ, т.-е. при всякомъ правленіи неограниченномъ, въ дѣйствительности всегда существуетъ рознь [1]). Единство согласія, гармоніи можетъ, конечно, существовать и при нѣсколькихъ властяхъ, и даже предполагаетъ ихъ. И Монтескье дѣйствительно представлялъ себѣ дѣло такъ, что надлежащее распредѣленіе трехъ властей должно дать въ результатѣ ихъ согласіе, гармонію [2]).

[1]) Вотъ это замѣчательное мѣсто: Ce qu'on appelle union, dans un corps politique, est une chose trés équivoque; la vraie est une union d'harmonie, qui fait que toutes les parties, quelques opposées qu'elles nous paraissent, concourent au bien général de la societé, comme des dissonances dans la musique concourent à l'accord total. Il peut y avoir de l'union dans un état où l'on ne croit voir que du trouble, c'est à dire une harmonie, d'où resulte le bonheur, qui seul est la vraie paix. Il en est comme des parties de cet univers, eternellement liées par l'action des unes et réaction des autres.— Mais, dans l'accord du despotisme asiatique, c'est-à-dire de tout gouvernement, qui n'est pas modéré, il y a toujours une division reelle. Le laboureur, l'homme de guerre, le negociant, le magistrat, le noble ne sont joints que parce que les uns oppriment les autres sans resistance; et si l'on y voit de l'union, ce ne sont pas des citoyens qui sont unis, mais des corps morts ensevelis les uns auprès des autres.

[2]) Esprit des lois, l., XI, ch. VIII (concert) ch. XII и ch. XIX (harmonie des trois pouvoirs).

Приглядываясь внимательнѣе къ тремъ главнымъ произведеніямъ Монтескье, Lettres persanes (1721), Considérations sur la grandeur des Romains (1734) и L'esprit des lois (1748), можно прослѣдить, какъ постепенно назрѣвала у него идея о необходимости надлежащаго распредѣленія властей.

Въ Lettres persanes, появившихся за долго до поѣздки Монтескье въ Англію, идея распредѣленія и равновѣсія властей высказывается еще съ большой нерѣшительностью. Монтескье и тогда уже считалъ извѣстное распредѣленіе властей между государемъ и народомъ необходимой принадлежностью правильной монархіи. Но онъ самъ же при этомъ выражаетъ сомнѣніе въ возможности сохранить равновѣсіе властей [1]). Любопытна также при этомъ попытка обосновать требованіе ограниченія власти еще совершенно въ духѣ господствовавшей тогда договорной теоріи государства: люди не могутъ предоставить правительству безграничную власть надъ собой, потому что сами ея не имѣютъ, напр., не могутъ лишать себя жизни [2]).

Въ Considerations sur la grandeur des Romains, написанныхъ уже по возвращеніи изъ Англіи, государственное устройство, основанное на равновѣсіи властей, уже безо всякихъ оговорокъ признается лучшимъ и выше всѣхъ ставится англійская конституція. Иначе объясняетъ тутъ Монтескье и основанія необходимости ограниченія власти. Онъ находитъ это основаніе въ необходимыхъ для общественной жизни разнообразіи и взаимной борьбѣ различныхъ элементовъ

[1]) L. CIII. La plupart des gouvernements d'Europe sont monarchique ou plutôt sont ainsi appelés: car je ne sais pas s'il y en a jamais eu véritablement de tels; au moins est-il impossible qu'ils aient subsisté long-temps dans leur purité. C'est un état violent qui dégènére toujours en despotisme ou en republique. La puissance ne peut être jamais être également partagée entre le peuple et le prince; l'equilibre est trop difficile à garder: il faut que le pouvoir diminue d'un côté pendant qu'il augmente de l'autre mais l'avantage est ordinairement du côté du prince, qui est à la téte des armées.

[2]) L. CV. Nous ne pouvous pas, disent-ils (les anglais), donner à un autre plus de pouvoir sur nous que nous n'en avons nous-mêmes: or nous n'avons pas sur nous-mêmes un pouvoir sans bornes; par exemple, nous ne pouvons pas nous ôter la vie: personne n'a donc, concluent-ils, sur la terre un tel pouvoir.

обществъ [1]). Но равновѣсіе властей понимается тамъ еще какъ раздѣленіе единой государственной власти [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ монарху считается подобающей не исполнительная власть, а законодательная власть [3]). Наконецъ, въ Духѣ законовъ „раздѣленіе властей“ замѣняется „распредѣленіемъ властей“, и монархъ, какъ единоличный органъ, признается болѣе пригоднымъ къ осуществленію исполнительной функціи.

Для надлежащаго пониманія воззрѣній Монтескье необходимо всегда имѣть въ виду, что общихъ вопросовъ о природѣ государства, государственной власти, права, онъ самостоятельно не изслѣдовалъ. Онъ бѣгло останавливается на нихъ въ первой книгѣ Духа законовъ, состоящей всего изъ трехъ главъ и вообще самой короткой во всемъ сочиненіи, и ограничивается при этомъ повтореніемъ распространенныхъ тогда воззрѣній объ естественномъ состояніи и естественномъ правѣ, воззрѣній,—которыя такъ рѣзко противорѣчатъ всему способу его изслѣдованія, его положительному, историческому направленію. Но этими общими вопросами онъ не интересовался [4]). Какъ настоящій положительный изслѣдователь, онъ вездѣ останавливается не на общей природѣ государства, а на его формахъ,

---

[1]) Ch. IX. On n'entend parler, dans les auteurs, que des divisions qui perdirent Rome; mais on ne voit pas que ces divisions y êtaient necessaires, qu'elles y avaient toujours été et qu'elles y doivent toujours être.—Pour règle générale, toutes les fois qu'on verra tout le monde tranquille dans un état qui se donne le nom république, on peut être assuré que la liberte n'y est pas.

[2]) Ch. XI. Les lois de Rome avoient sagement *divisé la puissance publique*. Ch. VIII. Le gouvernement d'Angletterre est plus sage, parce qu'il y a un corps qui l'examine continuellement, et qui s'examine continuellement lui même.

[3]) Ch. XVI. Les rois d'Europe—législateurs, et non pas exécuteurs de la loi, princes, et non pas juges.

[4]) Вся первая книга Духа законовъ есть лишь невольная дань установившимся тогда пріемамъ построенія политическихъ трактатовъ. Въ ученомъ трактатѣ безъ этого обойтись было трудно, но въ Lettres persanes, l. XCV, признается совершенно праздным вопросъ о происхожденіи государства: Je n'ais jamais ouï parler du droit public qu'on n'ait commencé par rechercher soigneusement quelle est l'origine des sociétés, ce que me parait ridicule. Si les hommes n'en formaient point, s'ils se quittaient et se fugaient les uns les autres, il faudrait en demander la raison, et chercher pourquoi ils se tiennent separés.

не на понятіи власти, а на ея функціяхъ, не на опредѣленіи права, а на выясненіи его зависимости отъ условій общественнаго быта [1]).

Выводы, къ какимъ онъ пришелъ, по главному вопросу о распредѣленіи функцій между государственными учрежденіями, оказались несогласимыми съ общепринятымъ пониманіемъ государственной власти, какъ надъ всѣмъ господствующей и все объединяющей воли, недопускающей дробленія на независимыя взаимно сдерживающія власти. Но доказываетъ ли это само по себѣ ошибочность выводовъ Монтескье? Конечно, нѣтъ. Рѣшеніе частныхъ вопросовъ не должно быть предопредѣляемо отвлеченными обобщеніями. Напротивъ, сами эти обобщенія подлежатъ повѣркѣ въ примѣненіи къ частнымъ вопросамъ и могутъ быть удерживаемы какъ научныя обобщенія, только если выдержатъ такую повѣрку.

Къ тому же пониманіе государственной власти, какъ единой надо всѣмъ господствующей воли, оказывается въ противорѣчіи не съ однимъ только раздѣленіемъ властей. Если власть, какъ единая воля, не можетъ быть дѣлима, то точно также она не можетъ быть и сочетаніемъ разныхъ воль. Поэтому пониманіе власти, какъ единой воли, исключаетъ возможность объяснить существованіе смѣшанныхъ формъ правленія. И послѣдовательные представители этого воззрѣнія, начиная съ Бодена, дѣйствительно отвергаютъ понятіе о смѣшанной формѣ правленія, какъ логическую несообразность.

Да и организація всякаго вообще государства представляетъ много такого, что совершенно не мирится съ представленіемъ о власти, какъ объ единой воли. Если государственная власть— единая воля, всѣ государственныя учрежденія должны быть понимаемы какъ органы этой единой воли. Но единая воля не

---

[1]) Не совсѣмъ вѣрное пониманія ученіе Монтескье объясняется тѣмъ, что обыкновенно кромѣ II, III, и XI, другихъ книгъ Духа законовъ не читаютъ; до того не читаютъ, что Гумиловичъ (Rechtsstaat und Socialismus, 1881, s. 142) даже ставитъ въ особую заслугу Монтескье то, будто бы онъ ничего не говоритъ объ естественномъ состояніи! Es ist ein Verdienst Montesquieu's dass er sich in die abgeschmackten Abstractionen über den Naturzustand der Menschen nicht eingelassen hat.

можетъ сама съ собой приходить въ столкновеніе, не можетъ въ отношеніи къ самой себѣ имѣть права. Между тѣмъ, отдѣльныя государственныя учрежденія вездѣ надѣлены правами; ихъ взаимныя отношенія регулируются юридическими нормами; споръ между ними объ ихъ правахъ и обязанностяхъ настолько обычное и неустранимое явленіе, что для разрѣшенія такихъ положительныхъ и отрицательныхъ конфликтовъ вездѣ установлены особые органы и процедура. Подобныя отношенія, слагающіяся изъ правъ и обязанностей, конечно, никакъ не могутъ быть объяснены какъ отношенія между органами одной и той же воли.

Наконецъ, и сама по себѣ эта волевая теорія власти не представляется достаточно ясной и опредѣленной.

Вопросъ о томъ, какъ собственно слѣдуетъ представлять эту волю, составляющую сущность государственной власти, оказывается крайне спорнымъ и недостаточно выясненнымъ. Послѣдовательное развитіе современной теоріи власти представляетъ постоянныя колебанія между двумя противоположными воззрѣніями; то самому государству присвоиваютъ волю, господствующую надъ всѣми его частями и объединяющую его въ одно цѣлое. То, напротивъ, государственной властью считаютъ волю правительства, господствующую надъ государствомъ, какъ цѣлымъ. Государственною властью признаютъ то волю конкретныхъ личностей, составляющихъ государство, то волю абстрактной личности государства. И притомъ эти разногласія повторяются все снова, и снова, не получая окончательнаго рѣшенія въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій. Такія безъисходныя разногласія не могутъ проистекать отъ случайныхъ причинъ. Они сами собой приводятъ къ сомнѣнію въ состоятельности самыхъ основаній господствующей теоріи власти, къ сомнѣнію въ возможности на *этой* почвѣ придти къ опредѣленному рѣшенію вопроса.

ГЛАВА II.

Историческое развитіе понятія власти.

1.

Сознательное отношеніе къ общепринятымъ, установившимся научнымъ теоріямъ требуетъ непремѣнно возможно точнаго выясненія ихъ генезиса, выясненія условій ихъ возникновенія, развитія, распространенія. Старыя, привычныя теоріи обыкновенно принимаются людьми на вѣру, безъ всякаго изслѣдованія. Сила привычки заставляетъ видѣть въ нихъ что-то естественное, необходимое. Къ тому же долгое господство извѣстной теоріи обусловливаетъ собою и сообразное съ ней разрѣшеніе цѣлаго множества частныхъ вопросовъ. А съ теченіемъ времени ихъ взаимная связь забывается, и нерѣдко тѣ самыя частныя положенія, которыя первоначально сложились лишь какъ выводъ изъ данной теоріи, приводятся за тѣмъ какъ доказательство ея истинности. При такихъ условіяхъ отвоевать истину противъ подавляющей силы привычныхъ всѣмъ заблужденій возможно лишь однимъ путемъ. Надо прослѣдить общепринятую теорію до момента ея первоначальнаго зарожденія, надо опредѣлить причины, ее породившія. Только выяснивъ такимъ образомъ первоначальное основаніе изслѣдуемой теоріи, можно сознательно оцѣнить ея внутреннее достоинство и научное значеніе.

Такъ надо поступить и въ отношеніи къ занимающему насъ вопросу. Чтобы опредѣлить дѣйствительное значеніе волевой теоріи власти, необходимо выяснить ея первоначальную основу.

Современное научное мышленіе во многомъ до сихъ поръ опирается на философскія ученія древности. Не въ нихъ ли поэтому кроется первоначальное основаніе и господствующаго теперь пониманія государственной власти, какъ воли?

Противъ такого предположенія говоритъ, однако, уже то обстоятельство, что въ психологическихъ теоріяхъ древности

понятіе о волѣ, какъ особой способности духа вообще, не было достаточно развито, и во всякомъ случаѣ не за волей, а за разумомъ признавали тогда первенство, совершенно подчиняя волю разуму.

По ученію Сократа вся сознательная дѣятельность опредѣляется всецѣло и исключительно разумомъ. Поэтому добродѣтель для него тождественна съ знаніемъ. Поэтому источникомъ зла онъ признаетъ только недостатокъ знанія.

Платонъ уже различаетъ въ душѣ три различныя части: разумъ, аффективность и чувственное вожделѣніе. Ни одна изъ этихъ частей не соотвѣтствуетъ вполнѣ современному понятію воли. Но во всякомъ случаѣ надъ всѣми ними господствуетъ разумъ и изъ всѣхъ частей души только одинъ разумъ признаетъ Платонъ безсмертнымъ.

Аристотель хотя и считаетъ мнѣніе Сократа будто никто, обладая знаніемъ, не станетъ противодѣйствовать добру, противорѣчащимъ очевиднымъ фактамъ [1]), но съ другой стороны и самъ считаетъ волю дѣйствіемъ разума [2]) и образованіе желанія объясняетъ какъ заключеніе, въ которомъ минутное содержаніе представленія подводится подъ болѣе общую мысль о цѣли. Неразумные же поступки обладающихъ знаніемъ сводитъ къ недостатку у нихъ частнаго, конкретнаго знанія, составляющаго малую посылку [3]).

Если уже въ человѣкѣ воля совершенно заслонялась для философовъ древности разумомъ, то еще въ большей степени это сказалось въ ихъ представленіяхъ о божествѣ. И для Платона, и для Аристотеля одинаково божество не воля, а разумъ (νοῦς). Божество, по ученію Аристотеля, есть только самосозерцаніе: оно ничего не творитъ, и ничего не желаетъ [4]).

---

[1]) Этика, VII, 3. Переводъ Радлова, стр. 127.

[2]) De anima, III, 10.

[3]) Этика, VII, 5, стр. 131. Меньшая посылка есть мнѣніе касательно предмета ощущенія и она руководитъ дѣйствіями; а ея-то именно и не имѣетъ человѣкъ, объятый страстью, или же если и имѣетъ, то это обладаніе не есть знаніе, а слова, похожія на изложеніе Эмпедокловой системы пьянымъ.

[4]) De coelo, 11, 12.

Къ всему этому надо присоединить, что и въ этическихъ ученіяхъ языческой древности не было мѣста для самостоятельнаго значенія воли. Этика того времени была по преимуществу эвдемонической. Мѣриломъ нравственнаго, даже у Платона и Аристотеля, было счастье, счастливая жизнь. Условія счастливой жизни даются природой человѣка и окружающаго его міра независимо отъ чьей бы то ни было воли. Пути достиженія счастья въ этихъ условіяхъ указуются разумомъ. Для воли остается развѣ только одна совершенно подчиненная роль: быть силой дѣйствующей въ направленіи, намѣчаемомъ разумомъ.

Слабѣе всего эвдемоническій характеръ сказался въ ученіи стоиковъ. Для нихъ счастье не цѣль, а результатъ нравственнаго образа жизни [1]). Но и въ ихъ этическомъ ученіи воля не выдвигается на первый планъ. Основное начало ихъ теоріи нравственности „жить согласно съ природой“ приводило къ отождествленію нравственнаго закона и закона естественнаго. Поэтому воля не получала у нихъ своего, особаго закона, отличнаго отъ закона природы, а законъ природы въ человѣкѣ выражался въ разумѣ, которому и у нихъ вполнѣ подчинялась воля [2]). Гдѣ нравственное отождествляется съ естественнымъ, тамъ воля сама по себѣ не можетъ считаться основой нравственнаго поступка [3]).

Въ виду такого характера психологическихъ и этическихъ теорій древности нельзя ожидать, чтобы объясненіе власти, какъ воли, могло тогда найти себѣ успѣхъ и получить сколько-нибудь обстоятельное развитіе. И дѣйствительно такое пониманіе го-

---

[1]) *Jodl*, Geschichte der Ethik. I, 1882, s. 31. Bestimmter noch als Aristoteles und zum Theil mit einer ans Paradoxe streifenden Schroffheit haben sie erklärt, dass beim sittlichen Handeln die Lust nur Folge, keineswegs Zweck unserer Thätigkeit sein dürfe.

[2]) *Cicero*, De legibus. I, 8. Est autem virtus nihil aliud, nisi perfecta et ad summum perducta natura.

[3]) *Jodl*, ibidem, S. 26. Zwei Begriffe, welche die neuere Ethik vielfach im schärfsten Gegensatze zu denken gewohnt ist, nämlich die des Naturgesetzes und des Sittengesetzes, nach der Anschauung der Stoiker zusammenfallen.

сударственной власти среди мыслителей древности можно найти развѣ только у софистовъ.

Но и у нихъ это воззрѣніе получаетъ часто индивидуалистическую форму и притомъ отрицательный характеръ. Власть признается ими, то какъ у Ѳразимаха, волею сильнѣйшаго, „который приказываетъ всегда то, что для него самого лучше: это обязаны исполнять подначальные ему и въ этомъ состоитъ праведное и справедливое“; [1]) то, какъ у Калликла, волею большинства слабыхъ. „Я думаю—говоритъ онъ въ Горгіѣ, что тѣ люди, которые издаютъ законы, суть люди слабые и таково большинство людей. Только для себя, для своей собственной пользы и издаютъ они законы, и расточаютъ похвалы или порицанія. Дабы застращать болѣе сильныхъ людей, которые въ состояніи присвоить себѣ что-либо большее, они говорятъ, будто бы присвоить себѣ больше гнусно и неправедно и будто бы неправда состоитъ именно въ стараніи присвоить себѣ больше другихъ; сами же они довольны уже и тѣмъ, если они, слабѣйшіе, имѣютъ равную долю съ сильнѣйшими“ [2]).

Но подобные взгляды могли тогда возникнуть лишь на почвѣ чисто отрицательнаго отношенія софистовъ къ окружавшей ихъ дѣйствительности и потому неспособны были послужить основаніемъ для сколько нибудь законченнаго положительнаго ученія о государствѣ.

Отрицательнымъ воззрѣніямъ софистовъ Платонъ противопоставилъ государственное ученіе, объясняющее государственный порядокъ не какъ господство чьей бы то ни было воли, а какъ господство разума. Волѣ сильнѣйшаго, или большинства слабыхъ, Платонъ противополагаетъ, какъ основное начало государственнаго властвованія, не какую либо высшую волю, волю Божества или государства, какъ обособленной личности, подчиняющую себѣ индивидуальныя воли людей, а объективныя требованія разума, стоящія выше всякой воли и одинаково

---

[1]) Civitas, I editio Didot, II, p. 10. Русскій переводъ взятъ у Рѣдкина.
[2]) Gorgias. Didot. I, 326.

подчиняющія себѣ и волю подвластныхъ, и волю властвующихъ.

Сравнивая государство съ душею человѣка, Платонъ говоритъ, что „разумной силѣ слѣдуетъ начальствовать, такъ какъ она мудра и имѣетъ попеченіе о всей душѣ, а гнѣвливой, страстной силѣ слѣдуетъ покоряться и помогать ей. Обѣ эти силы будутъ управлять третьею силою, пожелательною, которая въ душѣ каждаго человѣка дѣйствуетъ всего болѣе и которая по своей природѣ, обнаруживаетъ самую ненасытную любостяжательность. Надъ этою силою будутъ имѣть наблюденіе обѣ первыя силы, дабы они не переставали бы дѣлать свое дѣло и пытались бы подчинять себѣ обѣ первыя силы и присвоить себѣ начальство, господство надъ тѣмъ, надъ чѣмъ начальство ей не принадлежитъ“ [1]). Сообразно съ этимъ въ идеальномъ государствѣ, по мнѣнію Платона, должны быть правителями философы, какъ представители мудрости [2]).

Еще рѣзче эта мысль выражается Платономъ въ Политикѣ. „Изо всѣхъ формъ государственнаго устройства и управленія та форма есть единственно правильная, при которой властвующіе суть истинно-знающіе, а не только кажущіеся знающими; все равно—властвуютъ ли они по законамъ или безъ законовъ, надъ добровольно или насильно подчиненными“ [3]).

Но правленіе мудрыхъ есть только идеалъ, неосуществляемый въ дѣйствительности. Обращаясь въ разговорѣ „Законы“ къ разсмотрѣнію дѣйствительно существующихъ государствъ, Платонъ призналъ „двѣ формы государственнаго устройства, которыя суть какъ бы матери, породившія всѣ прочія формы правленія: монархію и демократію. И можно сказать, что у персовъ монархія, а у насъ демократія доведены до крайности.—Но для пользы государства необходимо, чтобы государственное устройство было причастно и той, и

[1]) Civitas, l. IV (Ditot II, p. 79)
[2]) Civitas, l. V, (Didot, II, p. 99.)
[3]) Politicus. (Didot, I, p. 610).

другой формѣ правленія, если мы хотимъ, чтобы въ государствѣ была свобода и дружба съ разумностью [1]). Только такую смѣшанную форму Платонъ признаетъ дѣйствительно государственнымъ устройствомъ: простыя же формы правленія суть правленія господъ надъ рабами и недостойны имени государства [2]).

Въ дѣйствительно государственномъ правленіи правитель, по мнѣнію Платона, не стоитъ надъ законами: правителемъ тутъ является, напротивъ, тотъ, кто самъ болѣе всѣхъ повинуется законамъ [3]). Поэтому властвованіе онъ признаетъ обязанностью, за исполненіе которой люди требуютъ вознагражденія.

Такимъ образомъ государственная власть, по ученію Платона, вовсе не представляется волею. Въ своемъ сравненіи государства съ человѣческой душой онъ считаетъ соотвѣтствующею правительству силой души не волю, а разумъ, Самое противоположеніе властвующихъ и подвластныхъ онъ не считаетъ характерной принадлежностью государства. Государственное властвованіе есть властвованіе не въ одностороннемъ интересѣ правителей, а въ общемъ интересѣ. Поэтому властвованіе есть обязанность. Поэтому лучшей изъ дѣйствительно осуществимыхъ формъ правленія, есть смѣшанная форма, допускающая къ участію въ государственныхъ дѣлахъ всѣ элементы общества. Поэтому правители должны подчиняться законамъ больше всѣхъ другихъ. Наконецъ, самое возникновеніе государства Платонъ объясняетъ какъ результатъ постепеннаго развитія общественнаго раздѣленія занятій.

Изо всего этого ясно, что государство представляется ему отношеніемъ не односторонняго властвованія надъ всѣми единой господствующей воли, а отношеніемъ взаимной зависимости.

Всѣ эти особенности пониманія государства еще сильнѣе проявляются въ Политикѣ Аристотеля. Государство разсматривается въ ней не какъ единый субъектъ особой надъ

[1]) De Legibus IV, Didot II, 324.
[2]) De Legibus III, Didot, II p. 309, p. 311.
[3]) De Legidus IV, Didot II. p. 326.

всѣмъ господствующей воли, а напротивъ, какъ множество, какъ совокупность разнородныхъ элементовъ. Отвергая коммунистическія идеи Платона, Аристотель говоритъ [1]), что при чрезмѣрномъ развитіи единства государство перестало бы быть государствомъ. Сущность государства заключается во множествѣ, въ совокупности живущихъ вмѣстѣ людей. Еслибы совершенство государства заключалось въ полномъ единствѣ, то надо бы было государство превратить въ семью, и семью —въ отдѣльнаго человѣка, потому что, конечно, семья представляетъ больше единства, чѣмъ государство, а человѣкъ больше, чѣмъ семья. Но еслибы это и было возможно, такое единство не желательно. Только совокупность многихъ людей можетъ быть самодовлѣющей. И чѣмъ больше разнородности, тѣмъ полнѣе самодовленіе. Семья представляется болѣе самодовлѣющей, чѣмъ отдѣльный человѣкъ, государство—болѣе чѣмъ семья.

Аристотель не признаетъ также государства произвольнымъ установленіемъ, созданіемъ чьей-либо воли. Существованіе государства онъ считаетъ естественнымъ, необходимымъ (διό πασα πὸλις φύσει εστιν). Государство, какъ цѣлое, существуетъ раньше отдѣльныхъ гражданъ. Человѣкъ по природѣ своей есть уже государственное существо [2]).

Государственное властвованіе Аристотель понимаетъ не какъ одно стороннее отношеніе господства общей воли надъ подчиняющимися ей отдѣльными волями. Съ отношеніемъ души къ тѣлу онъ сравниваетъ лишь отношеніе господина къ рабу [3]). Въ противоположность этому государственное властвованіе въ глазахъ Аристотеля есть отношеніе взаимной зависимости. Онъ выражаетъ это сравненіемъ различныхъ родовъ власти съ различіемъ искусствъ врачебнаго и мореходнаго [4]). Въ противоположность врачу, кормчій самъ находится въ такомъ же положеніи, какъ и всѣ находящіеся на кораблѣ. Отъ

[1]) Политика, II, 1. Переводъ Скворцова, стр. 45.
[2]) Политика I, 1. Скворцовъ, стр. 8.
[3]) Этика, VIII, § 13.
[4]) Политика, III, 4, Скворцовъ, стр. 135.

искусства врача зависитъ только благо больного; отъ искусства кормчаго и его собственное благо, наравнѣ съ благомъ пассажировъ. Къ тому же Аристотель не признаетъ необходимымъ въ государствѣ различіе властвующихъ и подчиненныхъ. „Что касается до государственнаго быта, то во многихъ государствахъ не существуетъ различія между властвующимъ и подчиненнымъ, потому что природа государства требуетъ, чтобы граждане были равны между собою“ [1]).

Для аристотелевскаго пониманія государственнаго властвованія очень характерно, что добродѣтелью, выражающеюся во взаимныхъ отношеніяхъ властвующихъ и подвластныхъ, онъ признаетъ *дружбу*. Этимъ государственное властвованіе отличается отъ отношенія господина къ рабу. „Тамъ не можетъ быть дружбы, гдѣ нѣтъ ничего общаго между правителемъ и управляемыми; нѣтъ мѣста и справедливости, но отношеніе таково, какъ отношеніе ремесленника къ инструменту, души къ тѣлу [2]), господина къ рабу. Всему этому удѣляется извѣстнаго рода забота со стороны пользующихся ими, но вѣдь дружба и справедливость невозможны по отношенію къ неодушевленнымъ предметамъ такъ же, какъ по отношенію къ лошади, или быку, или рабу, поскольку онъ рабъ. Нѣтъ съ ними ничего общаго: рабъ одушевленный инструментъ; итакъ, къ рабу, поскольку онъ рабъ, нельзя питать дружбы [3]).

Понимая государство, какъ множество и государственное властвованіе, какъ отношеніе взаимной зависимости, Аристотель не могъ, конечно, видѣть въ государственной власти единую, надъ всѣмъ господствующую волю. Поэтому основанія и различія формъ государственнаго устройства онъ ищетъ не въ томъ, чья воля, господствуя въ государствѣ, все собою опредѣляетъ. Существованіе въ государствѣ такой все опре-

[1]) Переводъ Скворцова, 37, (I, 5).

[2]) И въ Политикѣ I, 2. отношеніе души къ тѣлу сравнивается съ отношеніемъ господина къ рабу: „если нѣкоторые люди настолько разнятся отъ другихъ, насколько тѣло разнится отъ души, то они рабы по самой природѣ“ (Скворцовъ, 17).

[3]) Этика Аристотеля, переводъ, Э. Радлова, книга VIII, § 13 стр. 163.

дѣляющей воли въ его глазахъ не представляется вовсе необходимымъ.

Воззрѣнія Аристотеля на основанія различія формъ государственнаго устройства сложились не сразу. Въ Риторикѣ (книга I, гл. VIII) онъ принимаетъ еще то же самое различіе формъ правленія, какого, по словамъ Ксенофонта (Мемор., IV, 6. 12.), держался Сократъ. Основными формами признаются тутъ четыре: демократія, аристократія, олигархія (у Сократа плутократія) и монархія. При этомъ различіи республиканскихъ формъ основывается на различіи условій замѣщенія должностей. Такъ демократію Аристотель опредѣляетъ здѣсь, какъ такое государственное устройство, гдѣ должности замѣщаются по жребію [1]).

Въ Этикѣ выставляется какъ главное, основное различіе—различіе правильныхъ и извращенныхъ формъ и собственно только это различіе и выясняется здѣсь Аристотелемъ. Подраздѣленія правильнаго и извращеннаго устройства на монархію, аристократію и тимократію и на тираннію, олигархію и демократію только перечисляются, но точнаго опредѣленія имъ не дается [2]).

Гораздо обстоятельнѣе разъясняется различіе формъ правленія въ Политикѣ, но при этомъ замѣчаются нѣкоторыя противорѣчія, вѣроятно происшедшія благодаря тому, что это произведеніе Аристотеля дошло далеко не въ полномъ видѣ. Въ самомъ началѣ пятой главы третьей книги указывается на различіе трехъ формъ правленія по числу правящихъ лицъ и только уже затѣмъ объясняется, что каждая изъ этихъ формъ, смотря по цѣли, руководящей дѣятельностью правителей, можетъ быть правильной или искаженной. Такимъ образомъ тутъ въ отличіе отъ Этики главное значеніе какъ бы придается именно числу правящихъ лицъ. Но непосредственно вслѣдъ за этимъ говорится, что различіе по числу правящихъ лицъ не имѣетъ существеннаго значенія. „Различіе между большинствомъ

[1]) Ὅστι δε δημοκρατια μὲν πογιτεια ἐν ᾗ κγῆρω διανέμονται τὰς ἀρχὰς.

[2]) Кромѣ тимократіи: „третье, основанное на имущественномъ различіи, слѣдуетъ назвать свойственнымъ ему именемъ—тимократіей (кн. VIII. § 12).

и меньшинствомъ, на которое указали мы выше, само по себѣ *не служитъ основаніемъ* различія между демократіею и олигархіею; различіе между ними заключается въ бѣдности и богатствѣ.—А что тѣхъ меньше, а этихъ больше, это не существенно“ [1]). И то же самое, еще опредѣленнѣе, повторяется въ третьей главѣ шестой книги. „При этомъ замѣтимъ, что *нельзя*, какъ обыкновенно слышимъ въ наше время, опрѣдѣлять демократію только такъ, что она есть будто бы такая форма политическаго устройства, гдѣ верховная власть принадлежитъ множеству; потому что и *въ олигархіяхъ и вездѣ* верховная власть обыкновенно находится въ рукахъ большинства; такимъ образомъ и олигархію нельзя опредѣлить просто, какъ такое устройство, гдѣ верховная власть принадлежитъ меньшинству [2])“.

Относительно монархіи Аристотель не высказывается такъ прямо, что ее нельзя опредѣлить просто, какъ правленіе одного. Однако Спарту, въ которой было *два* царя, онъ не только не обинуясь относитъ къ монархіямъ, но даже находитъ, что „въ конституціи лакедемонянъ институтъ царской власти, кажется есть наиболѣе нормальное учрежденіе [3]).

Какъ же разрѣшить это противорѣчіе? Современные истолкователи Политики Аристотеля обыкновенно совершенно не обращаютъ вниманія на дважды повторенное Аристотелемъ признаніе невозможности опредѣлять демократію, какъ правленіе большинства, олигархію—какъ правленіе меньшинства [4]) Нумерическая основа классификаціи формы правленія лучше

---

[1]) Переводъ Скворцова, стр. 139.

[2]) Различіе формъ правленія по числу правящихъ лицъ было дѣйствительно обще-распространеннымъ въ Греціи. Его можно найти уже у Пиндара во второй пиѳической одѣ, какъ на это указалъ Рошеръ (Politik S. 1) и особенно у Геродота въ извѣстномъ разсказѣ его о сужденіяхъ Отанеса, Мегабиза и Дарія о томъ, какую форму правленія установить въ Персіи послѣ убійства Лже-Смердиса (III, 80).

[3]) Переводъ Скворцова, стр. 158.

[4]) *Hildenbrand*, S. 418. *Чичеринъ*, Исторія политич. ученій, I, стр. 62 *Звѣревъ*, Основанія классификаціи государствъ, 1883, стр 206. *Бершадскій* Очерки исторіи философіи права, I, 1892, стр. 82 говоритъ даже, будто бы Аристотель *первый* различилъ всѣ формы правленія по количеству правящихъ лицъ.

всего согласуется съ общепринятымъ теперь пониманіемъ государственной власти. Въ каждомъ государствѣ должна быть единая, надо всѣмъ господствующая воля; но эта воля можетъ быть волею или одного, или меньшинства или большинства.

Однако, если обратиться къ тому, что Аристотель говоритъ о разновидностяхъ монархіи, олигархіи, демократіи и объ устройствѣ въ нихъ совѣщательной, правительственной и судебной части, мы увидимъ, что различіе числа правящихъ лицъ почти совсѣмъ не играетъ у него никакой роли, и что въ дѣйствительности основаніемъ различія формъ государственнаго устройства въ Политикѣ, какъ и въ Риторикѣ, признается различіе въ условіяхъ замѣщенія государственныхъ должностей. Если же въ началѣ пятой главы третьей книги выставляется различіе по числу правящихъ лицъ, то тутъ, очевидно, Аристотелемъ приводится лишь обыденное различеніе, которое затѣмъ и подвергается съ его стороны весьма обстоятельной критикѣ.

Такъ точно и въ девятой главѣ той же книги разсмотрѣніе различныхъ формъ монархіи Аристотель начинаетъ съ перечисленія и всѣхъ тѣхъ формъ государственнаго устройства, которыя *обыкновенно* называютъ монархіями. Поэтому въ концѣ этой главы онъ говоритъ даже о такихъ „царяхъ“, за которыми сохранилось только право совершать жертвоприношенія, но тутъ же оговаривается, что въ государствахъ, „сколько-нибудь достойныхъ имени монархій, цари удержали за собою предводительство на войнѣ“ [1]). Но затѣмъ замѣчаетъ, что и такое царство, какъ напр. въ Спартѣ, лишь пожизненная стратегія [2]), которая можетъ существовать при всякой формѣ политическаго устройства: и въ демократіи, и въ аристократіи, и вездѣ, гдѣ большинство ввѣряетъ *одному* лицу управленіе всею страною [3]). Особенную же форму государственнаго устройства составляетъ лишь такое управленіе

[1]) Скворцовъ, стр. 162.
[2]) Ibidem. стр. 162.
[3]) Ibidem, стр 166..

государствомъ однимъ лицомъ, которое подобно хозяйству, домоправительству, т.-е. когда правителю, какъ хозяину дома принадлежитъ власть надъ всѣми [1]). Это указаніе, что монархія, какъ особая форма политическаго устройства, уподобляется управленію однимъ хозяйствомъ въ сущности сводится къ признанію такой монархіи уже не государствомъ. „Государство,—говоритъ Аристотель, — ушедшее въ единство болѣе, чѣмъ сколько нужно, уже не государство, потому что государство по природѣ своей множество; слѣдовательно, будучи единствомъ болѣе чѣмъ сколько нужно, изъ государства оно дѣлается уже семьею“ [2]).

Подобнымъ же образомъ, указывая различныя формы демократіи, Аристотель считаетъ худшимъ то, когда различныя дѣла государственнаго управленія не вѣдаются порознь различными учрежденіями, а всѣ непосредственно разрѣшаются народомъ (псефизмами). „Народъ въ этомъ случаѣ есть монархъ—какъ бы одно лицо, состоящее изъ многихъ, потому что многіе господствуютъ здѣсь не порознь каждый, но всѣ вмѣстѣ.—Въ такой демократіи народъ монархъ, потому и властвовать онъ хочетъ монархически, не подчиняясь закону [3]).—Такая демократія не есть политическое устройство.—Итакъ, если демократія дѣйствительно есть одна изъ формъ политическаго устройства, то такое состояніе политическаго быта, гдѣ все находится подъ управленіемъ народныхъ псефизмъ, очевидно, не есть демократія въ собственномъ смыслѣ“ [4]).

Уже изъ этого ясно, что Аристотель не считалъ необходимымъ, чтобы при каждой формѣ правленія въ государствѣ надъ всѣмъ господствовала чья-нибудь одна воля. Но еще ярче это выражается въ его разсужденіяхъ объ организаціи совѣщательной и правительственной части.

Аристократической системой организаціи совѣщательной власти онъ считаетъ такую, когда „вопросы о войнѣ и мирѣ

---

[1]) Ibidem, стр. 162, 166.
[2]) Скворцовъ, 45.
[3]) Ibidem, 260.
[4]) Ibidem, стр. 261.

и контроль надъ служащими лицами суть дѣла обязательныя для всѣхъ гражданъ и лишь только нѣкоторыя дѣла подлежатъ вѣдѣнію особыхъ правительственныхъ лицъ, назначенныхъ по выбору или по жребію“ [1]). Также и въ олигархіи народная масса не вовсе устраняется, по опредѣленію Аристотеля, отъ участія въ рѣшеніи государственныхъ дѣлъ, а только ограничивается отрицательною ролью: народъ можетъ тутъ только отвергать предложенія олигарховъ [2]). Аристократической системой назначенія должностныхъ лицъ будетъ уже то, когда они избираются всѣми гражданами, но только изъ ограниченнаго круга [3]).

Все это доказываетъ, что Аристотелю была совершенно чужда мысль о необходимости существованія въ каждомъ государствѣ непремѣнно одной все опредѣляющей воли. Онъ признаетъ фактическую возможность и въ монархіи, и въ демократіи такого порядка, что все будетъ опредѣляться непосредственно только волею монарха или волею народнаго большинства, но порядокъ этотъ, по его мнѣнію, не есть собственно *политическое* устройство, предполагающее взаимную зависимость, а не одностороннее подчиненіе господствующей волѣ, какъ это имѣется въ отношеніи тѣла къ душѣ.

Такое пониманіе государственнаго властвованія, какъ взаимной зависимости, допускающей совмѣстное существованіе нѣсколькихъ властей, неслужащихъ только органами одной воли, объясняетъ, почему у Аристотеля не было никакихъ сомнѣній въ возможности смѣшанной формы правленія, представляющейся для послѣдовательныхъ представителей пониманія власти, какъ единой воли, совершенной нелѣпостью. Въ Политикѣ же Аристотеля рѣчь идетъ только объ оцѣнкѣ преимуществъ смѣшанной формы правленія. Возможность ея существованія считается стоящей внѣ спора [4]).

---

[1]) Переводъ Скворцова, стр. 284.
[2]) Ibidem, 285.
[3]) Ibidem, 291.
[4]) Весьма характерно, что основатель современнаго ученія о власти, Боденъ, рѣшительно отвергаетъ возможность смѣшанной формы государственнаго устройства.

Такъ какъ Аристотель не предполагаетъ въ государствѣ существованія единой, все опредѣляющей воли, составляющей существо государственнаго властвованія. то и законодательство, управленіе, судъ онъ считаетъ не функціями или правами власти, а частями государственнаго устройства [1]) (IV, 14). Онъ характеризуетъ эти различныя части государственнаго устройства не какъ различные моменты или проявленія единой воли, а какъ различнаго рода дѣятельность государственныхъ учрежденій. То, что теперь называется законодательной властью, Аристотель опредѣляетъ какъ ту часть государственнаго устройства, которой опредѣляется *обсужденіе* общественныхъ дѣлъ. Слѣдовательно, въ его глазахъ наиболѣе характернымъ является здѣсь не *велѣніе*, а именно *обсужденіе*. И перечисляя дѣла, подлежащія вѣдѣнію такого обсуждающаго учрежденія, онъ ставитъ на первомъ мѣстѣ не законы, а обсужденіе вопросовъ войны и мира. Вмѣстѣ съ тѣмъ Аристотелю вовсе не представляется необходимымъ сосредоточеніе всей *обсуждающей дѣятельности* непремѣнно въ одномъ учрежденіи. Напротивъ, онъ прямо предусматриваетъ возможность дробленія этой дѣятельности между нѣсколькими коллегіями, такъ чтобы одна обсуждала одни вопросы, другая другіе.

Аристотель начинаетъ разсмотрѣніе отдѣльныхъ частей государственнаго устройства съ части совѣщательной, соотвѣтствующей современному понятію законодательной власти, но не ставитъ ея выше другихъ, не придаетъ ей значенія верховной власти.

Правда, нѣкоторые переводчики и излагатели Политики Аристотеля приписываютъ ему признаніе власти совѣщательнаго собранія верховною властью въ государствѣ. Такъ Скворцовъ въ своемъ переводѣ передаетъ относящееся къ этому мѣсто Политики слѣдующимъ образомъ: „верховная власть въ госу-

[1]) Любопытно, что уже Бодену такая точка зрѣнія представлялась совершенно непонятной. (l. I, ch. X). Точно также и *Hildenbrand*, Geschichte und System der Rechtsphilosophie. I. 1860. S. 466, находитъ, что „der Begriff der Staatsgewalt ist Aristoteles überhaupt nicht zur klaren Erkentniss gekommen, er bezieht diese Elemente unmittelbar auf die Verfassung und betrachtet sie als Institutionen, welche Theile derselben bilden.

дарствѣ принадлежитъ, конечно, тому законодательному институту, которому подлежитъ совѣщаніе о войнѣ и мирѣ, и т. д.“ [1]). Такъ Рѣдкинъ говоритъ, что „элементъ, рѣшающій окончательно представляющіеся важнѣйшіе вопросы по дѣламъ государственнымъ, вообще Аристотель называетъ верховнымъ, какъ *господствующимъ* надъ двумя основными элементами, ему подчиняющимися, или какъ снабженный правами, принадлежащими собственно верховной власти“ [2]). Но подлинный греческій текстъ не даетъ основанія къ такому пониманію и въ подобныхъ переводахъ слѣдуетъ видѣть лишь доказательство, что рѣзкія отличія аристотелевскаго воззрѣнія на государства, сравнительно съ господствующими въ наше время, дѣлаетъ его непонятнымъ многимъ современнымъ переводчикамъ [3]).

Что Аристотель не признавалъ вовсе власти совѣщательнаго учрежденія верховною властью подтверждается и тѣмъ, что въ его новооткрытомъ трактатѣ Государственное устройство Аѳинъ (глава 9) господствующимъ въ государствѣ признается тотъ, кому принадлежитъ судебная власть.

Но съ особенною рѣзкостью и ясностью сказывается различіе аристотелевскаго пониманія государства отъ нынѣ господствующаго въ первой главѣ третьей книги. Аристотель задается здѣсь вопросомъ, что̀ собственно надо понимать подъ государствомъ; что̀ значитъ, когда тѣ или другія дѣйствія признаются дѣйствіями государства—другими словами, кто субъектъ государственнаго властвованія? Современный политикъ

---

[1]) Стр. 282. Такъ же передано это мѣсто въ латинскомъ переводѣ парижскаго изданія Didot. 1848. I, p. 559 *Summam* autem potestatem habet ea pars quae de bello et pace ... consultat и въ переводѣ Ламбина въ изданіи Берлинской Академіи, 1831, p. 659.

[2]) Изъ лекцій по исторіи философіи права, т. VII, стр. 41.

[3]) Κυριον δ'εστὶ τὸ βουλενόμενον περι πολέμου. и т. д. Зуземиль переводитъ это мѣсто такъ „Die berathende Versammlung nun zunächts hat die entscheidende Gewalt über Krieg und Frieden. (Aristoteles Politik, I, 1879, S. 603). Такъ же понимаетъ это мѣсто *Christian Garve* (Die Politik des Aristoteles. 1799, S. 358), а также еще переводчикъ XIV вѣка. *Lionardo Aretino* (Divi Thomae in octo Politikorum Aristotelis libros expositio cum textu ejusdem interprete Leonardo Aretino. Venetiis, 1500, p. 72). Ea pars quae consulit auctoritatem habet de bello et pacé de societate ineunda vel dissolvenda de legibus ferendis vel abrogandis etc.

для разрѣшенія такого вопроса обратился бы, конечно, къ разсмотрѣнію вопроса о существѣ власти, какъ объединяющей государство воли, и о томъ, чья это воля: государства, какъ самостоятельной личности, или правительства? Аристотель идетъ совершенно другимъ путемъ. Чтобы отвѣтить на вопросъ, что̀ такое государство, онъ обращается къ выясненію того, что̀ такое граждане государства. Такой непривычный, странный для насъ путь изслѣдованія, объясняется тѣмъ, что для Аристотеля единство государства не предполагаетъ единства господствующей въ немъ воли. Поэтому субъектомъ государственнаго властвованія онъ признаетъ не государство, и не правительство, не господствующую только часть населенія государства, а всѣхъ гражданъ въ совокупности, т. е. всѣхъ, кто участвуетъ, хотя бы только временно, въ осуществленіи какихъ бы то ни было функцій власти, хотя бы только судебной.

При такомъ пониманіи государства оно, конечно, не могло представляться Аристотелю самостоятельною личностью, субъектомъ единой властвующей воли. Государство понималось Аристотелемъ, и вообще греками, не какъ единая личность, а какъ отношеніе взаимной зависимости множества свободныхъ личностей [1]).

Такой же характеръ имѣли и римскія воззрѣнія на государство, какъ это можно видѣть хотя бы изъ политическаго ученія Цицерона. Правда, его взгляды, какъ истаго эклектика, представляются нѣсколько неопредѣленными и уклончивыми и это обусловливается уже тѣмъ, что онъ не оста-

---

[1]) *Hildenbrand*, Rechtsphilosophie, I, 23. Die Darstellung des Staates als einer selbstständiger Persönlichkeit, gehörte nicht zur starken Seite des Helenenthums. *Gierke*. Das deutsche Genossenschoshrecht. III, S. 12. Der griechische Geist den Gedanken der Persönlichkeit des Staats nicht zu finden vermöcht hat. S. 15. Kommt es bei Plato nicht einmal zu einer Andentung des Begriffes des Staatspersönlichkeit. S. 18. Der Staat als Ganzes empfängt bei Aristoteles keine Persönlichkeit. Только *Oncken*, Staatslehre des Aristoteles, II, S. 129, думаетъ найти «die Idee der Persönlichkeit des Staates in der Politik des alten Hellas„; однако и онъ вынужденъ признать, что Аристотель въ своей Политикѣ вовсе не воспользовался этой идеей личности государства (S. 127).

навливается на выясненіи различія государства отъ другихъ формъ человѣческаго общенія.

Свое объясненіе государства Цицеронъ даже начинаетъ съ того, что заставляетъ Сципіона иронизировать надъ тѣми, кто, какъ Аристотель въ первой книгѣ Политики, въ разсужденіяхъ о государствѣ отправляется отъ изслѣдованія первичныхъ формъ людского общенія [1]). Онъ считаетъ понятіе семьи и дома слишкомъ простыми, чтобъ стоило останавливаться на ихъ выясненіи. Но, можетъ быть, именно поэтому у Цицерона и нѣтъ такого рѣзкаго, опредѣленнаго противоположенія государства семьѣ и отношенію господина къ рабамъ, какъ у Аристотеля. Однако все-таки и у Цицерона достаточно выражено его пониманіе государства какъ отношенія взаимной зависимости, а не односторонняго подчиненія.

Это проявляется уже въ самомъ опредѣленіи государства, какъ дѣла народа и установленія народа, и въ опредѣленіи народа, какъ общенія, основаннаго на единствѣ права и пользы [2]). О подчиненіи, о власти, о господствующей надъ всѣмъ единой волѣ въ этомъ опредѣленіи вовсе не упоминается. Для прочности государства требуется, чтобы оно управлялось не чьей-либо волею, а разумомъ [3]). Государство представляется Цицерону не единою личностью, а обществомъ лицъ, societas, и связь, vinculum, соединяющая людей въ государство, есть, по его опредѣленію, именно право и притомъ общее, равное

---

[1]) De re publica, I, (Editio Boiter et Kaiser 1865,v. VIII, p. 163) Nec vero, inquit Africanus, ita disseram de re tam inlustri tamque nota, ut ad illa elementa revolvar, quibus uti docti homines his in rebus solent, ut a prima congressione maris et feminae, deinde a progenie et cognatione ordiar. verbis que quid sit et quot modis quidque dicatur definiam saepius: apud prudentis enim homines... cum loquar, nam committam ut sit inlustrior illa ipsa res, quam oratio mea.

[2]) Ibidem, p. 164. Omnis res publica, quae ut dixi, populi res est, *consilio* quodam regenda est, ut diuturna sit.

[3]) Ibidem, p. 163. Est igitur res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis juris consenu et utilitatis communione sociatus. p. 164. Civitas, quae est constitutio populi, Lib III, b. 219. Pôpulus non est, nisi qui consensu juris continetur.

право [1]). Поэтому существованіе государства можно признать лишь тамъ, гдѣ весь народъ имѣетъ активное участіе въ общественныхъ дѣлахъ и притомъ участіе, опредѣляемое и регулируемое правомъ. Если же въ обществѣ господствуетъ неограничиваемая правомъ воля, все равно одного, нѣсколькихъ или большинства—это не государство [2]).

Въ виду этого слѣдовало бы ожидать, что Цицеронъ, подобно Платону и Аристотелю, отвергнетъ различіе формъ по числу правящихъ лицъ. Если одностороннее господство воли одного, нѣсколькихъ или большинства признается несоотвѣтствующимъ самому понятію государства, какимъ образомъ это различіе можно класть въ основу классификаціи формъ государственнаго устройства?

Тѣмъ не менѣе Цицеронъ принимаетъ это различіе формъ правленія по числу правящихъ лицъ [3]). Но какъ бы сознавая противорѣчіе такой группировки имъ же выставленному опре-

---

[1]) Lib. I, p. 167. Cum lex sit civilis societatis vinculum jus autem legis aequale, quo jure societas civium teneri potest, cum par non sit conditio civium? Lib. III p. 218. Neque unum vinculnm juris nec consensus ac societas coetus, quod est populus. Весьма характерно примѣненіе къ государству выраженія vinculum, vinculum juris (l. I. p. 165), vinculnm, quod primum homines inter se rei publicae societati devinxit, обозначавшее у римскихъ юристовъ то же, что у современныхъ юридическое отношеніе. *Zenthöfer*, Das subjektive Recht. 1891, s. 7.

[2]) Lib, III. p. 218 Ergo illam populi, id est rem publicam, quis diceret tum, cum crudelitate unius opressi essent universi, neque esset unum vinculum juris nec consensus ac societas coetus, quod est populus? atque hoc idem Syracusis—nihil enim populi et unius erat populus ipse ergo ubi tyrannus est, ibi non vitiosam, ut heri dicebam, sed ut nunc ratio cogit, dicendum est plane nullam esse rem publicam. p. 219. Cum per populum agi dicuntur et esse in populi potestate omnia, cum, de quocumque volt, supplicium sumit multitudo, cum agunt, rapiunt, tenent, dissipant quae volunt, potesne tum Laeli, negare rem esse, illam publicam cum populi sint omnia' quo niam quidem populi esse rem volumus rem publicam? Tum Laelius: ac nullam quidem citius negaverim esse rem publicam, quam istam... Nec video qui magis in multitudinis dominatu rei publicae nomen adpareat, quia primum mihi populus non est, nisi qui consensu juris çontinetur, sed est tam tyrannus iste conventus, quam si esset unus, hoc etiam tactrior, quia nihil ista, populi speciem et nomen imitatur.

[3]) Lib. I, p. 164. Cum penes unum est omnium summa rerum, regem illum unum vocamus et regnum ejus rei publicae statum; cum autem est penes delectos, tum ilen civitas optimatium arbitrio regi dicitur; illa autem est civitas popularis, in qua in populo sunt omnią.

дѣленію государства, какъ дѣла народа, спѣшитъ устами Сципіона оговориться, что всѣ эти формы государственнаго устройства, если даже сохраняютъ господство права, представляются только сносными и къ тому же неустойчивыми и что лучшею формой является смѣшанная, образованная изъ сочетанія всѣхъ трехъ элементовъ: монархическаго, аристократическаго и демократическаго [1]). И за тѣмъ еще Цицеронъ заставляетъ Сципіона упорно уклоняться отъ категорическаго отвѣта на настойчиво повторяемый Леліемъ вопросъ, которая же все-таки изъ трехъ простыхъ формъ правленія должна быть признана лучшею? Наконецъ, уже послѣ третьяго о томъ вопроса Лелія Сципіонъ отвѣчаетъ ему сравненіями: сравненіемъ съ правленіемъ боговъ, у коихъ надо всѣми властвуетъ одинъ Зевесъ, сравненіемъ съ человѣческою душою, надъ всѣми влеченіями которой господствуетъ разумъ, и наконецъ съ частнымъ хозяйствомъ, гдѣ распоряжается одинъ собственникъ.

Такимъ образомъ общій выводъ изъ всѣхъ этихъ разсужденій Сципіона о государственномъ устройствѣ можетъ быть, очевидно, лишь одинъ. Государству, какъ общему дѣлу народа, соотвѣтствуетъ лишь такое устройство, при которомъ въ завѣдываніи общественными дѣлами принимаютъ участіе совмѣстно всѣ элементы общества, соединяемые между собой связью права. Поэтому всѣ возможныя формы односторонняго господства, будетъ ли оно принадлежать одному, нѣсколькимъ или большинству, не представляютъ собою государственнаго устройства. Въ другихъ же примѣрахъ односторонняго господства, встрѣчающихся не въ человѣческомъ обществѣ, лучшею формой слѣдуетъ признать господство одного.

---

[1]) Ibidem, p. 165. Atque horum trium generum quodvis, si tenent illud vinculum, quod primum homines inter se rei publicae societate devinxit, non perfectum illud quidem neque mea sententia optimum, sed tolerabile tamen possit esse. p. 166. Itaque quartum quoddam genus rei publicae maxime probandum esse sentio, quod est ex his, quae prima dixi, moderatum et permixtum tribus.

[2]) Ibidem, p. 169. Recte quaeris, quod maxime e tribus, quoniam eorum nullum ipsum per se separatum probo anteponoque singulis illud, quod conflatum fuerit ex omnibus.—Ita civitate nos capiunt reges, consilio optima

Весьма характерно для тогдашняго пониманія государства то, въ чемъ Цицеронъ видитъ основаніе превосходства римскаго государственнаго устройства. Разсмотрѣніе политическихъ учрежденій Рима Сципіонъ начинаетъ у него ссылкой на слова Катона, что устройство Рима превосходитъ усройство другихъ государствъ, потому что тѣ устроены большею частью отдѣльными законодателями, а Римъ устроенъ геніемъ не одного человѣка, а многихъ, и не сразу, а въ теченіе многихъ вѣковъ и поколѣній [1]). Это, конечно, прямой выводъ изъ того, что государство есть общее дѣло народа, самимъ народомъ и организуемое на началахъ права.

Воззрѣнія Цицерона на государство не были только его личными воззрѣніями. Таково было общепринятое пониманіе государства въ древнемъ Римѣ.

„Римляне, говоритъ Іерингъ, понимали подъ respublica и jus publicum нѣчто совсѣмъ иное, нежели мы“. Согласно ихъ воззрѣнію, „государство относится къ гражданамъ такъ же, какъ родъ къ родичамъ, т.-е. государство не есть нѣчто обособленное отъ гражданъ, нѣчто внѣ ихъ и надъ ними стоящее: государство — это сами граждане. Государство и народъ — тождественныя понятія“. И родъ, и государство „могутъ быть уподоблены societas въ противоположность современному и позднѣйшему римскому государству, которое стоитъ къ гражданамъ въ такомъ отношеніи, какъ юридическое лицо къ своимъ членамъ. Насколько простиралось это государственное общеніе (publicistische Societät), субъектомъ вытекающихъ изъ него правъ, являлось не государство, а весь народъ, всѣ граждане и слѣдовательно каждый изъ нихъ. Частныя права и публичныя права различались другъ отъ друга не по ихъ субъекту; субъектами тѣхъ и другихъ были

---

tes, libertate populi, ut in comparando difficile ad eligendum sit quid maxime velis.

[1]) Lib. II, p. 179. Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus quod in illis singuli fuissent fere, qui suam quisque rempublicam constituissent legibus atque institutis suis; nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus.

физическія лица, и различіе ихъ заключалось лишь въ томъ, что частныя права имѣли исключительное отношеніе къ отдѣльному лицу, между тѣмъ какъ въ публичныхъ каждый участвовалъ. Поэтому res publica обозначаетъ первоначально лишь то, что обще всѣмъ; res publicae—отдѣльныя вещи государственнаго общенія, напр. публичныя дороги, площади и т. д., на которыя каждый имѣлъ одинаковое право [1]).

Гирке, самъ завзятый сторонникъ пониманія государства, какъ личности, повторяетъ эту характеристику римскихъ взглядовъ на государство въ еще болѣе рѣзкой формѣ.

Римское государство, говоритъ онъ, [2]) представляется союзомъ (Verbandsganze), объемлющимъ и ограничивающимъ собою всякую личность, само однакоже никогда не обозначалось и не мыслилось, какъ личность. Въ первоначальномъ римскомъ воззрѣніи, государство, какъ субъектъ, совпадало съ populus Romanus, а populus Romanus есть совокупность римскихъ гражданъ. При этомъ въ древнѣйшую эпоху совокупное единство (Gesammteinheit) и совокупное множество (Gesammtvielheit) несомнѣнно такъ же мало различалось, какъ и у другихъ юношескихъ народовъ. Постоянно встрѣчаемъ мы въ римскомъ правѣ слѣды такого воззрѣнія, что „civitas“ разрѣшается въ совокупность „cives“.—Мысль что государство, какъ цѣлое, есть живой организмъ, въ отношеніи къ субъективному единству котораго народное собраніе образуетъ только высшій органъ, чужда римскому праву. Поэтому не могло развиться и понятіе органа въ примѣненіи къ факторамъ, призваннымъ дѣйствовать въ интересахъ государственнаго общенія. Оно замѣнялось скорѣе представленіемъ о порученіи имъ осуществлять принадлежащее собственно совокупности гражданъ право. Даже princeps дѣйствуетъ не какъ представитель государства, а какъ представитель совокупности гражданъ, все того же

---

[1]) Geist des römischen Rechts, I, 1852: SS. 193, 195, 196. См. также SS. 201, 217, 223.

[2]) *Otto Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht., B. III, Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters. 1881. SS. 43, 48 49, 50.

populus Romanus. При такомъ взглядѣ на государство у римлянъ не могло явиться ни слова, ни понятія государственной личности.

2.

Пониманіе власти, какъ надъ всѣмъ господствующей и все опредѣляющей единой воли, проникаетъ въ политическія теоріи лишь въ средніе вѣка, когда, подъ непосредственнымъ вліяніемъ христіанскаго религіознаго ученія, и въ общемъ философскомъ міросозерцаніи было придано больше значенія активному началу воли.

Философскія ученія отцовъ церкви представляютъ прямую противоположность греческому интеллектуализму [1]). Уже въ III вѣкѣ возникшему тогда неоплатонизму, Оригенъ противопоставляетъ міросозерцаніе, признающее основою всего не разумъ, а божественную волю. Въ противоположность Плотину, Оригенъ въ своей космологіи выставляетъ на первый планъ волю, придавая ей метафизическое значеніе. Для него существеннымъ свойствомъ Божества является абсолютная причинность божественной воли. Сущее представляется ему не необходимой эманаціей божественной сущности, а свободнымъ актомъ творческой воли.

То, что Оригенъ сдѣлалъ для космологическаго ученія, объясняющаго происхожденіе и бытіе міра, Августинъ выполнилъ за тѣмъ для психологіи и для теоріи явленій общественной жизни. Между тѣмъ какъ Оригенъ еще не можетъ отрѣшиться отъ греческихъ психологическихъ воззрѣній, вполнѣ подчиняющихъ волю разуму, Августинъ выставляетъ прямо противоположное ученіе, признающее первенство за волею [2]). Въ своемъ же Civitas Dei онъ развиваетъ цѣлую философію исторіи, послѣдовательно объясняющую всѣ явленія обще-

---

[1]) *Kahl*, Die Lehre vom Primat des Willens bei Augustinus, Duns Scotus und Descartes. 1886.

[2]) *Jodl*, Geschichte der Ethik, I, S. 61.

ственной жизни, какъ дѣйствіе и проявленіе божественнаго Промысла [1]).

Разъ въ основу объясненія и всего мірозданія, и всего историческаго развитія человѣчества стали такимъ образомъ вмѣсто разума полагать волю, естественно было то же пониманіе примѣнить и къ государству: и въ немъ усмотрѣть произвольное, сознательное установленіе, и государственное властвованіе объяснить, какъ проявленіе единой надъ всѣмъ господствующей и всѣмъ управляющей воли.

Сложившееся подъ вліяніемъ христіанства и выдвинутое особенно Оригеномъ и Августиномъ ученіе о первенствующемъ значеніи воли рѣзко отличаетъ всю средневѣковую философію отъ философскихъ ученій древности. Даже необычайный авторитетъ, какимъ пользовался тогда Аристотель, не могъ изгладить этой особенности. Даже у томистовъ, ближе всего стоявшихъ къ Аристотелю, полнѣе всѣхъ усвоившихъ его философское ученіе, соотношеніе между волей и разумомъ представляется совершенно иначе, чѣмъ у самого Стагирита. Прежде всего, воля у нихъ признается особою, самостоятельною способностью духа, рѣзко отличаемою отъ разума, но вмѣстѣ съ нимъ признаваемою частью безсмертной души. Затѣмъ, воля считается принадлежностью не только человѣческаго духа: она признается точно также необходимымъ существеннымъ свойствомъ и божества; и именно въ божественной волѣ, а не въ божественномъ мышленіи, видятъ томисты силу, создавшую міръ и имъ управляющую. Поэтому интеллектуализмъ томистовъ далеко не сохраняетъ того крайняго и рѣзкаго характера, какой онъ имѣетъ въ философскихъ системахъ древности. Если томисты и ставятъ разумъ выше воли, они все-таки считаютъ разумъ неотдѣлимымъ отъ воли. Дѣятельнымъ, движущимъ, творческимъ началомъ является у нихъ воля: разумъ только ставитъ ей цѣли.

И это противоположеніе разуму воли, это признаніе само-

---

[1]) *Кн. Е. Трубецкой*, Религіозно-общественный идеалъ западнаго христіанства. Ч. I. Міросозерцаніе бл. Августина. 1892, стр. 214 и слѣд.

стоятельнаго значенія воли всецѣло объясняется исключительно вліяніемъ христіанства, потому что не только самъ Аристотель, но и его арабскіе комментаторы, за единственнымъ исключеніемъ Авицеброна, были рѣшительными интеллектуалистами.

Образованію новаго понятія власти содѣйствовало однако не одно только религіозное ученіе о господствѣ надъ всѣмъ міромъ единой воли Божіей. Къ этому присоединилось еще въ частности и вліяніе впервые христіанствомъ внесеннаго и совершенно невѣдомаго древнему міру понятія церкви, какъ самостоятельной формы человѣческаго общенія.

Въ практической жизни это понятіе церкви должно было выступить съ особенной яркостью, когда Евангельское ученіе стало распространяться среди язычниковъ. И дѣйствительно, именно въ посланіяхъ св. апостола Павла, которому было „ввѣрено благовѣстіе для необрѣзанныхъ“ [1]), съ особенною отчетливостью выясняется понятіе церкви.

Церковь не возникаетъ сама собой, какъ необходимый результатъ естественныхъ условій человѣческой жизни; церковное единеніе людей не создается постепеннымъ развитіемъ общественной жизни, а дается свыше, привносится извнѣ какъ даръ Божественной благодати. Церковь установлена Спасителемъ [2]) и образуетъ собою по словамъ св. апостола Павла единое тѣло Христово, въ которомъ дѣйствуетъ и живетъ Духъ Господень [3]).

Слѣдовательно, церковь не есть соединенное множество, составленное изъ людей. Церковь — единство, данное людямъ свыше, стоящее надъ ними, независимое отъ нихъ, подчиняющее ихъ себѣ.

Такимъ образомъ въ христіанскомъ ученіи о церкви уже

---

[1]) Посланіе къ Галатамъ, II, 7.

[2]) Матѳ. XVI, 18.

[3]) Посланіе къ Ефесянамъ, I, 22, 23. И поставилъ Его выше всего главою Церкви, которая есть Тѣло Его, полнота Наполняющаго все во всемъ; IV, 15, 16. Христосъ, изъ котораго все тѣло, составляемое и совокупляемое посредствомъ всякихъ взаимно-скрѣпляющихъ связей при дѣйствіи въ свою мѣру каждаго изъ членовъ, получаетъ приращеніе для созиданія самого себя въ любви. Римл., XII, 4, 5. Коринѳ. I, XII, 27.

прямо было выставлено новое понятіе объ обществѣ, не само собой возникающемъ въ силу естественныхъ условій, а установляемомъ волею Божію; объединяемомъ не взаимною зависимостью его членовъ, а таинственнымъ воздѣйствіемъ божественной благодати; управляемомъ не людьми, а Духомъ Господнимъ, дѣйствующимъ чрезъ постановленныхъ отъ Бога людей, какъ орудій его воли.

Все охватывавшее вліяніе христіанской проповѣди приводило къ тому, что всѣ вопросы жизни и знанія стремились тогда разрѣшить въ духѣ и на основѣ религіознаго ученія. Не могли уйти, конечно, отъ этого вліянія и вопросы политики. Но примѣненіе къ государству той же концепціи, въ какой представлялись церковныя отношенія, должно было неизбѣжно привесть къ совершенному измѣненію прежняго пониманія государства.

Построить ученіе о государствѣ по аналогіи съ ученіемъ о церкви значило представить государство, какъ единое цѣлое, движимое и управляемое единою же волею, притомъ высшею волею, которой принадлежитъ безусловное господство надъ государствомъ. Какъ авторитетъ церковной іерархіи дается ей не обществомъ вѣрующихъ, пасти которыхъ она призвана, а сообщается даромъ Св. Духа въ таинствѣ священства, такъ и правители государствъ, при такомъ уподобленіи государства церкви, представлялись получающими свою власть не отъ управляемаго государства, а свыше, отъ Бога. Если такъ, то въ государственномъ властвованіи нельзя уже было видѣть, какъ прежде, отношеніе взаимной зависимости. Отношеніе властвованія представлялось при такой концепціи, какъ одностороннее господство все себѣ подчиняющей воли.

Перенесеніе концепціи, формулированной въ примѣненіи къ церкви, на отношенія государственнаго властвованія должно бы было, правда, встрѣтить себѣ препятствіе въ чисто духовномъ характерѣ церковнаго единства. Единство дается церкви, независимо отъ внѣшнихъ отношеній ея членовъ, дѣйствіемъ благодати, но именно поэтому единство это чисто духовное, основанное на вѣрѣ. Такое единство непримѣнимо

къ государству, основанному на внѣшнемъ, принудительномъ подчиненіи всѣхъ живущихъ на государственной территоріи.

Но дѣло въ томъ, что въ ученіи западной церкви, церковному единству былъ приданъ совершенно внѣшній характеръ. Церковное единство выразилось тутъ въ единствѣ внѣшней организаціи, въ признаніи главенства папъ надъ всѣмъ христіанскимъ міромъ. Самая принадлежность къ церкви по католическому ученію обусловливается не вѣрою, а однимъ фактомъ крещенія, такъ что римская церковь считаетъ своими членами не только вѣрныхъ, но и еретиковъ.

Такое видоизмѣненіе понятія церкви замѣтно уже у блаженнаго Августина. Опровергая ученіе донатистовъ, впавшихъ въ противоположную крайность и признававшихъ условіемъ принадлежности къ церкви не только вѣру, но и праведность, Августинъ отстаиваетъ прямо внѣшнюю принудительную власть церкви, а съ отпаденіемъ западной церкви отъ восточной, стремленіе къ мірской принудительной власти въ римской церкви получило полное господство. Католическое ученіе стремится подчинить свѣтскую власть церковной, превратить государство въ орудіе религіозныхъ цѣлей, церковной политики. Папы стараются низвести свѣтскихъ государей до положенія подчиненныхъ имъ правителей, правящихъ по ихъ порученію и полномочію. Согласно извѣстной теоріи двухъ мечей, намѣстникъ Св. Петра, получивъ отъ Бога обѣ власти, и духовный и свѣтскій мечъ, передаетъ отъ себя свѣтскую власть правителямъ государствъ. Такимъ образомъ государственная власть не представляется вытекающей естественно изъ внутреннихъ условій государственнаго общенія, а придается свѣтскому обществу извнѣ, волею папы. Власть мыслится не какъ нѣчто внутренно присущее государству, а какъ нѣчто надъ нимъ стоящее. Свѣтская власть правитъ лишь по уполномочію духовной, служитъ орудіемъ ея воли.

Сторонники самостоятельности свѣтской власти отвергали только подчиненіе государей папѣ, но въ остальномъ усвоили ихъ же взглядъ на государство. Отвергая первенство духовной власти предъ свѣтской, они только утверждали, что государ-

ственная власть установляется не папою, а такъ же, какъ и власть духовная—волею Божіей, или непосредственно, или посредствомъ народной воли, направляемой Божественнымъ промысломъ.

Благодаря такому вліянію религіозныхъ ученій, политическая теорія получаетъ въ средневѣковой литературѣ совершенно иное построеніе, чѣмъ въ древности. Государство уже не мыслится, какъ сложное цѣлое, связанное внутреннимъ единствомъ, взаимною зависимостью частей. Какъ вселенная создана и управляется стоящею надъ нимъ волею Божіею, какъ тѣло человѣческое управляется господствующимъ надъ плотью духомъ, такъ и государство установляется и объединяется волею властвующаго надъ нимъ правителя.

Вліяніе религіозныхъ идей на средневѣковыя политическія теоріи было тѣмъ сильнѣе и исключительнѣе, что въ этой области ученія церкви не находили себѣ противовѣса въ авторитетѣ Аристотеля. Между тѣмъ, какъ другія его сочиненія сдѣлались очень рано извѣстны средневѣковымъ ученымъ чрезъ посредство арабскихъ комментаторовъ и въ латинскомъ переводѣ Боэція, Политика Аристотеля, оставшаяся совершенно неизвѣстной на востокѣ, стала предметомъ изученія не раньше второй половины XIII столѣтія [1]). Поэтому политическія идеи Аристотеля не могли вліять какъ соопредѣляющій факторъ на выработку сложившагося въ средніе вѣка воззрѣнія на государство. Когда средневѣковымъ публицистамъ стала извѣстна Политика Аристотель, у нихъ уже было готовое и вполнѣ опредѣлившееся понятіе о государствѣ и государственной власти.

Этимъ и объясняется, конечно, почему, вопреки довольно распространенному ошибочному мнѣнію, Политика Аристотеля почти совсѣмъ не оказала вліянія на средневѣковыя поли-

[1]) *W. Oncken*, Die Wiederbelebung der aristotelischen Politik in der abendländischen Lesewelt, im Festschrift zur Begrüszung der 24 Versammlung deutscher Philologen, veröffentlicht von dem hist.-philos. Vereine zu Heidelberg. Leipzig. 1865. ss. 1—18. Эта статья затѣмъ была цѣликомъ перепечатана Онкеномъ въ его Staatslehre des Aristoteles. I, § 5., ss. 64—80.

тическія теоріи напримѣръ, на Ѳому Аквинскаго, хотя онъ составилъ даже комментарій къ этому сочиненію Стагирита [1]). Въ той части De regimine principum, которая написана самимъ Ѳомой Аквинскимъ [2]), даже ссылокъ на Политику Аристотеля очень мало: всего двѣ и то по совершенно второстепеннымъ вопросамъ [3]). Нѣтъ ссылокъ на Политику Аристотеля даже тамъ, гдѣ онѣ какъ бы сами собой напрашивались, напримѣръ, гдѣ говорится о томъ, что человѣкъ animal sociale et politicum [4]). Ѳома и тутъ не ссылается на Аристотеля, хотя взамѣнъ того не имѣетъ подъ рукой лучшей ссылки, какъ на слова Екклезіаста: „двоимъ лучше, нежели одному [5]).

Ѳома не только не усвоилъ, но даже какъ будто вовсе не замѣтилъ основнаго воззрѣнія Аристотеля на государство, какъ на естественную, необходимую форму жизни людей. По крайней мѣрѣ свое Expositio къ Политикѣ онъ начинаетъ прямо съ утвержденія, что государство есть произведеніе человѣческаго искусства и притомъ высшее его произведеніе. Начало его комментарія вообще поразительно напоминаетъ по содержанію своему предисловіе Гоббеза къ Левіаѳану.

Уже изъ этого ясно, что въ своемъ пониманіи государства великій схоластикъ совершенно расходится съ Аристотелемъ. Аристотель понимаетъ государство какъ сложное, какъ мно-

---

[1]) In octo libr. Politicorum Aristotelis expositio (Opera omnia, Venetiis. 1543, t. V). Впрочемъ онъ не успѣлъ кончить этотъ трудъ и написалъ самъ Комментарій только къ тремъ первымъ книгамъ. Остальное докончилъ послѣ его смерти Петръ Овернскій. *Jourdain*, La philosophie de S. Thomas d'Aquin. 1858 t. I. p. 89. Ѳома пользовался латинскимъ переводомъ Вильгельма Мербеке. Первые комментаріи на Политику написаны Альбертомъ Великимъ и Ѳомой Аквинскимъ, но комментарій Ѳомы Аквинскаго считаютъ болѣе раннимъ. *Jourdain*, I, 400.

[2]) Имъ написана лишь первая книга и четыре главы второй. См. *Jourdain*. La philosophie de S. Thomas d'Aquin I. pp. 141—149. и *Baumann* Staatslehre des h. Thomas, s. 5,

[3]) Одна въ X главѣ I книги по вопросу о непродолжительности властованія тирановъ; другая въ III главѣ II книги по вопросу о вредѣ вліянія общенія съ иностранцами.

[4]) L, cap. 1 Naturale autem est homini, ut sit animal sociale et politicum in multitudine vivens.

[5]) Гл. 4, ст. 9.

жество и начинаетъ поэтому свою Политику съ разсмотрѣнія элементовъ, изъ которыхъ слагается государство. Ѳома Аквинскій, напротивъ, прежде всего имѣетъ въ виду господствующую въ государствѣ и объединяющую его власть. De regimine principum начинается прямо съ выясненія понятія правителя [1]). Правитель при этомъ разсматривается не какъ одинъ изъ составныхъ элементовъ государства, а именно какъ власть стоящая надъ государствомъ, отъ него независимая. Управленіе государствомъ сравнивается съ тѣмъ, какъ Богъ правитъ міромъ, какъ душа управляетъ тѣломъ. Правитель въ государствѣ занимаетъ такое же положеніе, какъ Богъ въ вселенной, какъ душа въ тѣлѣ человѣка [2]). Это сравненіе примѣняется Аквинатомъ и къ объясненію понятія церкви [3]).

[1]) *Thomae Aquinatis*, Opuscula omnia. Parisiis. 1634. Opusculum XX, p. 312. Principium autem intentionis nostrae hinc sumere oportet, ut quid nomine regis intelligendum est, exponatur. In omnibus autem quae ab finem aliquem ordinantur, in quibus contingit sic et aliter procedere, opus est aliquo dirigente, per quod directe debitum perveniatur ad finem.

[2]) *Thomae Aquinatis*, De regimine principum ad regem Cypri. (Opuscula omnia, Parisiis, 1634. Opusc. XX, pp. 312 — SS.) l. I. cap. XII, Quia vero ea quae secundum artem, imitatur ea, quae sunt secundum naturam, ex quibus accipimus, ut secundum rationem operari possimus optimum videtur regis officium a forma regiminis naturalis assumere. Invenitur autem in rerum natura regimen et universale et particulare. Universale quidem, secundum quod omnia sub Dei regimine continentur qui sua providentia universa gubernat. Particulare autem regimen maxime quidem divino regimine simile est, quod invenitur in homine, qui ob hoc minor mundus appellatur.—Sic quodammodo se habet ratio in homine, sicut Deus in mundo. Sed quia supra ostendimus, homo est animal naturaliter sociale in multitudine vivens, similitudo divini regiminis invenitur in homine non solum quantum ad hoc, quod per rationem regitur unus homo, sed etiam quantum ad hoc per rationem unius hominis regitur multitudo, quod maxime pertinet ad officium regis, dum et in quibusdam animalibus quae socialiter vivunt, quaedam similitudo invenitur hujus regiminis, sicut in apibus. — Hoc igitur officium rex se suscepisse cognoscat ut sit in regno sicut in corpore anima et sicut Deus in mundo. Аристотель (Ником. Этика, VIII, § 13) только въ тираніи и въ отношеніяхъ господина къ рабу видитъ аналогію отношенія души къ тѣлу.

[3]) Expositio super symbolo apostolorum: Sicut videmus quod in uno homine est una anima et unum corpus, et tamen sunt diversa membra ipsius, ita *ecclesia* catholica est unum corpus et habet diverso membra. Anima autem quae hoc corpus vivificat est Spiritus sanctus. Summa Theol., III, quaest. VIII, art. 1. Sicut tota Ecclesia dicitur unum corpus mysticum, per similitudinem ad naturale corpus, ita Christus dicitur caput Ecclesiae secundum similitudinem humani capitis. Caput enim influit sensum et motum in membra.

Управляющая государствомъ воля властителя есть вмѣстѣ и единственное объединяющее въ немъ начало: безъ нея государство бы распалось [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ и совершенство государственнаго устройства зависитъ отъ того, насколько сама объединяющая власть является единой. Поэтому лучшей и наиболѣе естественной формой правленія признается монархія [2]).

Установленіе и управленіе государства Ѳома Аквинскій также объясняетъ по аналогіи съ сотвореніемъ и управленіемъ міра [3]). Приступая къ объясненію образованія государства, онъ начинаетъ съ передачи библейскаго разсказа о сотвореніи міра [4]). Государя онъ считаетъ не только правителемъ государства, но точно также и творцомъ его [5]). Волею государя приводятся въ движеніе всѣ органы власти [6]). Государь же представляетъ и коллективную личность народа [7]).

---

[1]) De regim. c. I, 1. Si ergo naturale est homini, quod in societate multorum vivat, necesse est in hominibus esse, per quod multitudo regatur. Sicut et corpus hominis defluereť, nisi essset aliqua vis regitiva communis in corpore. —Oportet igitur esse in omni multitudine aliquod regitivum.

[2]) L. I, cap. II. Commune autem naturale regimen ab uno est. In membrorum enim multitudine unum est quod omnia movet scilicet cor et in partibus animae una vis principaliter praesidet scilicet ratio. Est enim apibus unus rex et in toto universo unus Deus factor omnium et rector, et hoc ratio nobiliter. Omnis enim multitudo derivatur ab uno.

[3]) Cap. XIII. Ratio autem institutionis regni ab exemplo institutionis mundi sumenda est.—Cap. XIV. Sicut autem institutio civitatis aut regni ex forma institutionis mundi convenienter accipitur, sic et gubernationis ratio ex gubernatione sumenda est

[4]) Любопытно, что и Гоббезъ точно также сравниваетъ основаніе государствъ съ сотвореніемъ міра и человѣка: Leviathan, Introduction, Lastly, the „pacts“ and „covenants“, by which the party of this body politic were at first made, set together and united, resemble that „fiat„ or the „let us make man“, pronounced by God in the creation.

[5]) Cap. XIII. Sunt autem duo opera Dei in mundo. Unum quo mundum instituit; alterum quo mundum institutum gubernat.—Primum autem opus non omnibus regibus convenit. Non enim omnes regnum aut civitatem instituunt in quo regnant. Est autem considerandum, quod nisi praecessisset qui instituent civitatem aut regnum, locum non haberet gubernatio. Sub regis enim officio comprehendetur etiam institutio civitatis et regni.

[6]) *Summa Theologica.* (Lugduni, 1738.) L. I, quaestio 82, art. IV. Rex etiam movet per suum imperium singulos praepositos civitatum.

[7]) *Summa Theol.* Secunda secundae, quaestio, 57, art. II: Princeps, qui curam populi habet et ejus personam gerit.

Придавать такое значеніе волѣ государя могъ, конечно, только убѣжденный монархистъ. И дѣйствительно, монархію Аквинатъ считаетъ естественнѣйшею и лучшею формой правленія [1]).

Ссылаясь на то мѣсто Суммы, гдѣ говорится объ общественномъ устройствѣ израильскаго народа, иногда приписываютъ Ѳомѣ Аквинскому предпочтеніе смѣшанной формы правленія [2]). Не говоря уже о томъ, что это прямо противорѣчитъ воззрѣніямъ Ѳомы, изложеннымъ въ его спеціальномъ политическомъ трактатѣ, и ближайшее разсмотрѣніе указаннаго мѣста [3]) Суммы показываетъ, что ему нельзя придавать такого значенія. Аквинатъ ставитъ тутъ не общій вопросъ о лучшей формѣ правленія, а совершенно частный: utrum convenienter lex vetus de principibus ordinaverit? и вотъ въ оправданіе установленнаго при Моисеѣ порядка управленія, онъ ссылается на свидѣтельство Аристотеля, что лучшая форма—смѣшанная. Но затѣмъ, разбирая отдѣльные доводы, онъ тутъ же говоритъ, что монархія—лучшее правленіе, но только легко переходитъ въ тираннію. Вотъ почему у евреевъ, отличавшихся жестокостью и корыстолюбіемъ, Богъ сначала не установилъ монархіи [4]).

Въ Суммѣ вообще нельзя найти сколько-нибудь опредѣленно выраженнаго взгляда на различіе формъ правленія. Ссылаясь на Аристотеля, Ѳома перечисляетъ шесть формъ

---

[1]) De regimine, I, cap. II. Commune autem naturale regimen ab uno est. In membrorum enim multitudine unum est quod omnia movet scilicet cor et in partibus animae una vis principaliter praesidet scilicet ratio. Est enim apibus unus rex et in toto universo unus Deus factor omnium et rector, et hoc rationabiliter. Omnis enim multitudo derivatur ab uno. Utilius est regnum unius, quam plurium.—Melius regit unus, quam plures. Cap. V. Magis preoptandum est unius regimen, quam multorum, quamvis ex utroque sequantur pericula.

[2]) *Чичеринъ*, Исторія политическихъ ученій, I, стр. 192.

[3]) Summa Theol., 1, II, quaest. CV, art. 11.

[4]) Ibidem. Regnum est optimum regimen populi, sed defacili degenerat in tyrannidem, nisi perfecta virtus ejus, cui talis potestas conceditur.—Perfecta autem virtus in paucis invenitur et praecipue Iudaei crudeles erant et ad avaritiam proni, per quae vitia maxime homines in tyrannidem decidunt. Et ideo Dominus a principio eis regem non instituit cum plena potestate, sed judicem et gubernatorem in eorum custodiam.

правленія: монархію, аристократію, олигархію, демократію и смѣшанную форму. При этомъ смѣшанную форму онъ представляетъ, какъ сочетаніе лишь аристократическаго и демократическаго элементовъ [1]). Все это перечисленіе приводится по поводу вопроса о зависимости формъ законодательства отъ формъ правленія, и дѣлаемыя при этомъ сопоставленія обнаруживаютъ въ авторѣ совершенное непониманіе дѣла. По его словамъ, въ аристократіи законодательство принимаетъ форму responsa prudentum, а въ олигархіи—jus honorarium!

Говоря о законѣ, Ѳома Аквинскій повидимому допускаетъ изданіе законовъ только или всѣмъ народомъ, или тѣмъ, кто служитъ представителемъ народа [2]) и такимъ образомъ, какъ бы признаетъ безусловное народное верховенство А тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ обычаѣ, различается свободный народъ и народъ, не имѣющій свободной власти, и только у свободнаго народа правитель признается имѣющимъ право издавать законы не иначе, какъ въ качествѣ представителя народа. Народу же, неимѣющему свободной власти, законы даются независимой отъ него властью [3]).

Различіе воззрѣній Ѳомы Аквинскаго и Аристотеля сказывается между прочимъ и въ томъ, какъ они пользуются одними и тѣми же сравненіями. Оба они сравниваютъ правителя съ кормчимъ. Но Аристотель указываетъ при этомъ на то, что кормчаго соединяетъ со всѣми другими лицами, находящимися

---

[1]) Summa Theol. 1, II, quaest. XCVI, art. 4. Secundum hoc sumitur lex, quam majores natu simul cum plebibus sanxerunt.

[2]) Summa Theol., 1, II, quaest. XC, art. 3. Ordinare aliquid in bonum commune, est vel totius multitudinis vel alicujus gerentis vicem multitudinis. Et ideo condere legem vel pertinet ad totam multitudinem, vel pertinet ad personam publicam, quae totius multitudinis curam habet. См. также. 2, II. quaest. LVII, art. 2.

[3]) Summa Theol. 1, II, quaest. XCVII, art. 3. Si enim sit *libera multitudo*, quae possit sibi legem facere, plus est consensus totius multitudinis, ad aliquid conservandum, quod consuetudo manifestat, quam authoritas principis, qui non habet potestatem condendi legem, *nisi quantum gerit personam multitudinis*. Si vero multitudo non habeat liberam potestatem condendi sibi legem, vel legem a superiori potestate positam removendi, tamen ipsa consuetudo in tali multitudine praevalens, obtinet vim legis, inquantum per eos toleratur, ad quos pertinet multitudini legem imponere.

на кораблѣ, общіе интересы, общая опасность; у Аквината обращается вниманіе лишь на то, что направленіе корабля опредѣляется волею кормчаго [1]).

У Аристотеля и мотивомъ дѣятельности правителя признается сознаніе его зависимости отъ государства. Поэтому управленіе государствомъ представляется ему обязанностью, которую всего справедливѣе исполнять по очереди всѣмъ. И Аристотель съ ироніей говоритъ о стремленіи людей къ власти ради случайно соединяемыхъ съ нею выгодъ (кн. III, 4, § 6). Ѳома же Аквинскій считаетъ мотивомъ правительственной дѣятельности не сознаніе общности интересовъ всѣхъ составляющихъ государство, а Божью волю, поставляющую правителя надъ государствомъ и дающую ему награду въ будущей жизни [2]).

Мы видѣли, что добродѣтель, выражающуюся во взаимныхъ отношеніяхъ властвующихъ и подвластныхъ, Аристотель опредѣлялъ какъ дружбу. Ѳома Аквинскій также останавливается въ ученіи о добродѣтеляхъ на вопросѣ объ отношеніи къ властителямъ, но соотвѣтствующей этимъ отношеніямъ добродѣтелью онъ считаетъ уже не дружбу, а повиновеніе, которое, кстати замѣтить, у Аристотеля мы вовсе не найдемъ въ числѣ особыхъ добродѣтелей. Ѳома Аквинскій, напротивъ, доказываетъ, что повиновеніе есть особая самостоятельная добродѣтель, такъ какъ повиновеніе велѣніямъ высшаго само по себѣ уже благо [3]).

Подобно тому какъ явленія природы производятся дѣйствіемъ естественныхъ силъ, такъ дѣйствія людей—ихъ волею. Но какъ все низшее приводится въ движеніе высшимъ, такъ и въ обществѣ высшіе направляютъ своею волею въ силу данной имъ Богомъ власти дѣятельность подвластныхъ. И такъ какъ направлять дѣйствіемъ разума и воли значитъ повелѣвать, то по естественному порядку, установленному Богомъ въ природѣ низшее, подчиняется высшему и точно

[1]) L. I, cap. I. и cap. XIV.
[2]) L. I, capita VIII et IX.
[3]) Summa Theol., 2, II, quaest. CIV, art. 2.

также въ обществѣ, по естественному и божескому праву подчиненные должны повиноваться высшимъ [1]).

Но должны ли христіане повиноваться свѣтскимъ властямъ? Въ Евангеліи отъ Іоанна (I, 12) сказано, что Господь „вѣрующимъ во имя Его далъ власть быть чадами Божіими", а во всѣхъ государствахъ дѣти царя, говоритъ Аквинатъ, свободны. Какъ же могутъ быть несвободны чады Царя, которому подчинены всѣ царства? Къ тому же св. ап. Павелъ говоритъ, что увѣровавшіе „умерли для закона" (Римл. VII, 4) и слѣдовательно освобождены отъ повиновенія велѣніямъ Ветхаго Завѣта. Повидимому, тѣмъ болѣе должны они быть свободны отъ повиновенія закону людскому. Наконецъ, люди не обязаны повиноваться разбойникамъ, а по словамъ Августина государство безъ справедливости та же разбойничья шайка. Правители же государствъ обыкновенно властвуютъ не согласно съ требованіями справедливости.

Но всѣ эти сомнѣнія опровергаются Аквинатомъ. Вѣра во Христа есть основаніе и причина справедливости, какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ Апостолъ: правда Божія чрезъ вѣру въ Іисуса Христа (Римл. III, 22). Поэтому вѣра Христова не разрушаетъ, а утверждаетъ порядокъ справедливости. Порядокъ же этотъ требуетъ, чтобы низшіе подчинялись высшимъ, ибо иначе общество не могло бы сохраняться. Поэтому вѣра во Христа не освобождаетъ отъ повиновенія свѣтскимъ властямъ. Господь искупилъ наши грѣхи, но не избавилъ насъ отъ несовершенства плоти, а свѣтской власти подчинены именно тѣла людей, а не ихъ души. Ветхій завѣтъ замѣненъ теперь Новымъ, а людской законъ дѣйствуетъ, какъ и прежде [2]). Что же касается возможности несправедливаго осуществленія власти, то въ этихъ случаяхъ человѣкъ освобождается отъ повиновенія власти, такъ какъ „должно повиноваться больше Богу, нежели человѣкамъ" (Дѣянія, V, 29) [3]).

Ѳома Аквинскій является такимъ же типичнымъ вырази-

[1]) Summa Theol. 2, II, quaest. CIV, art. 1.
[2]) Summa Theol. 2, II, quaest. CIV, art. 6.
[3]) Summa Theol. 2, II, quaest, CIV, art. 5.

телемъ средневѣковыхъ воззрѣній, какъ Аристотель—воззрѣній древности. Поэтому сопоставленіе и сравненіе ихъ политическихъ ученій лучше всего можетъ выяснить намъ ту глубокую разницу, какая замѣчается между средневѣковымъ и античнымъ пониманіемъ государства. И выводы, къ какимъ приводитъ такое сравненіе Ѳомы Аквинскаго и Аристотеля, имѣютъ тѣмъ больше значенія, что Ѳома Аквинскій отнюдь не можетъ быть признанъ крайнимъ представителемъ особенностей средневѣкового міросозерцанія. Напротивъ, именно по вопросу о соотношеніи разума и воли, онъ ближе другихъ схоластиковъ стоитъ къ Аристотелю. Онъ не признаетъ, какъ его противникъ Дунсъ Скотъ, первенства за волею. Вліяніе Аристотеля придало философскому ученію Аквината въ весьма значительной степени характеръ интеллектуализма. Но между тѣмъ, какъ у Аристотеля интеллектуализмъ приводитъ къ признанію самой воли лишь особой функціей мышленія, у главы средневѣковой схоластики интеллектуализмъ ограничивается признаніемъ лишь превосходства разума надъ волею [1]). Это двѣ обособленныя способности духа, но только разумъ и признается стоящимъ выше воли [2]).

Признавъ, подъ вліяніемъ Аристотеля, первенство за разумомъ, Ѳома Аквинскій затѣмъ однако подъ вліяніемъ религіознаго ученія, существенно смягчаетъ это положеніе.

Между тѣмъ, какъ Аристотель совершенно устраняетъ изъ дѣятельности божества моментъ воли [3]), представляя божество, какъ только созерцающее начало, Ѳома Аквинскій, напротивъ, и божеству придаетъ волю, такъ какъ разуму, по его ученію, всегда и необходимо сопутствуетъ воля. Разумъ не можетъ быть безъ воли [4]). И притомъ дѣятельнымъ, про-

---

[1]) *Kahl*, Die Lehre vom Primat des Willens 1886, S. 62.

[2]) Summa theol., I, quaest, LXXXII art. 3. Utrum voluntas sit altior potentio quam intellectus?—Sed contra est, quod Philos. in 10 Ethic. ponit altissimam potentiam animae esse intellectus.

[3]) De coelo, II, 12.

[4]) Summa, I, quaestio XIX, art. Voluntas intellectum consequitur Unde in quolibet habente intellectum est voluntas, sicut in quolibet habente sensum est appetitus animalis. Et sic oportet in Deo esse voluntatem cum sit in eo

изводящимъ началомъ признается не разумъ, а именно воля. Поэтому причиной всѣхъ вещей служитъ воля Божія [1]).

Въ Комментаріяхъ на Сентенціи Петра Ломбардскаго это подкрѣпляется еще любопытной ссылкой на Аристотеля. Тотъ говоритъ въ своей Метафизикѣ, что основой всѣхъ произведеній искусства служитъ воля мастера. Но все сущее, утверждаетъ Аквинатъ, въ прямое противорѣчіе Аристотелю, происходитъ отъ Бога какъ произведеніе отъ мастера: слѣдовательно воля Божія и есть причина всего сущаго [2]).

Такимъ образомъ разуму принадлежитъ первенство лишь въ томъ смыслѣ, что онъ ставитъ цѣли дѣятельности; движущей же, творческой силой является воля Аристотель признавалъ, что разумъ (νοῦς) движетъ волею (βούλησις), что воля есть собственно актъ разума [3]). Ѳома Аквинскій наоборотъ утверждаетъ, что несмотря на свое превосходство, не разумъ движетъ волею, а воля движетъ разумомъ и всѣми силами души [4]). Слѣдовательно въ результатѣ разумъ и воля оказываются не столько въ соотношеніи соподчиненія, сколько въ соотношеніи взаимной обусловленности.

---

intellectus; Comment in Sententias Petri Lomb. 1, Dist. XLV, art 1. In omni natura ubi invenitur cognitio, invenitur etiam voluntas.

[1]) Summa theoligica. I, quaest. XIX., art. 4. Necesse est dicere voluntatem Dei esse causam rerum, et Deum agere per voluntatem, non per necessitatem naturae.—Cum enim propter finem agat intellectus et natura necesse est utagenti per naturam praedeterminatur finis et media necessaria ad finem ab aliquo superiori intellectu.—Inclinatio ejus ad agendum quod intellectu conceptum est, pertinet ad voluntatem.

[2]) Pars I, Distinctio, XLV, art, 3. Secundum Philosophum omnium artificiatorum principium est voluntas artificis: sed ea, quae sunt procedunt a Deo sicut artifiçiata ab artifice, ut a sanctis et philosophis traditur: ergo omnium quae sunt causa est Dei voluntas.

[3]) Aristotelis, De Animo, III, 10.

[4]) Summa, I, guoest. LXXXII, art. 4. Aliquid dicitur movere dupliciter. Uno modo per modum finis, sicut dicitur quod finis movet efficientem. Et hoc modo intellectus movet voluntatem.—Alio modo dicitur aliquid movere per modum agentis, sicut alterans movet alteratum, et impellens movet impulsum Et hoc modo voluntas movet intellectum et omnes animae vires. И далѣе отношенію воли къ другимъ силамъ души уподобляется отношеніе въ государствѣ царя къ другимъ органамъ власти. Et hoc apparet tam in naturalibus, quom in politicis.—Rex etiam movet per suum imperium singulos praepositos civitatum.

Это особенно ясно выражается въ ученіи Аквината о повелѣніи и законѣ. Повелѣніе (imperare) онъ признаетъ функціей разума, но обусловленной актомъ воли [1]). Поэтому и законъ, хотя и исходитъ отъ разума [2]), но обусловленъ волею: на сомнѣніе въ возможности относить законъ къ разуму, основанномъ на томъ, что законъ побуждаетъ къ дѣйствіямъ съ нимъ согласнымъ, а побуждать къ дѣятельности есть функція воли, Ѳома Аквинскій отвѣчаетъ указаніемъ на то, что разумъ получаетъ силу побуждать къ дѣйствіямъ отъ воли [3]). Вслѣдствіе этого законъ, по его опредѣленію, не непосредственное требованіе разума, а установляемое чрезъ посредство велѣнія того, кому принадлежитъ забота объ общемъ благѣ [4]). Вѣчный божественный законъ онъ сравниваетъ съ планомъ, который составляетъ себѣ художникъ, прежде чѣмъ что-либо создастъ, или правитель, прежде чѣмъ что-либо предпишетъ управляемымъ [5]). Положительное право онъ уже прямо опредѣляетъ, какъ постановленіе, основанное на соглашеніи всего народа или велѣніи государя [6]). Поэтому въ концѣ-

---

[1]) Summa Theol. 1, II. quaest. XVII, art. 1. Imperare est actus rationis praesupposito tamen actu voluntatis in cujus virtute ratio movet imperium ad exercitium actus и дальше: imperium non sit actus rationis, sed cum quadam motione.

[2]) Summa Theol. 1, II, Quaest. LXXXIV, art. 1 lex est aliquid pertinens ad rationem.

[3]) Ibidem, Lex movet eos, qui subjiciuntur legi ad recte agendum, sed movere ad agendum proprie pertinet ad voluntatem. Ergo lex non pertinet ad rationem, sed magis ad voluntatem.—Ad hoc (tertium) dicendum est, quod ratio habet vim movendi a voluntate. Ex hoc enim, quod aliquis vult finem, ratio imperat de his, quae sunt ad finem, sed voluntas quae imperantur ad hoc quod legis rationem habeat, opportet quod sit aliqua ratione regulata.

[4]) Summa Theol., 1, II, quaest. XC, art. 4. Et sic ex praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud, quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgato.

[5]) Summa Theol. 1, II, quaest. XCIII, art. 1. Sicut in quolibet artifice praeexistit ratio eorum, quae constituuntur per artem; ita etiam in quolibet gubernante oportet, quod praeexistat ratio ordinis eorum, quae agenda sunt per eos qui gubernationi subduntur. Et sicut ratio rerum fiendarum per artem vocatur ars; ita etiam ratio gubernantis rationem legis obtinet. Deus autem conditor est universarum rerum. Est etiam gubernator omnium actuum et motionum: ita ratio divinae sapientiae moventis omnia ad debitum finem obtinet rationem legis.

[6]) Summa Theol., 2, II, quaest. LVII, art. 2. Cum totus populus consentit

концовъ Ѳома приходитъ къ тому, что признаетъ Божественный законъ установляемымъ разумною волею Божіею, человѣческій—человѣческою волею, регулируемою разумомъ [1]).

Такимъ образомъ, характерныя особенности его воззрѣній на государство сравнительно съ античными политическими теоріями заключаются въ слѣдующемъ. Отношеніе правителя къ государству онъ уподобляетъ отношенію Бога къ созданному имъ міру. Правитель поэтому стоитъ надъ государствомъ. Отношенія къ нему гражданъ характеризуются какъ отношенія односторонняго повиновенія, а не взаимной зависимости. Воля правителя не только направляетъ всю жизнь государства, управляетъ имъ, но и создаетъ государство. Въ ней заключается основа существованія и единства государства. Безъ господства этой воли, какъ объединяющей силы, государство распалось бы на множество ничѣмъ несвязанныхъ индивидовъ. Воля правителя и есть, слѣдовательно, то, что дѣлаетъ государство государствомъ, и есть государственная власть.

Подобно тому какъ общество вѣрующихъ, церковь, признается тѣломъ Христовымъ, средневѣковые политики уподобляли и государство человѣческому тѣлу. Такія сравненія были очень распространены въ средневѣковой литературѣ [2]) и въ нихъ весьма характерно выразились особенности средневѣкового пониманія государства. Средневѣковые политики обращаютъ при этомъ вниманіе не на взаимную зависимость частей организма, не на взаимную обусловленность функціонированія отдѣльныхъ органовъ, а, напротивъ, указываютъ лишь на непремѣнное существованіе въ организмѣ одного, главнаго надо всѣмъ господствующаго органа, приводящаго въ движеніе всѣ другіе органы. Этотъ господствующій въ организмѣ органъ уподобляется, конечно, правителю. Такъ, напримѣръ, Марси-

---

quod aliquid habeatur quasi adaequatum et commensuratam alteri, vel cum hoc ordinat princeps, qui curam populi habet et ejus personam gerit: et hoc dicitur jus positivum.

[1]) Summa Theol, quaest. XCVII., art. 3. Omnis lex proficiscitur a ratione et voluntate legislatoris. Lex quidem divina et naturalis a rationabili Dei voluntate: lex autem humana a voluntate hominis ratione regulata.

[2]) *Gierke.* Das deutsehe Genossenschaftsrecht, III. 1881, S. 546 und ff.

лій Падуанскій сравниваетъ правителя съ сердцемъ. И любопытно, что по мнѣнію Марсилія сердце не только движетъ всѣми другими частями тѣла, но, образуясь раньше другихъ органовъ, собственно, само и производитъ ихъ [1]). Слѣдовательно, въ отношеніи къ сердцу, все остальное тѣло ставится въ совершенно пассивное и зависимое положеніе. Сравненія государства съ человѣческимъ тѣломъ дѣлались во всѣ историческія эпохи. Ихъ знала и классическая древность. Но у Менения Агриппы части государства сравниваются съ частями тѣла для того, чтобы показать, выяснить ихъ *взаимную* зависимость другъ отъ друга. Марсилій, какъ и вообще средневѣковые писатели, прибѣгаетъ къ такому сравненію, чтобы выяснить одностороннюю зависимость подданныхъ отъ власти.

---

[1]) Adversus usurpatam romani pontificis juriditionem Marsilii Patavini de re Imperatoria et Pontificia liber, qui Defensor Pacis inscribitur (Editio, 1522).

Dictio I, cap. XV, p. 50. Qualis igitur est naturae actio in animali perfecte formando, proporcionata fuit ea quae humanae mentis ad civitatem et ipsius partes instituendas convenienter. Ad quam si quidem describendam proportionem, ex qua patebit amplius efficientia et determinatio partium civitatis, suscipiemus cum Aristotele in XVI de animalibus. Et a Galieno in suo quodam libro, quem vocavit de zogonia, cum reliquis quoque magis expertis posteriorum a principio quodam seu causa movente aliqua sit illud forma materiae aut separata, vel alterum quiddam, virtutem habens generativam animalis et partium ejus, formari primum tempore atque natura partem quandam organicam animalis et in ipsa virtutem seu potentiam naturalem cum colore aliquo tanquam activo principio, virtutem in quam et calorem universales activa causalitate, at formandum et distinguendum unamquamque reliquarum partium animalis. Et est pars ista primum formata, cor autem cordi proportionalis aliqua. p. 51. Haec siquidem pars, formata primum, nobilior est, et perfectior in suis qualitatibus et dispositionibus çaeteris partibus animalis Statuit enim in ea natura generans virtutem et instrumentum per quae partes animalis reliqua formantur et convenienti materia, separantur distinguntur et invicem ordinantur, in suis dispositionibus conservantur et a nocumento quantum natura potitur praeservantur per ipsam: lapsae vero a sui natura propter aegritudinem aut alterum impedimentum, hujus partis virtute reparantur. His autem proportionaliter contemplandum in civitate convenienter instituta secundum rationem. Nam ab anima universitatis civium aut ejus valentioris partis, formatur aut formari debet in ea pars una, primum proportionata cordi, in qua siquidem virtutem quandam seu formam statuit cum activa potentia seu auctoritate instituendi partes reliquas civitatis. Haec autem pars est principatus, cujus quidem virtus causalitate universalis lex est, et cujus activa potentia est autoritas judicandi, praecipiendi et exequendi sententias conferentium et justorum civilium.

Всѣ отдѣльныя части тѣла, по средневѣковому воззрѣнію, зависятъ отъ одного надо всѣмъ господствующаго органа, отъ котораго вмѣстѣ съ тѣмъ и произошли всѣ другія части тѣла. Точно такъ же и въ государствѣ, власть есть воля правителя, установляющая государство и надо всѣмъ въ немъ господствующая.

3.

Выдвинутое средневѣковыми мыслителями пониманіе власти, какъ воли, всецѣло сохранилось и въ политическихъ теоріяхъ новаго времени. Только божественная воля замѣнилась волей человѣческой, вполнѣ свободной, ни отъ чего не зависимой. Средневѣковыя теоріи искали объясненія явленій общественной жизни въ божественной волѣ, дѣйствующей чрезъ посредство людей, какъ орудій для своихъ цѣлей. Теперь стали видѣть въ индивидуальной человѣческой волѣ первое и послѣднее основаніе всего общественнаго строя. Волевая теорія власти поэтому не только не была отброшена новыми теоріями, выступившими на смѣну схоластики, но проявилась теперь, можно сказать, въ еще болѣе рѣзкой и опредѣленной формѣ. Господствующая надъ государствомъ единая воля представляется въ нихъ вполнѣ самостоятельной, ни отъ кого независимой, верховной, суверенной.

Этому одинаково способствовали обѣ отличительныя особенности философскихъ ученій новаго времени: крайній индивидуализмъ и механическое міросозерцаніе.

Личность, искавшая прежде всего и во что бы то ни стало свободы, не могла въ основѣ общественныхъ отношеній признать какое-либо объективное начало, которое бы ограничивало ея свободную волю, подчиняло ее себѣ. Индивидуалистическимъ тенденціямъ тогдашняго міровоззрѣнія соотвѣтствовало лишь такое пониманіе общественнаго строя, при которомъ все сводилось къ субъективному началу воли.

Къ тому же самому приводило и преобладавшее тогда механическое міросозерцаніе. Согласно съ нимъ и государство

понималось, какъ искусственно, произвольно установленный порядокъ общественной жизни, какъ человѣческое изобрѣтеніе. Разъ государство признавалось произведеніемъ человѣческаго искусства, созидающимъ и движущимъ въ немъ началомъ, конечно, не могло быть ничто иное, какъ только человѣческая воля.

И надо еще добавить, волевая теорія власти находила себѣ въ то время тѣмъ болѣе твердую почву, что психологическія и этическія ученія сохранили тѣ характерныя особенности, какія были имъ приданы вліяніемъ христіанскаго богословія. Воля, рѣзко обособленная отъ разума, признавалась основой этическихъ понятій.

Такъ какъ главная особенность ученій новаго времени сравнительно съ схоластикой въ занимающемъ насъ вопросѣ заключалась въ признаніи полной самостоятельности человѣческой воли, то и основателемъ новаго ученія о государственной власти всѣми справедливо признается Боденъ, выдвинувшій съ особенною силою именно абсолютную независимость, верховенство, суверенитетъ государственной власти.

Государство онъ опредѣляетъ, какъ правое управленіе многими хозяйствами, и тѣмъ, что у нихъ есть общаго съ суверенною властью [1]). Суверенная власть — это власть вѣчная и абсолютная, т.-е. неограниченная ни срокомъ, ни какими-либо условіями [2]). Она принадлежитъ тому, кто самъ, никому не подчиняясь, повелѣваетъ всѣми другими [3]). Сущность власти Боденъ видитъ именно въ неограниченой ничѣмъ возможности повелѣвать [4]), слѣдовательно, понимаетъ ее какъ

[1]) *Jean Bodin*, Les six livres de la république. Paris, 1583. l. 1, ch. 1. La République est un droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine.

[2]) l. I, ch. VIII „de la souveraineté", p. 122. La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une république.

[3]) l. I, ch. VIII, p. 131. Il faut que ceux-là qui sont souverains, ne soyent aucunement subjects aux commendements d'autruy, et qu'ils puissent donner loy aux subjects, et casser ou anéantir les loix unitules, pour en faire d'autres, l. II, ch. II, p. 272. Le souverain est celuy qui ne peut être commandé de personne, et qui peut commander à tous.

[4]) Боденъ совершенно безразлично, какъ синонимъ, употребляетъ выраженія: „puissance souveraine" и „commendement souverain", напр. pp. 313, 332.

господствующую надъ подданными волю, и потому даже отождествляетъ суверенную власть съ властью законодательною [1]). Правда, законодательство онъ понимаетъ очень широко, относя къ нему объявленіе войны и заключеніе міра, разсмотрѣніе въ послѣдней инстанціи судебныхъ рѣшеній, назначеніе важнѣйшихъ должностныхъ лицъ, установленіе налоговъ, осуществленіе права помилованія, пожалованіе титуловъ, опредѣленіе монетной системы, приведеніе подданныхъ къ присягѣ на вѣрность. Въ этомъ довольно пестромъ перечнѣ къ правамъ суверенной власти не отнесены ни исполнительная, ни судебная функціи въ ихъ цѣломъ. Суверенной власти, по мнѣнію Бодена, принадлежитъ только назначеніе высшихъ должностныхъ лицъ и разсмотрѣніе въ послѣдней инстанціи жалобъ на судебныя рѣшенія, и онъ прямо оговаривается, что ни отправленіе правосудія, ни назначеніе должностныхъ лицъ не составляютъ вообще отличительной принадлежности суверенной власти [2]). Слѣдовательно, Боденъ представлялъ себѣ суверенную власть нѣсколько иначе, чѣмъ это дѣлается теперь. Для него это не была *вся* власть государства, все собою объемлющая, а только высшая власть въ государствѣ. И сообразно съ этимъ суверенная власть принадлежитъ по его ученію, не государству, а тому или другому лицу или совокупности лицъ, въ монархіи — одному, въ аристократіи — меньшинству, въ демократіи — большинству. Для воззрѣній Бодена очень характерно это опредѣленіе демократіи, какъ властвованія не всего народа въ цѣломъ, а именно только большинства [3]).

---

[1]) l. I, ch. X, p. 223. Sous cette mesme puissance de donner et casser la loy sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté, de sorte qu'á parler proprement on peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en celuy-là

[2]) l. I, ch. X, p. 215. Il s'ensuit que la marque de souveraineté n'est pas de faire justice, parce qu'elle est commune au prince et au subject: ny pareillement d'instituer, ou destituer tous les officiers, parce que le Prince et le subject ont cette puissance, non-seulement pour le regard des officiers servants ou à la justice, ou à la police, ou à la guerre, ou aux finances, ains aussi pour ceux qui commandent en paix on en guerre.

[3]) l. II, ch. VII, p. 332. L'estat populaire est la forme de République,

Боденъ убѣжденный монархистъ [1]), и свое ученіе о суверенной власти выработалъ именно въ примѣненіи къ монархическимъ государствамъ. Къ демократіи его опредѣленіе суверенной власти оказывается плохо приложимой. Въ VIII главѣ первой книги, выясняя понятіе суверенитета, онъ приводитъ примѣры, почти исключительно относящіеся къ монархіямъ. Самое понятіе о суверенной власти, какъ о власти ничѣмъ не обусловленной, едва ли совмѣстимо съ принадлежностью этой власти большинству. Вѣдь если въ демократіи властвуетъ большинство, то значитъ воля каждаго отдѣльнаго гражданина будетъ то господствующей, то подчиненной, смотря по тому совпадетъ или не совпадетъ съ нею по данному вопросу воля, по крайней мѣрѣ, половины другихъ гражданъ. Очевидно, такое властвованіе нельзя назвать ничѣмъ необусловленнымъ, абсолютнымъ, разъ оно всецѣло зависитъ отъ случайныхъ колебаній въ распредѣленіи отдѣльныхъ голосовъ въ народномъ собраніи. Такое господство гораздо условнѣе, власти республиканскихъ магистратовъ, избираемыхъ на опредѣленное время, а между тѣмъ Боденъ отказываетъ въ признаніи за ними суверенитета именно потому, что ихъ власть обусловлена народнымъ избраніемъ, зависящимъ точно такъ же отъ распредѣленія голосовъ въ народномъ собраніи. Но и изъ монархій выставленное Боденомъ опредѣленіе суверенитета приложимо собственно только къ абсолютной монархіи. Онъ самъ это, повидимому, чувствовалъ и потому остановился съ особенною подробностью на доказательствѣ того, будто власть англійскихъ королей подходитъ подъ его опредѣленіе [2]). Онъ старается доказать, что парламентъ англійскій не ограничи-

---

oú la pluspart du peuple ensemble commande en souveraineté au surplus en nom collectif, et à chacun de tout le peuple en particulier: le principal poinct de l'estat populaire se remarque en ce que la pluspart du peuple a commandement et puissance souveraine, non-seulement sur chacum en particulier, ains aussi sur la moindre partie de tout le peuple ensemble: de sorte que s'il y a XXXV lignees, ou parties du peuple comme à Romme, les dix-huict ont puissance sur les XVII ensemble et leur donnent loy.

[1]) Вся четвертая глава шестой книги посвящена доказательству превосходства монархіи надъ другими формами государственнаго устройства.

[2]) l. I, ch. VIII, p. p. 139—141.

ваетъ власти короля. Парламентъ обращается къ королю только съ просьбами; онъ не можетъ собраться иначе какъ по созыву короля. И хотя обыкновенно короли издаютъ и отмѣняютъ законы, не иначе какъ съ согласія парламента, но иногда, какъ при Генрихѣ VIII, это и не соблюдается. Только одно ограниченіе королевской власти признаетъ Боденъ дѣйствительнымъ: безъ согласія парламента не установляютъ въ Англіи налоговъ. Но и другіе короли, замѣчаетъ онъ, имѣютъ не больше англійскихъ власти въ этомъ отношеніи, и другіе короли не могутъ по своему усмотрѣнію установлятъ налоги, такъ же какъ они не могутъ брать себѣ чужой собственности [1]), не объясняя, какъ же примирить это съ тѣмъ, что право установлять налоги онъ самъ же признаетъ существенною принадлежностью суверенной власти.

Но и независимо отъ этихъ частностей ученіе Бодена о суверенной власти представляется незаконченнымъ, недоговореннымъ. Въ различныхъ государствахъ верховное господство принадлежитъ то большинству, то меньшинству, то одному человѣку. На чемъ же основано это господство, чѣмъ оно обусловлено? Боденъ не только не даетъ отвѣта на этотъ вопросъ, но онъ даже и не ставитъ его.

Между тѣмъ, безъ выясненія этого вопроса ученіе о государственной власти, конечно, оказывалось неполнымъ. И вотъ теоріи XVII в. выдвигаютъ этотъ вопросъ. Сообразно господствовавшему тогда механическому воззрѣнію, и государство тогда признавали за произвольное, договорное установленіе людей. При такомъ взглядѣ на возникновеніе государства, объясненіе господства въ государствѣ единой воли, конечно, можно было искать только въ соглашеніи отдѣльныхъ личностей, составляющихъ государство. Велѣніямъ государя, аристократическаго или народнаго собранія подчиняются потому, что согласились подчиняться. Правительство, какъ бы

[1]) l. I, ch. VIII, p. 140. Les autres rois n'ont pas plus de puissance que le Roy d'Angleterre: parce qu'il n'est en la puissance de Prince du monde, de lever impost à son plaisir sur le peuple, non plus que de prendre le bien d'autruy.

оно ни было организовано, служитъ такимъ образомъ представителемъ всего государства, какъ цѣлаго, выразителемъ общей воли.

Уже Гуго Гроцій высказываетъ такой взглядъ. Субъектомъ власти онъ признаетъ государство при всякой формѣ правленія [1]). Государь является въ его глазахъ лишь представителемъ государства [2]).

Но съ полною опредѣленностью это воззрѣніе было выражено Гоббезомъ [3]). Государство, говоритъ онъ, установляется, когда многіе соглашаются и договариваются каждый съ каждымъ, чтобы опредѣленный человѣкъ или собраніе людей получили право представлять личность всѣхъ, т.-е. быть ихъ представителемъ; каждый, будетъ ли онъ за или противъ, признаетъ всѣ дѣйствія и сужденія такого человѣка или такого собранія людей какъ бы своими собственными, съ цѣлью жить мирно между собой и получить защиту отъ другихъ людей. Слѣдовательно власть, по мнѣнію Гоббеза, ничто иное, какъ искусственное и произвольное соединеніе отдѣльныхъ воль въ одну. Многіе люди образуютъ въ силу этого одну государственную личность [4]), въ которой власть составляетъ искусственную душу, дающую жизнь и движеніе цѣлому [5]). Или, какъ выражаетъ Гоббезъ ту же мысль въ другомъ мѣстѣ [6]), государство есть личность, воля которой, въ силу договора многихъ людей, считается за волю всѣхъ.

---

[1]) De jure belli ac pacis, I, c. 3, VII, 3.

[2]) Ibid., II, c. 9, VIII, 1. Imperium quod per regem exercitur non desinit esse populi.

[3]) (Ed. 1839. english works. v. III, p. 159). Liviathan, part. II, ch. XVII A comonwealth is said to be instituted, when a multitude of men do agree, and covenant, every one, with every one, that to whatsoever man or assembly of men, shall be given by the major part, the right to present the person of them all, that is to say, to be their representative; wery one, as well he that voted for it, as he that voted against it, shall authorize all the actions and judgements of that man or assemby of men, in the same manner, as if they were his own, to the end, to live peaceably amongst themselves, and be protected against other men.

[4]) P. 158. A multitude so united in one person is caled a commonwealth.

[5]) P. IX. The sovereignity is an artificial *soul*, as giving life and motion to the whole body.

[6]) Elementa philosphica de cive, cap. V, § 9.

Это пониманіе власти, какъ согласной воли гражданъ государства, представляемой правителемъ, еще опредѣленнѣе выражено Пуффендорфомъ. У него соединеніе людей въ государство, какъ единую личность, и установленіе правительства, какъ представителя этой личности и выразителя ея воли, выражается въ двухъ различныхъ договорахъ: въ договорѣ соединенія и договорѣ подчиненія. Для установленія государства необходимо прежде всего, чтобы отдѣльныя лица заключили между собой договоръ о томъ, чтобы жить въ единомъ и вѣчномъ соединеніи. Послѣ заключенія этого договора должно быть сдѣлано постановленіе о томъ, какая форма правленія должна быть установлена, и затѣмъ заключенъ новый договоръ съ тѣмъ или съ тѣми, кому передается власть образующагося государства [1]).

Это, конечно, лишь болѣе расчлененное изложеніе воззрѣній Гоббеза и Пуффендорфъ дѣйствительно въ своемъ опредѣленіи государства почти дословно повторяетъ Гоббеза [2]).

Для того, чтобы соглашеніемъ отдѣльныхъ личностей объяснить дѣйствительное ихъ подчиненіе единой безусловно господствующей волѣ, надо было, конечно, признать это соглашеніе безповоротнымъ. И Гоббезъ въ самомъ дѣлѣ утверждаетъ, что разъ люди установили государство, они уже не могутъ измѣнять его устройства противъ воли правителя [3]). Поэтому власть правителя является совершенно неограничен-

---

[1]) De officiis hominis et civis. II, cap. IV, § VII — IX. Porro ut civitas regulari modo coalescat requiruntur duo pacta et unum decretum, Primo enim omnium illi multi, qui in libertate naturali constituti intelligantur ubi ad civitatem faciendam congregantur inter se singuli cum singulis pactum ineunt, quod in unum et perpetuum coetum coire velint--uno verbo quod velint concives mutuo fieri. — Post hoc pactum opportet, ut decretum fiat, qualis forma regiminis sit introducta.—Post decretum altero pacto opus ist, quando constituuntur ille vel illi, in quem vel quos regimen nascentis civitatis confertur.

[2]) Ibid., § X. Civitas definitur, quod sit persona moralis composita, cujus voluntas ex plurium pactis implicita et unita pro voluntate omnium habetur.

[3]) B. II, ch. 18, p. 160. They that have already instituted a commonwealth, being thereby bound by covenant, to own the actions, and judgements of one, cannot lawfully make a new covenant, amongst themselves, to be obedient to any other, in any thing whatsoever, without his permission.

ной и независимой отъ народа. Признавая такую безповоротную силу за предполагаемымъ соглашеніемъ, послужившимъ якобы основаніемъ государству, можно было объяснить и оправдать всѣ разнообразныя формы государственнаго устройства, встрѣчающіяся въ дѣйствительности. Но этимъ самымъ въ договорную теорію государства вносилось неразрѣшимое внутреннее противорѣчіе.

Если государственная власть всецѣло и исключительно опирается на согласіе всѣхъ отдѣльныхъ личностей, составляющихъ государство, она, конечно, можетъ существовать лишь пока сохраняется это согласіе. Отдѣльный, преходящій актъ воли не можетъ создать вѣчнаго дѣйствія. Дѣйствіе не можетъ быть отрѣшено и отдѣлено отъ производящей его силы. Поэтому, если государственная власть основывается на соглашеніи воли всѣхъ отдѣльныхъ гражданъ, на общей волѣ народа, она по необходимости должна находиться всегда въ зависимости отъ народа. Дѣйствительнымъ властителемъ долженъ быть признанъ только самъ народъ непосредственно. Въ правительствѣ же можно видѣть только представителя народа, по его порученію осуществляющаго функціи власти.

Къ такому выводу и пришелъ Руссо, провозгласившій неотчуждаемость народнаго верховенства. Власть, по его ученію, принадлежитъ всегда и необходимо всему народу, какъ носителю общей воли. Поэтому договоръ, обосновывающій государство, не есть договоръ подчиненія, а только договоръ соединенія. Государство установляется въ силу соединенія отдѣльныхъ частныхъ воль въ одну общую волю, образующую государственную власть.

Послѣдовательно проводя тотъ взглядъ, что государственная власть (la souvereineté) есть общая воля, Руссо признаетъ ее неотчуждаемой, всегда принадлежащей непосредственно народу. Народъ не можетъ быть никѣмъ другимъ представленъ, потому что никакая частная воля не можетъ постоянно и всегда совпадать съ общей волей. Каждая частная воля стремится, по самой своей природѣ, къ установленію отличій (préférences), а воля общая — къ равенству. Народъ-суверенъ можетъ ска-

зать: я хочу теперь то, чего хочетъ такой-то человѣкъ, но онъ не можетъ сказать: я буду хотѣть и то, что будетъ хотѣть этотъ человѣкъ завтра, потому что наложеніе самою волею на себя цѣпей на будущее время нелѣпость [1]). Поэтому Руссо приходитъ къ отрицанію и народнаго представительства. Воля не можетъ быть представляема; она или та же самая воля, или другая; середины не можетъ быть. Депутаты народа не представители его, а коммиссары. Идея представительства ведетъ свое начало отъ феодальнаго строя, этого несправедливаго и нелѣпаго государственнаго порядка, при которомъ родъ человѣческій былъ униженъ и имя человѣка было въ безчестіи [2]).

Такъ какъ общая воля можетъ быть только одна, то суверенная власть не только неотчуждаема и непредставляема но точно такъ же и недѣлима [3]). Впрочемъ проявленіемъ суверенной власти Руссо признаетъ только законодательство, установленіе общихъ правилъ [4]). Исполнительная же власть относится къ законодательной какъ физическая сила, выполняющая дѣйствія, къ волѣ ихъ опредѣляющей [5]). Слѣдовательно, правительство не есть власть въ томъ смыслѣ, какъ законода-

[1]) Contrat social. II, ch. 1.
[2]) Ibidem, l. III. ch. XV.
[3]) Ididem, ch. 2.
[4]) Ibidem, ch. VI. Il n'y avait point de volonté générale sur un objet particulier. En effet, cet objet particulier est dans l'état ou hors de l'état. S'il est hors de l'état une volonté qui lui est étrangère, n'est point générale par rapport à lui; est si cet objet est dans l'état, il en fait partie: alors il se forme entre le tout et sa partie une relation qui en fait deux êtres séparés, dont la partie est l'un, et le tout, moins cette même partie, est l'autre. Mais le tout moins une partie n'est point le tout; et tant que ce rapport subsiste, il n'y a plus de tout, mais deux parties inégales: d'où il suit que la volonté de l'une n'est point non plus générale par rapport à l'aùtre. — Mais quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même. Alors la matière sur laquelle on statue, est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte, que j'appelle une loi.

[5]) Ibidem, l. III, ch. 1. Toute action libre a deux causes qui concourent à la produire: l'une morale, savoir la volonté qui détermine l'acte; l'autre physique savoir la puissance qui l'exécute. Quand je marche vers un objet, il faut premièrement que j'y veuille aller; en second lieu, que mes pieds m'y portent.— Le corps politique a les mêmes mobiles: on y distingue de même la force et la volonté; celle-ci sous le nom de *puissance législative*, l'autre sous le nom de *puissance exécutive*.

тельная. Оно выражаетъ собою не волю властвующую въ государствѣ, а только силу выполняющую велѣнія этой воли. Властвующая воля выражается въ одномъ законодательствѣ.

Но и при такомъ ограниченіи понятія властвующей въ государствѣ воли не устраняются затрудненія въ пониманіи этой воли, какъ общей воли. Не только для актовъ управленія, но и для изданія законовъ нельзя требовать общаго соглашенія всѣхъ. Это признаетъ и Руссо. Общаго соглашенія всѣхъ онъ требуетъ только для заключенія общественнаго договора. Разъ государство установлено, самое пребываніе въ немъ означаетъ согласіе: жить на территоріи государства значитъ подчиняться его суверенной власти. Однако если суверенная власть есть сама ничто иное какъ только общая воля, вопросъ, о томъ какъ согласить принятіе законовъ по большинству голосовъ съ тѣмъ, что законъ есть выраженіе общей воли, такъ просто разрѣшенъ быть не можетъ. Если нахожденіе на территоріи государства и считать выраженіемъ согласія на подчиненіе суверенной власти, т.-е. общей воли, то все-таки остается непонятнымъ, какимъ образомъ эта общая воля, неотчуждаемая, непредставляемая, недѣлимая можетъ быть замѣнена волею большинства? Руссо думалъ это объяснить такимъ образомъ. Когда въ народномъ собраніи предлагаютъ законопроектъ, гражданъ спрашиваютъ собственно не о томъ, принимаютъ ли они предложеніе или отвергаютъ, а о томъ согласно ли предложеніе съ общей волей, которая есть вмѣстѣ и ихъ собственная воля. Если я останусь при голосованіи въ меньшинствѣ, это значитъ только, что я ошибся, и что признанное мною за общую волю не было общей волей [1]).

Другими словами: воля большинства предполагается всегда совпадающей съ общей волей. Но допуская это, Руссо противорѣчитъ самымъ основнымъ своимъ положеніямъ. Большинство, конечно, только часть народа. Воля большинства поэтому только частная воля. А между тѣмъ, самъ же Руссо утверждаетъ, что частная воля можетъ только случайно совпа-

[1]) Ibidem, l. IV, ch. II.

дать съ общей волей; что постояннымъ это совпаденіе не можетъ быть; что поэтому никакая частная воля не можетъ представлять собою общей воли.

Такимъ образомъ, какъ только Руссо обратился къ объясненію явленій дѣйствительной государственной жизни, ему пришлось по необходимости измѣнить строго послѣдовательному проведенію отождествленія государственной власти съ общей волей и, подобно своимъ предшественникамъ, прибѣгнуть къ фикціи представительства общей воли волею большинства.

4.

Въ ученіи Руссо договорная теорія государства достигаетъ своего кульминаціоннаго пункта. Выразивъ договорную теорію съ безусловной послѣдовательностью, онъ этимъ самымъ подготовилъ ея паденіе. Въ такой чистой и безусловной формѣ она оказалась уже слишкомъ рѣзко противорѣчащей дѣйствительности.

Съ конца прошлаго столѣтія теоріи произвольнаго установленія государства уступаютъ мѣсто инымъ, новымъ возрѣніямъ на государство. Государство признаютъ необходимой формой человѣческаго общенія, слагающейся независимо отъ сознанія и воли отдѣльныхъ личностей.

Пониманіе власти, какъ воли сложилось въ средніе вѣка вмѣстѣ съ пониманіемъ самого государства, какъ произвольнаго установленія. Воля признавалась не только началомъ, объединяющимъ государство въ одно цѣлое, но и силой, создающей самое государство. У Ѳомы Аквинскаго и Руссо создаетъ государство и правитъ имъ, властвуетъ въ немъ все одна и та же воля. По мнѣнію Ѳомы Аквинскаго, подобно тому какъ Богъ не только правитъ міромъ, но является и Творцомъ вселенной, такъ точно и государь не только властвуетъ надъ государствомъ, но и установляетъ его. У Руссо такое же значеніе имѣетъ общая воля народа, установляющая посредствомъ общественнаго договора государство

и сохраняющая всегда за собою непосредственно всю власть въ государствѣ.

Въ виду такой связи между пониманіемъ власти какъ воли и признаніемъ государства произвольнымъ установленіемъ, можно было ожидать, что новыя политическія теоріи, отвергшія гипотезу произвольнаго установленія государства, отнесутся критически и къ связанному съ этой гипотезой пониманію государственной власти, какъ воли.

Однако, въ дѣйствительности противники ученія о произвольномъ установленіи государства все свое вниманіе сосредоточили на доказательствѣ исключительно лишь того, что государство создаетъ и государствомъ правитъ не индивидуальная воля. Всѣ ихъ доводы были направлены прежде всего противъ крайняго индивидуализма политическихъ теорій XVII и XVIII столѣтій. Они утверждаютъ, что создавшая государство и властвующая въ немъ сила не есть ни отдѣльная индивидуальная воля, ни сумма индивидуальныхъ воль; но они не шли дальше, не возбуждали вовсе вопроса о томъ, можно ли вообще объяснить власть, какъ волю. Установившееся съ среднихъ вѣковъ объясненіе государственнаго властвованія какъ господства единой воли, осталось для нихъ безспорнымъ положеніемъ. Вопросъ былъ поставленъ лишь о томъ—чья эта воля? И воля индивидуальная, конкретная была замѣнена ими общей, абстрактной волей, волей народа, или объективной волей, какъ проявленіемъ міротворящей идеи.

Въ этомъ сошлись оба, враждебныхъ между собой, научныхъ направленія, оказавшихъ въ началѣ настоящаго столѣтія наибольшее вліяніе на развитіе политическихъ и юридическихъ теорій: философія Гегеля и ученіе исторической школы.

Такъ Гегель прямо ставитъ въ особую заслугу Руссо, что онъ призналъ основнымъ началомъ государства исключительно волю. Ошибка Руссо, по его мнѣнію, заключалась лишь въ томъ, что эту волю онъ понималъ не какъ общую, саму въ себѣ разумную, а какъ совмѣстную волю индивидовъ

почему и пришелъ къ объясненію возникновенія государства посредствомъ договора [1]). Самъ Гегель опредѣлялъ государство, какъ „дѣйствительность субстанціальной воли“ [2]). Эта субстанціальная воля, которая „сама себя знаетъ“, не есть при томъ ни воля индивидовъ, ни воля народа, а воля самого государства, какъ особой личности [3]). Народъ же не знаетъ не только того, чего хочетъ объективная, разумная воля, но даже и того, чего онъ самъ хочетъ [4]).

Такое пониманіе государственной власти какъ какой-то абстрактной воли, не нашло себѣ противодѣйствія и со стороны представителей исторической школы. И они также видятъ въ государствѣ созданіе народной воли, въ государственномъ властвованіи—проявленіе господства этой воли. Уже Савиньи опредѣлялъ государство, какъ „тѣлесный образъ духовной общности народа“ [5]). А Пухта прямо признаетъ,

---

[1]) Grundlinien der Philosophie des Rechts § 258 (Werke, 13, VIII, 1833, S. 314). In Ansehung des Aufsuchens dieses Begriffes hat Rousseau das Verdienst gehabt, ein Princip, das nicht nur seiner Form nach (wie etwa Socialitätstrieb, die göttliche Autorität) sondern dem Inhalte nach Gedanke ist, und zwar das Denken selbst ist, nämlich den Willen als Princip des Staats aufgestellt zu haben. Allein indem er den Willen nur in bestimmter Form des einzelnen Willens (wie nachher auch Fichte) und den allgemeinen Willen, nicht als das an und für sich Vernünftige des Willens, sondern nur als das Gemeinschaftliche, das aus diesem einzelnen Willen, als bewussten hervogehe, fasste: so wird die Vereinigung der Einzelnen im Staat zu einem Vertrag, der somit ihre Willkür, Meinung und beliebige, ausdrückliche Einwilligung zur Grundlage hat.

[2]) Ibidem, § 257, S. 312. Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee,—der sittliche Geist, als der offenbare, sich selbst deutliche, substantielle Wille, der sich denkt und weiss und das was er weiss und insofern er es weiss, vollführt. § 258, S. 313. Der Staat ist als die Wirklichkeit des substantiellen Willens, die er in dem zu seiner Allgemeinheit erhobenen besonderen Selbstbewusstseyn hat, das an und für sich Vernünftige.

[3]) Ibidem, § 270. Der Staat weiss, was er will, und weiss es in seiner Allgemeinheit, als Gedachtes; er wirkt und handelt deswegen nach gewussten Zwecken, gekannten Grundsätzen, und nach Gesetzen, die es nicht nur an sich, sondern für Bewusstseyn sind.

[4]) Ibidem, § 301, S. 393. Zu wissen, was man will, und noch mehr was der an und für sich seyende Wille, die Vernunft, will, ist die Frucht tiefer Erkenntniss und Einsicht, welche eben nicht die Sache des Volks ist.

[5]) System, I, S. 22. Die leibliche Gestalt der geistigen Volksgemeinschaft ist der Staat.

что государство создается волею, что государственное устройство есть общая воля [1]).

Изъ всѣхъ философскихъ ученій первой половины настоящаго столѣтія, оказавшихъ вліяніе на теорію права и государства, всего меньше значенія волѣ придавала, безъ сомнѣнія, органическая школа. Подъ вліяніемъ именно ея воззрѣній сложилось ученіе Іеринга о томъ, что субстанціальный моментъ права не воля, а интересъ. Но въ пониманіи власти и представители органической школы остались вѣрны волевой теоріи. У Аренса она получила даже наиболѣе послѣдовательное развитіе, такъ какъ онъ во всѣхъ различныхъ функціяхъ власти видитъ одинаково проявленіе воли.

Государство, по ученію Аренса, имѣетъ своей задачей осуществленіе правопорядка. Но, какъ объективная норма, право можетъ осуществиться только чрезъ посредство живыхъ личностей, въ формѣ воли. Поэтому государственное общеніе должно сознавать себя единою совокупною личностью (Gesammt-Persönlichkeit), надѣленною единой волей и составляющей государство [2]). При этомъ воля является активнымъ элементомъ всей правовой и государственной жизни. Воля это личный моментъ, соединяющійся во всѣхъ функціяхъ государства съ объективнымъ принципомъ права. Въ этомъ смыслѣ воля служитъ субъективнымъ носителемъ всей дѣятельности государства [3]).

Благодаря этому, пониманіе власти, какъ воли, остается и теперь общепринятымъ. Разногласія существуютъ лишь по вопросу о томъ, чья это воля? Господствующее воззрѣніе признаетъ государственную власть волею самого государства, какъ особой личности, а правительство лишь представителемъ этой личности государства, выразителемъ ея воли. Наиболѣе

---

[1]) Gewohnheitsrecht, I, S. 135. Der Staat entsteht durch den Willen, die Verfassung nämlich ist der allgemeine Wille über diejenigen Gegenstände, welche das Wesen des Staates ausmachen.

[2]) *Ahrens.* Organische Staatslehre auf philosophisch-anthtropologischer Grundlage. I, Wien. 1850, SS. 166, 167.

[3]) Ibidem, 175, 176.

выдающимися представителями господствующаго направленія являются Л. Штейнъ, Герберъ, Лабандъ.

Воззрѣнія Л. Штейна сложились подъ непосредственнымъ вліяніемъ философскаго ученія Гегеля и отличаются нѣкоторою туманностью и совершенной произвольностью построеній. По мнѣнію Штейна, общество, чтобы состоять изъ индивидовъ, само должно быть однородно съ ними и потому, имѣя ту же сущность, какъ они, само должно быть личностью [1]). Отсюда, казалось бы, должно слѣдовать, что всякое общеніе людей есть непремѣнно и само личность. Однако Штейнъ почему то признаетъ личность исключительною принадлежностью и отличительною особенностью только государства. По его опредѣленію, государство есть возвысившееся до самоопредѣляющейся личности и тѣмъ самымъ до внѣшней и внутренней индивидуальности общеніе [2]).

Государство—личность, но не такая, какъ человѣкъ, а высшая форма личности. Отдѣльные моменты личности, представляющіеся въ человѣческой личности неясными и неразвитыми, въ государствѣ являются раздѣльными и самостоятельными.

Сущность личности заключается въ томъ, чтобы быть своимъ собственнымъ основаніемъ. Сознаніе этой самостоятельности, приводящей къ противоположенію себя всему сущему и отнесеніе себя исключительно къ самому себѣ, и составляетъ наше *я*. Но наше я существуетъ не только для себя и чрезъ себя; оно существуетъ среди внѣшняго бытія, среди него и имъ опредѣляясь на тысячу ладовъ. Поэтому для сохраненія своей самоопредѣляющейся сущности, личность должна придать этому опредѣленію ея извнѣ такую форму, чтобы оно стало опредѣленіемъ ея я самимъ собой. Это и есть

---

[1]) Die Vollziehende Gewalt, 2 Ausg., I, S. 3. Ist aber diese Gemeinschaft dem Wesen des Einzelnen, aus dem sie besteht, gleichartig, und muss sie es sein, um aus dem Einzelnen bestehen zu können, so ist sie, das Wesen der einzelnen Persönlichkeit besitzend, selbst eine Persönlichkeit.

[2]) Ibidem, 4. So ist der Staat die zur selbstbestimmten Persönlichkeit und damit zur äussern und innern Individualität erhobene Gemeinschaft.

самоопредѣленіе. Оно проявляется прежде всего въ самомъ я и тутъ оно составляетъ *волю*. Затѣмъ самоопредѣленіе личности проявляется въ мірѣ внѣшняго бытія, осуществляя содержаніе воли чрезъ посредство *дѣйствія*. Такимъ образомъ Штейнъ различаетъ въ личности три момента: я, волю и дѣйствіе. Въ государствѣ каждый изъ нихъ получаетъ обособленное бытіе: я—это глава государства, монархъ; воля—это законодательство, и дѣйствіе—это управленіе [1]).

Это различіе законодательства и управленія, какъ воли и дѣйствія, очень близко къ тому, какъ Руссо объяснялъ соотношеніе законодательства и исполненія соотношеніемъ воли и силы, осуществляющей волю. И въ схематическомъ изображеніи элементовъ государственной личности Штейнъ объясняетъ управленіе не только, какъ дѣйствіе, но вмѣстѣ съ тѣмъ и какъ силу государства (Kraft und That des Staates) [2]). Но у Штейна соотношеніе законодательства и управленія объясняется не такъ просто, какъ у Руссо. По объясненію Руссо законодательство исчерпываетъ собою всю волю государства. Исполненіе у него только сила, осуществляющая велѣнія законодателя. У Штейна управленіе, будучи силой и дѣйствіемъ государства, имѣетъ, однако, и свою волю, выражающуюся въ указахъ. Указъ есть хотѣніе воли законодателя [3]). Но это хотѣніе воли не есть самостоятельная, особая воля, а только отдѣльная ступень развитія единой воли государства. Никакой органъ государства не можетъ хотѣть и дѣйствовать самъ по себѣ; каждый его актъ есть только частное проявленіе всей личности государства [4]). А такъ какъ „я“ государственной личности, соединяющее ея волю и дѣйствіе, представляетъ собою монархъ, то все, что совершается въ государствѣ, дѣлается отъ имени монарха, какъ актъ единой государственной личности. Въ государствѣ не можетъ быть самостоятель-

[1]) Ibidem, S. S. 8, 9.
[2]) Ibidem, 13.
[3]) Ibidem, 10. Die Verordnung ist das Wollen des Willens der Gesetzgebung.
[4]) Ibidem, 149.

ныхъ властей. Государственная власть едина, и единство ея воплощается въ личности монарха. Это великое начало Л. Штейнъ считаетъ однимъ изъ существеннѣйшихъ пріобрѣтеній настоящаго столѣтія [1]).

Гораздо проще и опредѣленнѣе ученіе Гербера, по справедливости признаваемаго основателемъ господствующаго теперь въ нѣмецкой литературѣ *юридическаго* направленія въ разработкѣ государственнаго права. Надо впрочемъ замѣтить, что онъ не сразу принялъ конструкцію государства, какъ юридической личности. Въ своей монографіи „О публичныхъ правахъ", Герберъ, напротивъ, рѣшительно отвергалъ ученіе Альбрехта о государствѣ, какъ объ юридической личности. Онъ находилъ тогда одинаково невозможнымъ признавать государство какъ объектомъ власти, такъ и субъектомъ. Государство онъ считалъ не личностью, а организмомъ. Но при этомъ онъ не могъ не признавать, что понятіе организма вовсе не юридическое понятіе [2]). Поэтому, конечно, у него не могли не явиться сомнѣнія въ возможности построить юридическую теорію государства, основывая ее на понятіи организма.

И вотъ результатомъ этихъ сомнѣній явилось то, что въ своихъ „Основахъ системы нѣмецкаго государственнаго права [3]) Герберъ, отказавшись отъ своихъ первоначальныхъ взглядовъ, признаетъ основаніемъ юридической конструкціи государства понятіе личности. Личность придается, по его мнѣнію, государству юриспруденціей. Таковъ общей *пріемъ юридической конструкціи* общеній, дѣйствующихъ какъ одно цѣлое. Но въ отношеніи къ государству это надѣленіе государства личностью не представляется произвольнымъ дѣломъ (willkurliche Zuthat), а служитъ только выраженіемъ того, что уже фактически заключается въ естественныхъ свойствахъ государства [4]).

Какъ личность, государство обладаетъ своеобразной силой

---

[1]) Ibidem, S. 15.

[2]) *Gerber*. Ueber öffentliche Rechte. 1852. SS. 18—22.

[3]) Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. 1865. 2 Aufl. 1869. 3. Aufl. 1876. Я цитирую по второму изданію.

[4]) Ibidem, S. 219.

воли (Willensmacht)—государственной властью, заключающейся въ правѣ властвовать, т.-е. въ правѣ для осуществленія заключающихся въ цѣли государства задачъ выражать обязывающую весь народъ волю [1]). Этимъ особеннымъ содержаніемъ своей воли личность государства и отличается отъ юридическихъ лицъ гражданскаго права.

Однако подобно юридическимъ лицамъ гражданскаго права, и государство нуждается въ представительствѣ, посредствомъ котораго *приписываемая* государству сила воли получаетъ возможность въ самомъ дѣлѣ дѣйствовать [2]). Въ конституціонныхъ монархіяхъ это представительство осуществляется чрезъ посредство двухъ основныхъ органовъ: монарха и народнаго представительства. Обозначеніе этихъ управомоченныхъ къ представительству (dieser Vertretungsberechtigten) органами указываетъ, что они суть первоначальные, въ извѣстномъ смыслѣ природные, конституціонные *представители* государства. Они принадлежатъ къ государству, какъ отдѣльные члены—тѣлу [3]).

Монархъ и парламентъ, представляя одинаково государство, выполняютъ, однако, существенно различныя функціи. Монархъ непосредственно осуществляетъ государственную власть. Парламентъ, своею дѣятельностью, обезпечиваетъ только согласное съ дѣйствующимъ правомъ и голосомъ народа осуществленіе монархомъ его функціи. Но Герберъ предупреждаетъ, что изъ этого не слѣдуетъ заключать, чтобы парламентъ былъ представителемъ народа, а не государства [4]).

Затѣмъ всѣ другіе дѣйствующіе въ государствѣ для осуществленія его цѣлей уже не непосредственные органы госу-

---

[1]) Ibidem, S. 220. Der Staat als Persönlichkeit hat eine eigenthümliche Willensmacht, die Staatsgewalt. Sie ist das Recht zu herrschen, d. h. das Recht, zur Ausführung der im Staatszwecke liegenden Aufgaben einen das ganze Volk bindenden Willen zu äussern.

[2]) Ibidem, S. 225. Wie jede juristische Persönlichkeit, so bedarf nun auch der Staat einer Vertretung, durch welche die *ihm zugeschriebene* abstrakte Willensmacht, die Staatsgewalt, zur wirklichen That gelangt.

[3]) Ibidem, S. 225.

[4]) Ibidem, S. 226.

дарства, а только помощники монарха, дѣйствующіе лишь по его уполномочію [1]).

Такъ какъ функція парламента сводится лишь къ извѣстному вліянію на волю монарха, то собственно акты властвованія, всѣ безъ различія, представляютъ проявленія воли монарха. И законодательство, и управленіе одинаково исходятъ отъ монарха. Воля и въ законодательствѣ, и въ управленіи одна и та же: представляемая монархомъ воля государства. Различіе между ними только въ формѣ проявленія воли. Въ законодательствѣ требуется согласіе парламента, въ управленіи—нѣтъ [2]).

Такимъ образомъ, у Гербера гораздо послѣдовательнѣе проводится начало единства государственной воли. Собственно единственнымъ выразителемъ воли государства у Гербера является монархъ. Всѣ другіе органы ограничены функціей или соопредѣлять волю монарха, какъ парламентъ, или только быть его помощниками. Вмѣстѣ съ тѣмъ ученіе Гербера представляется и болѣе опредѣленнымъ. Вмѣсто туманныхъ обоснованій личности государства личной природой составляющихъ его индивидовъ, Герберъ признаетъ надѣленіе государства личностью просто пріемомъ юридической конструкціи, признаетъ, что воля государства—абстрактное понятіе, и что она ему только *приписывается* юридической конструкціей. Однако Герберъ не рѣшается это высказать достаточно рѣшительно, и дѣлаетъ цѣлый рядъ оговорокъ, приводящихъ его къ очевиднымъ самопротиворѣчіямъ. Олицетвореніе государства есть пріемъ юридической конструкціи и вмѣстѣ съ тѣмъ личность государства есть его природное свойство. Монархъ есть выразитель абстрактной, лишь приписываемой государству воли и является, однако, его природнымъ органомъ!

Болѣе рѣшительно высказывается относительно исключительно юридической природы личности государства Лабандъ. Для него все понятіе лица сводится всецѣло и исключительно

---

[1]) Ibidem, S. 227. „Gehülfe des Monarchen".
[2]) Ibidem, S. 139.

къ правоспособности. Лицо въ правовомъ смыслѣ имѣетъ только одно свойство, составляющее всю его сущность, а именно, способность быть субъектомъ права [1]). Вотъ въ этомъ-то смыслѣ способности быть субъектомъ права Лабандъ и признаетъ государство юридической личностью. А такъ какъ право онъ понимаетъ какъ разграниченіе воль [2]), то всякій субъектъ права долженъ быть, по его мнѣнію, непремѣнно носителемъ самостоятельной воли. Поэтому и государство, какъ юридическая личность, имѣетъ самостоятельную, отличную отъ воли его членовъ, волю. Воля государства не есть сумма воль его гражданъ, а самостоятельная въ отношеніи къ нимъ воля, хотя бы граждане и принимали участіе въ образованіи воли государства [3]).

Права, принадлежащія государству, суть права властвованія [4]), т.-е. права повелѣвать свободнымъ лицамъ и принуждать ихъ къ исполненію данныхъ повелѣній [5]). Это самостоятельныя права государства, а не его членовъ, хотя бы они были призваны осуществлять эти права. Это не права гражданъ, а права *надъ* гражданами. Представителемъ воли государства и Лабандъ считаетъ только монарха [6]). Допустить, что и парламентъ представляетъ волю государства, значило бы волю единой личности государства раздвоить въ соглашеніе двухъ контрагентовъ. Въ дѣйствительности парламентъ въ конституціонной монархіи участвуетъ въ установленіи лишь содержанія закона. Но опредѣленіе содержанія закона не есть актъ власти. Власть проявляется только въ повелѣніи повиноваться такъ или иначе выработанному закону,

---

[1]) *Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 2 Ausgabe, I, 1888, p. 78.

[2]) Ibidem, S. 679. Das Recht setzt seinem Wesen nach eine *Mehrheit* von Willensträgern voraus, die mit einander collidiren können.

[3]) Ibidem, 54.

[4]) Ibidem, 53, „Herrschaftsrechte".

[5]) Ibidem, 64. Herrschen ist das Recht, freien Personen Handlungen, Unterlassungen und Leistungen zu befehlen und sie zur Befolgung derselben zu zwingen.

[6]) Ibidem, 515. Der Monarch—der alleinige Träger der ungetheilten und untheilbaren Staatsgewalt.

что выражается въ санкціи, принадлежащей исключительно монарху [1]).

Итакъ, господствующее въ современной нѣмецкой литературѣ направленіе признаетъ государственную власть волею государства, какъ особой юридической личности, при чемъ единственнымъ выразителемъ ея воли считается въ монархіи, даже конституціонной, одинъ монархъ. Государство властвуетъ поэтому не иначе, какъ чрезъ посредство монарха. Все существо юридической личности государства сводится только къ способности быть субъектомъ права. Юридическая личность оказывается поэтому лишь юридической фикціей, пріемомъ юридической конструкціи и, во всякомъ случаѣ, лишь абстракціей. Права власти *считаются* принадлежащими государству, но осуществляются не иначе, какъ чрезъ посредство монарха, единственнаго собственно представителя государственной личности. Государство считается личностью, обладающей своею самостоятельною волею, но на дѣлѣ волей государства признается та-же воля монарха. И такъ какъ монархъ безотвѣтственъ, то осуществленіе имъ этихъ правъ власти, считающихся правами государства, ничѣмъ не отличается отъ осуществленія субъектомъ собственныхъ правъ [2]).

Отсюда само собой должно возникнуть сомнѣніе, есть ли какая нибудь надобность въ признаніи государства личностью, субъектомъ воли и права? Разъ эта предполагаемая личность государства проявляется только въ дѣйствіяхъ монарха, не слѣдуетъ ли монарха и считать дѣйствительнымъ субъектомъ правъ, приписываемыхъ государству?

И вотъ, въ самомъ дѣлѣ, уже съ тридцатыхъ годовъ появляются теоріи, отождествляющія государственную власть съ

---

[1]) Ibidem, SS. 515—517.

[2]) Любопытно, что на это совпаденіе практическихъ выводовъ ученія, признающаго субъектомъ власти государство, съ выводами теоріи, считающей субъектомъ власти монарха, указалъ первый самъ Герберъ. Ueber öffentliche Rechte, 1852, S. 18. Setzt man an die Stelle der beseitigten privaten Persönlichkeit des Regenten die juristische Persönlichkeit, so kommt man unvermerkt auf den Punkt zurück, den man vermeiden wollte.

властью правителя, утверждающія, что властвуетъ надъ подданными не государство, а правитель.

Съ особенною послѣдовательностью и опредѣленностью воззрѣніе это было выражено Мауренбрехеромъ [1]). Государственная власть, по его мнѣнію, не власть государства, а власть государя, принадлежащая ему, какъ частное право, какъ его собственность [2]). Поэтому государство образуется не иначе, какъ въ силу выдѣленія изъ массы вмѣстѣ живущихъ людей одного, соединяющаго эту массу въ одно цѣлое [3]). Государь долженъ обладать *собственною* силою, *собственнымъ* могуществомъ, прежде чѣмъ онъ станетъ властителемъ частныхъ силъ, которыя онъ группируетъ вокругъ себя и соединяетъ въ одну общую силу для осуществленія идеи государства. Монархія поэтому первоначальная форма (Urform) государственнаго устройства. Аристократія и демократія образуются изъ монархіи въ силу того, что многіе или всѣ присвоиваютъ себѣ власть, первоначально принадлежавшую монарху [4]).

Возвышеніе надо всѣми одного, какъ властителя, не есть безсознательный актъ, а напротивъ, актъ воли. Воля властителя направлена на защиту тѣхъ, которые группируются вокругъ его власти [5]). Эта воля и есть высшій и послѣдній источникъ всякаго права и всякой свободы въ государствѣ, какъ суверенная воля [6]).

Мауренбрехеръ самъ называетъ свою теорію государственной власти патримоніальной теоріей [7]). Однако онъ не вполнѣ

---

[1]) *Maurenbrecher*, Romeo. Die deutschen regierenden Fürsten und die Souverainität. 1839.

[2]) Ibidem, S. 167. Die Souverainität in der Erbmonarchie das reine Privatrecht (Eigenthum, Theil des Patrimonium) des Fürsten sey soll.

[3]) Ibidem, S. 170. Der Staat *wird* oder ist, indem im Innern einer Masse von Menschen, die natürgemäss zusammen lebt, *Einer* nothwendig emporwächst oder ist, der durch seine Gewalt und Macht diese Masse zusammenhält und sie, indem er ihre gegenseitigen Obliegenheiten ordnet und schützt, zu geregelten Verbindung, zum *Staate* macht. Der *Staat* unterscheidet sich also in dem gesellschaftlichen Chaos als ein Besonderes von selbst: durch das Entstehn oder Vorhandensein eines physischen Souverains.

[4]) Ibidem, S. 170. Note.

[5]) Ibidem, S. 171.

[6]) Ibidem, S. 185.

[7]) Ibidem, S. 2.

раздѣляетъ воззрѣнія старыхъ представителей этой теоріи, считавшихъ монарха собственникомъ государствъ [1]). По мнѣнію Мауренбрехера *не государство* составляетъ собственность, патримоніумъ монарха, а *государственная власть*, *суверенитетъ* [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ утверждаетъ то, что монархъ не долженъ пользоваться своею властью въ своихъ частныхъ цѣляхъ, по своему личному произволу и усмотрѣнію. По этому суверенитетъ составляетъ не только право, но также его нравственную обязанность: обязанность пользоваться властью для осуществленія общей нравственной воли, требованій разума. Но обязанность эта только нравственная. Дѣйствительное ея выполненіе не имѣетъ за собой никакихъ внѣшнихъ гарантій [3]).

Несмотря на такія оговорки теорія, Мауренбрехера была встрѣчена рѣшительнымъ большинствомъ нѣмецкихъ юристовъ, какъ безплодная попытка оживить феодальныя понятія о государствѣ, основанныя на смѣшеніяхъ публичнаго права власти съ частнымъ правомъ собственности [4]). Даже такіе представители реакціонныхъ идей, какъ Шталь, не находили возможнымъ признать государственную власть собственностью монарха. И по мнѣнію Шталя властвуетъ не монархъ самъ по себѣ, а чрезъ него государство [5]).

Однако стремленіе найти болѣе реалистическое объясненіе государства и государственной власти привело къ тому, что въ настоящее время теорія Мауренбрехера снова возродилась. Главнымъ ея представителемъ является теперь Максъ Зейдель,

---

[1]) Послѣдними представителями этого средневѣкового взгляда были Мозеръ, Штрубенъ, Бинеръ.

[2]) Ibidem, S. 167. „Eigenthümer der Souverainität".

[3]) Ibidem, J. 169; 174.

[4]) Лучшимъ выраженіемъ этого отношенія служитъ обширная рецензія Albrecht'a на курсъ Мауренбрехера: Grundzätze des heutigen deutschen Staatsrechts. 1837, помѣщенная въ Göttinger Gelehrter Anzeiger, 1837. №№ 150, 151, 152.

[5]) *Stahl.* Die Philosophie des Rechts, 3 Aufl. 1856, II, 2, S. 186. Als sittlich intellektuelles Reich ist der Staat eine reale und freie Macht der Beherrschung, aber auf dem Grunde sittlich verständiger Ordnung. Seine Herrschaft hat darum ein doppeltes Element: die Obrigkeit oder Staatsgewalt und das Gesetz. Durch beide vereint hat dann die Herrschaft des Staates den vollen Charakter persönlicher Herrchaft.

даже больше Мауренбрехера приближающійся къ старой патримоніальной теоріи, такъ какъ онъ признаетъ объектомъ принадлежащаго монарху права не власть, а самое государство.

Зейдель прямо мотивируетъ признаніе субъектомъ государственной власти не государства, а государя, необходимостью и въ государственное право внести реалистическое воззрѣніе [1]). Онъ утверждаетъ, что въ дѣйствительности можетъ существовать только индивидуальная человѣческая воля; что личностью можетъ быть признанъ только отдѣльный человѣкъ [2]). Примѣненіе понятія личности къ государству составляетъ поэтому метафору, фикцію, лишенную реальной почвы [3]). Государство признали личностью потому, что необходимою его принадлежностью дѣйствительно является объединяющая воля. Но воля эта, по мнѣнію Зейделя [4]), не воля государства, а воля людей, властвующая надъ государствомъ,

---

[1]) *Max Seydel,* Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. 1873. Einleitung. A. Comte точно такъ же считалъ отличительною особенностью положительной теоріи общественныхъ силъ признаніе того, что всѣ общественныя силы проявляются какъ дѣятельность индивида. Système de politique positive, 1852, t. II, p. 265. Toute véritable force sociale résulte d'un concours plus ou moins étendu, résumé par un *organ individuel.* p. 266. Quoique toutes les fonctions sociales soient collectives, par leur nature, leur exercice se trouve toujours *personifié*, sinon systematiquement, du moins spontanément. Un concours qui ne se résumerait jamais, resterait entièrement stérile. p. 267. C'est surtout d'après cette condition nécessaire que la théorie positive des forces sociales diffère radicalement de leurs diverses théories métaphysiques. Les notions vagues, et par suite subversives qui prévalent encore envers les pouvoirs politiques, reposent, en effet sur une appréciation trop superficielle ou trop abstraite, qui méconnaît le besoin de la *condensation personnelle,* comme caractère décisif du concours social. Sous son aspect le plus usuel, cette explication élémentaire devient la vraie source de l'aphorisme fondamental: il n'existe pas d'avantage de société sans gouvernement que de gouvernement sans société. Envers les moindres associations comme à l'égard de plus vastes, la politique positive ne doit jemais séparer ces deux notions correlatives, sous peines d'illusions théorique et d'anarchie pratique.

[2]) Staatserechtliche Abhandlungen. 1893., S. 2. Die Persönlichkeit des Staates ist nur etwas Vorgestelltes, nichts Wirkliches, da wirkliche Persönlichkeit nur dem Menschen zukommt.

[3]) Allgemeine Staatslehre, S. 6; Bayrisches Staatsrecht, 1887, I. S. 352.

[4]) Staatsrechtliche und politische Abhandlungen. 1893. S. 4. Denn naturgemässer ist jedenfalls die Forderung, das dass, was Nicht-Mensch, also nicht wollend ist, menschlichem Willen gehorche, als umgekehrt.

такъ какъ во всякомъ случаѣ естественнѣе, чтобы то, что не есть человѣкъ и потому не имѣетъ воли, подчинялось человѣческой воли или наоборотъ. Соединеніе людей въ государство непремѣнно предполагаетъ господство надъ ними высшей воли. Такъ какъ обособленность индивидовъ основывается на различіи ихъ воли, то соединеніе ихъ не можетъ быть установлено иначе, какъ устраненіемъ этого различія [1]). Это могло бы быть, конечно, достигнуто согласіемъ всѣхъ индивидуальныхъ воль. Но въ виду свойствъ человѣческой природы это немыслимо. Было бы это осуществимо, люди не имѣли бы надобности искать своего соединенія въ государствѣ; ихъ единство существовало бы само собой. Поэтому единство можетъ быть достигнуто лишь подчиненіемъ высшей волѣ, не совпадающей съ согласною волею всѣхъ. Эта высшая воля можетъ быть однако также только человѣческая, потому что на землѣ только человѣкъ является существомъ, надѣленнымъ разумною волею. Абстрактныя „государства“ не могутъ имѣть воли, а конкретныя государства могутъ быть только объектомъ властвованія. Поэтому составляющимъ государство индивидамъ должна принадлежать властвующая надъ обществомъ воля, поэтому человѣческіе индивиды должны господствовать надъ обществомъ. Поэтому всегда и вездѣ властвующая воля есть воля господствующая надъ государствомъ, а не воля государства [2]). Поэтому властитель и государство стоятъ другъ къ другу въ такомъ отношеніи какъ субъектъ и объектъ [3]). Аналогіей этому отношенію въ гражданскомъ правѣ можетъ служить право собственности. Воля правителя также безусловно господствуетъ надъ государствомъ, какъ воля собственника

[1]) Allg. Staatslehre, S. 4.

[2]) Allg. Staatslehre, S. 7. Es muss also innerhalb des Staates menschlichen Individuen die Macht beiwohnen, *ihren* Willen als den über die Gemeinschaft massgebenden zu setzen, es mussen menschliche Individuen über di Gemeinschaft *herrschen*. Es ist sonach immer und allezeit der Herrscherwille ein Wille *über* den Staat nicht ein Wille *des* Staates, und in der Verkennung dieses Verhältnisses liegt das Fehlerhafte des Bildes von der Staatspersönlichkeit.

[3]) Bayerisches Staatsrecht, I, 1887. S. 352. Herrscher und Staat wird von einander geschieden wie Subjekt und Objekt.

надъ собственностью, и общество становится государствомъ лишь въ силу подчиненія этой властвующей волѣ [1]).

Однако и Зейдель, подобно Мауренбрехеру, чувствуетъ необходимость въ оговоркахъ, нѣсколько ослабляющихъ рѣзкость, а вмѣстѣ съ тѣмъ и опредѣленность этихъ положеній.

Властвующая надъ государствомъ воля,—говоритъ онъ,—хотя и не можетъ быть никакой иной, какъ только индивидуальной человѣческой волей, но все же представляетъ особенность, рѣзко отличающую ее отъ „обыкновенной“ воли. Такъ какъ человѣческая дѣятельность, какъ дѣятельность разумнаго существа, всегда имѣетъ цѣль, то и установленное человѣческой волею государство имѣетъ цѣль и именно осуществленіе общихъ интересовъ составляющихъ его людей. Поэтому властвующая надъ государствомъ воля не эгоистическая. Властитель долженъ руководствоваться не индивидуальными интересами, а общими интересами гражданъ. Но это ограниченіе властвующей воли не юридическое, ибо право создается самимъ властителемъ, а естественное, т.-е. вытекающее изъ самой природы властвованія. Если властвующая воля однако нарушаетъ это естественное ограниченіе и дѣлается эгоистической, она уничтожаетъ тѣмъ самыя основанія государства и приходитъ въ противорѣчіе сама съ собой. Соединенные въ государство индивиды находятъ, что надъ ними властвуютъ „не по государственному“ (finden sich nicht mehr staatlich beherrscht) и въ результатѣ получается революція [2]).

Эти оговорки представляются у Зейделя столь же неопредѣленными, какъ и у Мауренбрехера. Если въ нихъ рѣчь идетъ только о нравственномъ долгѣ, онѣ совершенно не-

---

[1]) Staatsrechtliche Abhandlungen. S. 6. Wenn wir für dieses Verhältniss nach einem Seitenstüke suchen, so bietet uns das Privatrecht ein solches im Eigenthume dar. Der Herrscherwille und des Eigenthümerwille sind höchste, allumfassende für ihren Gegenstand. Gleichwie die Sache durch ihre Unterwerfung unten einer menschlichen Willen zum Eigenthume wird, so die ungeregelte über ein Land vertheilte Menschenmasse durch die gleiche Unterwerfung zum Staate.

[2]) Allg. Staatslehre, S. 8.

умѣстны въ *юридической* конструкціи государства. Къ тому же ими отнюдь не установляется отличительная особенность господства власти надъ государствомъ отъ господства собственника надъ принадлежащимъ ему имуществомъ. Нравственныя обязанности одинаково существуютъ и для собственника, какъ и для правителя. Съ точки зрѣнія нравственнаго долга и собственникъ точно также не долженъ руководиться въ пользованіи своимъ правомъ исключительно эгостическимъ интересомъ. Нравственный долгъ капиталиста смотрѣть на свою собственность, какъ на средство приносить пользу своимъ ближнимъ.

Такимъ образомъ въ требованіяхъ нравственности относительно цѣлей осуществленія государственной власти нельзя видѣть ея отличительныхъ особенностей. Нѣтъ ни одного права, въ отношеніи къ которому нравственный законъ требовалъ бы эгоистическаго его осуществленія. И если Мауренбрехеръ и Зейдель прибѣгаютъ къ этимъ оговоркамъ о нравственныхъ обязанностяхъ правителя, усматривая въ нихъ особенность его положенія, то это, конечно, лишь потому, что они и сами сознаютъ крайность своихъ выводовъ и ихъ несоотвѣтствіе дѣйствительности. Признавъ, что государственная власть есть власть надъ государствомъ, они однако не могутъ не замѣтить зависимости властителя отъ государства и думаютъ свести эту зависимость къ понятію нравственнаго долга, забывая, что нравственный долгъ связываетъ не только правителя, но и всякаго частнаго собственника.

Такъ какъ Зейдель признаетъ государство *объектомъ* государственной власти, то требованіе осуществленія этой власти въ общихъ интересахъ государства, а не властителя, приводитъ у него къ неразрѣшимому самопротиворѣчію. Если осуществленіе государственной власти должно опредѣляться интересами государства, государство не объектъ, а субъектъ. Понятія субъекта и объекта права тѣмъ и различаются другъ отъ друга, что субъектъ есть носитель тѣхъ интересовъ, средствомъ осуществленія которыхъ служитъ объектъ.

Какъ въ свое время Мауренбрехеръ, такъ и въ современной литературѣ Максъ Зейдель нашелъ себѣ весьма не-

много послѣдователей. Изъ нихъ я могу указать Лингга Герцфельдера, Борнгака. Но, впрочемъ, и они нѣсколько видоизмѣняютъ ученіе Зейделя. Линггъ [1]) согласно съ Зейделемъ считаетъ властвующимъ не государство, а правителя и притомъ идетъ въ этомъ отношеніи дальше Зейделя, утверждая, что властвуетъ въ государствѣ при всѣхъ формахъ правленія непремѣнно воля *одного* человѣка [2]). Поэтому президентъ республики, по его мнѣнію, такой же властитель, какъ и наслѣдственный монархъ [3]). Линггъ утверждаетъ, что даже при коллегіальной организаціи республиканскаго правительства непремѣнно имѣется одна *высшая* воля, которая по крайней мѣрѣ констатируетъ большинство и наблюдаетъ за полномочіями власти отдѣльныхъ членовъ директоріи [4]). Но въ отличіе отъ Зейделя, Линггъ признаетъ объектомъ властвованія не государство, а землю и людей. Поэтому властвующее лицо, по его мнѣнію стоитъ не надъ государствомъ, а само принадлежитъ къ составу государства [5]).

Къ Линггу, повидимому, совершенно не зная его книги, вполнѣ примыкаетъ Герцфельдеръ [6]). И для него государство не представляется ни субъектомъ, ни объектомъ власти, а

---

[1]) *Lingg*, Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre. 1890.

[2]) Ibidem., S. 16. Immer ist er der Wille eines Menschen mag er auch durch noch so viele Andere in seinen Entschlüssen determiniert sein, welcher der feste Punkt ist, an dem das ganze System menschlicher Gemeinschaft befestigt ist. Der ganze Unterschied zwischen dem Monarchen und dem gewählten Präsidenten besteht darin, dass der Wille des Letzteren ungleich mehr determinirt ist, als der Wille des Ersteren, dass dagegen die Macht der Monarchen weil und insoweit sie unmittelbar im Gefüle der Unterthanen wurzelt, in ungleich grösserem Masse, als diesbeim Präsidenten der Fall ist, ihrerseits umbildend wirkt auf die Zwecksetzungen der Unterworfenen.

[3]) Ibidem. S. 13. Der Präsident der Republik ebenso Herrscher ist, wie der erbliche Monarch.

[4]) Ibid., S. 15. Das zeigt sich auch beim Directorium. Wenn auch in demselben die Mehrheit entscheidet, es muss immer einen obersten Willen geben, der die Mehrheit mindestens feststellt und die Machtbefugnisse der einzelnen Directorial-Mitglieder überwacht.

[5]) Ibidem, S. 19.

[6]) *Herzfelder*. Gewalt und Recht. Eine Untersuchung über den Begriff des Gewaltverhältnisses. 1890. SS. 120—138.

скорѣе результатомъ власти, самое властвованіе [1]); и по его мнѣнію государственная власть есть власть не *надъ* государствомъ, а *въ* государствѣ [2]). Субъектомъ же власти Герцфельдеръ признаетъ того, кто можетъ свою власть принудительно осуществлять въ отношеніи ко всѣмъ живущимъ на территоріи государства [3]).

У Борнгака замѣчается уклоненіе отъ теоріи Зейделя въ противуположномъ отношеніи. Правителя онъ признаетъ субъектомъ власти только въ монархіи, и въ отношеніи къ этой формѣ правленія доходитъ даже до отождествленія правителя съ государствомъ [4]). Но за то въ республикѣ субъектомъ власти онъ считаетъ самый народъ, какъ совокупность подвластныхъ личностей [5]). А свое выясненіе понятія государства, онъ начинаетъ прямо, какъ бы примыкая къ Герберу, съ заявленіемъ, что само государство субъектъ властвованія [6]).

Гораздо значительнѣе оказалось отрицательное, такъ сказать, вліяніе этого направленія. Мауренбрехеръ и Зейдель доказали, что, если личность государства противопоставляется отдѣльнымъ, какъ субъектъ совершенно отъ нихъ независимой воли, а единственнымъ выразителемъ этой воли служитъ правительство, въ такомъ случаѣ, въ самомъ предположеніи о существованіи особой личности государства не оказывается никакой надобности. Разъ существованіе этой личности проявляется исклю-

---

[1]) Ibidem. S. 125. Der Staat ist weder Subjekt noch Objekt der Staatsgewalt, sondern er bezeichnet gewissermassen das Resultat, den Effekt desselben.

[2]) Ibidem, S. 134. Die Staatsgewalt ist die Gewalt *im Staate*, genauer im Staatsgebiete, d. h. im Lande, dessen Leute als durch jene gemeinsame Herrschafft vereinigte, „Staat" genannt werden.

[3]) Ibidem, S. 139. Inhaber der Staatsgewalt kann nur derjenige sein, der seinen Willen zwangsweise allen im Staatsgebiete lebenden gegenüber zu verwirklichen im Stande ist. Сравни стр. 155.

[4]) *Bornhak*. Preussisches Staatsrecht, I, 1888, S. 65. Staat und Herrscher sind identische Begriffe. Den einzig richtigen Ausdruck hat Ludwig XIV diesem monarchischen Principe gegeben in seinem viel verkannten Ausspruche: „L'Etat c'est moi".

[5]) Ibidem, 64. Subjekt und Quelle aller Herschaft kann der Inbegriff der beherrschten Personen, das Volk sein. Hier sind Staat und Volk identische Begriffe. Der Staat ist das Volk, dieses hat die Fülle der Gewalt.

[6]) Ibidem, S. 63. Der Staat ist Herrschaft, das heisst der Staat herrscht, *er ist Subjekt* der Herrschaft.

чительно въ дѣйствіяхъ правительства, проще, само правительство, и считать субъектомъ господствующей надъ государствомъ воли.

Однако мы видѣли, что и Мауренбрехеръ, и Зейдель оказались вынужденными обставить свое признаніе правительства субъектомъ власти надъ государствомъ весьма существенными оговорками. Правитель властвуетъ надъ государствомъ, но не въ своемъ собственномъ интересѣ, а въ интересахъ подвластнаго ему государства. Я уже указывалъ, что подобныя оговорки совсѣмъ не мирятся съ самымъ основаніемъ ученія, признающаго правителя субъектомъ, государства—лишь его объектомъ. Но въ этихъ оговоркахъ сказывается, такъ сказать, косвенное признаніе постоянно обнаруживающейся на дѣлѣ зависимости правительства, даже и въ абсолютной монархіи, отъ того общества, среди котораго оно дѣйствуетъ. И вотъ сторонники господствующаго ученія о государствѣ, какъ о субъектѣ властвующей въ государствѣ воли, опровергая теорію Мауренбреха и Зейделя, вынуждены хотя нѣсколько видоизмѣнить установившееся объясненіе личности государства въ духѣ строго романистическаго понятія universitas, нашедшаго свое классическое выраженіе въ трудахъ Кирульфа и Пухты.

Любопытно, что одинъ изъ самыхъ выдающихся представителей господствующаго теперь въ нѣмецкой литературѣ теченія, Георгъ Еллинекъ, подобно Герберу, началъ съ прямого отрицанія пригодности понятія юридическаго лица для построенія юридической теоріи государства [1]). Теперь эти сомнѣнія Еллинекомъ совершенно забыты. Уже въ „Gesetz und Verordnung“ онъ признаетъ пониманіе государства, какъ юридической личности, основой всего государственнаго права [1]).

[1]) *Jellinek.* Die Lehre von den Staatenverbindungen. 1882. S. 179. Ueberhaupt ist die Anwendung des Begriffes der juristischen Person im öffentlichen Recht nichts als eine der für die richtige Erkenntniss desselben so gefährlichen privatrechtlichen Analogien und zwar eine um so bedenklichere, als dieser Begriff gegenwärtig einer der unsichersten des Privatrechtes geworden ist und sich noch nicht von den wuchtigen Streichen erholt hat, welche von verschiedenen Seiten gegen seine Existenzberechtigungen geführt worden sind.

[2]) Gesetz und Verordnung. 1887. S. 195. Die Erfassung des Staates als Person ist der Grund und Eckstein des Staatsrechts.

Но Еллинекъ довольно существенно видоизмѣняетъ представленіе о личности государства сравнительно съ тѣмъ, какъ ее понимаютъ Герберъ и Лабандъ. Основа у него, правда, та же. И онъ стоитъ на почвѣ чисто волунтарной теоріи. Государство, онъ опредѣляетъ какъ основанную на единой господствующей волѣ организацію властвованія осѣдлаго народа [1]). Государственная власть есть воля государства [2]). Властвованіе есть изданіе безусловныхъ повелѣній [3]). Существенное свойство личности есть единая цѣлостная и разумная воля [4]). Но отношеніе государственной личности къ лицамъ, составляющимъ государство, Еллинекъ представляетъ нѣсколько иначе, чѣмъ Герберъ или Лабандъ. У него личность государства не такъ рѣзко противополагается отдѣльнымъ участникамъ государственнаго общенія. У Гербера, органы, осуществляющіе государственную власть, суть только представители государства, какъ субъекта властвующей воли. Еллинекъ, въ послѣдней своей книгѣ [5]), рѣшительно опровергаетъ идею такого представительства. Представитель и представляемый, говоритъ онъ, суть два различныхъ лица. Коллективная личность и ея органы, напротивъ, одно лицо: органъ только часть цѣлаго. Воля органа въ предѣлахъ его компетенціи есть воля самого государства. За органами государства не стоитъ никакой другой личности, но сами эти органы суть государство, какъ субъектъ воли. Государство дѣйствуетъ только чрезъ посредство органовъ. Если устранить органы, то исчезнетъ и представленіе о самомъ государствѣ [6]).

Основаніе единства воли государства Еллинекъ видитъ не

---

[1]) Ibidem, S. 190. Der Staat ist die von Einem machtvollen Willen getragene herrschaftliche Organisation eines sesshaften Volkes.

[2]) Ibidem, S. 196. Die Staatsgewalt ist der physische und psychische Veränderungen wirkende Staatswille.

[3]) Ibidem, S. 190. Herrschen heist unbedingte Befehle ertheilen. S. 196. Die Staatsgewalt herrscht, d. h. sie ertheilt Befehle, die ihre rechtliche Giltigkeit nur dureh ihren eigenen Willen empfangen.

[4]) Ibidem, S. 193. Die Person... bedeutet die Fähigkeit einheitlichen continuirlichen, vernünftigen Wollens.

[5]) System der öffentlichen subjectiven Rechte. 1892. S. 28.

[6]) Ibidem. S. 213.

въ единствѣ органа, ее выражающаго, а въ единствѣ цѣли, на которую она направлена. Самостоятельная, единая воля государства, говоритъ онъ, не фикція, а представляется такой же логической необходимостью [1]), какъ и единеніе людей, преслѣдующихъ постоянныя, однородныя, между собою связанныя цѣли. Такъ какъ всякая воля—человѣческая воля, то можетъ показаться, что само государство не волеспособно и нуждается въ представительствѣ, подобно людямъ, лишеннымъ разумной воли. Но въ дѣйствительности это не такъ. Если для практическаго мышленія [2]) необходимо допустить существованіе единства личностей, то, насколько ихъ цѣли постоянны, однородны и другъ съ другомъ связаны, единство это имѣетъ въ направленныхъ на осуществленіе ихъ актахъ воли отдѣльныхъ личностей, непосредственно свою собственную волю.

Конечно, при такомъ взглядѣ на дѣло личность государства не представляется уже, какъ у Гербера, какой-то абстракціей, противопоставляемой тѣмъ конкретнымъ учрежденіямъ, въ дѣятельности которыхъ проявляется бытіе государства; государственная власть уже не мыслится какъ какая-то абстрактная воля внѣ государства, только представляемая правительствомъ. Съ точки зрѣнія Еллинека воля и дѣятельность государственныхъ учрежденій, направленныя къ единой общей цѣли, *не представляютъ* только, а сами *непосредственно составляютъ* государственную власть.

Однако и въ такой формѣ пониманіе государства, какъ личности, служащей единственнымъ субъектомъ государственной власти, плохо мирится съ тѣмъ положеніемъ, какое занимаютъ въ государствѣ отдѣльные граждане. Если властвуетъ надъ всѣмъ только воля государства, какъ единой личности, то, конечно, отдѣльныя лица, составляющія государство, могутъ быть только объектомъ этихъ правъ власти, принадлежащихъ государству. Герберъ такъ и признаетъ подданныхъ объектомъ государственнаго права. Но въ такомъ случаѣ, по справедли-

[1]) System, 28. Kraft derselben Denknothwendigkeit vorhanden".
[2]) System, 27. „Für das praktische Denken".

вому замѣчанію Шульце, никакого государственнаго права не могло бы быть [1]). Право необходимо предполагаетъ соотношеніе по крайней мѣрѣ двухъ личностей. Между тѣмъ въ дѣйствительности и граждане имѣютъ права, права политическія, государственныя, и это фактъ настолько яркій, что игнорировать его рѣшительно невозможно. Не могъ игнорировать его и Герберъ. И онъ призналъ, что подданные, хотя и являются объектомъ, но все-таки имѣютъ права въ отношеніи къ государству: противу-права (Gegenrechte), какъ онъ ихъ называетъ.

Однако объекты, имѣющіе права въ отношеніи къ властвующему надъ ними субъекту, представляются такой бьющей въ глаза несообразностью, такъ противорѣчатъ установившемуся понятію объекта права, что остановиться на подобной конструкціи правъ гражданъ было рѣшительно невозможно. Поэтому Еллинекъ не признаетъ подданныхъ объектами. Современное государство властвуетъ надъ свободными, надъ личностями [2]). Слѣдовательно подданные не объекты, а субъекты права. И лишь насколько государство относится къ своимъ подданнымъ, какъ къ самостоятельнымъ личностямъ, настолько и оно само можетъ имѣть права, потому что всякое право предполагаетъ соотношеніе личностей. Отношенія государства къ своимъ органамъ, какъ отношеніе *внутри* государства, не можетъ быть юридическимъ отношеніемъ. Лишь отношенія государства къ лицамъ, стоящимъ *внѣ* его организаціи, получаютъ юридическій характеръ [3]). И такъ, подданные государ-

---

[1]) *Aegidi's*, Zeitschrift für das deutsche Staatsrecht. IV. 1867. „Ueber Princip, Methode und System des deutschen Staatsrechts, S. 425. Nach der strengen Consequenz von Gerber's Auffassung würde es eigentlich auf staatsrechtlichem Gebiete gar kein Recht geben können, denn er kennt nur Ein Rechtssubjekt, die Staatsgewalt; Staatsbürger und Gemeinde sind ihm in demselben Sinne nur *Objekte*, wie das todte, unpersönliche Staatsgebiet. Тоже самое высказываетъ и Гирке, Tubinger Zeitschrift, 1874, S. 297, и *Hugo Preuss*, Gemeinde, Staat, Reich, S. 114, относя это лишь къ суверенным государствамъ: mit Souveränitätsbegriff ist nur ein Privat,—kein öffentliches Recht vereinbar.

[2]) System, S. 80. Die staatliche Herrschaft ist demnach eine Herrschaft über Freie, d. h. über Personen.

[3]) System, 183. Alles Recht ist Beziehung der Persönlichkeiten.— Daher

ства, могутъ имѣть права въ отношеніи къ государству лишь какъ самостоятельныя личности, стоящія не внутри, а внѣ государственной организаціи. Такія права, конечно, возможны. Но подъ такое опредѣленіе подойдутъ и гражданскія права подданныхъ. Какъ же отличить публичныя права отъ гражданскихъ? Еллинекъ не можетъ принять обыкновеннаго различія, состоящаго въ томъ, что политическія права принадлежатъ гражданину, какъ члену государства. Такъ какъ, по его мнѣнію, единство государства основано на единствѣ цѣли, то гражданинъ лишь настолько есть членъ государства, насколько онъ руководится объединяющей государство цѣлью. Но на сколько воля подданныхъ направлена на общую цѣль государства, она, по опредѣленію Еллинека, не ихъ собственная воля, а непосредственная воля государства. Какъ самостоятельные субъекты воли, какъ самостоятельныя личности подданные выступаютъ лишь насколько имѣютъ свои особыя, индивидуальныя цѣли, на сколько поэтому въ своей дѣятельности обособляются отъ государственнаго единенія, насколько стоятъ внѣ государственной организаціи.

И вотъ, чтобы объяснить возможность политическихъ правъ гражданъ въ отношеніи къ государству, Еллинекъ даетъ ad hoc придуманное имъ и чрезвычайно искуственное расчлененіе понятія субъективнаго права, различая въ немъ, какъ два самостоятельныхъ элемента, возможность—das Können—и дерзновеніе: я не умѣю иначе перевести въ данномъ случаѣ нѣмецкое das Dürfen.

Право, во-первыхъ, можетъ только признать уже раньше и независимо отъ права существующія житейскія отношенія, какъ дозволенныя, не привнося къ нимъ никакого новаго момента. Тогда субъекты то, что прежде только фактически могли, теперь юридически имѣютъ право (dürfen) дѣлать въ

---

ist das Verhältniss des Staates zu seinen Organen als ein Verhältnis innerhalb des Staates an sich kein Verhältniss. Nur insofern die Beziehungen des Staates zu seinen Organen zugleich eine Beziehung zu einer ausserhalb seiner Organisation stehenden Person, sei es auch der des physischen Organträgers selbst, in sich schliessen, erlangen diese Beziehungen den Charakter von rechtlichen, durch Rechtssätze zu beherrschenden.

отношеніи другъ къ другу. Особенный характеръ такого юридическаго дерзновенія проявляется съ особенною ясностью въ послѣдствіяхъ запрещенія. Каждый запретъ можетъ быть сведенъ къ формулѣ: ты не смѣешь (du darfst nicht). Но запретъ дѣлаетъ запрещенное дѣйствіе не невозможнымъ, а только противуправнымъ. Запретъ всегда можетъ быть нарушенъ.

Но дѣйствіе права не ограничивается только дозволеніями и запретами. Оно можетъ къ дѣеспособности индивида присоединить нѣчто новое. Оно можетъ придать дѣйствіямъ и сдѣлкамъ особую юридическую силу, такъ что они повлекутъ за собой послѣдствія, не вытекающія изъ ихъ естественныхъ свойствъ. Посредствомъ такого предоставленія (Gewähren) установляется юридическая возможность—rechtliches Können. Она составляетъ рѣзкую противоположность юридическому дерзновенію. Было бы неправильно сказать, что, напримѣръ, недѣеспособный *не смѣетъ* заключать договоровъ: для него заключеніе договоровъ *невозможно*. Мнимая юридическая сдѣлка которую онъ задумаетъ заключить, юридически не будетъ существовать. Установляя условія, при соблюденіи которыхъ дѣйствія и сдѣлки получаютъ особую юридическую силу, право не запрещаетъ дѣйствій и сдѣлокъ, неудовлетворяющихъ этимъ условіямъ, но оно признаетъ ихъ юридически ничтожными. Юридическое правило, гласящее: „ты не смѣешь“ можетъ быть нарушено; юридическая же невозможность—безусловна [1]). То, что я юридически смѣю, я смѣю въ отношеніе къ другому, со мною сопоставляемому лицу; то, что я юридически могу, я могу въ отношеніи къ государству поставленному надо мной [2]).

Юридическое дерзновеніе и юридическая возможность такъ соединены между собой, что дерзновеніе всегда предполагаетъ возможность. То, что я юридически смѣю, есть только признанная правомъ фактическая возможность. Но юриди-

---

[1]) System, S. 46. Das rechtliche Nichtdürfen kann übertreten werden, das rechtliche Können niemals.

[2]) System, S. 46. Gedurft wird dem Nebengeordneten, gekonnt dem Staat gegenüber.

ческая возможность бываетъ и безъ дерзновенія, именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда право не охраняетъ естественной дѣеспособности лица, а придаетъ ему новую дѣеспособность.

Различіе частныхъ и публичныхъ правъ, по мнѣнію Еллинека, коренится именно въ этомъ соотношеніи юридическаго дерзновенія и юридической возможности. Въ частномъ правѣ всегда имѣется дерзновеніе; въ публичномъ—только возможность. Поэтому публичныя права можно имѣть только въ отношеніи къ государству. Они основываются не на дозволительныхъ, а исключительно на власть-предоставляющихъ правоположеніяхъ. Поэтому они представляютъ собою не часть естественной юридически регулированной свободы, а исключительно расширеніе естественной свободы [1]).

Все это впервые Еллинекомъ выставленное различеніе юридическаго дерзновенія и юридической возможности въ переводѣ на нашъ простой русскій языкъ звучитъ очень странно. Конечно, дерзновеніе не совсѣмъ то, что „Dürfen". Конечно, русскому юристу никогда не пришло бы въ голову искать различія частнаго и публичнаго права въ такомъ противоположеніи дерзновенія и возможности. Но точно такъ же и на французскій языкъ не перевесть Dürfen и Konnen такъ, чтобы ихъ можно было употреблять въ томъ смыслѣ, какъ ихъ понимаетъ Еллинекъ. Да и въ нѣмецкой юридической литературѣ, по его собственному свидѣтельству, Dürfen и Konnen обыкновенно отождествляются [2]).

---

[1]) System, S. 48. Das subjektive öffentliche Recht des Einzelnen hat immer nur ein Können zum Inhalt. Daraus folgt, dass es nicht an dem von der Rechtsordnung anerkannten Masse natürlicher Freiheitsbethätigung Theil hat, dass es vielmehr ausschliesslich durch die Erweiterung der natürliche Freiheit geschaffen wird, S. 49. Das subjektive öffentliche Recht beruht nicht auf erlaubenden, sondern ausschliesslich auf machtverleihenden Rechtssätzen.

[2]) System, S. 45. Сдѣланная еще Бринцемъ (Pandekten 1 Ausgabe, 1857, I, § 23) попытка разграничить понятія Dürfen und Können (licere и posse) вызвала справедливое замѣчаніе Беккера (Pandekten, I, 1886, § 18, S. 48). Ueber die Verschiedenheit des Könnens und Dürfens feine Bemerkungen bei Brinz, aber vielleicht zum Teil *zu feine*, um allgemein angenommen und ausgenützt zu werden.

И едва ли можно признать, что Dürfen и Können два существенныхъ элемента содержанія субъективнаго права. Тонкое и далеко недостаточно опредѣленное различіе между ними, проявляется всего яснѣе, по замѣчанію самого Еллинека, въ отрицательной сторонѣ. Недѣеспособный не можетъ совершать юридическихъ сдѣлокъ, но нельзя сказать, что онъ ихъ не смѣетъ совершать. Конечно, такъ. Но однако, еслибы законъ установилъ, кромѣ ничтожности сдѣлокъ недѣеспособныхъ, еще и угрозу наказанія за совершеніе сдѣлокъ безъ надлежащей дѣеспособности, тогда, конечно, можно бы было сказать, что они не смѣютъ совершать юридическихъ сдѣлокъ. И въ отношеніи къ спеціальной дѣеспособности это такъ и бываетъ заурядъ. Есть условія, при которыхъ брака никто не можетъ совершить, потому что все ровно онъ былъ бы юридически недѣйствителенъ, но есть и условія, при которыхъ никто *не смѣетъ* вступить въ бракъ, разъ такіе браки запрещены подъ страхомъ наказанія. Другими словами: различіе дерзновенія и возможности обусловлено не различіемъ внутренняго содержанія субъективнаго права, а исключительно различіемъ послѣдствій правонарушенія. Если нарушеніе юридической нормы влечетъ за собой только отвѣтственность правонарушителя (lex minus quam perfecta) такую норму нарушать не смѣютъ, но могутъ. Если нарушеніе нормы влечетъ за собой только юридическую ничтожность несогласнаго съ нею дѣйствія (lex perfecta), совершить несогласное съ нормой юридическое дѣйствіе нельзя. Если же, наконецъ, нарушеніе нормы влечетъ за собой и ничтожность дѣйствія, и отвѣтственность правонарушителя, то нарушать такую норму мы и не можемъ, и не смѣемъ.

Нельзя также согласиться съ тѣмъ, будто бы элементъ дерзновенія былъ совершенно чуждъ публичнымъ правамъ. Лицо, къ тому неуправомоченное, не только *не можетъ* осуществлять функціи власти, но и *не смѣетъ*, по крайней мѣрѣ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда захватъ власти составляетъ предусмотрѣнное уголовнымъ закономъ дѣяніе. Точно такъ же и органы власти не смѣютъ совершать дѣйствія, лежащія внѣ ихъ компетенціи.

Собственно говоря, все это очень хитрое и очень искусственное различеніе дерзновенія и возможности сводится къ очень старой идеѣ, что частное право представляетъ лишь регулировку уже независимо отъ государства существующихъ отношеній; публичное же право слагается изъ отношеній, создаваемыхъ самимъ государствомъ [1]). Но въ такой простой формѣ это различіе частныхъ и публичныхъ правъ несогласимо съ принимаемымъ Еллинекомъ воззрѣніемъ на государство, какъ на личность. Какъ я уже говорилъ, съ его точки зрѣнія, насколько гражданинъ есть членъ государства, онъ является не самостоятельною личностью, могущею имѣть свои особыя права, а только частью матеріальнаго субстрата государственной личности, носителемъ не своей особенной, а общей государственной воли.

Впрочемъ, отъ противорѣчій не спасло Еллинека и выставленное имъ различіе частныхъ и публичныхъ правъ по различію элементовъ дерзновенія и возможности. Признавъ, что публичныя права представляютъ собою не часть естественной, только регулируемой правомъ свободы, а искусственное расширеніе этой свободы государствомъ, Еллинекъ признаетъ всѣ публичныя права индивидовъ лишь различными элементами признаваемой за ними государствомъ правоспособности. Поэтому всѣ публичныя права сводятся къ четыремъ видамъ status [2]). Status passivus заключается въ подчиненіи лица государству; Status negativus или status libertatis въ признаніи за лицомъ извѣстной сферы свободы, неподпадающей государственному воздѣйствію [3]). Status positivus или Status civitatis—въ предоставленіи пользоваться государственными учрежденіями и актами власти [4]); наконецъ, Status activus—

---

[1]) Такъ различалъ частное и публичное право еще Кантъ и въ нѣсколько измѣненномъ видѣ повторилъ то же самое Пухта. Смотри мои Лекціи по общей теоріи права, 2 изд., стр. 154—156.

[2]) System, SS. 76—82.

[3]) Ibidem, S. 82. Dem Staatsmitgliede kommt ein Status zu, in dem er Herr ist, einer staatfreie, das Imperium verneinende Sphäre. Es ist die des negativus Status, des Status libertatis.

[4]) Ibidem, S. 82. Indem der Staat in Erfüllung seiner Aufgaben dem

въ предоставленіи индивиду права дѣйствовать за государство [1]). Уже въ самомъ признаніи публичныхъ правъ только правоспособностью — кроется неразрѣшимое внутреннее противорѣчіе. Право не можетъ быть только способностью имѣть право, и способность имѣть права не есть еще субъективное право. И это странное отождествленіе права съ правоспособностью понадобилось Еллинеку, очевидно, для примиренія факта существованія публичныхъ правъ, принадлежащихъ гражданамъ, именно, какъ членамъ государства, съ признаніемъ самаго государства единою личностью. Если публичныя права только правоспособность, только status, только извѣстное положеніе лицъ въ государствѣ, то повидимому *такія* права отдѣльныхъ лицъ не нарушаютъ личнаго единства составляемаго ими государства. Если публичное право есть только извѣстное положеніе въ государствѣ, оно какъ бы не требуетъ обособленія субъектовъ этого права.

Но этого мало. Даже такое отождествленіе права съ правоспособностью не избавляетъ Еллинека отъ дальнѣйшихъ, еще болѣе рѣзкихъ самопротиворѣчій. И правоспособность можетъ быть свойственна только лицу. Вещь не можетъ имѣть никакого Status. Правоспособность-то и составляетъ отличительное свойство лица. Исходя изъ признанія государства единою личностью, Еллинекъ долженъ вмѣстѣ съ тѣмъ признать, что насколько индивидъ подчиняется государству его личности нѣтъ мѣста [2]). И однако, именно въ этомъ подчиненіи, исключающемъ личность, онъ видитъ особый видъ Status—Status passivus. Оказывается, слѣдовательно, что одинъ изъ видовъ правоспособности характеризуется исключеніемъ всякой правоспособности.

Einzelnen die rechtliche Fähigkeit zuerkennt, die Staatsmacht für sich in Anspruch zu nehmen, die staatlichen Institutionen zu benutzen, also dem Individuum positive Ansprüche gewährt, erkennt es ihm den positiven Status.

[1]) Ibidem. Indem der Staat dem Individuum die Fähigkeit zuerkennt, für den Staat thätig zu werden, versetzt er es in einen Zustand gesteigerter, qualificirter, activer Civität. Es ist der aktive Status.

[2]) Ibidem, 79. Insofern das Individuum dem Staate unterworfen ist, ist seine Persönlichkeit ausgeschlossen.

Подобное же противорѣчіе кроется и въ понятіи Status activi. Этотъ видъ Status, по опредѣленію Еллинека, состоитъ въ возможности дѣйствовать за государство. Но если государство единая личность и государственная власть ея единая воля, дѣйствовать за государство, значитъ дѣйствовать, какъ его органъ, значитъ проявлять и осуществлять не свою волю, а волю государства. Дѣйствующіе такимъ образомъ органы единой воли государства, по признанію самого Еллинека [1]), отнюдь не являются особыми личностями, а только органами личности государства. Какимъ же образомъ проявленіе и осуществленіе единой воли государства можетъ дать содержаніе особыхъ правъ индивидовъ, составляющихъ государство?

Стремленіе во что бы то ни стало олицетворять государство, приписывать ему единую волю приводитъ неизбѣжно къ совершенной невозможности объяснить реальную сложность и множественность тѣхъ отношеній, изъ коихъ слагается жизнь государства. Внутри единой личности не можетъ быть юридическихъ отношеній; нельзя имѣть правъ и обязанностей въ отношеніи къ самому себѣ или къ частямъ своего собственнаго я. И еслибы государство въ самомъ дѣлѣ было единой личностью, носителемъ единой воли, его внутренняя жизнь не могла бы имѣть характера юридическихъ отношеній. А между тѣмъ въ дѣйствительности, этотъ юридическій характеръ внутреннихъ отношеній государства, его внутренней организаціи, на столько ярокъ и несомнѣненъ, что его отрицать и игнорировать невозможно. Но юридическихъ отношеній нельзя объяснить, исходя изъ представленія единой воли. Носителемъ юридическаго отношенія не можетъ быть одно лицо. Разъ государство слагается и въ своей внутренней жизни изъ юридическихъ отношеній, оно представляется не личнымъ единствомъ, а сложною совокупностью многихъ лицъ.

Любопытную попытку согласить признаніе такой множественности (Vielheit) состава государства съ пониманіемъ его все-таки какъ единой личности представляетъ органическое пониманіе

[1]) Ibidem, S. 216.

государства. Пониманіе государства какъ организма, нерѣдко противополагаютъ пониманію его какъ личности. Такъ напримѣръ, Фрикеръ отвергаетъ признаніе государства личностью, именно исходя изъ органическаго его пониманія [1]). Такъ, наоборотъ, Фанъ-Крикенъ отвергаетъ органическую теорію, противопоставляя ей признаніе государства личностью [2]). Однако наряду съ этимъ мы встрѣчаемъ попытки воспользоваться понятіемъ организма для согласованія факта множественности внутренняго состава государства и личной самостоятельности его членовъ, съ предположеніемъ о личномъ единствѣ государства, какъ цѣлаго. Въ такомъ именно смыслѣ примѣнялъ къ государству понятіе организма хотя бы Германъ Шульце [3]). Но особенное развитіе это воззрѣніе получило у Гирке, связавшаго понятіе организма съ выставленнымъ германистами понятіемъ Genossenschaft, и у его послѣдователя Гуго Прейса.

Особенности своего воззрѣнія на государство Гирке самъ охарактеризовалъ въ обширномъ критическомъ разборѣ книгъ Зейделя и Фанъ-Крикена [4]). Онъ различаетъ два противоположныхъ, но одинаково крайнихъ и односторонніхъ направленія въ пониманіи государствъ; при одномъ государство поглощаетъ составляющихъ его индивидовъ; при другомъ напротивъ, государство лишается внутренняго единства и понимается лишь какъ механическое, внѣшнее соединеніе индивидовъ. Первое изъ этихъ направленій ведетъ свое начало отъ античнаго міровоззрѣнія. Сторонники такого взгляда на государство выставляли различныя основанія полнаго подчиненія ин-

---

[1]) *Fricker*. Die Persönlichkeit des Staats. Въ Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatwissenschaft. B. 25. 1869. SS. 29—50.

[2]) *Van Krieken*, Ueber die sogennante organische Staatstheorie. 1873.

[3]) *H. Schulze*. Ueber Princip, Methode und System des deutschen Staatsrecht (Aegidi's Zeitschrift für Staatsrecht. IV. 1867). S 425. Obgleich dem Staat in seiner Gesammtheit die persönliche Eigenschaft zugesprochen werden muss, so sind doch auch wieder seine Glieder nicht bloss als Objekte sondern als Subjekte, und somit als Persönlichkeiten aufzufassen. Der Staat ist ein *organisches* Gemeinwesen wo jeder Glied nicht bloss Mittel, sondern zugleich Zweck ist.

[4]) *Otto Gierke*, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien. Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft. B. 30. 1874. SS. 153—198 и SS. 265—335.

дивида государству. Государству объяснялось ими какъ естественно необходимая форма сосуществованія людей, какъ божественное установленіе, какъ осуществившаяся идея свободы. Но съ юридической точки зрѣнія это безразлично приводило къ признанію государства личностью не только единой, но и всеобъемлющей, такъ что во внутреннихъ отношеніяхъ государства отдѣльные индивиды, изъ которыхъ оно составлено, не могутъ являться самостоятельными личностями. Конечно, и для представителей этого взгляда человѣкъ признается личностью, но такъ, что онъ является личностью въ совершенно обособленной отъ государства сферѣ чисто индивидуальныхъ отношеній, въ которыхъ свободная индивидуальная воля получаетъ суверенное господство. Противоположное направленіе приводитъ въ послѣдовательномъ своемъ развитіи, какъ у Зейделя, къ отрицанію за государствомъ личности и къ совершенному уподобленію публичнаго права—гражданскому.

Гирке находитъ, что истинное пониманіе государства должно быть одинаково чуждо обѣихъ этихъ крайностей. И онъ признаетъ государство самостоятельнымъ субъектомъ воли [1]). Но отношеніе государства къ составляющимъ его людямъ представляется ему совершенно иначе, чѣмъ Герберу или Лабанду. Государство, хотя и личность, но личность не индивидуальная, а коллективная, слагающаяся изъ индивидуальныхъ личностей [2]). Люди, и какъ члены государства, являются все-таки личностями, имѣющими и свою волю. Поэтому и воля государства представляется такъ же, какъ органическое сочетаніе индивидуальныхъ воль. Органы государственной власти не пассивныя орудія, чрезъ которыя проявляется воля государства, а дѣятельныя, активныя личности [3]). Въ прямую

[1]) Ibidem, S. 304. Das Wesen „Staatlicher" Verbindung beruht darin, dass sie die machtvolle Durchführung des allgemeinen Willens zum Inhalt hat.—Ihre Substanz ist der allgemeine *Wille*, ihre Erscheinungsform die organisirte *Macht*, ihre Aufgabe—die zwekbewusste *That*.

[2]) Ibidem, S. 321. Als die einer Personengesammtheit immanente Einheit, als ein aus selbständigen Einzelwesen zusammengesetztes Gesammtwesen, als das in einer Vielheit lebendige Ganze ist der Staat, ist die Körperschaft öffentlich-rechtliche Person.

[3]) Ibidem, S. 310. Das öffentliche Recht abstrahirt von den Personen die

противоположность гражданскому праву, имѣющему дѣло только съ *внѣшней* жизнью личности, публичное право нормируетъ ихъ внутреннюю жизнь [1]). Съ точки зрѣнія гражданско-правоваго понятія лица немыслимо, чтобы личность какъ цѣлое, имѣло въ отношеніи къ своимъ частямъ тоже, какъ къ личностямъ права и обязанности. Между тѣмъ содержаніе государственнаго права и составляютъ именно такія юридическія отношенія цѣлаго къ своимъ частямъ [2]).

Эти идеи въ примѣненіи къ государству получили болѣе подробное развитіе у Гуго Прейса [3]).

Понятіе личности, по его словамъ, есть общее юридическое понятіе. Но такъ какъ понятіе это выработалось преимущественно въ примѣненіи къ гражданскому праву, то его обыкновенно отождествляютъ съ понятіемъ индивида. Гражданскія права дѣйствительно преимущественно индивидуальныя права. Но въ примѣненіи къ другимъ сферамъ права къ такому отождествленію личности съ индивидомъ нѣтъ

---

dem Gemeinleben zugekehrte Seite. Ihm sind daher die als Personen anerkannten Verbände keine den Einzelmenschen nebengeordnete Individuen, sondern Allgemeinheiten über den Einzelnen, die Einzelmenschen aber sind ihm keine für sich stehenden Existenzen, sondern Glieder von Allgemeinheiten. Das öffentliche Recht kennt keine unverbundenen Einzelwesen, sondern nur Verbände und Verbandsglieder. Statt der Welt koordinirter und in sich abgeschlossener Willenseinheiten statuirt es eine Welt des gemeinheitlichen Daseins, in welcher der Wille von vornherein durch die organischen Beziehungen zu anderen Willen determinirt wird, in welcher die zusammengesetze Einheit des Ganzen auf eine Vielheit von Einzelwillen und die Vielheit des Ganzen auf einer Einheit des Gesammtwillens hinweist, in welcher durch die gleichzeitige Anerkennung der gemeinheitlichen Persönlichkeit des Ganzen und gliedmässigen Persönlichkeit der Einzelnen sofort eine qualitative Abstufung der Rechtswesenheit, eine zwiefache Lebensordnung des Willens gesetzt wird.

[1]) Ibidem, S. 319. Während das Privatrecht es nur mit *äusserem* Leben von Personen zu thun hat, das Staatsrecht das innere Leben einer Gesammtspersönlichkeit normirt.

[2]) Ibidem, S. 321. Und so wird es möglich, dass, was dem privatrechtlichen Denken von seiner Auffassung des Personenbegriffs aus völlig unfasslich sein muss und womit doch die Möglichkeit eines Staatsrechts steht und fällt, ein Ganzes und seine Theile im Verhältnisss zu einander als Personen Rechten und Pflichten haben.

[3]) *Hugo Preuss*, Gemeinde, Staat, Reich. 1889, SS. 137—173. „Analyse des organischen und persönlichen Staatsbegriffs.

основаній. И именно понятіе организма раскрываетъ неправильность такого отождествленія. Публичное право, представляющееся исключительно соціальнымъ правомъ, основывается вполнѣ на понятіи организма [1]).

Физическая личность никогда не является индивидомъ. Для біологіи только протоплазма, только первичная клѣточка—индивидъ; только она „нѣчто логически недѣлимое". Для біологіи и человѣкъ не индивидъ, а органическая совокупность клѣточекъ. Но наука права имѣетъ дѣло исключительно съ людьми и ихъ отношеніями. Поэтому, какъ для біологіи клѣточка, такъ для юриспруденціи человѣкъ есть индивидъ, есть нѣчто логически недѣлимое. Но точно такъ же какъ біологія только *начинаетъ* съ клѣточки, и наука права не ограничиваетъ своего изслѣдованія только индивидами, но изучаетъ и органическое соединеніе индивидовъ въ личности высшаго порядка. Подобно тому какъ нѣтъ никакого противорѣчія въ томъ, что одно и тоже можетъ быть и органомъ высшаго организма и само особымъ организмомъ, такъ нѣтъ противорѣчія въ томъ, что одно и тоже существо будетъ и само личностью, и членомъ высшей коллективной личности. Поэтому, изучая государство нельзя обращать вниманіе только на его единство, а, напротивъ, надо прежде всего изслѣдовать какъ отдѣльныя индивидуальныя личности соединяются въ немъ въ одну коллективную личность. Только изученіе этого юридически-органическаго соединенія индивидовъ въ одну высшую личность можетъ дѣйствительно выяснить отношенія публичнаго права [2]).

---

[1]) Archiv, IV, S. 87. Im Begriffe des Organismus aber liegt die Ueberwindung jener Identität von Person und Individuum. Das öffentliche Recht, welches ausschliesslich Socialrecht ist, basirt völlig auf dem Wesen des Organischen.

[2]) Gemeinde, Staat. Reich. S. 165. So muss die Iurisprudenz, wenn sie das *innere* Rechtsleben des Gemeinwesens erkennen will, dieselben nicht—nach, Laband's Anschauung—als eine Grundeinheit, innerhalb deren es keine „Vielheit giebt" betrachten; sondern ihr Augenmerk gerade auf die Art und Gliederung der *Theilpersonen* zu einer *Gesammtperson* richten.—Lediglich der Gedanke dass es sich um die rechtlich-organische Verbindung von Theilpersonen zu einer Gesammtperson handelt, vermag die specifischen Rechten und Pflichten des offentlichen Rechts zu erklären.

Хотя государство есть множество, есть коллективная личность, но единая воля государства не фикція, а такъ же реальна, какъ и воля индивида. Но только въ индивидѣ это единство воли установляется физически, для права невидимо; въ государствѣ же—юридически и потому самое образованіе единой воли государства изъ воли индивидовъ имѣетъ юридическое значеніе. Кто этого не признаетъ, и коллективную личность уподобляетъ индивиду, тотъ придаетъ ей такой характеръ, какого она въ дѣйствительности не имѣетъ и слѣдовательно въ самомъ дѣлѣ установляетъ фикцію [1]).

Главная, существенная особенность этого *органическаго* пониманія государства заключается въ томъ, что граждане и какъ члены государства признаются личностями; что признается возможность юридическихъ отношеній государства къ гражданамъ, не только какъ къ самостоятельнымъ субъектамъ, противополагаемымъ государству, но именно, какъ къ своимъ членамъ, какъ къ участникамъ государственнаго общенія. Въ этомъ выражается, конечно, сознаніе невозможности объяснить явленія государственной жизни, исходя изъ представленія объ единой, господствующей надо всѣмъ воли, все себѣ подчиняющей; сознаніе необходимости признать, что въ дѣйствительности внутренняя жизнь государства слагается изъ разнообразныхъ и сложныхъ соотношеній множества отдѣльныхъ индивидуальныхъ воль. Но такъ какъ и Гирке, и Прейссъ все таки не считаютъ возможнымъ иначе объяснить явленія государственнаго властвованія, какъ проявленія единой воли государства, то они и прибѣгли къ крайне растяжимому и совершенно неопредѣленному понятію организма, съ помощью котораго думаютъ согласить между собою совершенно несогласимыя представленія. Одно и тоже не можетъ быть одновременно проявленіемъ и многихъ воль, и одной воли. Государ-

[1]) Gemeinde, Staat, Reich, S. 168. Denn die für den Begriff der Person wesentliche Einheit des Willens ist bei dem Gemeinwesen nicht fiktiv, sondern wirklich vorhanden. Aber während die organische Zusammensetzung dieser Einheit bei den Individuen eine physische, also für das *Recht* unsichtbare ist, ist sie bei den Verbandspersonen eine *Pechtieche*, also für das Recht wesentlich zu beachtende.

ство должно быть чѣмъ нибудь однимъ: или субъектомъ единой властвующей воли, или соотношеніемъ многихъ отдѣльныхъ воль. Понятія множества и единства суть взаимно исключающіяся понятія и понятіемъ организма нельзя снять ихъ взаимной противоположности.

Конечно, и сложное, составленное изъ многихъ частей, можетъ быть единствомъ, но только не въ томъ же самомъ отношеніи, въ какомъ оно представляется множествомъ. Мы группируемъ окружающія насъ явленія съ нашихъ субъективныхъ точекъ зрѣнія и эти точки зрѣнія могутъ быть очень разнообразны. Что съ одной точки зрѣнія, при группировкѣ по одному какому-нибудь признаку, будетъ однимъ цѣлымъ, съ другой точки зрѣнія можетъ представиться сложною совокупностью разнородныхъ элементовъ. Но это возможно именно только подъ условіемъ группировки съ различныхъ точекъ зрѣнія. Первичная клѣточка для біолога недѣлимое цѣлое; для химика — очень сложное химическое соединеніе. Но съ одной и той же химической точки зрѣнія одно и то же тѣло не можетъ быть и простымъ и сложнымъ. Точно такъ же, когда мы группируемъ явленія общественности смотря по тому, представляются ли они намъ проявленіемъ какой-нибудь одной воли или сочетаніемъ дѣйствія многихъ воль, то не можетъ одно и тоже явленіе, напримѣръ явленіе государственнаго властвованія, быть проявленіемъ одновременно и единой воли, и многихъ воль.

Немудрено поэтому, что, задавшись такой неразрѣшимой задачей отождествленія единства и множества, и Гирке и Прейсъ приходятъ къ весьма туманной теоріи, всецѣло построенной на уподобленіи государства организму. Понятіе организма само по себѣ такъ трудно поддается точному опредѣленію, что опирающееся на него объясненіе государственнаго властвованія, конечно, также сводится къ крайне неяснымъ и неопредѣленнымъ положеніямъ.

Такъ именно и судитъ о теоріи Гирке большинство современныхъ публицистовъ, съ Лабандомъ во главѣ, считая невозможнымъ построить объясненія государственной власти на понятіи едино-сложной воли.

Въ обзорѣ новѣйшей литературы мы остановились исключительно на одной нѣмецкой литературѣ, потому что изъ современныхъ публицистовъ, только нѣмцы и останавливаются на выясненіи юридической конструкціи государства. Для полноты можно указать развѣ еще на Остина, теорія котораго пользуется большою популярностью въ Англіи, такъ что Мэнъ [1]) и Дайси [2]) видятъ въ немъ самаго типичнаго выразителя общепринятаго юридическаго ученія о государственной власти.

Остинъ понимаетъ верховную государственную власть, суверенитетъ, какъ волю правящей части государства; по различію государственнаго устройства это будетъ воля одного, или воля нѣсколькихъ. Всѣ остальные—ихъ подданные [3]).

ГЛАВА III.

Природа власти.

1.

Итакъ со временъ схоластики всѣ послѣдующія попытки научнаго объясненія явленій государственнаго властвованія вращаются все около одного исходнаго пункта. За безспорную аксіому признается, что государственная власть—воля и затѣмъ на всѣ лады переворачиваютъ понятіе воли, чтобы добиться возможности объяснить всѣ явленія властвованія, какъ проявленія единой, надо всѣмъ въ государствѣ господствующей воли. Однако не смотря на долгую, многовѣковую работу человѣческой мысли въ этомъ направленіи никому до

---

[1]) *Мэнъ*. Древнѣйшая исторія учрежденій. 1876, стр. 24.

[2]) *Дайси*. Основы государственнаго права Англіи. 1891, стр. 54 и слѣд.

[3]) *Austin*, Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law, 3 ed. 1869. I, p. 227. Hence it follows, that it is only trough an ellipsis, or an abridged form of expression, that the *society* is stiled independent. The party truly independent is not the society but sovereign portion of society: that certain member of the society, or that certain body of its members, to whose commands, expressed or intimated, the generality or bulk of its members under habitual obedience.

сихъ поръ не удалось найти удовлетворительнаго рѣшенія такъ поставленной задачи. Никакъ не удается такъ формулировать пониманіе государственной власти какъ воли, чтобы оказалось возможнымъ объяснить всѣ сложныя явленія государственаго властвованія.

Отсюда естественно возникаетъ вопросъ: въ виду такой безплодности всѣхъ попытокъ объяснить явленія государственнаго властвованія непремѣнно какъ проявленія единой воли, есть ли основаніе во что бы то ни стало удерживать эту гипотезу? Всякая научная гипотеза имѣетъ право на признаніе лишь настолько, насколько ею объясняются всѣ соотвѣтствующія явленія дѣйствительности. Разъ гипотеза, видящая въ государственной власти единую господствующую волю, несмотря на всевозможныя ея видоизмѣненія въ теченіе шести слишкомъ столѣтій, — оказывается все-таки необъясняющей удовлетворительнымъ образомъ явленій дѣйствительности, она, очевидно, должна быть отброшена, какъ несостоятельная.

Волунтарная гипотеза власти, повидимому, уже совершила полный, кругъ своего развитія. Всѣ возможныя ея модификаціи уже исчерпаны.

Она возникла въ средневѣковой литературѣ путемъ перенесенія въ политическую теорію воззрѣній, сложившихся въ примѣненіи къ церкви какъ обществу вѣрующихъ, установленному божественною волею, представляющему мистически тѣло Христово. Государственную власть слѣдовательно стали понимать какъ волю только тогда, когда и самое государство разсматривали какъ установленіе воли, или непосредственно воли Божественной или чрезъ посредство направляемой Божественнымъ промысломъ воли людской. Политическія теоріи новаго времени устранили только религіозную основу, но точно также признали государство созданіемъ сознательной воли, договора. Съ начала настоящаго столѣтія договорная теорія происхожденія замѣняется иными. Государство уже не считаютъ болѣе произвольнымъ установленіемъ людей, а закономѣрнымъ продуктомъ историческаго развитія. Но и ис-

торическая школа, и гегелевская философія одинаково отвергшія, хотя и съ различныхъ точекъ зрѣнія, договорную теорію, вовсе не возбудили вопроса о томъ, точно ли власть государственная должна быть понимаема какъ воля? Всѣ доводы, выставленные въ опроверженіе ученія о произвольномъ установленіи государства, были направлены лишь къ тому, что государство создаетъ *не* индивидуальная воля. Поэтому пониманіе власти какъ воли сохранилось. Только человѣческая индивидуальная воля, когда-то замѣнившая собою волю божественную, замѣнилась въ свой чередъ абстрактною общею волею, понимаемою или какъ народный духъ, или какъ проявленіе діалектическаго развитія объективнаго духа. Субъектомъ этой общей воли, составляющей сущность государственной власти, признаютъ само государство, какъ особую, самостоятельную личность, властвующую надъ подданными и территоріей. И самостоятельная личность государства, и особенная воля государства представляются произвольными фикціями, плохо мирящимися съ фактами дѣйствительности. Стремленіе дать болѣе реальное объясненіе государственной власти, чуждое произвольныхъ фикцій, привело къ попыткамъ возродить прежнее отождествленіе государственной власти съ волею правителя и низвести государство до положенія объекта, надъ которымъ властвуетъ правитель. Это патримоніальная теорія оказывается слишкомъ не соотвѣтствующей современному строю государства, недопускающему видѣть въ государствѣ лишь объектъ пассивно подчиняющійся господствующей надъ нимъ власти правителя. Попытки возвратиться къ патримоніальной теоріи не нашли поэтому себѣ признанія въ современной литературѣ. Но та критика, какой представители этой теоріи подвергли господствующее пониманіе государственной власти какъ воли самого государства, вызвала необходимость пересмотра и перестройки установившагося воззрѣнія на государство, какъ на особую личность, властвующую надъ подданными. И какъ мы видѣли, всѣ попытки такихъ построеній понятія личности государства, какъ субъекта единой властвующей воли, разбиваются о невозможность объяснить дѣй-

ствительныя явленія государственной жизни, представляющей пестрое сочетаніе многихъ воль.

Удерживать во что бы ни стало волунтарную гипотезу имѣется тѣмъ меньше основаній, что это вовсе не единственно возможное пониманіе государственной власти. Политическимъ ученіямъ древности, какъ мы знаемъ, оно было чуждо, и однако Политика Аристотеля, совершенно незнающая государственной власти, какъ единой господствующей воли, по глубинѣ выразившагося въ ней пониманія государственной жизни, признается до сихъ поръ непревзойденнымъ образцомъ [1]).

Не слѣдуетъ ли и намъ, отбросивъ унаслѣдованное отъ средневѣковой схоластики пониманіе власти, какъ воли, обратиться къ иному объясненію явленій государственнаго властвованія, намѣченному уже Аристотелемъ?

Государственная власть, какъ бы ее ни понимали, всѣми признается тѣмъ объединяющимъ началомъ, которое дѣлаетъ изъ государства одно цѣлое. У каждаго государства своя особая власть, и тамъ, гдѣ мы замѣчаемъ существованіе нѣсколькихъ государственныхъ властей, мы признаемъ и существованіе нѣсколькихъ государствъ.

Поэтому и объясняющіе власть, какъ волю, обыкновенно признаютъ, что воля эта должна быть *единая* воля. Въ единствѣ властвующей воли и заключается единство государства.

Не можно ли въ дѣйствительности объяснить всѣ проявленія государственнаго властвованія, какъ проявленія одной и той же воли?

Если обратиться къ исторической дѣйствительности, то прежде всего мы увидимъ, что явленія государственнаго властвованія не могутъ быть объяснены, какъ проявленія единой воли. Исторія, изображающая намъ дѣйствительную жизнь конкретнаго государства, объясняетъ ее не какъ дѣ-

---

[1]) *Чичеринъ.* Исторія пол. уч. I, стр. 57. Политика Аристотеля—самое замѣчательное изъ всѣхъ политическихъ сочиненій, которыя когда-либо являлись въ свѣтъ. Это единственное, которое соединяетъ въ себѣ высшіе философскіе взгляды съ глубокимъ и многостороннимъ пониманіемъ дѣйствительности.

ятельность единой надъ всѣмъ господствующей воли, а какъ непрерывающуюся борьбу многихъ воль между собой. Такая борьба—необходимое условіе жизни, развитія. И при томъ борьба идетъ не только между общими и частными интересами. Борьба идетъ и изъ-за того, какъ опредѣлить общіе интересы, какія цѣли поставить самому государству. Соперничающія политическія партіи всѣ одинаково руководятся не частными интересами, а общими, но только каждая изъ нихъ понимаетъ эти интересы по своему. Развитіе политической жизни всегда и вездѣ сопровождается усиленіемъ развитія политическихъ партій. Но это нисколько не вредитъ единству государства. Напротивъ, живое, активное участіе въ политической жизни возможно широкаго круга лицъ усиливаетъ государственное самосознаніе народа и потому дѣлаетъ государственное единство болѣе крѣпкимъ и надежнымъ. Борьба и чередующаяся смѣна политическихъ партій не есть исключительное, болѣзненное явленіе, влекущее за собой распаденіе государства. Напротивъ, для парламентарнаго государства это совершенно нормальное явленіе, необходимое условіе правильной дѣятельности государственнаго механизма. Такъ послѣдовательной смѣной парламентскихъ партій опредѣлялось все политическое развитіе Англіи за послѣднія два столѣтія. Въ виду факта, чередующагося господства виговъ и тори, возможны-ли послѣдовательные акты властвованія англійскаго государства разсматривать, какъ проявленія одной и той же воли? Въ этой смѣнѣ партій нельзя видѣть измѣненія направленія одной и той же воли, потому что и уступая управленіе государствомъ другой партіи, господствовавшая прежде партія все таки продолжаетъ существовать, стремиться къ своимъ цѣлямъ, бороться съ господствующей партіей, вліять болѣе или менѣе на образъ дѣйствія правительства.

Въ опроверженіе этихъ соображеній обыкновенно утверждаютъ, что борьба партій для управленія государствомъ имѣетъ значеніе лишь съ политической точки зрѣнія. Съ юридической же точки зрѣнія въ государствѣ властвуетъ

будто бы всегда одна и та же воля,—воля, находящая себѣ выраженіе въ постановленіяхъ существующихъ государственныхъ учрежденій. Какая бы партія ни преобладала въ данное время въ нижней палатѣ англійскаго парламента, воля этой партіи опредѣляетъ собою управленіе Англіи только какъ воля большинства даннаго учрежденія.

Однако, такая ссылка на „юридическую“ точку зрѣнія нисколько не измѣняетъ дѣла. Если остановиться даже только на дѣятельности собственно государственныхъ учрежденій, совершенно игнорируя дѣятельность разнообразныхъ общественныхъ единеній, въ томъ числѣ имѣющихъ и прямо политическія цѣли, дѣятельность эта все-таки не можетъ быть объяснена какъ проявленіе единой воли.

Если видѣть единство господствующей въ государствѣ воли въ единствѣ учрежденій ее выражающихъ, то придется признать, что государство сохраняетъ свое тождество, остается тѣмъ же самымъ государствомъ лишь покуда оно сохраняетъ тѣ же учрежденія, то же устройство. Потому что, разъ совершилась не только перемѣна господствующихъ въ государствѣ политическихъ партій или общественныхъ классовъ, но измѣняются и тѣ учрежденія, чрезъ которыя онѣ дѣйствуютъ, то въ чемъ же еще можетъ выразиться единство прежде и нынѣ господствующей въ государствѣ воли? И содержаніе, и форма ея являются при такихъ условіяхъ совершенно новыми. И совершенно также какъ при смѣнѣ политическихъ партій, такъ и при измѣненной формѣ государственнаго устройства, элементы, теряющіе господство, не исчезаютъ. Династія, царствовавшая въ государствѣ, ставшемъ республикой, можетъ имѣть своихъ представителей даже въ томъ самомъ государствѣ. Установленіе республиканской формы правленія не исключаетъ возможности сохраненія въ государствѣ значительной и вліятельной монархической партіи. Франція остается Франціей, однимъ и тѣмъ же государствомъ, несмотря на двадцать конституцій, смѣнившихъ другъ друга за послѣднее столѣтіе. Но конечно никакъ нельзя признать одной и той же волей волю всѣхъ тѣхъ династій и всѣхъ тѣхъ республиканскихъ

правительствъ, которыя послѣдовательно смѣняли другъ друга съ 1791 года.

Между тѣмъ, сохраненіе тождества государства, несмотря на измѣненіе его устройства, имѣетъ не только политическое или историческое значеніе, но и прямо юридическое. Обязанности, принятыя на себя государствомъ, и права, имъ пріобрѣтенныя, не прекращаются вслѣдствіе государственныхъ переворотовъ. Законы, изданные прежнимъ правительствомъ, точно также сохраняютъ свою силу и при установленіи новаго порядка, развѣ прямо будутъ отмѣнены новымъ правительствомъ.

Но если даже оставить вовсе безъ вниманія историческую жизнь государства и разсматривать политическую организацію съ чисто юридико-догматической точки зрѣнія, предполагая государственное устройство неподвижнымъ, то все же окажется невозможнымъ объяснить дѣйствительный строй государства какъ организацію господства въ немъ единой, все опредѣляющей воли.

Долгое господство воззрѣній, видящихъ въ государственной власти единую, надо всѣмъ господствующую волю, отразилось и на современной организаціи государственныхъ учрежденій. Разъ установилось убѣжденіе, что всѣ государственныя учрежденія должны быть органами и выразителями единой воли, понятно имъ стараются придать и соотвѣтствующую этому организацію. Теперь, дѣйствительно, большинство государственныхъ должностей замѣщается по волѣ того, кто считается субъектомъ государственной власти, т.-е. по волѣ монарха или по волѣ большинства народа. Мы такъ привыкли къ подобному порядку назначенія должностныхъ лицъ, что иной порядокъ замѣщенія, внѣ прямой зависимости отъ чьей либо воли, кажется намъ чѣмъ-то дикимъ, непотнятнымъ.

Между тѣмъ, въ дѣйствительности это вовсе не единственно возможный порядокъ замѣщенія должности. Въ древности и въ средніе вѣка во многихъ государствахъ должности замѣщались такимъ способомъ, которымъ прямо устранялось вліяніе чьей-либо воли. Выборъ должностныхъ лицъ прямо старались поставить внѣ зависимости отъ чьей-либо воли.

Такъ въ греческихъ республикахъ большинство должностей замѣщалось по очереди или по жребію [1]).

Обыкновенно замѣщеніе должностей по жребію признается выраженіемъ крайнихъ демократическихъ стремленій. Однако политическія идеи Платона, безъ сомнѣнія, имѣли весьма опредѣленную аристократическую окраску, а между тѣмъ, въ его „Законахъ“ личный составъ совѣта, наблюдающаго за управленіемъ государства, опредѣляется не только выборомъ, но и жребіемъ. Совѣтъ этотъ составляется у Платона изъ 180 членовъ избираемыхъ всѣми гражданами слѣдующимъ сложнымъ порядкомъ. Сначала избираются всѣми гражданами, но только изъ числа принадлежащихъ къ богатѣйшему классу, 90 человѣкъ. Затѣмъ на другой день точно также избираются изъ второго класса 90 человѣкъ. Участіе въ этихъ выборахъ обязательно для всѣхъ гражданъ. На третій день избираются 90 человѣкъ изъ третьяго класса и на четвертый — изъ четвертаго. Участіе въ выборахъ изъ третьяго класса обязательно только для гражданъ двухъ первыхъ классовъ; участіе въ выборахъ изъ четвертаго—только для гражданъ перваго класса. Когда такимъ образомъ окажутся избранными 360 человѣкъ, изъ нихъ посредствомъ жребія отдѣляются 180.

Подобное сочетаніе выбора съ жребіемъ было весьма распространено въ средневѣковыхъ аристократическихъ республикахъ, причемъ обыкновенно и самая процедура выборовъ такъ усложнялась, что совершенно устранялась возможность прямой зависимости результата выборовъ отъ воли избирателей. Типическимъ примѣромъ такого порядка замѣненія должностей могутъ служить хотя бы выборы венеціанскаго дожа. Изъ общаго числа дворянъ, которыхъ бывало до 1,600, выдѣлялось по жребію 30. Изъ этого числа затѣмъ, также по жребію, назначалось 21. Остальные 9 выбирали большинствомъ не менѣе какъ семи голосовъ—40, эти 40—12, эти 12—25, эти 25—9, эти 9—45, эти 45—11 и эти 11—41, которые уже и производили избраніе дожа. Но и тутъ

[1]) *Roscher*, Politik, 1892, SS. 366—369.

придавалось большое вліяніе случаю. Каждый изъ сорока одного предлагалъ своего кандидата. Имена кандидатовъ клались въ урну, откуда вынимались по жребію, и въ порядкѣ вынутія ихъ именъ кандидаты подвергались баллотировкѣ. Тотъ, кто первый получалъ при этомъ не менѣе 25 голосовъ, считался избраннымъ и баллотировка остальныхъ кандидатовъ уже не продолжалась, хотя, конечно, могло бы случиться, что кто-либо изъ нихъ получилъ бы и большее число голосовъ [1]).

Любопытно, что такое сочетаніе выборовъ и жребія встрѣчается даже въ одной изъ итальянскихъ конституцій революціонной эпохи, именно въ конституціи цизальпинской республики, въ процедурѣ избранія членовъ директоріи. Каждый изъ членовъ большого совѣта предлагаетъ списокъ четырехъ кандидатовъ. Списки эти подсчитываются и отдѣляютъ четырехъ лицъ, получившихъ наибольшее число голосовъ. Затѣмъ и этихъ четырехъ подвергаютъ закрытой баллотировкѣ и исключаютъ того, кто получитъ наименьшее число голосовъ. Списокъ трехъ остальныхъ отсылаютъ въ совѣтъ старѣйшинъ, гдѣ жребіемъ рѣшается, кто изъ этихъ трехъ лицъ долженъ стать членомъ директоріи [2]).

Подобный же порядокъ примѣняется и до сихъ поръ при выборахъ членовъ бременскаго сената. Всѣ избиратели раздѣляются по жребію на пять отдѣленій. Каждое отдѣленіе избираетъ 3 кандидатовъ и одного выборщика. Эти пять выборщиковъ сходятся съ пятью выборщиками по выбору сената, и по большинству голосовъ изъ 15 кандидатовъ отдѣленій избираютъ 3 кандидатовъ, и затѣмъ уже изъ нихъ всѣ граждане совмѣстно избираютъ одного [3]).

Конечно, должностныя лица, назначаемыя въ зависимости отъ игры случая, никакъ не могутъ разсматриваться какъ представители и выразители чьей-либо единой воли. Разъ опредѣленіе личнаго состава государственныхъ учрежденій

---

[1]) *Lamansky*, Secrets d'état de Venise. 1884. (Записки историко-филологическаго факультета петербурскаго университета, часть XII) pp. 713—716.

[2]) Конституція, ст. 130—175.

[3]) *Sievers*, Das Staatsrecht der Stadt Bremen, S. 72.

предоставляется случаю, это дѣлается, очевидно, съ цѣлью устранить при этомъ вліяніе чьей-либо воли.

Случай, и при обыкновенной системѣ выборовъ, съ раздѣленіемъ страны по округамъ и съ признаніемъ избраннымъ получившаго абсолютное большинство, имѣетъ весьма значительное вліяніе на результатъ выборовъ. Случайное очертаніе избирательныхъ округовъ при неравномѣрномъ распредѣленіи партій по различнымъ мѣстностямъ государства, можетъ привесть къ тому, что число представителей отдѣльныхъ партій въ парламентѣ будетъ совершенно несоотвѣтствовать дѣйствительному соотношенію численности этихъ партій. Можетъ даже случиться, что партія, располагающая среди избирателей значительнымъ большинствомъ голосовъ, будетъ имѣть представителей меньше другихъ партій [1]). Но тутъ вліяніе случая является лишь слѣдствіемъ несовершенства организаціи выборовъ. Въ приведенныхъ примѣрахъ случайности сознательно и намѣренно придается опредѣленное вліяніе на результатъ выборовъ. Началомъ случайности намѣренно ограничиваютъ вліяніе воли избирателя.

Конечно, и тѣ, кто назначается на должность въ силу такого рода игры случая, имѣютъ каждый свою волю. Но порядокъ ихъ назначенія вовсе не обезпечиваетъ, чтобы воля этихъ лицъ представляла какое-нибудь единство, какую-нибудь общность. Если они совпадаютъ, это только случайность —не болѣе.

Подобный же характеръ, хотя въ нѣсколько смягченной формѣ, имѣетъ замѣщеніе должностей по наслѣдственному праву. И тутъ личный составъ учрежденій опредѣляется случайностью — случайностью рожденія. Однако происхожденіе отъ опредѣленнаго рода обусловливаетъ уже нѣкоторыя общія, постоянныя качества и въ силу наслѣдственности, и въ силу условій воспитанія. Поэтому случайность не проявляется тутъ въ такомъ чистомъ видѣ, какъ при замѣщеніи должностей по жребію. Но и наслѣдственное замѣщеніе должно-

[1]) См. *мое* Русское государственное право, I, 1893, стр. 304.

стей несогласимо съ представленіемъ о томъ, будто бы всѣ государственныя учрежденія должны быть выразителями единой, надо всѣмъ господствующей воли. Если на ряду съ выборной палатой ставится верхняя наслѣдственная палата, то разумѣется не для того, чтобы выражать ту же волю большинства, что и нижняя палата, а какъ разъ для противовѣса этой измѣнчивой волѣ большинства.

И тамъ, гдѣ весь личный составъ представительнаго собранія опредѣляется народными выборами, выборы эти никогда не организуются такъ, чтобы избранные оказались выразителями единой воли большинства. Народные представители нигдѣ не избираются сообща всѣми избирателями вмѣстѣ. Избиратели вездѣ раздѣляются на отдѣльныя группы, обыкновенно по территоріальнымъ округамъ. Вслѣдствіе же неравномѣрнаго распредѣленія партій по различнымъ мѣстностямъ государства, никогда не бываетъ, чтобы во всѣхъ округахъ побѣда на выборахъ досталась одной и той же партіи. Избранными оказываются всегда представители различныхъ партій. И не слѣдуетъ думать, чтобы это допускалось лишь въ виду практическихъ неудобствъ совмѣстныхъ выборовъ всѣми избирателями сообща. Еслибы и можно было это устроить, такой порядокъ выборовъ былъ бы нежелателенъ именно потому, что онъ далъ бы въ результатѣ совершенно однородный составъ представительства. Всѣ избранники оказались бы принадлежащими къ одной и той же партіи, располагающей въ общемъ составѣ избирателей большинствомъ голосовъ. Но парламентъ, состоящій всецѣло изъ одной только партіи, не соотвѣтствовалъ бы своему назначенію. Коллегія, всѣ члены которой думаютъ какъ одинъ человѣкъ, всѣ имѣютъ одни и тѣ же политическія воззрѣнія, одни и тѣ же интересы, была бы непригодна для обсужденія законопроектовъ. Въ ней не могло бы быть всесторонняго освѣщенія вопросовъ, не могло бы возникнуть сколько нибудь оживленныхъ и содержательныхъ преній. Поэтому какъ бы ни были организованы выборы, необходимо, чтобы въ результатѣ получалось избраніе болѣе или менѣе пестраго состава

представителей, чтобы представительное собраніе выражало собою не однородную волю, а сочетаніе многихъ разнообразныхъ и даже противоположныхъ воль.

Съ развитіемъ государственной жизни, по мѣрѣ того, какъ участіе въ ней получаетъ все болѣе и болѣе широкій кругъ лицъ, составъ парламента становится все болѣе пестрымъ. А распространяющіяся теперь стремленія обезпечить представительство меньшинства на ряду съ большинствомъ или даже установить пропорціональное представительство всѣхъ существующихъ въ странѣ партій, должны, конечно, въ практическомъ своемъ осуществленіи привести еще къ большей пестротѣ партійнаго состава народнаго представительства. Но рѣшенія собранія, въ которомъ нѣтъ сильнаго, крѣпко сплоченнаго большинства, а составляется лишь коалиціонное большинство изъ нѣсколькихъ соединившихся фракцій, не могутъ считаться выраженіемъ единой воли. Такія рѣшенія, состоявшіяся въ силу коалиціи, обособленныхъ политическихъ группъ, выражаютъ собою только компромиссъ, соглашеніе нѣсколькихъ воль.

Хотя въ современной организаціи государственныхъ учрежденій жребій уже вовсе не находитъ себѣ мѣста, а наслѣдственность все болѣе и болѣе теряетъ свое значеніе, тѣмъ не менѣе и теперь въ устройствѣ даже законодательныхъ учрежденій можно замѣтить многое такое, что прямо направлено къ устраненію возможности законодательству быть выраженіемъ единой воли.

Такое значеніе имѣетъ прежде всего двухпалатная система организаціи парламента. Еще тамъ, гдѣ верхняя палата не выборная, а состоитъ изъ наслѣдственныхъ или назначаемыхъ правительствомъ членовъ, можно представлять себѣ дѣло такъ, что двѣ палаты призваны представлять собою различные элементы общества, которые въ силу существованія двухъ палатъ, составляющихъ однако вмѣстѣ одинъ парламентъ, соединяются въ одну волю. Но тамъ, гдѣ обѣ палаты выборныя, такое объясненіе неприложимо. Тутъ одно и тоже выборное представительство намѣренно раздвояется. И особенно рѣзко такое

раздвоеніе проявляется тамъ, гдѣ члены обѣихъ палатъ избираются одной и той же массой избирателей. Одной и той же совокупности избирателей тутъ дается раздвоенное представительство.

Такой характеръ имѣютъ, напримѣръ, двѣ палаты французскаго національнаго собранія. Сенаторы избираются тамъ по департаментамъ особыми избирательными коллегіями, составленными изъ генеральныхъ совѣтниковъ, окружныхъ совѣтниковъ, представителей отъ муниципальныхъ совѣтниковъ и депутатовъ, избранныхъ отъ даннаго департамента. Но такъ какъ члены всѣхъ мѣстныхъ совѣтовъ избираются тамъ такъ же, какъ депутаты, всеобщей подачей голосовъ, то въ сущности и сенаторы, и депутаты избираются одной и той же массой избирателей. Только порядокъ выборовъ иной. Для выбора депутатовъ общая масса избирателей группируется по департаментамъ и выборы — прямые. Выборы сенаторовъ косвенные, а выборщики избираются тѣми же избирателями, что и депутаты, но сгруппированными по иной весьма сложной системѣ, часть выборщиковъ (депутаты) избираются по департаментамъ, другая по кантонамъ, при чемъ частью по системѣ совмѣстныхъ выборовъ (генеральные совѣтники), частью по системѣ индивидуальныхъ выборовъ (окружные совѣтники); и наконецъ третья часть выборщиковъ избирается муниципальными совѣтниками, которые сами избираются всеобщей подачей голосовъ по общинамъ. Вся эта сложная процедура избранія имѣетъ только одну цѣль, что бы одни и тѣ же избиратели выбрали себѣ двѣ различныя группы представителей, сенаторовъ и депутатовъ. Цѣль тутъ именно раздвоеніе представительства, стремленіе воспрепятствовать т.-н. деспотизму, большинства, т.-е. тому что-бы парламентъ явился выразителемъ единой воли.

И замѣтьте, что различіе въ составѣ сената и палаты депутатовъ тутъ обусловливается цѣлымъ рядомъ случайныхъ обстоятельствъ. На результатъ выбора депутатовъ вліяетъ только случайное распредѣленіе политическихъ партій по отдѣльнымъ департаментамъ. При избраніи сенаторовъ это вліяніе осложняется еще зависимостью результата выборовъ

отъ случайнаго распредѣленія тѣхъ же партій еще кромѣ того и внутри отдѣльныхъ департаментовъ по кантонамъ и округамъ.

Въ Бразиліи, по конституціи 1891 г., обѣ палаты избираются одними и тѣми же избирателями и тѣмъ же самымъ порядкомъ, какъ и депутаты [1]). Поэтому существованіе двухъ палатъ не можетъ быть здѣсь объясняемо желаніемъ дать возможно полное представительство различныхъ элементовъ общества. Единственнымъ мотивомъ учрежденія двухъ палатъ при такой ихъ организаціи могло служить только стремленіе раздвоить волю народнаго представительства.

Устройство двухъ палатъ именно для раздвоенія воли, проявляющейся въ законодательномъ собраніи, еще рѣзче выражается въ организаціи норвежскаго стортинга. Стортингъ въ полномъ составѣ избираетъ изъ себя одну четвертую часть своихъ членовъ, составляющихъ верхнюю палату—лагтингъ, остальные члены стортинга образуютъ нижнюю палату—одельстингъ. Тутъ уже вовсе не можетъ быть рѣчи о томъ, чтобы палаты являлись представительницами различныхъ интересовъ или различныхъ общественныхъ классовъ. Члены стортинга, всѣ выбранные однимъ и тѣмъ же порядкомъ, раздѣляются на двѣ неравныя части только для того, чтобы дѣла въ стортингѣ рѣшались не одною лишь волею большинства его членовъ, а не иначе какъ согласными рѣшеніями большинства и одной избранной его четверти, и большинствомъ трехъ остальныхъ четвертей.

Той же самой цѣли дробленія воли, отъ которой зависитъ рѣшеніе вопросовъ государственнаго управленія, служитъ и установленіе различнаго порядка разрѣшенія различныхъ дѣлъ однимъ и тѣмъ же учрежденіемъ. Дѣйствующая французская конституція предоставляетъ изданіе какъ обыкновенныхъ, такъ и конституціонныхъ законовъ одному и тому же національному собранію. Но законы эти издаются ими не одинаковымъ порядкомъ. Проектъ обыкновенныхъ законовъ обсуждаютъ

[1]) Конституція, ст. 30. То же было и въ Бельгіи до закона 24 сент. 1893 г.

каждою палатою отдѣльно, одною за другой. Относительно же проектовъ конституціонныхъ измѣненій только вопросъ о томъ, приступать ли къ пересмотру конституціи обсуждается палатами отдѣльно. Если вопросъ этотъ будетъ обѣими палатами разрѣшенъ утвердительно, для обсужденія самого проекта измѣненія конституціи, онѣ соединяются вмѣстѣ въ одно собраніе, которое можетъ постановить лишь тѣ измѣненія конституціи, какія помѣчены въ согласныхъ резолюціяхъ палатъ. Слѣдовательно, согласная воля большинства каждой палаты въ отдѣльности ограничиваетъ въ этомъ волю большинства обѣихъ палатъ, соединенныхъ въ одно собраніе. Съ другой стороны предположенное согласною волею большинства каждой изъ палатъ измѣненіе конституціи считается принятымъ лишь подъ условіемъ согласія на то и большинства соединеннаго собранія палатъ [1]).

Не только организація государственныхъ учрежденій, но и ихъ взаимное соотношеніе точно также совершенно не согласуется съ пониманіемъ государственнаго властвованія, какъ проявленія единой воли.

Такъ, прежде всего этому противорѣчитъ существующее во всѣхъ конституціонныхъ монархіяхъ соотношеніе между монархомъ и парламентомъ. Въ осуществленіи законодательной власти монархъ связанъ соучастіемъ парламента. Но какъ же согласить, это съ пониманіемъ власти, какъ единой воли? Если все государственное властвованіе есть проявленіе единой воли, какимъ образомъ именно высшее выраженіе властвованія—законодательство—можетъ принимать форму соглашенія монарха съ народнымъ представительствомъ?

Уже Герберъ замѣтилъ, что объясненіе процесса законодательства конституціонныхъ монархій, какъ соглашенія монарха съ парламентомъ, противорѣчитъ представленію о власти, какъ объ единой волѣ. Поэтому онъ утверждалъ, что парламентъ только обезпечиваетъ своею дѣятельностью согласъ-

[1]) *Pierre*, Traité de droit politique electoral et parlementaire. 1893 pp. 20 et ss.

ное съ дѣйствующимъ правомъ и голосомъ народа осуществленіе монархомъ его власти; непосредственное же осуществленіе власти принадлежитъ одному монарху [1]).

Но съ полною опредѣленностью и отчетливостью этотъ вопросъ былъ поставленъ лишь Лабандомъ. Онъ прямо указалъ на совершенную несогласимость изданія законовъ въ формѣ соглашенія монарха и парламента съ пониманіемъ власти, какъ единой воли. Видѣть въ законахъ конституціонной монархіи соглашеніе воли короля и ландтага, значитъ разрѣшить волю единой личности государства въ договоръ двухъ контрагентовъ. Держаться такихъ взглядовъ возможно было лишь покуда въ разработкѣ государственнаго права преобладало политическое направленіе, несчитавшееся вовсе съ требованіями юридической логики [2]).

Самъ Лабандъ, вѣрный пониманію власти, какъ единой воли, утверждаетъ, что и въ конституціонной монархіи государь есть единственный носитель нераздѣленной и недѣлимой государственной власти. Поэтому только онъ одинъ можетъ издавать законъ [3]). Для выясненія же функціи парламента Лабандъ различаетъ въ законахъ двѣ составныя части: содержаніе закона и велѣніе закона. Содержаніе—это формулированное въ немъ юридическое правило; велѣніе же закона заключается въ надѣленіи этого правила обязательной силой [4]). Для формулировки юридическаго правила, для установленія содержанія закона не требуется акта власти. Юридическое правило можетъ быть формулировано международнымъ договоромъ, какой-нибудь коммиссіей или собраніемъ, обычаемъ, законодательствомъ иностраннаго государства, наукой и т. д. Только для надѣленія юридическаго правила обязательной силой необходимъ актъ власти. Такъ вотъ, участіе

[1]) Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1869, S. 226.
[2]) *Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, I, 1888, S. 517, 518.
[3]) Ibidem, S. 515.
[4]) Ibidem, 514. In jedem Gesetz ist ein doppelter Bestandtheil zu unterscheiden, die in dem Gesetze formulirte Rechtsregel und die Ausstattung derselben mit rechtsverbindlicher Kraft, oder wie man auch sagen kann, des Gesetz*inhalt* und der Gesetz*befehl*.

парламента ограничивается только участіемъ въ формулировкѣ содержанія закона. Велѣніе, чтобы выработанное съ участіемъ парламента содержаніе закона получило обязательную силу, есть односторонній актъ монарха.

Если такъ, то, конечно, и въ конституціонной монархіи законодательство остается проявленіемъ единой воли — воли монарха. Участіемъ народнаго представительства монархъ связанъ только въ формулировкѣ содержанія. Но не въ этомъ, не въ установленіи содержанія, а только въ санкціи проявляется въ законодательствѣ моментъ власти.

Это ученіе Лабанда о различіи содержанія закона и велѣнія закона и объ ограниченіи значенія народнаго представительства участіемъ въ одномъ лишь установленіи содержанія закона, нетребующимъ для своего осуществленія никакой власти, пользуется теперь въ нѣмецкой литературѣ весьма большимъ успѣхомъ. И это вполнѣ понятно. Ученіе это даетъ удобную формулу согласованія существующаго въ конституціонныхъ монархіяхъ порядка законодательства съ господствующимъ пониманіемъ власти, какъ единой воли. Вся власть осуществляется монархомъ. Парламентъ, правда, установляетъ содержаніе издаваемыхъ монархомъ законовъ, но это, видите-ли, такая функція, для которой не требуется вовсе власти. „Формулировать“ юридическія правила можетъ кто угодно, хотя бы любой юристъ-теоретикъ. А предписывать эти правила, какъ обязательныя, не можетъ и народное представительство, а только монархъ.

Однако не трудно убѣдиться, что дѣло не разрѣшается такъ просто. Безъ сомнѣнія, „формулировать“ юридическое правило можетъ всякій и для этого не требуется вовсе власти. Но именно поэтому, еслибы народное представительство только формулировало юридическое правило, конституціонная монархія ничѣмъ бы не отличалась отъ абсолютной. И при неограниченной власти монарха формулировать юридическія правила можетъ всякій.

По справедливому замѣчанію Еллинека, палаты не только формулируютъ юридическія правила, но и надѣленіе этихъ

правилъ обязательной силой можетъ имѣть мѣсто не иначе, какъ съ согласія парламента [1]). При всемъ томъ и Еллинекъ, подобно Лабанду, признаетъ, что законодательная власть принадлежитъ не монарху съ палатами, а одному только монарху. Въ абсолютной монархіи содержаніе воли монарха ничѣмъ не ограничено. Въ монархіи конституціонной его воля ограничена по содержанію, но все-таки и тутъ самостоятельная властвующая воля исходитъ только отъ монарха [2]). Участіе же въ законодательствѣ палатъ онъ подводитъ подъ понятіе *согласія*, уподобляя отношеніе парламента къ монарху отношенію попечителя къ несовершеннолѣтнему. Туторъ, говоритъ онъ, дающій свое согласіе на бракъ пупилла, не участвуетъ вовсе въ самомъ заключеніи брака, которое остается свободнымъ актомъ воли самого брачущагося.

Подведеніе участія палатъ въ законодательствѣ подъ понятіе согласія противорѣчитъ однако уже прямому смыслу постановленій конституцій, обыкновенно требующихъ для изданія законовъ именно *соглашенія* монарха и палатъ [3]). Нѣкоторыя конституціи, не употребляя выраженія соглашеніе, постановляютъ однако, что законодательная власть осуществляется совмѣстно монархомъ и палатами [4]). Португальская конституція предоставляетъ даже законодательную власть прямо кортесамъ, лишь подъ условіемъ ограниченія ея правомъ королевской санкціи (ст. 13), а норвежская (ст. 49) стортингу даже безъ такой оговорки. Лишь весьма немногія конституціи требуютъ для изданія закона лишь согласія палатъ [5]).

Во-вторыхъ, и независимо отъ того, какъ выражаются

---

[1]) Gesetz und Verordnung, S. 316.

[2]) Ibidem, S. 317. Nicht die Kammern im Vereine mit dem Monarchen, sondern der Monarch allein nimmt die entscheidende legislatorische Thätigkeit vor. In der absoluten Monarchie kann der Monarch Alles wollen; in der constitutionellen, auf monarchischem Principe beruhenden, kann er zwar nicht Alles, aber trotz dem kann auch in ihr nur der Monarch originären staatlichen Willen erzeugen.

[3]) Конст. герм. имперіи, 5; Пруссіи, 62; Испаніи, 18; Швеціи, 87.

[4]) Конст. Бельгіи, 25 „collectivement“; Голландіи, 109; Италіи, 3; Даніи, 2; Румыніи, 32; Сербіи, 33; Греціи, 22.

[5]) Конст. Люксембурга, 46; Баваріи, VII, 2; Вюртемберга, 88; Саксоніи, 86.

по данному вопросу тѣ или другія конституціи, подвести участіе народнаго представительства въ законодательствѣ подъ понятіе согласія, значило бы совершенно исказить дѣйствительный характеръ этого участія. Уже съ перваго взгляда не можетъ не показаться чрезвычайно страннымъ и совершенно неподходящимъ дѣлаемое Еллинекомъ сравненіе участія палатъ въ законодательствѣ съ участіемъ тутора въ сдѣлкахъ пупилла. Опекунъ пользуется въ отношеніи къ опекаемому извѣстнымъ авторитетомъ; опекаемый подчиняется опекуну. О подчиненіи же монарха палатамъ, конечно, нельзя говорить. И дѣло тутъ не въ одномъ только неудачномъ выборѣ примѣра. Согласіе отличается отъ соглашенія именно тѣмъ, что не предполагаетъ соотношенія двухъ равноправныхъ воль, соглашающихся между собой, а исходитъ отъ высшей воли, придающей своимъ соглашеніемъ другой волѣ юридическое значеніе. Всѣ безспорные, типическіе примѣры согласія относятся къ согласію исходящему отъ высшей воли, отъ правительства, отъ опекуна, отъ отца семьи [1]). Случаи согласія лицъ заинтересованныхъ, имѣющихъ какія либо права въ отношеніи къ объекту сдѣлки, на которую требуется ихъ согласіе [2]), представляютъ уже переходную форму къ соглашенію и Іерингъ, напримѣръ, прямо говоритъ, что это случаи лишь *кажущагося* участія въ чужой сдѣлкѣ [3])

Во всякомъ, случаѣ понятіе согласія непремѣнно предполагаетъ, что дѣйствіе сдѣлки не касается непосредственно лица, давшаго на нее согласіе, а только главныхъ участниковъ

---

[1]) *Seuffert*, Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1868, S. 96. считаетъ необходимымъ условіемъ настоящаго согласія общее или частное ограниченіе дѣеспособности лица совершающаго сдѣлку, на которую дается согласіе·

[2]) Напр. согласіе ближайшихъ родственниковъ на выкупъ родового имѣнія дальнѣйшими (I ч. X т. стр. 1357); согласіе должника на цессію обязательства; залогодержателя на установленіе новаго залоговаго права (I ч. X т. стр. 1030).

[3]) Gesammelte Aufsätze, I, 1881, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, S. 147. Es verbleibt uns schlieszlich noch ein Fall, in dem wenigstens *scheinbar* eine Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft vorliegt, nämlich Zustimmung eines Berechtigten zur Veräusserung der Sache von Seiten eines Dritten.

сдѣлки [1]). Между тѣмъ, никакъ нельзя сказать, чтобы дѣйствіе изданнаго закона не касалось палатъ. Скорѣе это можно бы было утверждать относительно монарха, всегда безотвѣтственнаго и потому подчиняющагося закону лишь въ силу нравственнаго долга или соображеній благоразумія. Къ тому же рѣшительное большинство законовъ вовсе и не касается правъ и обязанностей монарха. Напротивъ, нѣтъ закона, который бы не касался такъ или иначе правъ и обязанностей народа, представителемъ котораго и служитъ парламентъ, и для подданныхъ, составляющихъ народъ, всѣ законы безусловно обязательны. Поэтому никакъ нельзя объяснить участіе палатъ въ законодательныхъ актахъ, какъ участіе въ чужомъ для нихъ дѣйствіи монарха, дѣйствіи, юридическія послѣдствія котораго ихъ не касаются, а касаются только монарха. Скорѣе наоборотъ: скорѣе участіе монарха можно свести къ простому согласію, особенно въ Англіи, гдѣ король даже не пользуется правомъ законодательнаго почина.

Наконецъ, если даже, несмотря на все, это признать, что участіе парламента ограничивается только согласіемъ на односторонній законодательный актъ короля, это все же не устранитъ необходимости признать парламентъ самостоятельнымъ правоспособнымъ субъектомъ. Еллинекъ настаиваетъ на томъ, что изданіе закона есть дѣйствіе только одного монарха. Но дѣло въ томъ, что и само согласіе есть юридическая сдѣлка [2]), а совершать юридическія сдѣлки могутъ только правоспособные и дѣеспособные субъекты, имѣющіе свою самостоятельную волю. Между тѣмъ, если государственная власть единая воля государства, всѣ государственныя учрежденія только органы этой единой воли, а не самостоятельныя личности.

Участіе палатъ въ законодательствѣ и потому еще не можетъ быть подведено подъ понятіе простого согласія, что палаты активно участвуютъ въ самой выработкѣ содержанія закона и отъ нихъ даже можетъ исходить самый починъ закона. Какъ можно говорить, что участіе парламента въ

[1]) *Ihering*, ibidem, 138.
[2]) *Seuffert*, l. c., S. 2.

изданіи закона сводится только къ согласію на изданіе закона, когда законъ издается по иниціативѣ парламента, когда все содержаніе его цѣликомъ выработано и формулировано парламентомъ, а дѣйствіе монарха выразилось при этомъ однимъ утвержденіемъ вполнѣ готоваго законопроекта.

Въ тѣхъ государствахъ, гдѣ монарху предоставлено абсолютное вето, и онъ, и палаты имѣютъ равное участіе въ законодательствѣ. Законы правда, обращаются къ исполненію и обнародуются монархомъ безъ участія палатъ. Но въ этомъ нельзя видѣть доказательство того, будто законодательная власть принадлежитъ исключительно монарху, уже потому, что промульгація и обнародываніе совершаются безъ участія палатъ, и тамъ, гдѣ король, какъ въ Норвегіи, имѣетъ только суспензивное вето и даже въ республикахъ. Если признать, что законодательная власть всецѣло и исключительно принадлежитъ тому, кѣмъ законы промульгируются, то придемъ къ нелѣпому заключенію, будто въ республикахъ законодательная власть принадлежитъ президенту. Между тѣмъ, единственнымъ препятствіемъ признать, что въ конституціонной монархіи законодательные акты являются результатомъ соглашенія монарха и палатъ служитъ все то же пресловутое пониманіе власти, какъ единой воли.

Для послѣдовательнаго проведенія такого взгляда на власть недостаточно, впрочемъ, свести участіе парламента въ законодательствѣ къ простому согласію на изданіе закона монархомъ. Если въ основѣ всѣхъ явленій государственнаго властвованія лежитъ единая воля, то и органъ этой воли долженъ быть одинъ. Народное представительство нельзя тогда признавать самостоятельнымъ органомъ государства на ряду съ монархомъ.

Къ такому выводу и приходитъ дѣйствительно современная нѣмецкая теорія въ лицѣ молодого профессора лейпцигскаго университета Карла Риккера [1]). Онъ признаетъ, что въ

---

[1]) *Karl Ricker*. Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung (Frankenstein's, Zeitschrift fur die Literatur und Geschichte der Staatswissenschaften, T. II, 1893. №№ 1, 2). S. 47. Nach deutschem Staatsrecht giebt es in Monarchien nur ein Organ des Staates und das ist der Monarch.

монархическихъ государствахъ имѣется только одинъ органъ—монархъ. Это единственный и исключительный органъ государства; его воля и есть воля государства. Народное же представительство не только не органъ государства, а даже есть нѣчто анти-органическое, какъ бы инородное тѣло въ составѣ государственнаго организма [1]). Парламентъ представляетъ собою не народъ, какъ цѣлое, а только подданныхъ, и то не въ смыслѣ юридическаго представительства, такъ какъ совокупность не образуетъ юридическаго лица, и потому не можетъ быть, въ собственномъ смыслѣ слова, представляема. Парламентъ, въ силу особой фикціи, скорѣе изображаетъ (darstellt) собою подданныхъ [2]), т.-е. ихъ различные, особенные интересы [3]). Представителемъ же народа, какъ одного цѣлаго, органомъ дѣйствительно общей воли служитъ только одинъ монархъ [4]).

Признать одновременно органами государства и монарха и народное представительство невозможно. Въ государствѣ не могутъ властвовать двое—монархъ и парламентъ. Въ государствѣ непремѣнно должна быть одна рѣшающая воля [5]). Поэтому, въ случаѣ конфликта между правительствомъ и парламентомъ, рѣшающій голосъ въ монархіи принадлежитъ правительству. Правительство не должно отказываться отъ мѣръ, необходимыхъ для блага государства, вслѣдствіе того, что народное представительство не соглашается на нихъ. Нравственная отвѣтственность за благосостояніе государства лежитъ на коронѣ, а не на народномъ представительствѣ. Поэтому монархъ не только имѣетъ полное право, но и прямо обязанъ не отступать отъ необходимыхъ для блага народа

---

[1]) Ibidem, S. 52.

[2]) Ibidem, S. 59. Die Volksvertretung die Gesammtheit der Unterthanen vertritt-darstellt.

[3]) Ibidem, S. 65. Die Volksvertretung—eine Interessenvertretung.

[4]) Ibidem, S. 67. Der wahre *Volksvertreter* d. h. des Vertreter des *ganzen* Volkes, nicht einzelner Klassen und Kreise desselben, das eigentliche Organ des allgemeinen d. h. auf das allgemeine Beste gerichteten Willens ist niemand anders als der Monarch.

[5]) Ibidem, S. 49.

мѣръ, хотя бы парламентъ и противился имъ [1]). Конечно, при такомъ взглядѣ на права и обязанности конституціоннаго короля уничтожается всякое дѣйствительное различіе между ограниченной и неограниченной монархіей [2]). Другими словами: послѣдовательное развитіе теоріи, признающей государственную власть единой волей, приводитъ въ результатѣ къ отрицанію, въ прямомъ противорѣчіи съ историческою дѣйствительностью, возможности существованія конституціонной монархіи. Всѣ монархіи безразлично оказываются при такомъ взглядѣ на дѣло монархіями абсолютными.

Къ тому же не одно только соотношеніе монарха и палатъ противорѣчитъ объясненію всѣхъ актовъ государственнаго властвованія, какъ проявленій единой воли. Не только въ конституціонной монархіи, но и при всякой другой формѣ правленія, хотя бы то была абсолютная монархія, взаимное отношеніе отдѣльныхъ государственныхъ учрежденій никакъ не можетъ быть объяснено, какъ соотношеніе органовъ, выражающихъ одну и ту же волю.

Сознаніе несостоятельности такого объясненія государственнаго властвованія, какъ господства надо всѣмъ въ государствѣ единой воли, уже начинаетъ мало-по-малу проникать въ современную литературу государственнаго права.

Косвенное признаніе этого выражаютъ собою разсмотрѣнныя нами теоріи Гирке и Прейса, хотя и видящія въ государствѣ единую личность, но личность особаго рода, лич-

---

[1]) Ibidem, S. 51. Die Krone, nicht die Volksvertretung ist für das Wohl des Landes moralisch verantwortlich. Wo sie sich also bewusst ist, die Zustimmung der Volksvertretung für eine Massregel zu verlangen, von der das Wohl oder Wehe des Staates abhängt, und des Parlament diese Zustimmung verweigert, da hat sie nicht bloss das gute Recht, sondern auch die heilige Pflicht, von sich das Beste des Landes wahrzunehmen.

[2]) Рикеръ сводитъ существующія на дѣлѣ ограниченія власти конституціонныхъ королей просто къ вліянію воспоминаній о прежнемъ сословномъ строѣ и ученій естественнаго права. „Jene Erinnerung und diese Vorstellung sind *noch* in unserem Jahrhundert so mächtig und lebendig, dass kein Monarch es wagen könnte, seinen Unterthanen Gesetze zu geben und die zumal im Vergleich mit früheren Zeiten ins Riesige angewachsenen öffentlichen Lasten aufzuerlegen, wenn ihm nicht hierbie das Repräsentativsystem zu Hilfe käme. (S. 60, 61).

ность органическую, представляющуюся одновременно и единствомъ, и множествомъ. Еще дальше въ этомъ отношеніи идутъ Іерингъ, Генель, Бирлингъ, признающіе государство юридическимъ отношеніемъ.

Такъ Іерингъ считаетъ прототипомъ государства societas [1]) и утверждаетъ, что государство и societas однородны во всѣхъ своихъ основныхъ чертахъ. Но societas не единая личность, а соотношеніе многихъ личностей. Если государство однородно съ societas, очевидно и оно представляетъ собою юридическое отношеніе [2]).

Такое воззрѣніе на государство сложилось у Іеринга, конечно, подъ вліяніемъ изученія римскаго пониманія государства. Генель приходитъ къ тому же взгляду, отправляясь отъ изученія государственнаго строя современной Германіи. Онъ признаетъ, правда, государство юридическимъ лицомъ, но лишь въ его внѣшнихъ отношеніяхъ, въ особенности въ гражданско-правовомъ отношеніи. Во внутренней же своей организаціи государство представляется ему *отношеніемъ* многихъ взаимодѣйствующихъ индивидуальныхъ воль [3]).

Юридическимъ отношеніемъ признаетъ государство также и Бирлингъ [4]). Субъектомъ государственнаго отношенія онъ признаетъ прежде всего само государство, мыслимое какъ

---

[1]) Zweck im Recht, I, 2 Aurg. 1884, S. 295. Die Societät enthält den Prototyp des Staats.

[2]) Ibidem, SS. 297, 298.

[3]) *Hänel*, Deutsches, Staatsrecht, I, S. 99. Mit der entwickelten Gesammtauffassung ist jede Anschauung zurückgewiesen, welche in dem korporativen Verband *ein* Wesen, *eine* Person, *eine* irgendwie von den Individuen lossgeloste und selbständige Gesamtheit erkennt. Eine solche Anschauung steht in unauflösbaren Widerspruch mit der Analyse des Thatbestandes, der den korporativen Verband immer nur und ausschlieslich als ein *Verhältniss* zusammenwirkender menschlicher und darum individueller Willen ergiebt. Es gibt im Umkreis des Korporationsbegriffes kein Rechtssubjekt, welches *hinter* den Organen oder *hinter* den Mitglidern ligt. Alle Rechte und alle Pflichten, die sich innerhalb des korporativen Verbandes entwickeln, haben *Individuen* zu Trägern.—Die Korporation als *solche* zum Sybjekte irgend welcher Rechte und Pflichten erheben zu wollen, ist eine Abstraktion, der eine Realität nicht entspricht, oder eine metaphysische Hypothese, die nichts erklärt.

[4]) *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. Th. II, 1883, IX, SS. 215—255; S. 222. Das Gesammtrechtsverhältniss, das wir mit dem Titel des Staates belegen.

единый субъектъ права, затѣмъ всѣхъ гражданъ, всѣ органы власти и всѣ подчиненные государству союзы. При этомъ признаніи самого государства, какъ цѣлаго, самостоятельнымъ субъектомъ права Бирлингъ признаетъ только фикціей [1]), при томъ примѣнимой лишь къ опредѣленнымъ историческимъ формамъ государственныхъ отношеній. Фикція эта примѣнима къ современнымъ государствамъ и совершенно неприложима, по мнѣнію Бирлинга, къ античному и къ средневѣкому ленному государству [2]). Римлянамъ, въ самомъ дѣлѣ, было совершенно чуждо представленіе о подчиненіи всѣхъ государству, какъ особой личности, и объ магистратахъ, какъ объ органахъ этой личности [3]).

Другимъ путемъ, но къ тому же выводу—къ необходимости объяснять государственное властвованіе не какъ проявленіе единой воли, а какъ соотношеніе многихъ воль,—приходитъ и Бернатцикъ [4]). Онъ остается вѣренъ признанію государства юридическимъ лицомъ, но утверждаетъ, что единство личности не предполагаетъ вовсе единства воли, а только единство цѣли.

Это положеніе, такъ рѣзко расходящееся съ господствующей теоріей юридическаго лица, какъ носителя именно единой воли, Бернатцикъ ставитъ въ связь съ утилитарной теоріей права Іеринга. Отличительный признакъ лица или юридическаго лица—способность имѣть права. Поэтому понятіе лица всецѣло зависитъ отъ понятія субъективнаго права. Если держаться старой волунтарной теоріи, считать содержа-

[1]) Ibidem, 222. Ohne Fiction wäre wohl die Auffassung des Staats als eines ungleichartig zussammengesetzten Rechtsverhältnisses der Staatsgenossen untereinander möglich, resp. als eines Jnbegriffs der wechselnden Genossen selbst, sofern sie in solchen Gesammtverhältnisse stehen. Sobald dagegen das Staatsganze nicht mehr bloss als etwas aus den Genossen als seinen Theilen Zusammengesetztes, sondern als selbstständiges Subject neben und ausser den Genossen gedacht und in dieser Genossen als Einzelsubjecten gegenüber gestellt wird, ist die Auffassung eine fictionelle geworden.

[2]) Ibidem, S. 223.

[3]) Ibidem, S. 225.

[4]) *Bernatzik*, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden ins besondere. Archiv für öffentliches Recht. B. V, H. 2. 1890. S. S. 169—318.

ніемъ права волю, а не интересъ, то тогда, конечно, и необходимою принадлежностью лица будетъ также воля. Если право есть разграниченіе отдѣльныхъ воль, субъектомъ правъ можетъ быть только субъектъ воли. Но несостоятельность волунтарной теоріи уже доказана Іерингомъ, а разъ мы примемъ выставленное имъ понятіе субъективнаго права, какъ охраненнаго интереса, мы должны признать вмѣстѣ съ тѣмъ, что субъектомъ права можетъ быть и тотъ, кто не имѣетъ воли, а только интересы. Слѣдовательно и юридическое лицо не должно быть непремѣнно субъектомъ единой воли.

Но и независимо отъ этого, не трудно показать, что волунтарная теорія (Willensdogma) именно въ примѣненіи къ конструкціи юридическаго лица, корпораціи, приводитъ болѣе чѣмъ гдѣ либо индѣ къ совершенно абсурднымъ выводамъ. Бернатцикъ раздѣляетъ ихъ на двѣ группы.

Во-первыхъ, если субъектъ права—субъектъ воли, опредѣляющей судьбу этого права, тогда всѣ отдѣльные люди, являющіеся органами юридическаго лица, оказались бы субъектами правъ, принадлежащихъ юридическому лицу. Хотя бы конституція и придавала волѣ такихъ органовъ значеніе воли юридическаго лица, неустранимымъ все-таки фактомъ остается, что психическій процессъ, называемый „волею“, совершается всегда въ головѣ отдѣльныхъ людей. Нельзя выйти изъ этого затрудненія даже признавъ, что тотъ, чья воля считается волею юридическаго лица, и есть дѣйствительный субъектъ его правъ. Почти у каждаго юридическаго лица имѣется нѣсколько носителей воли: правленіе и общее собраніе въ акціонерномъ обществѣ; общинное собраніе и бургомистръ въ общинѣ; корона, парламентъ и судъ въ государствѣ. Ихъ всѣхъ пришлось бы тогда признать субъектами правъ, принадлежащихъ юридическому лицу.

Но что еще важнѣе, воли этихъ различныхъ органовъ могутъ другъ другу противорѣчить. Законы могутъ противорѣчить конституціи, указы—законамъ и т. д. И далеко не всегда имѣется средство привести ихъ къ соглашенію. Въ

государствахъ, организованныхъ сообразно началу обособленія властей, нѣтъ способа для разрѣшенія такихъ противорѣчій. Съ особенною рѣзкостью это отсутствіе единства воли, проявляющейся въ дѣятельности различныхъ государственныхъ учрежденій, выражается въ институтѣ прекаканій о подсудности. Тутъ два органа вступаютъ другъ съ другомъ въ формальную судебную тяжбу, разрѣшаемую третьимъ органомъ. Чтобы объяснить возможность этого, необходимо признать, что это органы не одной и той же воли, а каждый изъ нихъ выражаетъ особую самостоятельную волю. Иначе и самый споръ между ними былъ бы невозможенъ. Необходимость признать особность воли отдѣльныхъ государственныхъ учрежденій доказывается также и тѣмъ, что въ гражданскомъ правѣ не допускается компенсація различныхъ stationes fisci.

Все это приводитъ Бернатцика къ убѣжденію, что въ государствѣ, какъ и въ большей части юридическихъ лицъ не одна воля, а нѣсколько. Но это, по его мнѣнію, не противорѣчитъ вовсе тому, что государство образуетъ одно юридическое лицо. Это подтверждаетъ только несостоятельность волунтарной теоріи права. Если же признать вмѣстѣ съ Іерингомъ, что субстанціальный моментъ субъективнаго права не воля, а интересъ; что субъектъ права поэтому не диспозитарій, а дестинатарій, то множественность диспозитаріевъ не окажется вовсе въ противорѣчіи съ единствомъ лица, съ единствомъ субъекта правъ, только бы отдѣльныя воли всѣхъ этихъ диспозитаріевъ объединялись единствомъ цѣли. Единство личности, какъ субъекта правъ, какъ дестинатарія не въ единствѣ воли, а въ единствѣ цѣли.

Къ моей задачѣ не относится оцѣнка выставленной Бернатцикомъ теоріи юридическаго лица. Для занимающаго меня вопроса представляетъ интересъ только выставленная имъ критика воззрѣній, стремящихся объяснить всѣ явленія государственнаго властвованія, какъ проявленія единой воли. Мнѣ думается, что въ этой критикѣ и заключается главное достоинство изслѣдованія Бернатцика. Выставленныя имъ противъ волевой теоріи доводы остались до сихъ поръ неопровергнуты.

То, что Еллинекъ высказываетъ въ послѣдней своей работѣ противъ доводовъ Бернатцика, относится не къ его критикѣ, а къ его собственной попыткѣ разрѣшить вопросъ. Критику его онъ признаетъ и убѣдительной, и глубокой [1]). Но онъ находитъ, что выставленная самимъ Бернатцикомъ конструкція нисколько не разрѣшаетъ вопроса. По мнѣнію Бернатцика, органы власти, являясь не дестинатаріями, а только диспозитаріями осуществляемыхъ ими правъ, не могутъ считаться субъектами этихъ правъ. Они осуществляютъ не свои, а чужія права, права государства, единственнаго дестинатарія этихъ правъ. На это Еллинекъ возражаетъ, что диспозитарій чужого права есть самъ непремѣнно лицо [2]). Поэтому и принявъ конструкцію Бернатцика, не избѣгнемъ необходимости признавать и самые органы государствъ особыми личностями и слѣдовательно государство все-таки окажется одновременно и единою личностью, и совокупностью многихъ личностей.

Самъ Еллинекъ думаетъ, что взаимное соотношеніе отдѣльныхъ органовъ государства вполнѣ можно объяснить и признавая государство носителемъ единой воли. Объясненіе, какое онъ даетъ, до-нельзя просто: то, что называютъ правами органовъ власти, не право, а только компетенція. И при разрѣшеніи пререканій о предѣлахъ вѣдомствъ споръ идетъ не о правахъ, а только о границахъ компетенціи. Въ чемъ же, однако, различіе правъ и компетенціи? Въ томъ, поясняетъ Еллинекъ, что компетенція не субъективное, а объективное право [3]). Съ такимъ опредѣленіемъ, конечно, трудно согласиться, тѣмъ болѣе, что черезъ три страницы самъ же Еллинекъ заявляетъ, напротивъ, что компетенція есть правовая возможность [4]); какимъ образомъ правовая возможность можетъ быть юридической

---

[1]) System, S. 214.

[2]) Ibidem. Die Staatsorgane mit der Ausübung fremden Rechtes betraut denken, heisst eben, sie zu Persönlichkeiten erheben.

[3]) Ibidem, S. 216. Die Competenz ist niemals subjektives, sondern stets objektives Recht.

[4]) Ibidem, S. 220. Der Inhalt der Competenz ist rein publicistischer Natur, er ist nie ein Dürfen, sondern stets ein Können, weil er eben ein rechtlich abgegrenztes Stück staatlicher Macht ist.

нормой, — остается необъясненнымъ. Вообще смыслъ, какой Еллинекъ придаетъ слову компетенція, совершенно своеобразный. Онъ подводитъ подъ это понятіе даже свободу парламентской рѣчи [1]).

Несмотря на такое своеобразное пониманіе компетенціи, признаваемой одновременно и юридической возможностью, и юридической нормой, Еллинеку все-таки приходится допустить существованіе въ государствѣ нѣсколькихъ отдѣльныхъ воль различныхъ органовъ. Воля каждаго органа признается имъ волею государства только въ предѣлахъ компетенціи даннаго органа. Воля государства, проявляющагося внѣ этихъ предѣловъ, чрезъ посредство другихъ органовъ, противупоставляется волѣ даннаго органа, какъ совершенно чуждая ему воля. Правда Еллинекъ тутъ же оговаривается, что въ такомъ противоположеніи чуждыхъ другъ другу воль различныхъ органовъ не слѣдуетъ видѣть противоположенія личностей, а только компетенцій [2]). Но вѣдь и Бернатцикъ не признаетъ различные органы самостоятельными субъектами правъ, а только субъектами самостоятельныхъ, особыхъ воль.

Фикція единой воли государства, какъ всякая фикція, даетъ своимъ сторонникамъ то преимущество въ спорѣ, что, отстаивая существованіе фиктивной, воображаемой воли государства, они могутъ совершенно свободно, смотря по надобности, приписывать этой фиктивной волѣ какія угодно свойства и формы проявленія. Именно потому, что въ дѣйствительности единой воли государства вовсе не существуетъ, вообразивъ ее, можно затѣмъ признавать ея проявленіями самые разнообразные акты властвованія. Такимъ-то образомъ дѣятельность всѣхъ государственныхъ учрежденій, несмотря на возможность противорѣчій, спора, даже борьбы между ними, признаютъ проявленіями пресловутой единой воли государства.

Однако, въ пестромъ разнообразіи учрежденій осуществляющихъ акты государственнаго властвованія, выдѣляется

[1]) Es giebt kein Recht der Redefreiheit sondern objektive Rechtssätze, welche die Competenz der Mitglieder regelnd fesstellen.

[2]) Ibidem, S. 216.

одна категорія учрежденій, такъ рѣзко отличающихся ото всѣхъ другихъ своею особностью и самостоятельностью, что признать и ихъ наравнѣ съ другими только органами, служащими проявленію единой воли государства, оказывается совершенно невозможнымъ. Сдѣлать это, значитъ отвергнуть существенное, характерное ихъ отличіе отъ всѣхъ другихъ учрежденій, а между тѣмъ отличіе слишкомъ ярко и опредѣленно сказывается въ фактахъ дѣйствительной жизни, чтобы можно было его игнорировать.

Я говорю, конечно, объ органахъ самоуправленія. Они такъ рѣзко отличаются своею самостоятельностью отъ правительственныхъ учрежденій, что долгое время господствовала теорія, непризнававшая вовсе ихъ дѣятельность частью государственнаго управленія, а видѣвшая въ нихъ органовъ особаго общественнаго управленія, призванныхъ служить не цѣлямъ государства, а самостоятельнымъ цѣлямъ мѣстнаго общества. Труды Гнейста и въ особенности Штейна показали ошибочность такого взгляда. Теперь почти общимъ признаніемъ пользуется противоположная, т. н. государственая теорія самоуправленія, признающая органы самоуправленія органами того же государственнаго управленія [1]). Но признать вмѣстѣ съ тѣмъ органы самоуправленія органами единой воли государства, той же самой воли, которая проявляется и въ дѣятельности правительственныхъ учрежденій оказывается рѣшительно невозможнымъ, и вотъ въ результатѣ получаются новыя неразрѣшимыя противорѣчія даже у такихъ государствовѣдовъ, какъ Лабандъ и Еллинекъ.

По опредѣленію Лабанда, самоуправленіе заключается въ томъ, что государство передаетъ осуществленіе своихъ правъ властвованія лицамъ, хотя и подчиненнымъ государству, но имѣющимъ все-таки въ отношеніи къ нему особую публичную правовую сферу [2]). Но если всѣ мѣстныя общенія, пользующіяся самоуправленіемъ являются самостоятельными личностями

[1]) Смотри объ этомъ *мое* Русское государственное право, т. II, 1893, стр. 265 и слѣд.

[2]) Das Staatsrecht des deutschen Reichs, I. 1888 S. S. 98, 100, 340.

именно въ качествѣ субъектовъ переданныхъ имъ государствомъ правъ властвованія, то очевидно государственное властвованіе не можетъ не представлять извѣстнаго отношенія между управомоченными къ властвованію самостоятельными субъектами, другими словами — юридическое отношеніе. А между тѣмъ, Лабандъ рѣшительно настаиваетъ на томъ, что государство личность, единый субъектъ права, но отнюдь не юридическое отношеніе [1]), что одно и то же не можетъ быть извнѣ субъектомъ права, изнутри — правоотношеніемъ [2]). Юридическія отношенія государства къ составляющимъ его лицамъ возможны лишь въ тѣхъ условіяхъ, какъ юридическія отношенія корпораціи къ своимъ членамъ въ гражданскомъ правѣ, т.-е. только какъ къ субъектамъ особыхъ, корпораціи не принадлежащихъ правъ. Права же власти, осуществляемыя самоуправляющимися мѣстными общеніями, суть именно права государственнаго властвованія, права принадлежащія государству, которое одно только, какъ утверждаетъ Лабандъ, имѣетъ самостоятельное право властвованія [3]).

Къ подобнымъ же самопротиворѣчіямъ по вопросу объ юридической природѣ самоуправленія приходитъ и Еллинекъ. Юридическая сущность самоуправленія,—такъ начинаетъ онъ изложеніе своей теоріи,—можетъ заключаться только въ соотношеніи компетенціи подчиненнаго союза къ компетенціи государства [4]). Мы видѣли выше, что Еллинекъ положительно отвергаетъ возможность видѣть въ компетенціи субъективное право. Поэтому можно бы было ожидать, что разъ самоуправленіе сводится къ соотношенію компетенцій, ни о какихъ уже правахъ самоуправляющихся союзовъ въ отношеніи къ государству не можетъ быть и рѣчи. Тѣмъ не менѣе на слѣдующей же страницѣ [5]) самоуправленіе опредѣляется какъ управленіе, осуществляющее властвованіе (imperium), какъ право, принадлежащее самоуправляющемуся союзу.

[1]) Ibidem, S. 53.
[2]) Ibidem, S. 55, Note.
[3]) Ibidem, S. S. 64—67.
[4]) System. S, 277.
[5]) System, S. 278.

Невозможность объяснить всѣ явленія государственнаго властвованія, какъ проявленія единой воли, уже сама по себѣ доказываетъ несостоятельность общепринятаго пониманія государственной власти. Еслибы даже можно было всѣ явленія государственнаго властвованія объяснить какъ проявленія воли, но не одной, а нѣсколькихъ различныхъ воль, установившаяся волевая теорія власти все-таки должна бы была подвергнуться существенному измѣненію. Государственную власть объясняютъ не только какъ волю, но именно какъ единую волю и въ этомъ единствѣ властвующей воли видятъ основаніе единства самого государства.

Бернатцикъ, указавъ на невозможность свести всѣ акты государственнаго властвованія къ проявленіямъ единой воли, пытается найти основаніе для единства, и даже для личнаго единства государствъ, не измѣняя самого понятія власти, какъ воли. Хотя государственное властвованіе представляется, по его ученію, проявленіемъ не одной властвующей, а нѣсколькихъ различныхъ воль, но государство все-таки остается единою личностью въ силу единства его цѣли. Всѣ, властвующія въ государствѣ различныя воли, осуществляютъ только права государства, потому что всѣ онѣ направлены на осуществленіе единой цѣли государства.

Такая конструкція едва-ли можетъ быть признана удовлетворительной. Цѣль государства не есть что-либо объективно опредѣленное. Государственная дѣятельность можетъ быть направляемая къ осуществленію самыхъ разнообразныхъ цѣлей и цѣли эти опредѣляются именно властвующими въ государствѣ волями. Какія именно цѣли намѣтитъ государственной дѣятельности законодательство зависитъ отъ того, какъ разрѣшится борьба разнообразныхъ стремленій отдѣльныхъ учрежденій, участвующихъ въ законодательствѣ, отъ того, кто возобладаетъ монархъ, верхняя палата, нижняя палата. Какъ нельзя видѣть въ монархѣ и двухъ палатахъ органа одной и той же воли, такъ точно нельзя признать, чтобы различныя воли этихъ органовъ власти всѣ были направлены къ одной и той же цѣли. Содержаніе законодательства опредѣляется въ консти-

туціонной монархіи компромиссомъ воли всѣхъ факторовъ, участвующихъ въ законодательствѣ. Поэтому не властвующія въ государствѣ воли опредѣляются цѣлью государства, а наоборотъ самая эта цѣль опредѣляется соотношеніемъ властвующихъ воль.

Къ тому же понятіе общей цѣли государства слишкомъ неопредѣленно и субъективно, чтобы въ немъ можно было найти основаніе всего государственнаго единства.

Но этого мало. Невозможность этимъ путемъ достигнуть правильнаго объясненія всѣхъ явленій государственнаго властвованія обусловлена еще другой, болѣе общей причиной.

2.

Явленія государственнаго властвованія не поддаются объясненію не только, какъ проявленія *единой* воли, но и вообще какъ проявленія *воли*. Среди разнообразныхъ проявленій власти существуютъ и такія, которыя вовсе не представляются актами чьей бы то ни было воли. Да и въ цѣломъ государственное властвованіе не всегда представляется какъ дѣйствіе воли.

Моментъ воли ярче всего проявляется въ законодательствѣ и послѣдовательные представители волевой теоріи власти, какъ Боденъ и Руссо, видятъ непосредственное проявленіе властвующей воли только въ законодательствѣ; въ судѣ и управленіи только осуществленіе воли, выразившейся въ законѣ. Для идеально безпристрастнаго судебнаго рѣшенія требуется только умозаключеніе, а не актъ воли. Точно также можно себѣ представить, и даже бываетъ въ дѣйствительности, что акты управленія сводятся къ чисто пассивному исполненію велѣній законодателя. Но изданіе закона всегда и непремѣнно предполагаетъ актъ воли. Законодательный актъ немыслимъ иначе, какъ актъ воли.

Поэтому, еслибы государственная власть дѣйствительно была волей, законодательство должно бы составлять самую основную и необходимую функцію государственнаго властвованія. Безъ законодательства не могло бы существовать госу-

дарство. Между тѣмъ на дѣлѣ мы видимъ какъ разъ обратное. Именно безъ законодательства можетъ существовать государство. Законодательство возникаетъ сравнительно поздно. Первоначально всѣ отношенія въ государствѣ опредѣляются исключительно обычнымъ правомъ. Но и на этой первичной стадіи государственнаго развитія уже имѣется судебная власть. Древніе цари являлись прежде всего судьями, а не законодателями, и на первыхъ стадіяхъ общественнаго развитія совершенно отсутствовало представленіе о возможности произвольно измѣнять установившіяся начала права. Когда устарѣвшіе обычаи оказывались слишкомъ несоотвѣтствующими измѣнявшимся условіямъ общественной жизни, это противорѣчіе старались сгладить съ помощью фикцій и предполагаемыхъ требованій справедливости, а не велѣніями власти [1]).

Еще въ греческихъ республикахъ постановленія народнаго собранія не имѣли безусловнаго авторитета, подобнаго тому, какой теперь имѣютъ законы. На постановленія „экклезіи“ можно было жаловаться въ судъ геліастовъ [2]) и только ихъ рѣшенія имѣли безповоротную и безусловную силу.

Первоначальной формой проявленія государственнаго властвованія былъ не законъ, а судебное рѣшеніе: „Единственнымъ представленіемъ о правдѣ и неправдѣ, имѣвшимъ силу авторитета, говоритъ Мэнъ, было судебное рѣшеніе, непредполагавшее закона“ [3]). Конечно дѣятельность судьи, постановлявшаго свои рѣшенія на основаніи обычаевъ, слагавшихся безсознательно и совершенно независимо отъ воли наличныхъ органовъ власти, никакъ нельзя свести къ проявленіямъ воли. Между тѣмъ, первоначально высшею функціею власти считалось именно отправленіе правосудія [4]).

Но можетъ быть скажутъ, что отсутствіе законодательства въ первобытномъ обществѣ и есть именно признакъ слабаго

[1]) Смотри объ этомъ Мэнъ. Древнее право. 1873, первыя три главы.
[2]) *Fränkel* Die attischen Geschworengerichte 1777.
[3]) *Мэнъ.* Древнее право, стр. 6.
[4]) Цицеронъ: главной функціей царя считаетъ не законодательство, а судъ. De republica, V, 2. Nihil esse tam regale, quam explanationem aequitatis, in qua juris erat interpretatio.

развитія въ немъ государственнаго начала. Гдѣ нѣтъ еще законодательства, а только судъ и управленіе, тамъ господство надъ обществомъ всеопредѣляющей воли еще не представляется достаточно установившимся, но такое общество и не можетъ считаться вполнѣ сложившимся государствомъ. Это только зародышъ государства.

Однако, если обратить вниманіе на условія, какими обставлено дѣйствіе законовъ въ современныхъ государствахъ, то окажется, что т. н. „законность“ управленія вовсе не приводитъ къ полному господству во всемъ воли законодателя.

Говоря о законодательствѣ, какъ объ особой функціи государственной власти, въ которой по преимуществу проявляется моментъ воли, мы, конечно, имѣемъ дѣло съ законодательствомъ въ матеріальномъ, а не въ формальномъ смыслѣ. Въ форму законодательнаго акта можетъ быть облечено все что угодно: и административное распоряженіе, и судебное рѣшеніе. Законъ же въ матеріальномъ смыслѣ есть юридическая норма, общая или частная, но непремѣнно абстрактная, а не конкретная [1]) Это прямо обусловлено тѣмъ, что законъ дѣйствуетъ только на будущее время, нормируетъ только будущіе, возможные случаи. Хотя бы такой случай оказался всего только одинъ, но именно потому, что законъ предусматриваетъ его какъ будущій, только предполагаемый случай, онъ можетъ дать только отвлеченное опредѣленіе предполагаемыхъ его признаковъ, а не прямое конкретное указаніе на него. Конкретное нельзя опредѣлить, а можно только указать. Будущее же, еще не существующее нельзя указать, а можно только опредѣлить. Поэтому законъ, имѣющій въ виду лишь будущее, предполагаемое, всегда абстрактенъ.

Абстрактный же характеръ законодательныхъ постановленій опредѣляетъ собою и самыя условія дѣйствія закона, приводя къ тому, что господствомъ закона лишь весьма условно

---

[1]) *Seligmann*, Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag. I. Der Begriff des Gesetzes, im materiellen und formellen Sinne. 1886, S. 63.

обезпечивается господство дѣйствительной воли законодателя. Примѣненіе абстрактныхъ правилъ къ конкретнымъ случаямъ не совершается само собой: оно необходимо требуетъ участія сознательной дѣятельности, заключающейся въ подведеніи конкретнаго случая подъ данное абстрактное правило. Въ этомъ и состоитъ толкованіе закона, безъ котораго невозможно его практическое примѣненіе. Истолкователь закона есть необходимый посредникъ между закономъ и подлежащими его дѣйствіямъ конкретными случаями и конечно его личныя качества, его убѣжденія, интересы не могутъ не вліять на то, какъ именно истолкуетъ онъ законъ, не могутъ не отразиться въ его толкованіи.

Для обезпеченія дѣйствительнаго, безусловнаго и исключительнаго господства воли законодателя потребовалось бы, чтобы онъ не только издавалъ законы, но самъ и истолковывалъ ихъ. Только при аутентическомъ толкованіи законовъ всѣ конкретные случаи будутъ разрѣшаться согласно дѣйствительной волѣ законодателя. Но допустимость аутентическаго толкованія приводитъ къ замѣнѣ законности—произволомъ, къ господству не опредѣленныхъ, заранѣе всѣмъ извѣстныхъ абстрактныхъ правилъ—законовъ, а измѣнчивыхъ, наперед неопредѣлимыхъ желаній законодателя. Воля законодателя, какъ и всякая человѣческая воля, мѣняется и потому, истолковывая самъ изданные имъ законы, законодатель можетъ, подъ видомъ аутентическаго толкованія старыхъ, установлять въ сущности новые законы, придавая имъ обратное дѣйствіе. Для того, чтобы содержанію законовъ придать опредѣленность, устойчивость, независимость отъ послѣдующихъ измѣненій воли законодателя, необходимо право толкованія законовъ предоставить не законодателю, а другимъ органамъ, самостоятельно выясняющимъ содержаніе закона на основаніи объективныхъ данныхъ. Этимъ устраняется возможность измѣнять содержаніе закона послѣ его изданія. Но вмѣстѣ съ тѣмъ этимъ открывается возможность установленія такого пониманія закона, которое будетъ совершенно несоотвѣтствовать дѣйствительной волѣ законодателя. Выраженіе мысли словомъ никогда

не представляетъ безусловной точности. Недостижима безусловная точность и при изложеніи законовъ. Уже поэтому пониманіе закона, установляемое толкованіемъ, можетъ весьма существенно расходиться съ дѣйствительной волею законодателя. А къ этому присоединяется еще и то, что на практикѣ законы примѣняются не какъ вполнѣ обособленныя, независимыя другъ отъ друга отдѣльныя постановленія, а какъ единая цѣлостная система, въ которой смыслъ и значеніе каждаго отдѣльнаго постановленія опредѣляется его соотношеніемъ ко всей совокупности другихъ постановленій. Значеніе и смыслъ отдѣльнаго законодательнаго постановленія нерѣдко совершенно мѣняется въ зависимости отъ того положенія, какое оно занимаетъ въ общей системѣ законодательства. А такъ какъ силу закона имѣетъ только то, что выразилось въ законодательномъ актѣ, то, хотя бы изъ другихъ источниковъ, напр. изъ парламентскихъ преній, изъ журналовъ законодательной коммиссіи, было положительно извѣстно, въ чемъ состояла дѣйствительная воля законодателя, обязательную силу получаетъ не эта воля, а то, что, согласно опредѣленнымъ пріемамъ юридическаго толкованія, получится какъ необходимый выводъ изъ установленнаго текста закона. Другими словами: дѣйствуетъ, какъ обязательный законъ, не то, что составляло дѣйствительное содержаніе воли законодателя, а то, что признано будетъ, согласно правиламъ юридическаго толкованія, содержаніемъ изданнаго законодательнаго акта. Благодаря этому, нерѣдко законъ въ практическомъ своемъ примѣненіи получаютъ такое значеніе, которое для всѣхъ представляетъ полнѣйшую неожиданность. Поэтому никакъ нельзя сказать, чтобы господство закона означало всегда и непремѣнно господство воли законодателя. Бываютъ случаи, когда дѣйствующимъ закономъ оказывается нѣчто такое, что несогласно ни съ чьей рѣшительно волей, что является лишь результатомъ неточной, неумѣлой редакціи закона, или недосмотра законодателя, непредусмотрѣвшаго отношенія даннаго законодательнаго постановленія къ общей системѣ законодательства.

Такимъ образомъ даже и въ господствѣ закона не всегда и не безусловно проявляется господство воли тѣхъ, кто издаетъ законы. Правда, обыкновенно, сторонники волевой теоріи власти объясняютъ это лишь какъ неустранимое зло, какъ необходимое слѣдствіе несовершенства всего, что создается людьми. Господство закона не всегда приводитъ къ безусловному господству законодателя только потому, что не всегда удается выработать совершенно точную и ясную редакцію закона.

Едва ли, однако, это такъ. Еслибы идеалъ законности заключался въ безусловномъ господствѣ воли законодателя, законы должны бы были, по мѣрѣ развитія законности управленія, изъ абстрактныхъ правилъ превращаться въ частныя конкретныя велѣнія. Если цѣль развитія государственной жизни въ томъ, чтобы обезпечить возможно полное и безусловное господство воли властвующаго, нѣтъ ни малѣйшаго основанія требовать, чтобы воля эта выражалась непремѣнно въ формѣ абстрактныхъ правилъ, установляемыхъ лишь для предполагаемыхъ въ будущемъ, лишь для возможныхъ, а не для дѣйствительно уже существующихъ фактическихъ условій. Предположительное, гипотетическое выраженіе воли никогда не можетъ представить той же опредѣленности, какъ воля, прямо относящаяся къ данному конкретному случаю. Поэтому Платонъ, считавшій идеаломъ государственнаго устройства безусловное господство въ немъ мудраго, не признавалъ умѣстнымъ существованіе законовъ въ идеальномъ государствѣ. „Всего лучше,—говоритъ онъ устами Элеата въ Политикѣ,—чтобы государствомъ правили не законы, а царственный мужъ съ разумѣніемъ. Законъ, хотя бы онъ соединялъ въ себѣ со всею точностью все самое лучшее и самое праведное, никогда не въ состояніи предписать всѣмъ и каждому самое приличное, соотвѣтствующее.—Если врачъ будетъ принужденъ на время удалиться отъ своего паціента, то, конечно, онъ напишетъ для него то, что ему дѣлать въ пособіе памяти паціента. Но если онъ возвратится скорѣе, чѣмъ предполагалъ, то неужели онъ не отважится дать своему паціенту

другіе совѣты?—Неужели онъ будетъ упрямо стоять на томъ, что онъ самъ не можетъ отступить отъ разъ данныхъ имъ совѣтовъ? — Какъ кормчій, всегда имѣя въ виду благо корабля и экипажа, сохраняетъ ихъ, не сочиняя никакихъ законовъ, а глядя на самое свое искусство какъ на законъ, —подобно тому и государство должно быть хорошо устраиваемо и управляемо людьми, знающими властвовать, такъ чтобы ихъ искусство оказалось имѣющимъ на дѣлѣ бо́льшую силу, нежели законъ".

Если въ господствѣ закона видѣть только господство воли властвующаго, между „законнымъ" и произвольнымъ порядкомъ управленія государствомъ нельзя будетъ найти никакой существенной разницы. Съ этой точки зрѣнія совершенно правъ Шарль Контъ, находящій смѣшнымъ обычное превознесеніе того порядка, который называютъ законнымъ. Можно, говоритъ онъ, внести правильность и однообразіе и въ грабежъ, и въ дѣлежъ награбленнаго, но ограбленнымъ отъ этого не будетъ легче [1]). Разъ овцеводъ опредѣлитъ время, когда онъ будетъ стричь своихъ овецъ, онѣ будутъ тѣмъ самымъ подчинены законному порядку, но не сдѣлаются отъ того свободнѣе. Еслибы для того, чтобы быть свободнымъ, было бы достаточно быть подчиненнымъ лишь напередъ установленнымъ законамъ, всякое бы правительство могло установить свободу, ничего не теряя въ своей власти [2]).

---

[1]) *Ch. Comte.* Traité de législation. I. 1826, p. 350. Un peuple peut avoir des lois décrites et des autorités qui les observent; il peut avoir un gouvernement dont l'action soit uniforme, et être néanmoins excessivement opprimé. On peut mettre de la régularité dans le pillage et dans le partage du butin, comme on peut en mettre en toute autre chose; mais il ne faut pas croire que pour cela les individus qui sont pillés, en soient plus heureux; il y a seulement plus d'uniformité dans les extorsions.

[2]) p. 351. Un propriétaire peut mettre de la régularité dans l'exploitation d'une ferme; il peut tracer à chacun de ses agents les règles qu'ils doivent suivre dans l'administration de ses troupeaux; il peut déterminer les heures auxquelles on les mènera paître, les époques auxquelles ils seront tondus, le temps auquel il sera permis de les accoupler, et même l'âge auquel ils seront livrés au boucher. S'il a des esclaves, il peut faire, pour eux, des réglements analogues à ceux qu'il aura faits pour ses troupeaux; il peut déterminer les heures de travail qu'ils devront par jour, la quantité d'aliments qui leur sera laissée, le nombre des coups de fouet qu'on leur donnera dans des cir-

Въ дѣйствительности, однако, установленіе законности всегда чувствуется, какъ стѣсненіе произвола властвующихъ и осуществленіе законности никогда не дается такъ легко, какъ думаетъ Контъ. Законный порядокъ представляетъ собою не просто лишь особый способъ осуществленія воли властвующихъ, а всегда и непремѣнно привноситъ съ собою и нѣкоторое ограниченіе безусловнаго господства ихъ воли. Въ господствѣ закона воля законодателя всегда комбинируется съ волею тѣхъ, кто примѣняетъ законъ къ конкретнымъ случаямъ. Примѣняютъ законъ не машины, а живые люди, имѣющіе свои религіозныя вѣрованія, свои нравственныя убѣжденія, свои понятія о правѣ и все это не можетъ не вліять на то, какъ они станутъ понимать существующіе законы и истолковывать ихъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ. Господство закона можетъ вполнѣ совпасть съ господствомъ воли законодателя только при полномъ согласіи этой воли съ господствующими въ обществѣ нравственными и юридическими понятіями. Въ противномъ случаѣ въ практическомъ своемъ примѣненіи воля законодателя не можетъ не испытать, такъ сказать, нѣкотораго тренія со стороны несогласнаго съ нею общественнаго правосознанія и потому не можетъ получить полнаго, безусловнаго господства. Дѣйствіе закона опредѣлится не одной только волей законодателя, а равнодѣйствующей этой воли и того противодѣйствія, какое ей окажетъ правосознаніе примѣнителей закона. Воля законодателя какъ бы преломляется, проходя чрезъ сознаніе примѣняющихъ законъ, и потому уклоняется отъ своего первоначальнаго направленія. И это вовсе не необходимое только зло,

---

constances déterminées; il peut faire, en un mot, un réglément aussi bien écrit et aussi prévoyant que le code le plus admiré. Lorsque tout aura été ainsi réglé, les bêtes et les hommes seront soumis à un régime légal; c'est-à-dire que l'action de la puissance à laquelle ils seront soumis, aura été décrite d'avance; mais faut-il en conclure qu'ils s'en trouvent beaucoup mieux? Auront-ils, pour cela, une somme de liberté plus grande? Si, pour être libre et pour être bien, il suffisait de n'être soumis qu'à des lois dont les dispositions seraient décrites, il ne vaudrait pas peine de disputer: les gouvernements les moins complaisants pourraient y consentir, sans rien perdre de leur puissance.

а положительное, несомнѣнное благо. Только благодаря такому преломленію воли законодателя въ общественномъ правосознаніи, законность и отличается отъ произвола деспотизма, только благодаря этому законность и даетъ обезпеченіе права, свободы, личной самостоятельности.

Во всякомъ случаѣ и въ современныхъ государствахъ къ одному законодательству нельзя свести всѣхъ проявленій властвованія и во многихъ изъ нихъ совершенно отсутствуетъ элементъ властвующей воли.

Властвованіе, какъ проявленіе воли, выражается въ велѣніяхъ. Поэтому, чтобы государственную власть объяснить какъ волю, надо всѣ проявленія государственнаго властвованія свести къ велѣніямъ. Однако, въ дѣйствительности подчиненіе подданнаго власти государства не ограничивается и не исчерпывается однимъ исполненіемъ велѣній правительства.

Велѣніямъ органовъ государственной власти подчиняются не одни подданные, составляющіе государство, а всякій хотя бы случайно и временно подпадающій его власти: и иностранецъ, временно пребывающій на территоріи государства, и обыватель непріятельской территоріи, подвергшейся военному занятію. Въ исполненіи *велѣній* власти между иностранцемъ и подданнымъ нѣтъ различія. Въ предѣлахъ территоріи, подвластной государству, всѣ безразлично должны исполнять относящіяся къ нимъ велѣнія, а внѣ этихъ предѣловъ органъ государственной власти не можетъ повелѣвать и подданными.

Однако подчиненіе государству подданныхъ существенно отличается отъ случайнаго подчиненія ему иностранцевъ. Подчиненіе государству подданныхъ включаетъ въ себѣ нѣчто большее, чѣмъ пассивное исполненіе обращенныхъ къ нимъ велѣній. Подданный сознаетъ надъ собою власть государства и тогда, когда никакихъ велѣній органовъ государственной власти къ нему не можетъ быть обращено. Находясь за границей, внѣ предѣловъ дѣйствія нашей отечественной государственной власти, мы не выходимъ въ силу этого изъ подъ ея господства. Въ чужой странѣ связь наша съ родиной, наша зависимость отъ нея, наше подчиненіе ея интересамъ, ея власти

сознается нерѣдко еще сильнѣе и живѣе, чѣмъ дома. Точно также и въ критическія минуты жизни государства, когда существующіе органы власти обнаруживаютъ полное безсиліе и распаденіе, не всегда наступаетъ вмѣстѣ съ нимъ и гибель самого государства. Исторія представляетъ не мало примѣровъ того, какъ при полномъ разложеніи государственной организаціи, въ гражданахъ сохранялось живое сознаніе ихъ политическаго единства, ихъ зависимости отъ судьбы государства, и народъ, непонуждаемый ничьими велѣніями, напрягалъ свои послѣднія силы и цѣною тяжелыхъ жертвъ спасалъ свое государство, возрождая его къ новой жизни.

Да и въ обыкновенныхъ условіяхъ государственной жизни, граждане не ограничиваются однимъ пассивнымъ исполненіемъ велѣній правительства. Они даютъ государству гораздо больше простого исполненія велѣній. Они сами идутъ на встрѣчу его требованіямъ; активно и по собственной иниціативѣ поддерживаютъ его могущество, содѣйствуютъ его развитію—и ко всему этому они признаютъ себѣ обязанными; видятъ въ этомъ свой гражданскій долгъ, а не въ одномъ исполненіи того, что имъ прикажутъ другіе. Гражданинъ выполняетъ свой долгъ подчиненія государству не только, когда исполняетъ велѣнія правительства, но точно также, если еще не больше, и тогда, когда онъ стремится разъяснить и предупредить ошибки или злоупотребленія правителей.

Еслибы подчиненіе гражданъ государству свелось только къ одному исполненію обращенныхъ къ нимъ велѣній, государство не могло бы существовать—оно бы неизбѣжно распалось. Авторитетъ велѣній органовъ власти основывается, конечно, не на внѣшней физической силѣ. Органы власти во всѣхъ государствахъ составляютъ меньшинство. Долженствующихъ подчиняться велѣніямъ всегда больше, чѣмъ повелѣвающихъ. Авторитетъ велѣній власти основывается всегда въ концѣ-концовъ на признаніи ихъ обязательности со стороны общества. Каждый отдѣльный гражданинъ вынужденъ повиноваться велѣнію органовъ власти не потому только, что повелѣвающій отъ него этого требуетъ, а потому, что и все

общество признаетъ для него эти велѣнія обязательными. Но такое признаніе необходимости исполненія каждымъ обращенныхъ къ нему велѣній и обусловливаемое такимъ признаніемъ нравственное понужденіе другихъ къ подчиненію не есть уже простое пассивное исполненіе велѣній, а составляетъ дѣятельное къ нимъ отношеніе. Такое признаніе, составляющее главную основу государственнаго властвованія само, конечно, не можетъ уже основываться на подчиненіи велѣніямъ органовъ власти.

Власть надъ нами государства выражается не въ томъ только, что оно принуждаетъ насъ къ пассивному повиновенію, а также въ требованіи осуществлять функціи власти. Обязанность гражданина не въ томъ только, чтобы повиноваться другому, а въ томъ, чтобы при однихъ условіяхъ повиноваться, при другихъ—самому другимъ повелѣвать. Не только подчиняющійся судебному рѣшенію, административному распоряженію, закону, но и сами судьи, администраторы, законодатели, осуществляя эти акты государственнаго властвованія, одинаково исполняютъ тѣмъ обязанность, налагаемую на нихъ властью государства. Если большею частью съ осуществленіемъ актовъ властвованія соединяются болѣе или менѣе значительныя выгоды, то это все-таки не мѣняетъ существа дѣла. Осуществленіе всякаго акта власти есть прежде всего и непремѣнно обязанность. Осуществляющій ихъ обыкновенно получаетъ отъ того извѣстныя выгоды, но этого можетъ и не быть и самое существо актовъ властвованія отъ того не мѣняется. Занята ли данная должность лицомъ исполняющимъ ее по обязанности, или добровольно въ виду связанныхъ съ нею выгодъ, полномочія власти, присвоенныя этой должности, все равно сохраняютъ характеръ обязанности. Во всякомъ случаѣ если дѣйствія властвующаго будутъ опредѣляться только соображеніями его личной выгоды, это будетъ съ его стороны нарушеніемъ долга.

Политическія теоріи древности такъ и смотрѣли на участіе въ осуществленіи актовъ властвованія, какъ на обязанность, налагаемую на гражданъ ихъ принадлежностью къ государству.

Такъ Аристотель признаетъ въ Политикѣ (кн. III, гл. 5) естественнымъ „чтобы каждый по очереди былъ обязанъ извѣстное время отправлять какую-либо общественную должность, а потомъ пусть кто-нибудь другой также будетъ заботиться о благѣ его, какъ онъ, будучи облеченъ властью, самъ прежде заботился о благѣ того“ [1]) и иронизируетъ надъ обычными стремленіями людей къ властвованію; можно подумать что всѣ больны, а занятіе должности даетъ исцѣленіе недуга [2]).

При такомъ взглядѣ на дѣло властвующіе представляются, конечно, входящими въ составъ государства, потому что находятся въ отношеніи взаимной зависимости со всѣми гражданами. Въ этой взаимной зависимости, слѣдовательно въ самомъ государственномъ общеніи и основа самаго властвованія. Напротивъ, волевая теорія власти приводитъ неизбѣжно къ выдѣленію властвующихъ изъ общаго состава государства, къ поставленію ихъ *надъ* государствомъ, слѣдовательно *внѣ* его. Властвованіе съ этой точки зрѣнія сводится только къ велѣнію, велѣніе же есть одностороннее, а не взаимное отношеніе. Если государство объединяется въ одно цѣлое властвующею надъ нимъ волею, эта воля сама, очевидно, должна быть силой независимой отъ государства, не изъ него проистекающей. Такъ понимая власть должна имѣть основу въ какомъ-нибудь началѣ, стоящемъ внѣ и выше государства. Поэтому не правительство, получающее свою власть надъ государствомъ не изъ него самого, а извнѣ, оказывается принадлежащимъ къ государству, а, наоборотъ, государство является принадлежащимъ правительству. Въ самомъ дѣлѣ, для послѣдователей волевой теоріи власти или прямо само государство признается *объектомъ* власти, или, по крайней мѣрѣ, составляющіе его подданные.

Такое обособленіе и выдѣленіе изъ государства властвую-

[1]) Переводъ Скворцова, стр. 135.

[2]) У Скворцова (стр. 186), это передано неясно. Я слѣдую здѣсь переводу Зуземиля (Aristoteles Politik, 1879, S. 295). Въ подлинникѣ: νῦν δέ διὰ τὰς ωφελείας τὰς ἀπὸ τῶν κοινῶν καὶ ταξέκ τῆς ἀρχῆς βούλονται συνεχῶς ἄρχειν, οἷον εἰ συνέβαινεν ὑγιαίνειν αει τοῖς ἄρχουσι νοσακεροῖς οὐσειν. καὶ γὰρ οὕτως ἴσως ἐδίωκον τας ἀρχάς.

щихъ и обоснованіе власти непремѣнно чѣмъ-либо стоящимъ внѣ государства сообразно различію послѣдовательныхъ стадій развитія волевой теоріи власти принимало самыя разнообразныя формы, но обойтись безъ него вовсе, объясняя власть какъ волю, никогда не удавалось. Покуда волевая теорія сохраняла свое первоначальное религіозное основаніе, правительство, подобно церковной іерархіи, признавалось поставленнымъ надъ государствомъ непосредственно Божествомъ, стоящимъ не только надъ государствомъ, но и надо всѣмъ міромъ. Договорная теорія вынуждена была обоснованіе власти относить къ естественному, до-государственному состоянію людей. Правительство получаетъ согласно этой теоріи свою власть изъ договора, заключеннаго еще внѣ государства и напередъ опредѣляющаго для государства его организацію и права господствующей въ немъ власти. Пресловутый общественный договоръ имѣлъ, такимъ образомъ, метаполитическій характеръ, но въ немъ не было, по крайней мѣрѣ, ничего метафизическаго. Воображаемый договоръ, въ которомъ думали видѣть основу государственнаго властвованія мыслился, какъ нѣчто вполнѣ реальное, принадлежащее къ міру дѣйствительныхъ явленій. Философскія ученія начала этого столѣтія, отвергнувшія гипотезу естественнаго состоянія, стали снова искать основы государственнаго властвованія внѣ сферы реальныхъ явленій, въ метафизическихъ началахъ, въ чистыхъ идеяхъ ума, въ діалектическомъ развитіи абсолютнаго разума, въ объективныхъ цѣляхъ міра. Теперь эти метафизическія ученія потеряли кредитъ. Въ современныхъ построеніяхъ ученія о государствѣ замѣтно стремленіе подойти поближе къ исторической дѣйствительности. Но у большинства новѣйшихъ государствовѣдовъ вопросъ объ основѣ власти остается совсѣмъ безъ изслѣдованія. Господствующая надъ государствомъ воля является у нихъ совершеннымъ deus ex machina. А тѣ немногіе представители реалистическаго направленія, которые останавливаются съ нѣкоторымъ вниманіемъ на этомъ вопросѣ, удерживая пониманіе власти, какъ воли, вынуждены тѣмъ самымъ такъ или иначе рѣзко обособлять властвующихъ и подвластныхъ.

Особенно характерно въ этомъ отношеніи ученіе Гумпловича. Какъ строгій реалистъ, онъ не можетъ, конечно, признать основой государственной власти ни волю Божества, ни фикцію общественнаго договора, ни метафизическія начала. Но признаніе власти волею, волею племени властвующаго въ государствѣ [1]), приводитъ и его къ необходимости рѣзко противополагать властвующихъ и подвластныхъ и объяснять государственную власть какъ нѣчто привходящее извнѣ. И вотъ онъ утверждаетъ, что государство возникаетъ лишь въ силу завоеванія туземнаго племени пришлымъ, что властвуютъ въ государствѣ всегда завоеватели — пришельцы, что безъ иноплеменнаго завоеванія никакое общество не можетъ само изъ себя развить власти [2]). Такимъ образомъ и у Гумпловича власть образуется не въ самомъ государствѣ, а привносится извнѣ пришлыми завоевателями.

Между тѣмъ въ дѣйствительности тѣ лица, которыя осуществляютъ акты властвованія, вовсе не стоятъ внѣ государства не являются какимъ-то внѣшнимъ къ нему придаткомъ, а даже больше другихъ зависятъ отъ государства. Человѣкъ, не участвующій въ осуществленіи функцій власти, чуждый политической дѣятельности легко можетъ переходить изъ одного подданства въ другое. Не въ одномъ только данномъ государствѣ, но и въ другихъ онъ можетъ найти подходящія условія для своей частной жизни и дѣятельности. Но политическая дѣятельность для каждаго возможна, за рѣдкими исключеніями, лишь въ одномъ государствѣ. И чѣмъ шире

---

[1]) *Gumplowiez*, Philosophisches Staatsrecht. 1877. S. 89. Nicht der Einzelne ist Inhaber der Staatsgewalt, sondern der herrschende Stamm, resp. die Mehrheit desselben, die im Besitze der Machtmittel sich befindet. Was nun diese Mehrheit will, das will der Staat, ihr Wille ist der eigentliche Staatswille, ihre Gewalt ist die Staatsgewalt.

[2]) *Gumplowicz*, Ibidem, S. 61. Ohne Racengegensätze gibt es keinen Staat. S. 20. Die Geschichte weist uns kein Beispiel auf, wo ein Staat anders, als durch einen Akt der Gewalt entstanden wäre. Ueberdiess war es immer ein Akt der Gewalt eines *Stammes* gegen einen anderen, eine Eroberung und Unterjochung, ausgeübt seitens eines mächtigern, meist fremdes Stammes gegenüber einer schwächern, meist autochtonen Bevölkerung, was dem Staat seinem Ursprung gab.

тѣ права власти, какими пользуется человѣкъ въ своемъ отечествѣ, тѣмъ труднѣе ему найти другое государство, въ которомъ онъ могъ бы занять то же положеніе. Чиновникъ еще можетъ перейти на службу другого государства, но для вожака парламентской партіи, а тѣмъ больше для монарха, конечно, невозможно стать въ другомъ государствѣ тѣмъ же, чѣмъ онъ былъ въ отечествѣ. Поэтому, чѣмъ шире власть, которой пользуется человѣкъ, тѣмъ сильнѣе его зависимость отъ государства. Частный человѣкъ и эмигрируя можетъ остаться тѣмъ, чѣмъ былъ прежде; положеніе властителя прямо обусловлено принадлежностью къ данному государству. Ему предоставляется безусловная альтернатива: или властвовать въ данномъ государствѣ, или нигдѣ не властвовать. Поэтому правитель государства, какъ бы широки ни были его права, зависитъ самъ отъ государства. Осуществляя функціи власти, онъ долженъ подчиняться условіямъ и требованіямъ даннаго государственнаго быта: онъ не можетъ стать внѣ ихъ или надъ ними. Другими словами и правитель подвластенъ государству, и на него воздѣйствуетъ власть государства, хотя онъ и не подчиняется ничьей высшей воли.

3.

Въ отвѣтъ на всѣ изложенные доводы могутъ, пожалуй, сказать, что если воздѣйствіе государства на составляющихъ его людей и сказывается въ такихъ формахъ, которыя не могутъ быть сведены къ велѣніямъ и вообще къ проявленіямъ воли, то воздѣйствіе это во всякомъ случаѣ не властвованіе. Если государство воздѣйствуетъ на насъ не только въ формѣ велѣній, это доказываетъ лишь, что оно не только властвуетъ, но сверхъ того воздѣйствуетъ и инымъ путемъ, въ иной формѣ, неимѣющей никакого отношенія къ власти, самое понятіе которой предполагаетъ непремѣнно дѣйствіе воли.

Подобныя ссылки на „самое понятіе“ власти едва-ли, однако, могутъ служить основаніемъ для разрѣшенія вопроса о томъ, что такое власть? Конечно, если властвованіе опре-

дѣлить, какъ воздѣйствіе воли, властвованіе безъ властвующей воли окажется немыслимымъ. Но вопросъ вѣдь въ томъ и заключается, можно ли такъ опредѣлить понятіе власти?

Понятіе власти не принадлежитъ къ числу тѣхъ, которыя образуются путемъ простого отвлеченія, отъ однородной группы наблюдаемыхъ въ дѣйствительности явленій. Понятіе власти не представляетъ собою лишь обобщеннаго снимка съ конкретныхъ явленій.

Непосредственнымъ предметомъ нашего наблюденія служатъ не государственныя власти, а явленія государственнаго властвованія, явленія воздѣйствія государства на своихъ подданныхъ. Наблюдая жизнь людей въ государствахъ мы замѣчаемъ, что во многомъ ихъ дѣятельность опредѣляется и обусловливается ихъ принадлежностью къ данному государству, что они оказываются въ зависимости отъ государства, что государство ихъ, т. ск. подчиняетъ себѣ. Такъ какъ производящія причины всякаго вообще дѣйствія мы представляемъ себѣ какъ силы, то и причина, производящая воздѣйствіе государства на составляющихъ его людей, мы мыслимъ какъ особую силу, обазначая ее государственною властью. Слѣдовательно, государственная власть есть понятіе обозначающее не однородную группу явленій, а общую, предполагаемую ихъ причину.

Силы, производящія явленія, не поддаются нашему непосредственному наблюденію. Мы заключаемъ о нихъ лишь по свойствамъ производимыхъ нами явленій. Поэтому содержаніе понятія силы не дается само собой, не опредѣляется непосредственно наблюденіемъ, а получается какъ выводъ изъ изученія и объясненія явленій, производимыхъ данной силой. Тяготѣніе, свѣтъ, электричество и т. д. суть слова, обозначающія неизвѣстныя намъ причины соотвѣтствующихъ явленій. Изъ „самаго понятія“ этихъ силъ нельзя сдѣлать никакихъ выводовъ объ ихъ свойствахъ. Такъ, изъ „самаго понятія“ свѣта никакъ нельзя заключить о существованіи темныхъ, невидимыхъ лучей, и однако они несомнѣнно существуютъ. Въ обыденномъ, привычномъ намъ словоупотребленіи съ поня-

тіемъ свѣта соединяется всегда представленіе о свѣтломъ, видимомъ, но это оказывается лишь плодомъ несовершеннаго, неполнаго наведенія и не можетъ служить основаніемъ для признанія невозможности существованія темныхъ лучей.

То же самое должно сказать и о понятіи государственной власти. Власть—это только условное выраженіе для обозначенія причины, производящей воздѣйствіе государства. Что такое государственная власть—это можно вывести только путемъ выясненія общихъ свойствъ явленій государственнаго властвованія, и только та гипотоза, выставленная въ объясненіи государственнаго властвованія, можетъ быть принята наукой, которой объясняется все разнообразіе явленій властвованія безо всякихъ исключеній.

Волевая гипотеза власти не удовлетворяетъ этому основному условію. Она не даетъ объясненія всѣхъ разнообразныхъ проявленій государственнаго властвованія. Она оказывается даже въ прямомъ противорѣчіи со многими несомнѣнными фактами, представляемыми государственнымъ властвованіемъ. Поэтому, какъ не дающая удовлетворительнаго объясненія всѣхъ явленій государственнаго властвованія, волевая гипотеза должна быть отвергнута.

Въ необходимости отвергнуть эту гипотезу тѣмъ менѣе можетъ быть сомнѣній, что вообще, а не только въ примѣненіи къ государственному властвованію, невозможно отождествлять понятія власти и воли.

Прежде всего, воля не есть еще сама по себѣ власть. Не всякая воля властвуетъ. Воля бываетъ и безсильная, безвластная. Власть привходитъ къ волѣ извнѣ, придается ей чѣмъ-то другимъ, лежащимъ внѣ воли, въ самой волѣ незаключающимся. Воля стремится къ власти, пріобрѣтаетъ власть, теряетъ ее. Поэтому власть не тождественна съ волей, а есть нѣчто внѣшнее для нея, служащее ей объектомъ.

Съ другой стороны и властвованіе не предполагаетъ необходимо наличности воли. Если взять самый простой примѣръ властвованія одного человѣка надъ другимъ, оно возможно помимо и даже противъ воли властвующаго. Человѣкъ

властвующій надъ другими обаяніемъ святости, геніальнаго ума, художественнаго таланта, чарующей красоты, властвуетъ часто надъ ними, не думая о томъ, иногда даже самъ того не желая. Отъ поклоненія подчиняющихся такому обаянію не отдѣлаться и тогда, когда оно докучаетъ, когда оно непріятно. Аскетъ, свершающій свой подвигъ умерщвленія плоти, не ищетъ, конечно, власти надъ людьми. Онъ стремится, напротивъ, отрѣшиться отъ всѣхъ мірскихъ стремленій и помысловъ и однако очень часто получаетъ, именно въ силу этого, великую власть надъ вѣрующими.

Затѣмъ самое властвованіе никогда не исчерпывается только велѣніями со стороны властвующаго и исполненіемъ ихъ со стороны подвластнаго. Кто подчиняется чужой власти, не только исполняетъ его велѣнія, но и самъ идетъ навстрѣчу имъ, заискиваетъ, угождаетъ, предугадываетъ и предупреждаетъ желанія.

И для человѣка, подчиняющагося власти другого, въ сущности одинаковое значеніе имѣетъ и дѣйствительная воля властвующаго, и только воображаемая. Разъ я, хотя бы ошибочно, предполагаю со стороны имѣющаго надо мною власть опредѣленную волю, эта воображаемая воля, оказываетъ на меня такое же воздѣйствіе, какъ и дѣйствительно существующая. Она вызоветъ съ моей стороны такое же подчиненіе.

Такимъ образомъ понятіе власти ни въ какомъ отношеніи не совпадаетъ съ понятіемъ властвующей воли. Бываетъ, что властвуетъ надъ человѣкомъ и воля, но далеко не всякое властвованіе предполагаетъ направленную на то волю властвующаго.

Этимъ только и объясняется возможность властвованія надъ людьми воображаемыхъ божествъ, не существующихъ вовсе въ дѣйствительности и не имѣющихъ поэтому самому никакой дѣйствительной воли. А между тѣмъ, для фанатика ложной религіи власть надъ нимъ его ложнаго бога не дѣлается отъ того нисколько менѣе сильной или безусловной. И даже нѣтъ необходимости, чтобы это властвующее надъ вѣрующими въ него ложное божество представлялось въ ихъ

воображеніи надѣленнымъ аттрибутомъ воли. Богъ неоплатониковъ или буддистовъ представляется вовсе чуждымъ желаній; онъ не имѣетъ воли и, однако, все-таки властвуетъ надъ поклоняющимися ему.

Точно такъ же властвуютъ надъ людьми представленія о многомъ такомъ, что вовсе и не можетъ быть причастнымъ какой-либо волѣ. Кому не приходилось встрѣчать мнительныхъ людей, всецѣло находящихся подъ властью одолѣвающаго ихъ страха болѣзни? Кто не знаетъ маніаковъ, всю жизнь свою и всѣ силы свои отдающихъ на служеніе какой-нибудь одной задачѣ, практической или теоретической, подчиняющей себѣ всю ихъ дѣятельность и, слѣдовательно, властвующей надъ ними? И такую власть надъ человѣкомъ получаютъ иногда совершенно отвлеченныя идеи.

Все это заставляетъ насъ признать, что властвованіе не предполагаетъ непремѣнно и властвующую волю. Властвованіе предполагаетъ сознаніе не съ активной стороны, не со стороны властвующаго, а съ пассивной стороны, со стороны подвластнаго. Все, отъ чего человѣкъ сознаетъ себя зависимымъ, властвуетъ надъ нимъ, все равно имѣетъ ли и даже можетъ ли оно имѣть волю, направленную на такое властвованіе. Для факта властвованія нѣтъ надобности, чтобы это сознаніе зависимости было реально, согласно съ дѣйствительностью. Не требуется даже, чтобы существовало то, идея о чемъ властвуетъ надъ людьми. Для властвованія требуется только самое сознаніе зависимости, а не реальность ея.

Такимъ образомъ нѣтъ основанія ограничивать понятіе властвованія лишь тѣми случаями, когда и со стороны властвующаго имѣется воля, направленная на властвованіе. Подобное ограниченіе приводитъ къ разъединенію совершенно однородныхъ явленій, такъ какъ отсутствіе или наличность воли со стороны властвующаго ни въ чемъ не измѣняетъ характера и условій подчиненія ему подвластнаго. Человѣкъ рабски преданный другому одинаково подчиняется ему, одинаково зависитъ отъ него и тогда, когда выполняетъ его дѣйствительную волю, и слѣдуя его воображаемой или ложно

понятой волѣ. Вѣрующій одинаково подчиняется своему божеству, будетъ ли то истинное Божество, или только созданіе его воображенія. Властвованіе обусловлено только извѣстными представленіями подчиняющагося власти, и его субъективнымъ къ нимъ отношеніемъ. Разъ я представляю себѣ нѣчто, отъ чего сознаю себя зависимымъ, это нѣчто властвуетъ надо мною, все равно имѣетъ ли оно направленную на властвованіе волю и даже существуетъ ли это нѣчто въ дѣйствительности.

Если такъ, власть есть сила, обусловленная не волею властвующаго, а сознаніемъ зависимости подвластнаго.

При такомъ пониманіи власти нѣтъ надобности для объясненія явленій государственнаго властвованія олицетворять государство, надѣлять его во что бы ни стало волей. Если власть есть сила обусловленная сознаніемъ зависимости подвластнаго, государство можетъ властвовать не обладая ни волею, ни сознаніемъ, только бы составляющіе его люди сознавали себя зависимыми отъ государства. Это сознаніе уже само собой обусловливаетъ существованіе государственной власти.

Во всякомъ государствѣ рѣшительное большинство гражданъ сознаетъ невозможность для себя жизни внѣ своего отечества. Тысячи разнообразныхъ связей привязываютъ обыкновенно человѣка къ его родному государству. Единство языка, обычаевъ, культуры, родственныя и общественныя связи, чувство патріотизма, экономическія отношенія—все это для большинства людей дѣлаетъ жизнь возможной только въ одномъ государствѣ. Эмиграція всегда дается не легко и вынуждается обыкновенно лишь непреодолимымъ гнетомъ обстоятельствъ. А разъ человѣкъ сознаетъ себя неразрывно связаннымъ съ даннымъ, опредѣленнымъ государствомъ, онъ не можетъ не сознавать себя и зависимымъ отъ него.

Итакъ, властвуетъ надъ подданными государство, хотя оно и не имѣетъ вовсе никакой воли: властвуетъ, потому что подданные сознаютъ себя отъ него зависимыми, и властвуетъ именно настолько, насколько они сознаютъ эту зави-

симость. Въ степени ихъ сознанія зависимости мѣра и граница власти государства. Но власть государства, при такомъ пониманіи его властвованія, не есть, конечно, воля. Государственная власть—это сила, вытекающая изъ сознанія гражданами ихъ зависимости отъ государства.

Такое опредѣленіе государственной власти предполагаетъ, однако, для полной ясности, предварительное опредѣленіе государства. Государственная власть есть сила, обусловленная сознаніемъ зависимости отъ государства; а что-жъ такое само государство?

По общему признанію отличительнымъ признакомъ государства служитъ именно власть. Но не впадаемъ ли мы въ такомъ случаѣ въ безъисходный кругъ? Государственная власть есть сила, обусловленная сознаніемъ зависимости отъ государства, а государство само есть ничто иное, какъ общественный союзъ, обладающій властью.

Замѣтимъ, прежде всего, что совершенно то же самое получается и при волевой теоріи власти. И для ея послѣдователей государство есть союзъ надѣленный властью, а власть есть ничто иное, какъ воля государства. И тутъ получается такой же circulus vitiosus.

Очевидно дѣло тутъ не въ томъ, чѣмъ мы будемъ считать обусловленной власть государства; волею ли властвующаго или сознаніемъ зависимости подвластнаго; а въ томъ, что опредѣленіе государства какъ союза, надѣленнаго властью, вообще недостаточно. Не одно государство имѣетъ власть, но также и другіе общественные союзы. На-ряду съ государственною властью существуетъ власть, напр., семейная, церковная и т. п.

Отличительная особенность государства заключается въ принудительномъ характерѣ его власти.

Государственная организація человѣческаго общества образуется какъ необходимое слѣдствіе взаимной борьбы племенъ и народовъ. Чтобы успѣть въ этой борьбѣ, чтобы не потерпѣть въ ней въ силу внутренней слабости, необходимо какъ можно крѣпче сплотиться противъ общаго врага. Надо, чтобы

силы, необходимыя для борьбы съ внѣшнимъ врагомъ, не тратились на внутренніе раздоры; надо, чтобы внутренніе раздоры не мѣшали единству дѣйствій во внѣшней борьбѣ. Другими словами, надо, чтобы внутри государства установился мирный порядокъ, недопускающій насильственной борьбы между отдѣльными гражданами. А такъ какъ въ людскихъ отношеніяхъ не всегда можно добиться добровольнаго соглашенія, то мирный порядокъ осуществимъ лишь подъ тѣмъ условіемъ, что будетъ признанъ обязательнымъ для всѣхъ какой-нибудь опредѣленный порядокъ разрѣшенія всѣхъ возникающихъ споровъ и разногласій, и рѣшенія, постановленныя такимъ способомъ, будутъ въ случаѣ надобности, но только они одни, осуществляться и мѣрами принужденія. Установленіе такого для всѣхъ обязательнаго порядка разрѣшенія возникающихъ разногласій отнюдь не предполагаетъ, чтобы разногласія эти рѣшались непремѣнно чьей либо волей. Рѣшенія эти могутъ получаться и безъ участія чьей бы то ни было воли, посредствомъ жребія, гаданій. Если рѣшеніе возникающихъ разногласій и будетъ поставлено въ зависимость отъ чьей либо воли, самое опредѣленіе субъектовъ этой воли можетъ быть также предоставлено жребію, какъ въ древнихъ демократіяхъ, или средневѣковыхъ аристократіяхъ, случайностямъ рожденія, какъ въ наслѣдственныхъ монархіяхъ. Существованіе мирнаго порядка не предполагаетъ также, чтобы всѣ возникающіе въ государствѣ споры разрѣшались однимъ и тѣмъ же порядкомъ или одною и тою же волею. Для различныхъ категорій вопросовъ можетъ быть установленъ различный порядокъ, рѣшеніе ихъ можетъ быть поставлено въ зависимость отъ нѣсколькихъ независимыхъ другъ отъ друга воль: мирный порядокъ все-таки сохранится, если только для каждаго возникающаго спора будетъ опредѣленный, признаваемый всѣми обязательнымъ порядокъ разрѣшенія. Государственный порядокъ предполагаетъ только недопустимость частнаго насилія и такъ сказать монополизацію принужденія въ исключительныхъ цѣляхъ поддержанія мирнаго порядка. Государство есть внутренно замиренный общественный союзъ,

въ которомъ принужденіе допускается только въ общемъ интересѣ, для охраны установленнаго мирнаго порядка.

Отдѣльные акты принужденія всегда осуществляются отдѣльными людьми—иначе и быть не можетъ. Государство, какъ цѣлое, никакихъ актовъ принужденія совершать не можетъ. Но когда отдѣльныя лица совершаютъ акты принужденія въ отношеніи къ другимъ гражданамъ, опираясь на подчиненіе, обусловленное сознаніемъ ими общей зависимости отъ государства, принужденіе получаетъ совершенно иной характеръ, существенно отличающій ихъ отъ актовъ частнаго насилія. Во-первыхъ, такіе акты принужденія имѣютъ за собою всю ту силу, какая создается общимъ сознаніемъ зависимости отъ государства. Осуществляющій актъ принужденія въ этихъ условіяхъ опирается не на одну только свою личную силу. Всѣ сознающіе себя зависимыми отъ государства подчиняются этимъ актамъ принужденія и оказываютъ имъ поддержку по крайней мѣрѣ нравственную, ихъ одобреніемъ, признаніемъ ихъ обязательными для всѣхъ принадлежащихъ къ государству. Уже по этому одному подобные акты принужденія получаютъ значеніе актовъ государства, такъ какъ въ нихъ проявляется дѣйствіе силы, порождаемой сознаніемъ общей зависимости отъ государства.

Во-вторыхъ, если принужденіе опирается на сознаніе зависимости отъ государства, это опредѣляетъ въ извѣстной степени и самое содержаніе актовъ принужденія, ихъ цѣли и условія. Они не могутъ, какъ акты личнаго насилія, опредѣляться исключительно волею принуждающаго. Для того, чтобы принуждающій могъ въ своей дѣятельности опереться на сознаніе подчиняющимися ихъ зависимости отъ государства, необходимо, чтобы его дѣйствія находились въ извѣстномъ соотвѣтствіи съ этимъ сознаніемъ подчиняющихся, съ тѣми представленіями, какія они имѣютъ о государствѣ, его цѣляхъ, его требованіяхъ, надо чтобы въ сознаніи подчиняющихся дѣйствія принуждающаго или повелѣвающаго представлялись совершающимися для государства, въ его интересахъ. Какъ представитель религіозной идеи вызываетъ въ вѣрующихъ под-

чиненіе только, когда говоритъ отъ имени божества, такъ и правитель государства можетъ пользоваться властью только дѣйствуя во имя государства, а не во имя своихъ личныхъ цѣлей. Каковы ни были дѣйствительные мотивы дѣятельности принуждающаго, если онъ хочетъ найти опору своимъ дѣйствіямъ въ сознаніи гражданами ихъ зависимости отъ государства онъ по необходимости долженъ придать своимъ дѣйствіямъ по крайней мѣрѣ видъ дѣйствія, совершаемаго во имя государственныхъ цѣлей.

Конечно, это создаетъ нѣкоторое стѣсненіи свободы дѣйствій принуждающаго. Не всякому дѣйствію можно придать видъ дѣйствія, совершаемаго въ интересахъ государства. Поэтому и актъ принужденія опирающійся на общее сознаніе зависимости отъ государства, является по необходимости выраженіемъ не односторонней воли лицъ ихъ совершающихъ, а долженъ также сообразоваться и съ существующими въ данномъ обществѣ понятіями о государствѣ, условіяхъ его существованія и развитія. Такимъ образомъ, и по своему содержанію акты государственнаго принужденія оказываются обусловленными не личными интересами принуждающихъ, а общимъ состояніемъ сознанія всѣхъ членовъ государства, и принуждающихъ, и принуждаемыхъ.

Принудительный характеръ государственной власти осложняетъ значительно ея воздѣйствіе на гражданъ. Сознаніе нашей зависимости отъ государства заставляетъ насъ, во-первыхъ, дѣйствовать такъ, какъ того по нашему убѣжденію, требуютъ интересы государства; во-вторыхъ, это же сознаніе зависимости отъ государства заставляетъ насъ подчиняться и не противодѣйствовать мѣрамъ принужденія, осуществляемымъ въ интересахъ государства, отъ имени государства, хотя бы по существу мы и не считали эти мѣры необходимыми государству. Такъ мы повинуемся закону, хотя бы и находили его нецѣлесообразнымъ. Мы подчиняемся вступившему въ законную силу судебному рѣшенію, хотя бы и не находили въ немъ выраженія дѣйствительной справедливости. Мы исполняемъ законныя распоряженія и тогда, когда не считаемъ

ихъ умѣстными и разумными. Все это для того, чтобы не нарушить мирнаго порядка въ государствѣ, отъ котораго сознаемъ себя зависимыми.

Чѣмъ же объясняется, что сознаніе зависимости отъ государства застявляетъ насъ исполнять не только то, что мы сами считаемъ необходимымъ для государства, но и то, что требуютъ отъ насъ для государства и во имя государства другіе люди? Объясненіе этому найти не трудно.

Разнообразныя явленія, вызываемыя воздѣйствіемъ государственной власти, могутъ содѣйствовать и препятствовать осуществленію человѣческихъ интересовъ. Отсюда у людей естественное стремленіе воспользоваться и этой силой для осуществленія своихъ интересовъ, стараясь придать ея проявленіямъ согласное съ сьоими интересами направленіе. Но какъ можетъ человѣкъ подчинить эту силу служенію своимъ цѣлямъ? Конечно такъ же, какъ онъ это дѣлаетъ и въ отношеніи ко всякой другой силѣ, и въ отношеніи къ силамъ природы. Онъ вызываетъ дѣйствіе этихъ силъ тамъ, гдѣ ему это надо, гдѣ ему это выгодно, и старается парализовать ихъ дѣйствіе, когда оно противорѣчитъ его интересамъ. Что бы вызвать дѣйствіе силы, надо создать необходимыя для того условія. Такъ для дѣйствія механической силы, надо располагать какимъ, нибудь двигателемъ и приспособленіями, съ помощью которыхъ можно вызвать ту форму дввженія, какая требуется въ данномъ случаѣ. Власть основывается на сознаніи людьми ихъ зависимости отъ государства. Поэтому, чтобы вызвать по своей волѣ дѣйствіе власти, надо располагать возможностью вызывать въ людяхъ это сознаніе зависимости и придавать ему то или другое содержаніе. Такою возможностью располагаетъ тотъ, кто въ глазахъ другихъ людей является лучшимъ выразителемъ и истолкователемъ того, что надъ нами властвуетъ. Такъ, если человѣкомъ властвуетъ представленіе о грозящей смертью болѣзни, знахарь или врачъ, въ искусствѣ котораго убѣжденъ больной, можетъ пользоваться неограниченною надъ нимъ властью. Такъ набожный человѣкъ, въ особенности угнетаемый раскаяніемъ въ содѣянномъ грѣхѣ,

подпадаетъ власти того, кого считаетъ истолкователемъ божественной воли, посредникомъ между людьми и божествомъ. Точно также сознаніе нашей зависимости отъ государства можетъ былъ направляемо такъ или иначе тѣмъ, кто въ нашихъ глазахъ является лучшимъ выразителемъ требованій интересовъ государственнаго общенія. Подобное значеніе пріобрѣтается людьми различными путями: успѣхомъ на войнѣ, находчивою умѣлостью въ разрѣшеніи трудныхъ общественныхъ вопросовъ, принадлежностью къ роду, издавно стоящему въ главѣ государства, и т. п.

И притомъ такимъ истолкователемъ не долженъ быть непремѣнно одинъ человѣкъ. Напротивъ, сложность и разнообразіе отношеній, изъ которыхъ слагается государственное общеніе, естественно приводитъ къ тому, что различныя стороны государственной жизни находятъ себѣ и различныхъ истолкователей. Къ тому же необходимо имѣть въ виду, что въ такомъ истолкователѣ нѣтъ непремѣнной надобности. Человѣкъ и самъ самостоятельно можетъ выработать себѣ представленіе объ условіяхъ государственнаго общенія. И обыкновенно подчиненіе человѣка государству опредѣляется частью имъ самимъ выработанными представленіями, частью тѣмъ, что подсказываютъ и истолковываютъ ему другіе.

Авторитетъ нашихъ согражданъ въ вопросахъ государственной жизни основывается для насъ далеко не всегда на вполнѣ сознательномъ признаніи ихъ лучшими выразителями требованій государства. Къ этому основанію приходятъ обыкновенно въ значительной степени и другія основанія. Мы нерѣдко подчиняемся человѣку просто потому, что ему подчиняются другіе и не только потому, чтобы мы всегда считали другихъ вѣрными цѣнителями, лучшими судьями, а и потому также, что самый фактъ подчиненія другихъ уже увеличиваетъ силу этого человѣка и создаетъ увѣренность, что все такъ и сдѣлается, какъ онъ хочетъ. Поэтому наше сознаніе зависимости отъ государства заставляетъ насъ подчиняться не только тому, кто по нашему собственному убѣжденію является лучшимъ выразителемъ и истолкователемъ требованій и интере-

совъ государства, но также и даже чаще тому, кому подчиняется значительнѣйшая или вліятельнѣйшая часть нашихъ согражданъ. Поэтому даже тогда, когда подчиненіе другихъ имѣетъ не политическое, а какое-нибудь другое, напр. религіозное основаніе, оно все-таки можетъ для насъ возвысить политическое значеніе данной личности.

Кромѣ того, нельзя упустить изъ вниманія, что и чисто личныя качества человѣка могутъ подчинять насъ обаянію его личности. Умъ, сила, энергія, родовитость, богатство, составляютъ немаловажные шансы успѣха и въ политической карьерѣ.

Таковы разнообразныя основанія, по которымъ въ нашихъ отношеніяхъ къ государству, мы подчиняемся сужденію и волѣ другихъ людей: личное ихъ обаяніе, зависимость отъ нихъ значительной общественной группы, признаніе ихъ нами самими лучшими выразителями и истолкователями требованій государственнаго порядка.

Но воля такихъ лицъ не составляетъ сама государственной власти. Ихъ воля, въ силу тѣхъ или другихъ условій, получаетъ только возможность направлять такъ или иначе дѣйствіе государственной власти. Государственная власть образуетъ лишь объектъ ихъ воли; какъ сила, обусловленная сознаніемъ зависимости отъ государства, т.-е. отъ такого общественнаго союза, который своею совокупною силою охраняетъ насъ извнѣ—отъ другихъ государствъ, а внутри—отъ частныхъ насилій, обезпечивая существованіе мирнаго общественнаго порядка.

Тѣхъ, кто является въ глазахъ людей истолкователемъ и выразителемъ властвующей надъ нами идеи, обыкновенно называютъ ея представителями. Такъ ученыхъ называютъ представителями науки, художниковъ—представителями искусства, не думая, конечно, при этомъ олицетворять науку или искусство и приписывать имъ особую волю, только выражаемую учеными или художниками. Въ этомъ смыслѣ и тѣхъ, кто представляется выразителемъ и истолкователемъ требованій государства, мы назовемъ представителями государства, безъ

того, чтобы этимъ непремѣнно присвоивалась государству властвующая надъ нами воля. Государство, какъ и наука, можетъ въ глазахъ людей имѣть своихъ представителей, не будучи надѣлено волей.

Къ пользованію государственной властью, какъ силой, могущей служить осуществленію человѣческихъ интересовъ, стремится такъ или иначе каждый, и отдѣльныя лица, и цѣлыя общественныя группы, каждый по своему стараясь направить дѣйствія власти. Отсюда и по поводу пользованія государственною властью, какъ по поводу пользованія всякимъ другимъ объектомъ, возникаетъ столкновеніе разнообразныхъ, противорѣчащихъ другъ другу, борящихся между собой интересовъ. Сознаніе такого столкновенія интересовъ, такой борьбы ихъ между собою приводитъ къ потребности ихъ соглашенія, къ выработкѣ началъ, которыми бы опредѣлялось ихъ разграниченіе, словомъ къ выработкѣ юридическихъ нормъ, регулирующихъ пользованіе государственною властью.

Юридическая нормировка пользованія государственною властью приводитъ къ установленію правъ на власть и соотвѣтствующихъ имъ обязанностей повиновенія. Это вноситъ еще больше осложненія въ отношенія государственнаго властвованія. При чисто фактическихъ отношеніяхъ властвованія, подчиненіе не есть обязанность, а фактъ. Я подчиняюсь въ каждый данный моментъ тому, кто почему-либо возбуждаетъ во мнѣ сознаніе зависимости. Исчезаетъ это сознаніе, прекращается и подчиненіе. Въ отношеніи же къ имѣющему право на власть, подчиненіе составляетъ обязанность, обусловленную правомъ, а не фактической наличностью сознанія зависимости. Распоряженіямъ полицейскаго подчиняются не потому, чтобы его считали лучшимъ выразителемъ требованій государственнаго общенія, не потому, чтобы ему подчинялись значительныя общественныя группы, не потому, чтобы онъ пользовался особымъ личнымъ обаяніемъ, а просто потому, что за нимъ признано право на осуществленіе опредѣленныхъ функцій власти. Обязанность подчиненія его велѣніямъ поддерживается прежде всего именно сознаніемъ права, а затѣмъ угрозой

наказанія или другихъ невыгодныхъ послѣдствій, связываемыхъ съ неисполненіемъ законныхъ распоряженій.

Тѣ лица, за которыми признается право распоряженія въ опредѣленномъ отношеніи властью, называются органами государственной власти. Съ точки зрѣнія общепринятаго пониманія власти, это наименованіе объясняется такъ, что органы власти суть органы проявленія и выраженія составляющей власть воли. Отвергая волевую теорію власти, я не могу, конечно, такъ понимать выраженіе „органъ власти". Но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы я не могъ вовсе употреблять этого выраженія. Органъ не всегда обозначаетъ органъ воли. Въ первоначальномъ своемъ значеніи, даже напротивъ, органъ обозначаетъ нѣчто приспособленное къ осуществленію тѣлесныхъ функцій, хотя бы безъ всякаго участія воли. Такъ говорятъ объ органахъ кровообращенія, питанія, дѣторожденія. Точно также и въ примѣненіи къ общественной жизни говорятъ объ органахъ благотворительности, кредита, статистики, печати, не предполагая, конечно, чтобы благотворительность или кредитъ имѣли свою волю. Въ такомъ же смыслѣ, и не считая государство личностью, а государственную власть — его волей, можно говорить объ органахъ государственной власти, понимая подъ этимъ тѣхъ, за кѣмъ признано право на осуществленіе извѣстныхъ актовъ принудительной власти.

Такъ какъ то, что выполняется органомъ, называется вообще его функціей, то и тѣ акты власти, на осуществленіе которыхъ имѣетъ право данный органъ власти, также именуются функціями органа власти, а внѣ отношенія къ тому или другому отдѣльному органу, ихъ осуществляющему, они именуются и просто функціямя власти подобно тому, какъ и всѣ вообще функціи, осуществляемыя отдѣльными органами живого цѣлаго, называются функціями органической жизни.

Итакъ, сведя во едино все сказанное, мы приходимъ къ такому заключенію. Государственная власть есть сила, обусловленная сознаніемъ зависимости отъ государства, какъ общественнаго союза, въ которомъ принудительно установляется мирный порядокъ. Какъ и всѣ силы, могущія служить сред-

ствомъ осуществленія человѣческихъ интересовъ, государственная власть является для людей предметомъ ихъ стремленія воспользоваться ею для своихъ цѣлей и насколько эти стремленія разграничиваются юридическими нормами, государственная властъ становится объектомъ права. Тѣ, за кѣмъ признаются права на распоряженіе властью, суть органы власти; выполняемыя этими органами дѣйствія составляютъ функціи государственной власти.

4.

Признавая государственную власть силой, обусловленной сознаніемъ зависимости отъ государства, мы тѣмъ самымъ ищемъ объясненія явленій государственнаго властвованія не въ сознаніи властвующаго, а въ сознаніи подвластнаго. Основа явленій властвованія не властвующая воля, которой можетъ и не быть вовсе, а сознаніе подвластнымъ своей зависимости, все равно дѣйствительной или только воображаемой. Другими словами, объясненіе явленій властвованія мы видимъ не въ объективномъ существованіи властвующей воли, а въ субъективномъ сознаніи зависимости.

Всѣ теоріи, объясняющія государственную власть, какъ волю, отличаются напротивъ, объективизмомъ. Основой государственнаго властвованія для нихъ служитъ объективное существованіе властвующей надо всѣмъ въ государствѣ воли.

Тѣ сторонники волевой теоріи власти, которые стремятся дать реалистическое объясненіе явленій властвованія, отождествляютъ государственную власть съ волею конкретнаго правителя государства. Однако реалистическимъ такое объясненіе можетъ быть названо лишь потому, что оно не опирается ни на какія метафизическія предположенія. Существованіе конкретныхъ правителей и ихъ воли, безспорно, совершенно реальный фактъ. Но однимъ этимъ фактомъ невозможно объяснить явленій государственнаго властвованія, какъ они совершаются въ дѣйствительности.

Сколько-нибудь прочный государственный порядокъ не-

возможенъ, когда въ основу его кладется только подчиненіе личной волѣ правителей. Тутъ все будетъ зависѣть отъ смѣны конкретныхъ личностей, отъ измѣнчивыхъ условій ихъ личнаго вліянія. Устойчивая организація государственнаго властвованіи имѣется только тамъ, гдѣ конкретнымъ правителямъ подчиняются, какъ представителямъ какого-либо высшаго начала, независимаго отъ измѣнчивыхъ личныхъ условій. Подчиняясь правителю подчиняются не ему лично, какъ данной конкретной личности, а какъ бы внѣшнему выраженію въ немъ чего-то высшаго, объективнаго, постояннаго.

Факты такого рода приводятъ къ убѣжденію, что государственную власть нельзя объяснить какъ личную волю конкретныхъ правителей. И вотъ является предположеніе, что въ дѣйствіяхъ правителей проявляется не ихъ личная воля, а иная воля, высшая, объективная: воля божества, или общая воля, или воля государства, какъ особой личности.

Такое предположеніе не имѣетъ однако за собой реальной основы, такъ какъ въ дѣйствительной государственной жизни мы имѣемъ дѣло только съ актами человѣческой воли. Предположеніе о томъ, что за личной волей правителя кроется дѣйствительно существующая высшая воля и составляющая государственную власть, не подтверждается никакими фактическими данными и является совершенно произвольнымъ.

Выставленное мною объясненіе явленій государственнаго властвованія одинаково чуждо обѣихъ этихъ крайностей. Оно не приводитъ къ наивному объективному реализму, отождествляющему государственную власть съ личной волей отдѣльныхъ конкретныхъ правителей государства, и совершенно игнорирующему дѣйствительное психическое основаніе подчиненія гражданъ государственному властвованію. А съ другой стороны мое объясненіе не приводитъ и къ объективному идеализму, къ олицетворенію явленій субъективнаго сознанія.

Моя точка зрѣнія можетъ быть охарактеризована, какъ точка зрѣнія субъективнаго реализма. Подчиняясь государственному властвованію, мы подчиняемся въ рядѣ конкретныхъ случаевъ тѣмъ людямъ, изъ которыхъ слагается госу-

дарство, но причина нашего имъ подчиненія не личная ихъ воля и не какая-либо надъ людьми властвующая метафизическая воля, а наше собственное, субъективное, но вполнѣ реальное сознаніе зависимости отъ государства.

ГЛАВА IV.

Совмѣстность властвованія.

1.

Итакъ, волевая теорія государственной власти, на основаніи которой современные публицисты отвергаютъ ученіе Монтескье о раздѣленіи властей, сама должна быть признана несостоятельной. Государственная власть не есть надо всѣмъ господствующая единая воля, проявляющаяся въ дѣятельности органовъ власти. Государственная власть есть сила, основанная на сознаніи людьми своей зависимости отъ государства. Поэтому носителемъ государственной власти являются не одни органы власти, а все государство, всѣ граждане. Ихъ сознаніе своей зависимости отъ государства создаетъ ту силу, которая объединяетъ государство въ одно цѣлое. Органы же власти суть только распорядители, диспозитаріи этой силы. Единство государства не въ единствѣ воли этихъ органовъ, а въ единствѣ той силы, которой всѣ они распоряжаются.

Государственная власть—единая сила. Въ ея единствѣ—основа единства и самого государства. Но направляема государственная власть можетъ быть и не единою волею, а многими, вполнѣ самостоятельными, даже борющимися между собою. Поэтому единство власти не дѣлаетъ необходимымъ и единства органовъ власти, ихъ подчиненія непремѣнно одной все направляющей волѣ. При полномъ единствѣ власти органы ея могутъ быть вполнѣ независимы, являясь каждый выразителемъ совершенно самостоятельной воли.

Такъ вся организація судебныхъ установленій и органовъ самоуправленія разсчитана именно на то, чтобы они не были исполнителями чьей-либо чужой воли, чтобы они дѣйствовали самостоятельно, руководствуясь собственнымъ пониманіемъ закона или мѣстныхъ нуждъ, а не чужой указкой. При самостоятельности всѣхъ, даже низшихъ судебныхъ инстанцій, всегда возможны нѣкоторыя различія въ ихъ практикѣ, нѣкоторыя противорѣчія въ постановляемыхъ ими рѣшеніяхъ. Еще больше разнообразія представляетъ дѣятельность органовъ самоуправленія, такъ какъ одною изъ цѣлей, ради которыхъ организуется самоуправленіе, служитъ именно обезпеченіе возможности такого разнообразія. При такихъ условіяхъ не можетъ быть и рѣчи о подчиненіи всѣмъ состоявшимся судебнымъ рѣшеніямъ, всѣмъ разнообразнымъ распоряженіямъ органовъ самоуправленія, какъ выраженію единой надъ всѣмъ господствующей воли. Разнообразіе и противорѣчія отдѣльныхъ рѣшеній и распоряженій исключаютъ возможность такого основанія подчиненія. Въ рѣшеніяхъ самостоятельнаго суда, въ распоряженіяхъ органовъ самоуправленія нельзя не видѣть проявленія ихъ собственной самостоятельной воли. И тѣмъ не менѣе подчиненіе всѣмъ отдѣльнымъ судебнымъ рѣшеніямъ и административнымъ распоряженіямъ имѣетъ одно общее основаніе въ сознаніи зависимости отъ того государственнаго порядка, составныя части котораго образуютъ собою всѣ эти судебныя установленія, административныя учрежденія, органы самоуправленія. Велѣніямъ всѣхъ органовъ власти одного и того же государства, какъ бы они ни были обособлены и самостоятельны, подчиняются въ силу одной и той же побудительной причины, въ силу сознанія зависимости все отъ одного и того же государства. Возможныя разнорѣчія и противорѣчія въ велѣніяхъ одновременно дѣйствующихъ самостоятельныхъ органовъ власти поэтому точно также не нарушаютъ единства государства, какъ чередованіе у кормила правленія соперничающихъ политическихъ партій. Существованіе различныхъ партій есть такая же необходимая принадлежность государственной жизни, какъ и множественность органовъ власти. Принад-

лежа государству, подчиняясь его власти, приходится по необходимости подчиняться и чередующемуся въ немъ господству то той, то другой партіи. Но такъ какъ каждой изъ нихъ подчиняются въ силу одного и того же мотива, въ силу сознанія своей зависимости отъ даннаго государства, то смѣна господства различныхъ партій не приводитъ, конечно, къ образованію каждый разъ новаго государства, не нарушаетъ единства и преемственности государственной жизни.

Итакъ, разъ государственная власть не воля властвующаго, а сила, основанная на сознаніи зависимости отъ государства, основаніе единства власти заключается не въ единствѣ воли органовъ власти, а въ единствѣ побужденія, въ силу котораго ихъ велѣніямъ подчиняются. Государство сохраняетъ свое единство, хотя бы распоряженіе государственною властью опредѣлялось въ немъ многими самостоятельными, независимыми другъ отъ друга волями, если только подчиняются всѣмъ этимъ волямъ въ силу одного и того же побужденія: сознанія общей зависимости отъ даннаго государства.

Но, конечно, такое единство есть уже не единство личности, а единство отношенія. Государство, при такомъ пониманіи власти, представляется не единою юридическою личностью, подчиняющею своей волѣ всѣхъ составляющихъ его гражданъ, а единымъ юридическимъ отношеніемъ, въ которомъ граждане—суть субъекты, въ которомъ власть, какъ сила, проистекающая изъ сознанія гражданами ихъ общей зависимости отъ государства, — составляетъ общій, единый объектъ всѣхъ тѣхъ правъ, изъ которыхъ слагается содержаніе государственнаго правоотношенія [1]).

---

[1]) Пониманіе государства, какъ юридическаго отношенія, положено въ основаніе системы изложенія моего Русскаго государственнаго права. Такая конструкція юридическаго ученія о государствѣ вызвала довольно суровую критику со стороны проф. *В. Ивановскаго.* (Государство, какъ юридическое отношеніе. По поводу книги Коркунова. Казань. 1893 г.). Новизну моей книги авторъ видитъ въ томъ, что я „излагаю весь матеріалъ по системѣ гражданскаго права, называя государство юридическимъ отношеніемъ, имѣющимъ своего субъекта и свой объектъ“ (l. c. стр. 4); что въ основаніи моей системы „лежатъ начала гражданскаго права съ его понятіями юридическаго отношенія, съ его субъектами и объектами правъ“ (стр. 5). Смѣю

Признаніе государствъ не личностью, а отношеніемъ многихъ связанныхъ сознаніемъ общей зависимости личностей, мѣняетъ въ нашихъ глазахъ внутренній характеръ единства государственнаго союза, но нисколько не разрушаетъ и не ослабляетъ этого единства. Признаніе какого-нибудь союза личностью вообще не находится въ прямой связи со степенью

думать, что въ данномъ случаѣ новизна и оригинальность не на моей сторонѣ. Субъектъ и объектъ признаются всѣми юристами общею принадлежностью всякаго права. Каждое субъективное право должно быть непремѣнно *чьимъ-нибудь* правомъ и непремѣнно правомъ на *что-нибудь*. По этому понятія субъекта и объекта вовсе не составляютъ отличительной особенности системы гражданскаго права. И въ изложеніи уголовнаго права обыкновенно различаютъ субъектъ карательнаго права и его объектъ. Да и въ примѣненіи къ государственному праву, никто изъ останавливающихся на выясненіи юридической конструкціи государства, не отвергаетъ понятій субъекта и объекта. Существуетъ споръ о томъ, что считать субъектомъ и объектомъ государственнаго права, но до появленія брошюры г. *Ив.* мнѣ по крайней мѣрѣ никогда не приходилось встрѣчаться въ научной литературѣ съ мнѣніемъ, будто бы государственное право есть безъсубъектное и безъобъектное право, право ничье и право ни на что. Повидимому у г. *Ив.* вообще очень своеобразныя воззрѣнія на субъектъ права. На стр. 14 онъ говоритъ даже о субъектѣ права въ объективномъ смыслѣ, между тѣмъ какъ всѣ другіе юристы примѣняютъ понятіе субъекта и объекта только къ субъективнымъ правамъ.—Невозможность конструировать государство, какъ юридическое отношеніе, г. Ив. думаетъ доказать тѣмъ, что государство не можетъ само себя обязывать, что поэтому нѣтъ такихъ нормъ, которыя „обязательны, т.-е. имѣютъ юридическій характеръ для самого государства“, которыя бы можно было „охранить отъ воздѣйствія государства: никто не можетъ принудить государство оставить безъ измѣненія или удержать установленныя имъ нормы“ (стр. 9). Если же нѣтъ юридически-обязательныхъ для государства нормъ, то оно и не можетъ быть юридическимъ отношеніемъ. Эти возраженія прежде всего совершенно неприложимы къ моему пониманію государства. Говорить о самообязываніи государства, объ обязательности для него юридическихъ нормъ, о возможности ихъ нарушенія государствомъ, возможно только признавая государство личностью, субъектомъ. Если же, какъ я это утверждаю, государство—отношеніе, юридическія нормы могутъ обязывать не государство—отношеніе, а только составляющихъ его отдѣльныхъ лицъ. Въ существованіи же нормъ обязательныхъ для отдѣльныхъ гражданъ, не сомнѣвается и мой почтенный критикъ. Но за тѣмъ и тѣ положенія, на коихъ основываетъ онъ свои возраженія, въ современной литературѣ представляются крайне спорными и потому никакъ нельзя ссылаться на нихъ, какъ на какія-то аксіомы. Г. Ив. считаетъ совершенно невозможнымъ допустить, „что государство можетъ само себя обязывать“. Однако это „невозможное“ положеніе находитъ въ нѣмецкой литературѣ такихъ защитниковъ какъ *Jellinek*, въ его извѣстномъ этюдѣ Die rechtliche Natur der Staatenverträge. 1880. „So zeigt uns, читаемъ тамъ на стр. 31, die Selbstverpflichtung der Staatsgewalt, als die Essenz der ganzen Rechtsordnung“.

его единства. Семья, безъ сомнѣнія, представляетъ гораздо больше единства, чѣмъ государство, и однако въ гражданскомъ правѣ семья признается не единою личностью, а отношеніемъ. Никто никогда не усматривалъ въ юридической конструкціи семьи, какъ отношенія, разрушенія или отрицанія ея единства. Высшую степень единства представляетъ только физическая личность; юридическимъ лицомъ можетъ быть признана и группа лицъ, лишенная всякаго внутренняго единства, связанная между собою чисто внѣшнимъ, совершенно случайнымъ образомъ, какъ это бываетъ, напр., въ акціонерныхъ компаніяхъ, гдѣ отдѣльные акціонеры могутъ и не знать вовсе другихъ акціонеровъ.

Признаніемъ или непризнаніемъ государства личностью не только не выражается признаніе за нимъ большаго или меньшаго единства, но и вообще не выражается никакого сколько-нибудь опредѣленнаго представленія объ его юридической природѣ, такъ какъ самое понятіе юридическаго лица является въ современной юридической литературѣ совершенно спорнымъ и неопредѣленнымъ. Нерѣшеннымъ остается до сихъ поръ не только вопросъ о томъ, что такое юридическое лицо, но даже и о томъ, имѣется ли вообще какая-нибудь надобность въ этомъ понятіи [1])? И любопытно, что цивилисты, отстаивающіе необходимость понятія юридическаго лица, признаютъ, что въ гражданскомъ правѣ можно бы было обойтись и безъ него, да въ публичномъ правѣ будто бы оно представляется почему-то необходимымъ [2]). А отвергающіе понятіе юридическаго лица прямо объясняютъ его возникновеніе свойственной наивному мышленію наклонностью къ олицетворенію всего возможнаго [3]).

---

[1]) *Bolze.* Der Begriff der juristischen Person, 1879. Vorwort. Die juristische Person erfreut sich nicht mehr eines gesicherten Besitzstandes. *Karlowa*, Zur Lehe von den jurist. Personen (Grünhut's Zeitschrift, B. XV, 1888. S. 381). Der Streit über die Existenzberechtigung des Begriffes der juristischen Person ist immer noch nicht zu Ende geführt.

[2]) *Bekker*, System des heut. Pandektenrechts, 1886, I, S. 206.

[3]) *Brinz.* Pandekten, 1873, I. S. 194. Nur die Menschen sind Personen. Dagegen liegt in Menschen der Trieb, andere Dinge als seines gleichen zu denken, nicht menschliches menschlich, unpersönliches persönlich. Zeuge

Признавая государство юридическимъ отношеніемъ, мы должны отнести его къ отношеніямъ публичнаго права, отличающимся тѣмъ, что составляющіе ихъ содержаніе интересы разграничиваются посредствомъ приспособленія объекта къ совмѣстному пользованію, а не посредствомъ подѣленія его въ частное пользованіе отдѣльныхъ лицъ [1]). Государственная власть, какъ сила, обусловленная сознаніемъ общей зависимости отъ даннаго государства, по самой своей природѣ не допускаетъ дѣленія. Иначе государство лишилось-бы своего единства и распалось-бы на нѣсколько государствъ. Государственную власть точно также нельзя подѣлить по частямъ, не измѣнивъ самого ея существа, какъ нельзя подѣлить въ частное обладаніе дороги, судоходной рѣки, моря, сохраняя за ними значеніе путей сообщенія. Государственная власть, чтобы остаться государственною, должна быть предметомъ совмѣстнаго пользованія всѣхъ составляющихъ государство. Иначе она превратится во власть землевладѣльца, власть сословной корпораціи, власть общины и т. д.

Общее совмѣстное пользованіе предполагаетъ соотвѣтственное приспособленіе объекта. Чтобы оно было дѣйствительно выполнено, надо чтобъ опредѣленнымъ лицамъ было предоставлено распоряжаться объектомъ въ общемъ интересѣ. Такъ какъ такіе диспозитаріи должны распоряжаться не въ своемъ собственномъ, а въ общемъ интересѣ всѣхъ пользующихся объектомъ, то распоряженіе въ публично-правовыхъ отношеніяхъ составляетъ содержаніе не права, а обязанности и диспозитаріи не совпадаютъ съ дестинатаріями. Дестинатаріи тутъ всѣ заинтересованныя лица вообще; диспозитаріи—точно опредѣленныя лица, на которыхъ падаетъ обязанность приспособленія объекта къ совмѣстному пользованію.

---

dessen ist die Mythe, die Thierfabel, die Metapher, Religion, Poesie, Sprache; Zeuge dessen aber auch das Recht. Dieses läszt nicht nur Gott und die Götter, Christus, Maria und die Heiligen, sondern auch die Republik, Städte und Corporationen, Kirchen und Anstalten aller Art, Kammern, und Körbe (aerarium, fiscus) Erbschaften, Stiftungen und vieles andere als Personen erscheinen.

[1]) Смотри *мои* „Лекціи по общей теоріи права“ 1890, стр. 162—166.

Таковъ общій складъ всякаго публично-правоваго отношенія; такимъ же въ частности представляется и государство. И тутъ дестинатаріями, имѣющими право пользоваться государственною властью, т. е. покровительствомъ государственныхъ законовъ, судебной защитой, содѣйствіемъ административныхъ органовъ, удобствами, представляемыми государственными сооруженіями и установленіями, являются всѣ участники государственнаго общенія, слѣдовательно, въ современныхъ культурныхъ государствахъ, гдѣ нѣтъ рабовъ и иностранцы признаются правоспособными, все населеніе государства. Распоряженіе же государственной властью возложено, какъ обязательная функція, на точно опредѣленныхъ лицъ.

Вслѣдствіе сложности и разнообразія функцій распоряженія властью этихъ лицъ всегда очень много. Ихъ взаимныя отношенія могутъ выражаться въ весьма различныхъ сочетаніяхъ и этимъ обусловливается различіе формъ государственнаго устройства. Но каково бы ни было государственное устройство въ распоряженіи властью всегда участвуютъ многіе диспозитаріи или органы власти, имѣющіе каждый свою особую волю. Степень ихъ самостоятельности бываетъ очень различна. Но какою бы независимостью и самостоятельностью ни пользовались они въ отношеніи другъ къ другу, это нисколько не противорѣчитъ единству самого государства, какъ юридическаго отношенія, объединяемаго единствомъ объекта. Какъ бы обособлены и самостоятельны ни были отдѣльные органы власти въ осуществленіи своихъ функцій власти, въ отношеніи къ подданнымъ, всѣ они одинаково опираются на общее сознаніе зависимости отъ государства, какъ единаго цѣлаго, всѣ они пользуются одною и той же силой.

Съ пониманіемъ государства, какъ отношенія многихъ личностей, конечно, вполнѣ согласимо существованіе въ государствѣ многихъ диспозитаріевъ или органовъ власти. Единство отношенія не исключаетъ, а, напротивъ, предполагаетъ множественность субъектовъ. При безусловномъ единствѣ власти какъ силы, служащей объектомъ отношенія, возможно раздѣленіе распоряженія властью, или т. н., *раздѣленіе властей*.

Такимъ образомъ, выставленное Монтескье начало распредѣленія функцій властвованія между самостоятельными, другъ друга сдерживающими органами, оказавшееся въ прямомъ противорѣчіи съ установившимся пониманіемъ власти, какъ единой, господствующей воли, представляется, напротивъ, вполнѣ согласнымъ съ выставленнымъ мною объясненіемъ власти и государства. Тѣмъ не менѣе въ нѣкоторыхъ частностяхъ ученіе Монтескье все-таки требуетъ нѣкотораго видоизмѣненія и, главнымъ образомъ, обобщенія.

2.

Большинство критиковъ теоріи Монтескье останавливаются почти исключительно на разборѣ принятой имъ классификаціи функцій власти. Говорятъ, что принятое имъ различіе трехъ властей нелогично, неясно и къ тому же вовсе не соотвѣтствуетъ дѣйствительному распредѣленію функцій власти въ Англіи, на примѣръ которой Монтескье ссылается, излагая свою теорію.

Мнѣ думается, однако, эти нареканія въ значительной степени основаны на недостаточно внимательномъ отношеніи къ тому, что говоритъ собственно самъ Монтескье. Его книга явилась во время самаго разцвѣта раціоналистическихъ теорій. Отъ всякой научной теоріи требовалась тогда прежде всего законченность и безусловная полнота. А Монтескье давалъ только эмпирическія обобщенія, присоединяя къ нимъ практическія соображенія, рекомендуя кое-что, подмѣченное имъ въ другихъ государствахъ, какъ заслуживающее подраженія и во Франціи. Этотъ эмпирическій характеръ его положеній обыкновенно совершенно опускаютъ изъ вниманія и критикуютъ его ученіе какъ законченную систему безусловныхъ положеній, чего Монтескье вовсе и не имѣлъ въ виду.

Знаменитая шестая глава XI книги не даетъ отвлеченной теоріи, а только объясненіе англійской конституціи. Она такъ и озаглавлена „De la constitution d'Angleterre“. Различая три власти, Монтескье не старается обосновать необходимости

ихъ существованія какимъ-нибудь отвлеченнымъ началомъ. Онъ только указываетъ на фактъ ихъ существованія.

Монтескье различаетъ три власти: законодательную, исполнительную въ отношеніи къ предметамъ международнаго права и исполнительную въ отношеніи къ дѣламъ, опредѣляемымъ правомъ даннаго государства, причемъ послѣднюю власть онъ называетъ также судебной. На первый взглядъ такая группировка можетъ показаться странной. За выдѣленіемъ законодательства, вся остальная государственная дѣятельность сводится тутъ только къ отправленію правосудія и къ завѣдыванію международными дѣлами. Все внутреннее управленіе совершенно игнорируется. Но если принять во вниманіе, что Монтескье пишетъ объ Англіи, и притомъ объ Англіи XVIII вѣка, это станетъ понятно. Въ то время въ Англіи органы центральнаго управленія почти совсѣмъ не вѣдали задачъ внутренняго управленія, а въ мѣстномъ управленіи административныя функціи соединялись съ судебными въ рукахъ мировыхъ судей, примѣнявшихъ къ тому же во всей своей дѣятельности судебныя формы. Вмѣстѣ съ тѣмъ именно въ сферѣ международныхъ отношеній королевская власть пользовалась и пользуется въ Англіи наибольшей свободой; если гдѣ, то именно въ этой сферѣ король дѣйствительно является самостоятельной властью. Не даромъ же и Локкъ признаетъ существованіе особой федеративной власти.

Правда, Монтескье говоритъ, что эти три власти существуютъ въ каждомъ государствѣ. Но и въ континентальныхъ государствахъ задачи внутренняго управленія не получали еще тогда значительнаго развитія и мало обращали на себя вниманіе политическихъ теорій. Къ тому же изъ послѣдующаго изложенія видно, что Монтескье не считаетъ повсемѣстнымъ обособленное существованіе всѣхъ этихъ трехъ властей. Онъ указываетъ, напротивъ, что въ большинствѣ современныхъ ему монархій, обособлена одна только судебная власть.

Иные усматриваютъ самопротиворѣчіе въ томъ, что, различивъ сначала три самостоятельныя, власти, онъ затѣмъ будто бы признаетъ ихъ только двѣ. Изъ трехъ властей, говоритъ

онъ, въ самомъ дѣлѣ, судебная нѣкоторымъ образомъ не существуетъ, и потому остаются только двѣ. Но уже раньше Монтескье объясняетъ, въ какомъ именно смыслѣ судебная власть не существуетъ: лишь въ томъ, что она не ввѣряется постоянной коллегіи, а присяжнымъ, назначаемымъ особо на каждое дѣло [1]).

Говорятъ также, что самостоятельности трехъ властей совершенно противорѣчитъ опредѣленіе законодательной власти, какъ общей воли, volonté générale. Однако изъ предыдущаго изложенія у Монтескье явствуетъ, что онъ придаетъ законодательной власти такое опредѣленіе не въ субъективномъ, а въ объективномъ смыслѣ. Законъ, въ глазахъ Монтескье, есть общая воля не въ томъ смыслѣ, чтобы это была воля вся, общая воля государства, подчиняющая себѣ и заключающая въ себѣ всякое частное проявленіе государственной воли, а въ томъ смыслѣ, что это воля, установляющая общія правила, воля, направленная на общее. Иначе онъ не могъ бы сказать, что еслибы правительство соединило исполнительную власть съ законодательной, оно могло бы опустошить государство своими общими велѣніями, volontés générales и уничтожить каждаго отдѣльнаго гражданина своими частными велѣніями. Уже изъ множественнаго числа „ses volontés générales“ видно, что общую и частную волю Монтескье различаетъ не по субъекту, а по объектамъ. Въ субъективномъ смыслѣ общая воля въ каждомъ государствѣ можетъ быть только одна [2]).

Монтескье видитъ особенность и преимущество англійской конституціи въ распредѣленіи функцій власти между тремя самостоятельными органами. Въ частности исполнительную

[1]) La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent.—*De cette façon* la puissance de juger... devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. И дальше сказано точно такъ же: la puissance de juger est *en quelque façon* nulle. Поэтому совершенно непонятно, какимъ образомъ *Ворошиловъ*, Критич. обзоръ ученія о раздѣленіи властей, 1872, стр. 46, выводитъ изъ этого будто, по словамъ Монтескье, „третьей власти можетъ и не быть“.

[2]) Il peut ravager l'état par ses volontés générales; il peut détruire chaque citoyen par ses volontés particulières.

власть онъ считаетъ принадлежащей монарху. Предоставленіе ея нѣсколькимъ лицамъ изъ среды законодательнаго собранія было бы несовмѣстно съ обезпеченіемъ свободы. Исполнительная власть должна также имѣть право вето: иначе законодательная власть стала бы деспотической. Законодательное собраніе могло бы тогда предоставить себѣ всю власть, и уничтожить всѣ другія власти. Между тѣмъ уже въ то время въ Англіи установился парламентарный порядокъ и король не пользовался болѣе своимъ правомъ вето. Можно ли изъ этого заключить, что Монтескье не понялъ существовавшаго въ дѣйствительности въ Англіи порядка государственнаго управленія?

Изображеніе англійской конституціи у Монтескье въ самомъ дѣлѣ не вполнѣ соотвѣтствуетъ дѣйствительности, но это несоотвѣтствіе не было безсознательнымъ. Въ концѣ VI главы XI книги прямо на это указано „Моей задачей, говоритъ онъ, не было изслѣдовать, пользуются ли дѣйствительно англичане этой свободой, или нѣтъ. Для меня было достаточно сказать, что она установлена ихъ законами“. А по закону, конечно, королю принадлежало право вето, и кабинетъ до сихъ поръ остается учрежденіемъ, непризнаннымъ прямо законодательствомъ.

Что отъ Монтескье не укрылось возроставшее могущество парламента и фактическое уничтоженіе права вето, это ясно показываютъ его Notes sur l'Angleterre. Въ нихъ вмѣстѣ съ тѣмъ можно найти и объясненіе, почему Монтескье излагаетъ англійскую конституцію такъ, какъ она опредѣлялась буквой закона, а не въ ея практической постановкѣ. Парламентарный порядокъ онъ считаетъ временнымъ, долженствующимъ привесть къ замѣнѣ монархіи республикой и притомъ республикой деспотической. Поэтому въ интересахъ обезпеченія свободы онъ считаетъ необходимымъ возстановленіе королевской власти въ ея прежней самостоятельности [1]).

[1]) Cependant les choses ne peuvent pas rester longtemps comme cela.—L'Angleterre est à présent le plus libre pays qui soit au monde, je n'en excepte aucune république;—mais, si la chambre basse devenait maîtresse,

И такъ, считая установившійся уже тогда парламентарный порядокъ управленія только временнымъ и переходнымъ, и притомъ представляющимъ серьезныя опасности для прочности свободы, Монтескье намѣренно изображаетъ не существовавшій на практикѣ порядокъ вещей, а такъ сказать, конституціонную теорію. Англійская конституція по его мнѣнію наиболѣе обезпечиваетъ свободу именно потому что въ ней законодательство, исполненіе, судъ распредѣлены между различными учрежденіями, а не соединены въ рукахъ одного учрежденія.

Политическая свобода заключается въ правѣ дѣлать все, что позволяютъ законы [1]); свободенъ тотъ, кто зависитъ только отъ закона [2]). Это возможно лишь при томъ условіи, если надѣленные властью не будутъ ею злоупотреблять. Но постоянный опытъ убѣждаетъ насъ, что всякій человѣкъ, надѣленный властью склоненъ ею злоупотреблять. Власть стремятся распространить, пока не встрѣтятъ ограниченія. Возможность злоупотребленія властью устранена будетъ лишь при томъ условіи, если одну власть будетъ сдерживать другая власть [3]).

Подобное сдерживаніе одной власти другою осуществляется, по мнѣнію Монтескье, когда, какъ въ Англіи, законодатель-

son pouvoir serait illimité, parce qu'elle aurait en même temps la puissance exècutive; au lieu qu'à présent le pouvoir illimité est dans le parlement et le roi, et la puissance exécutive dans le roi, dont la puissance est bornée. Il faut donc qu'un bon Anglais cherche à défendre la libérté également contre les attentats de la couronne et ceux de la chambre. (Oeuvres, 1835, p. 632.) Къ тому же М. считалъ сохраненіе королевской власти въ Англіи выгоднымъ для Франціи: Je crois qu'il est de l'intérêt de la France de maintenir le roi en Angleterre; car une république serait bien plus fatale: elle agirait par toutes ses forces, au lieu qu'avec un roi elle agit avec des forces divisées. (Ibidem).

[1]) l. XI, ch. III. La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent.

[2]) l. XI, ch. VI. Ils sont réellement libres, puisqu'ils ne sont sonmis qu'a la puissance de la loi.

[3]) l. XI, ch. IV. La liberté politique.—n'y est que lorsqu'on n'abuse pas des pouvoir; mais c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir; il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.

ство, судъ, исполненіе ввѣряются различнымъ учрежденіямъ. Однако, онъ вовсе не предполагаетъ абсолютнаго обособленія этихъ функцій. Напротивъ, онъ прямо считаетъ необходимымъ, чтобы правительство имѣло участіе и въ законодательствѣ; правда, только отрицательное: посредствомъ права вето [1]). Точно такъ же онъ считаетъ необходимымъ допустить въ трехъ случаяхъ изъятія изъ общаго начала отдѣленія судебной власти отъ законодательной. Во-первыхъ, перы должны быть судимы палатою перовъ. Во-вторыхъ, законодательному собранію должно принадлежать право помилованія. Въ-третьихъ, нижней палатѣ должно быть предоставлено право обвиненія совершающихъ преступленія противъ правъ народа.

Въ основу своего объясненія англійской конституціи Монтескье кладетъ два теоретическихъ начала: различіе трехъ функцій государственной власти и необходимость для обезпеченія законности распредѣленія ихъ между различными органами. Эти два начала не вытекаютъ вовсе одно изъ другого и другъ другомъ не обусловлены. Обезпеченіе свободы посредствомъ распредѣленія функцій властвованія между различными учрежденіями предполагаетъ только вообще существованіе нѣсколькихъ функцій власти, но не непремѣнно трехъ функцій: законодательства, суда, исполненія. Еслибы эта классификація оказалась несоотвѣтствующей дѣйствительности, еслибы поэтому ее пришлось замѣнить другою, это еще нисколько бы не доказывало несостоятельности мысли объ обезпеченіи свободы посредствомъ надлежащаго распредѣленія функцій власти.

Но какое же изъ этихъ двухъ началъ имѣетъ въ теоріи Монтескье основное значеніе? Разумѣется не различеніе законодательства, исполненія и суда, а начало распредѣленія функцій власти между отдѣльными учрежденіями.

Различеніе законодательства, суда, исполненія не было впервые выставлено Монтескье. Это старая классификація формъ государственной дѣятельности. Мы находимъ ее уже

[1]) Ch. VI. La puissance exécutrice, comme nous avons dit, *doit prendre part à la législation* par sa faculté d'empécher, sans quoi, elle sera bientôt dépouillée de ses prérogatives.

въ „Политикѣ“ Аристотеля. Какъ классификація она облегчала обозрѣніе различныхъ проявленій государственной дѣятельности — не болѣе. Ею дается только опредѣленная группировка явленій государственной жизни, но не ихъ объясненіе.

Монтескье не имѣлъ вовсе въ виду останавливаться на разработкѣ вопроса о классификаціи функцій государственной власти. Онъ беретъ уже готовую, общепринятую классификацію. Онъ не считаетъ поэтому нужнымъ подробно объяснять ее. Едва нѣсколько строкъ въ началѣ шестой главы — вотъ и все, что мы находимъ у него объ этомъ.

Вниманіе Монтескье обращено въ другую сторону. Его задача объяснить распредѣленіе функцій власти между различными органами, и объясненіе его заключается въ указаніи зависимости между распредѣленіемъ функцій власти и степенью обезпеченія свободы.

Идея необходимости распредѣленія отдѣльныхъ функцій власти между различными учрежденіями была впервые высказана Монтескье. Въ нѣмецкой литературѣ, правда, оспаривается первенство въ этомъ отношеніи Монтескье. Янзенъ [1]) старался даже доказать, будто бы вся теорія Монтескье есть только воспроизведеніе мыслей, высказанныхъ за 44 года до того Свифтомъ въ его „Discourse of the Contests and Discussions between the Nobles and Commons in Athens and Rome“ [2]). Но съ этимъ никакъ нельзя согласиться. Свифтъ даетъ лишь далеко не новое ученіе о смѣшанной формѣ правленія. Онъ различаетъ три власти, но вовсе не по различію функцій, какъ Монтескье, а по различію элементовъ, изъ которыхъ слагается государство. Поэтому онъ различаетъ, какъ три власти, монарха, аристократію и народъ. Это, конечно, со-

---

[1]) *Jannsen*, Harry. Montesquieu's Theorie von der Dreitheilung der Gewalten im Staate auf ihre Quelle zurückgeführt. 1878.

[2]) l. c., S. 26. Die Urheberschaft der ersten und völlig präcisen Theorie von der Dreitheilung der Gewalten, also des Constitutionalismus keinem Anderen zuerkannt werden darf, als allein und ausschliesslich Swift; andererseits: dass die Montesquieu'sche Aufstellung dieser Theorie, ihrem wesentlichsten Inhalte nach als eine Reproduction selbständiger Gedanken des englischen Autors zu betrachten sei.

всѣмъ не то, что различіе учрежденій, осуществляющихъ функціи законодательства, исполненія и суда. У Свифта судъ вовсе не выдѣляется какъ, особая власть.

Янзенъ придаетъ особенное значеніе тому, что Свифтъ сравниваетъ соотношеніе трехъ различаемыхъ имъ властей съ вѣсами (balance). Рука монарха держитъ вѣсы, а двѣ другія власти дѣйствуютъ каждая на одну изъ чашекъ. Нормальное положеніе государства предполагаетъ полное равновѣсіе властей (balance of power). Излагатели ученія Монтескье, дѣйствительно, очень часто говорятъ о *равновѣсіи* властей. Но у самого Монтескье этого выраженія не встрѣчается. Въ шестой главѣ XI книги нѣтъ ни слова ни о равновѣсіи, ни о уравновѣшиваніи. Только въ XVIII главѣ, о судебной власти въ Римѣ, говорится въ двухъ мѣстахъ, и то не о равновѣсіи, а объ уравновѣшиваніи властей [1]). Съ вѣсами взаимное соотношеніе властей Монтескье вовсе нигдѣ не сравниваетъ, да и понятію равновѣсія онъ, очевидно, не придавалъ вовсе особеннаго значенія.

Еслибы Монтескье у кого-либо заимствовалъ свою теорію, она явилась бы у него сразу въ готовомъ, законченномъ видѣ. Между тѣмъ мы уже видѣли какъ постепенно слагалась и назрѣвала у Монтескье мысль о надлежащемъ распредѣленіи функцій власти, какъ о средствѣ обезпеченія законности, еще до поѣздки его въ Англію. И если гдѣ можно найти слѣды вліянія Свифта то развѣ въ Considérations sur la grandeur des romains, гдѣ раздѣленіе власти еще не соединяется, какъ въ l'Esprit des lois, съ различіемъ функцій власти.

Все значеніе XI книги Духа законовъ, вся ея оригинальность заключается именно въ идеѣ обезпеченія свободы посредствомъ разспредѣленія отдѣльныхъ элементовъ власти между

---

[1]) Il est bon de faire remarquer ici la part que prenait le sénat dans la nomination du questeur, afin que l'on voie comment les puissances étaient à cet égard *balancées*.—A Rome, le peuple ayant la plus grande partie de la puissance législative, une partie de la puissance exécutrice et une partie de la puissance de juger, c'était un pouvoir qu'il fallait *balancer* par un autre.

различными учрежденіями [1]). Но идея эта въ послѣдующей литературѣ, примыкающей къ теоріи Монтескье, не нашла себѣ вовсе дальнѣйшаго развитія и разработки. И послѣдователи, и противники Монтескье одинаково остонавливаются собственно на принятой имъ классификаціи функцій властвованія. Сторонники Монтескье стараются найти общую раціональную основу этой классификаціи. Различіе законодательства, исполненія и суда, которое Монтескье принималъ только какъ эмпирическое обобщеніе, они выставляютъ какъ необходимое, вытекающее изъ самой сущности властвованія. Такъ Кантъ думалъ найти основаніе этого различенія въ трехъ частяхъ практическаго умозаключенія. Другіе находятъ принятое Монтескье различіе нелогичнымъ, неправильнымъ и замѣняютъ его другими, претендующими на такое же абсолютное значеніе. Исходя изъ различія общаго и частнаго, воли и дѣйствія, сводятъ три власти, различаемыя Монтескье, къ двумъ: законодательной и исполнительной, а судебную считаютъ лишь подраздѣленіемъ исполнительной. Такъ, только двѣ самостоятельныя власти признаютъ Роттекъ и Шмитгеннеръ. Б. Констанъ и Гегель сочли нужнымъ дополнить принятую у Монтескье классификацію еще особою умѣряющею и объединяющею властью, приписываемой ими королю.

Едва ли, однако, въ такихъ попыткахъ философскаго обоснованія принятой у Монтескье классификаціи функцій властвованія и въ такихъ ея передѣлкахъ можно видѣть дѣйствительное развитіе научной теоріи.

Такъ, прежде всего никакъ нельзя согласиться съ необходимостью соединенія во-едино исполнительной и судебной функцій. Уже послѣдовательный ходъ историческаго развитія государственной жизни говоритъ противъ такого признанія судебной власти лишь частной отраслью исполнительной. Судебная власть отдѣляется отъ исполнительной раньше чѣмъ, законодательная; такъ что съ генетической точки зрѣнія скорѣе законо-

[1]) *Janet*, Histoire de la science politique. 1872, II, p. 485. Ce qui lui appartient c'est d'avoir montré dans la séparation des pouvoirs la première garantie et dans leur distributions la vraie mesure de la liberté.

дательную и исполнительную можно разсматривать какъ развѣтвленія единой правительственной власти. Къ тому же разграниченіе функцій законодательства и исполненія проводится съ гораздо меньшею строгостью, чѣмъ разграниченіе судебной функціи отъ законодательной и исполнительной. Законодательная власть нерѣдко уполномочиваетъ исполнительную власть за нее осуществлять законодательныя фукціи, но никогда не даетъ такихъ полномочій суду.

Въ самомъ характерѣ функцій гораздо больше сходства между законодательной и исполнительной, нежели между исполнительной и судебной властью. Законодательство, какъ и исполненіе имѣетъ дѣло съ будущимъ. Они призваны созидать нѣчто новое, имѣютъ творческій характеръ. Судебная власть, напротивъ, имѣетъ дѣло съ прошлымъ. Ея дѣло не установлять новое право, а только охранять существующее. Характеръ судебной дѣятельности поэтому существенно консервативный. Затѣмъ, судъ руководится въ своей дѣятельности исключительно началами права, законодательство и исполненіе, напротивъ, главнымъ образомъ началами цѣлесообразности. Право для нихъ служитъ только внѣшней границей, но не началомъ, опредѣляющимъ внутреннее содержаніе ихъ дѣятельности.

Это различіе функцій отражается и на организаціи учрежденій, призванныхъ ихъ осуществлять. И въ организаціи учрежденій гораздо больше сходства между законодательными и исполнительными, чѣмъ между исполнительными и судебными. Въ основу организаціи судебныхъ установленій кладется начало ихъ независимости, и притомъ какъ отъ правительства, такъ и отъ общества, потому что только при этомъ условіи судъ можетъ въ своей дѣятельности руководствоваться исключительно началами права. Законодательныя и исполнительныя учрежденія организуются такъ, что являются зависимыми. Народное представительсто и организація самоуправленія установляютъ зависимость отъ общества. Министерская отвѣтственность установляетъ зависимость исполненія отъ законодательства. Наконецъ, вся организація административныхъ

учрежденій построена на внутренней іерархической зависимоости отдѣльныхъ органовъ, такъ что низшій дѣйствуетъ по прямымъ указаніямъ высшихъ. Судебныя же установленія всѣ, даже самыя низшія, постановляютъ свои рѣшенія совершенно самостоятельно, ничьимъ указаніямъ не подчиняясь.

Особенности судебной дѣятельности такъ характерны, что привели къ выдѣленію особой науки, имѣющей своимъ предметомъ судоустройство и судопроизводство. Напротивъ, изученіе организаціи законодательной и исполнительной власти никогда и нигдѣ не выдѣляются въ особыя науки и всегда изучаются совмѣстно, составляя содержаніе одной и той же науки государственнаго права.

Дополненіе принятой Монтескье классификаціи особою умѣряющею и объединяющею властью, приводитъ собственно къ совершенному отрицанію основной идеи Монтескье: умѣренія властвованія посредствомъ распредѣленія отдѣльныхъ его функцій между различными учрежденіями. Монтескье утверждаетъ, что именно такое распредѣленіе оказываетъ умѣряющее дѣйствіе и даетъ въ результатѣ гармонію. Если это такъ, существованію особой умѣряющей и объединяющей функціи не можетъ быть мѣста. Гармоничность и умѣренность властвованія по ученію Монтескье, достигается только надлежащимъ распредѣленіемъ отдѣльныхъ функцій властвованія. Поэтому и рѣшеніе вопроса о томъ, возможно ли существованіе особой объединяющей и умѣряющей функціи властвованія, всецѣло зависитъ отъ того, вѣрна основная идея Монтескье или нѣтъ. Между тѣмъ, какъ я уже говорилъ, именно вопросъ объ обезпеченіи свободы надлежащимъ распредѣленіемъ функцій властвованія послѣ Монтескье вовсе не подвергался дальнѣйшей разработкѣ и выясненію.

Самъ Монтескье выразилъ эту идею не въ общей, а въ частной формѣ. Отправляясь отъ установившейся изстари троичной классификаціи функцій властвованія, онъ говоритъ, что свобода обезпечивается обособленіемъ именно *этихъ* и *только* этихъ трехъ функцій. А послѣдователи Монтескье еще усилили эту связь его идеи съ данной классификаціей

функцій властвованія, пытаясь философски обосновать ее какъ нѣчто необходимое, безусловное, всегда и вездѣ существующее.

Эти попытки должны быть признаны въ корнѣ своемъ ошибочными. Элементы государственнаго властвованія не могутъ быть сведены къ какой бы то ни было абсолютной, неподвижной схемѣ. Элементы властвованія, его функціи образуются и развиваются вмѣстѣ съ развитіемъ государственной жизни. Они представляютъ собою не логическое расчлененіе отвлеченнаго понятія власти, а постепенную дифференціацію государственнаго властвованія, какъ конкретнаго явленія. Три власти которыя различаетъ Монтескье, не составляютъ необходимой принадлежности каждаго государства. Когда юридическій бытъ опредѣлялся всецѣло обычаемъ, законодательства вовсе не было. Эта функція вовсе не осуществлялась тогда государствомъ. Она является лишь со временемъ, какъ слѣдствіе большаго развитія государственной жизни. Но, конечно и на такомъ обособленіи трехъ функцій развитіе государственной жизни не остановливается. Чѣмъ шире разростается дѣятельность государства, чѣмъ сложнѣе становятся его задачи, тѣмъ разнообразнѣе оказываются и формы властвованія, его элементы, функціи. Было время, когда государственное властвованіе вовсе не выражалось въ установленіи общихъ правилъ; теперь государство установляетъ ихъ не въ одной только формѣ, а во многихъ разнообразныхъ: въ конституціяхъ, законахъ, указахъ.

Если съ развитіемъ государственной жизни развиваются и усложняются и самыя функціи государственнаго властвованія, то, конечно, нельзя связывать обезпеченія свободы и законности съ распредѣленіемъ лишь трехъ опредѣленныхъ функцій власти. Свобода обезпечивается надлежащимъ распредѣленіемъ не тѣхъ или другихъ опредѣленныхъ функцій властвованія, а вообще распредѣленіемъ между различными учрежденіями отдѣльныхъ функцій власти, какъ бы онѣ не развѣтвлялись въ каждый данный моментъ историческаго развитія государства.

Не въ частныхъ поправкахъ, а именно въ такомъ обобщеніи нуждается теорія Монтескье, чтобы стать теоріей,

дѣйствительно объясняющей все пестрое разнообразіе формъ распредѣленія функцій властвованія между различными учрежденіями.

3.

Не слѣдуетъ, однако, какъ это дѣлаютъ иные, сводить раздѣленіе властей, какъ къ его общему основанію, къ принципу раздѣленія труда. Два эти начала — раздѣленіе властей и раздѣленіе труда—не только не могутъ быть отождествляемы, но даже стоятъ другъ другу въ извѣстномъ антогонизмѣ. Раздѣленіе труда, обусловливая собою спеціализацію функцій, приводитъ къ зависимости. Раздѣленіе властей, напротивъ, обезпечиваетъ свободу, именно потому, что оно выражаетъ собою вовсе не спеціализацію, а совмѣстность властвованія.

И дѣло государственнаго управленія составляетъ конечно трудъ. И къ нему, поэтому, примѣнимы общія условія всякаго труда. Примѣнимо къ нему и сотрудничество, въ частности и сложное сотрудничество или раздѣленіе труда. Но примѣненіе къ государственному управленію начала раздѣленія труда выражается не въ раздѣленіи властей, а въ совершенно иного рода явленіяхъ, заключающихся именно въ спеціализаціи государственной дѣятельности. Такой характеръ имѣетъ, напримѣръ, распредѣленіе отдѣльныхъ задачъ администраціи между различными министерствами, вѣдающими каждое свою спеціальную отрасль управленія; распредѣленіе, далѣе, дѣлъ между отдѣльными департаментами въ каждомъ министерствѣ; устройство спеціальныхъ судовъ торговыхъ, призовыхъ, духовныхъ, военныхъ, морскихъ; обособленіе въ составѣ общихъ судовъ уголовныхъ, гражданскихъ, вексельныхъ, вотчинныхъ отдѣленій и т. д. Все это несомнѣнно явленія спеціализаціи, раздѣленія труда, но къ раздѣленію властей они никакого отношенія не имѣютъ. Какъ бы ни увеличивалось въ государствѣ число отдѣльныхъ министерствъ или спеціальныхъ судебныхъ установленій, раздѣленіе властей въ силу этого не можетъ установиться. И наоборотъ, раздѣленіе властей будетъ

существовать, хотя бы всѣ разнообразныя дѣла управленія вѣдались въ одномъ министерствѣ, и всѣ судебныя дѣла рѣшались однимъ и тѣмъ же судомъ, если только управленіе будетъ обособлено отъ суда. А между тѣмъ, спеціализаціи государственной дѣятельности при такихъ условіяхъ совсѣмъ не будетъ.

Существенная разнородность раздѣленія властей и раздѣленія труда обнаружится точно также, если мы представимъ себѣ, что къ какой нибудь фабрикѣ, съ широко развитымъ раздѣленіемъ труда, будетъ примѣнена и система раздѣленія властей. Спеціализація занятій работающихъ на фабрикѣ отъ этого не возрастетъ, а умалится. Слѣдовательно, раздѣленіемъ властей будетъ созданъ противовѣсъ раздѣленію труда. Въ самомъ дѣлѣ, еслибы къ управленію фабрики примѣнить систему раздѣленія властей, это привело бы къ тому, что отдѣльные рабочіе, сверхъ своей спеціальной работы, получили бы участіе и во всѣхъ другихъ дѣлахъ фабрики, какъ члены фабричнаго парламента, какъ присяжные фабричнаго суда. Сфера дѣятельности каждаго фабричнаго такимъ образомъ не съузилась бы, а расширилась.

Дѣло въ томъ, что раздѣленіе властей предполагаетъ обособленіе не разнородныхъ дѣлъ государственнаго управленія, а общихъ элементовъ, присущихъ каждому такому дѣлу и потому приводитъ не къ спеціализаціи, не къ тому, что каждый вѣдаетъ только свое спеціальное дѣло, а къ тому, напротивъ, что въ каждомъ дѣлѣ, такъ или иначе, участвуютъ многіе. Такъ раздѣленіе законодательства, суда, управленія вовсе не приводитъ къ спеціализаціи, а къ тому, напротивъ, что въ разрѣшеніи каждой задачи государственной дѣятельности участвуютъ органы и законодательства, и управленія, и суда. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь *предметы* дѣятельности всѣхъ этихъ органовъ одни и тѣ же. Нѣтъ такого государственнаго, дѣла которое не требовало бы и нормировки его закономъ, и осуществленія его административными мѣрами и разрѣшенія связанныхъ съ нимъ юридическихъ вопросовъ—судомъ. Какое бы дѣло мы ни взяли, военное, дорожное, учебное, санитарное, горное

и т. п., каждое изъ нихъ одинаково служитъ предметомъ и законодательной, и административной, и судебной дѣятельности. Административныя учрежденія, вѣдающія этими дѣлами, обязаны дѣйствовать согласно съ постановленіями закона, а въ случаѣ столкновенія ихъ съ правами частныхъ лицъ, возникающіе споры о правѣ рѣшаются судомъ. Поэтому съ каждой изъ задачъ управленія имѣетъ дѣло не только администрація, но и законодательство, и судъ.

Раздѣленіе труда установляется ради экономіи силы, для увеличенія производительности работы. Спеціализируя свою дѣятельность, человѣкъ дѣлается болѣе зависимымъ отъ другихъ, но зато производитъ больше, работаетъ скорѣе. Раздѣленіе властей не даетъ подобной экономіи силы. Напротивъ, осложняя осуществленіе каждой отдѣльной задачи государственнаго управленія участіемъ въ немъ нѣсколькихъ органовъ, оно замедляетъ дѣятельность государственныхъ учрежденій, дѣлаетъ необходимой на одно и то же дѣло сравнительно большую затрату личныхъ силъ. Еслибы одно и то же учрежденіе, вѣдающее данное дѣло, само установляло для него и общія правила, и примѣняло ихъ къ частнымъ случаямъ, и разрѣшало спорные вопросы, дѣло дѣлалось бы проще, скорѣе, съ меньшей затратой силъ. Раздѣленіе властей не даетъ этихъ выгодъ, но зато, приводя къ сдерживанію власти властью, обезпечиваетъ тѣмъ самымъ бо́льшую свободу гражданъ.

Такимъ образомъ раздѣленіе труда и раздѣленіе властей даютъ во всѣхъ отношеніяхъ прямо противоположные результаты. Это, очевидно, два совершенно разнородныхъ начала и раздѣленіе властей не можетъ быть подведено подъ общее понятіе раздѣленія труда

4.

Основное начало теоріи Монтескье, что для обезпеченія свободы въ государствѣ необходимо взаимное сдерживаніе органовъ власти, не можетъ быть сведено къ общему началу раздѣленія труда. Начало раздѣленія властей есть совершенно

особенное самостоятельное начало, рѣзко отличающееся отъ принципа раздѣленія труда. Но все-таки высказанное Монтескье положеніе требуетъ бо̀льшаго обобщенія. Въ той частной формѣ, какъ его выразилъ самъ Монтескье, оно не можетъ объяснить всѣхъ соотвѣтствующихъ явленій государственной жизни.

Монтескье представляетъ дѣло такъ, будто взаимное сдерживаніе органовъ власти возможно только при распредѣленіи между ними различныхъ функцій власти и при томъ именно только трехъ опредѣленныхъ функцій, законодательства, исполненія, суда. Между тѣмъ ни съ тѣмъ, ни съ другимъ нельзя согласиться.

Нельзя прежде всего признать, чтобы взаимное сдерживаніе органовъ власти, обезпечивающее въ государствѣ свободу, установлялось только при распредѣленіи между ними различныхъ функцій власти.

Почему, въ самомъ дѣлѣ, взаимное сдерживаніе органовъ власти обезпечиваетъ свободу? Потому, говоритъ Монтескье, что каждый имѣющій власть склоненъ ею злоупотреблять: для того, чтобы нельзя было злоупотреблять властью, надо чтобы власть сдерживала власть [1]). Но злоупотребленіе властью состоитъ, конечно, въ томъ, что органъ власти осуществляетъ предоставленную ему функцію власти не въ интересахъ государственнаго порядка, а въ своемъ личномъ интересѣ. При такомъ осуществленіи функцій власти зависимость отъ государства превращается въ личную зависимость отъ органовъ власти и этимъ, конечно, нарушается свобода гражданъ, такъ какъ они оказываются зависимыми уже не отъ объективныхъ условій общественной жизни, приводящихъ къ зависимости человѣка отъ государства, а отъ субъективнаго произвола отдѣльныхъ органовъ власти, эксплоатирующихъ дѣйствіе государственной власти въ своемъ личномъ интересѣ.

Нельзя безусловно устранить возможность такихъ зло-

[1]) Livre XI, ch. IV. Tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.—Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que le pouvoir arrête le pouvoir.

употребленій. Осуществленіе функцій государственной власти невозможно иначе, какъ чрезъ посредство органовъ, составленныхъ изъ людей, никогда не чуждыхъ своихъ личныхъ страстей, интересовъ, стремленій. Поэтому всегда возможно въ дѣятельности органовъ власти столкновеніе личныхъ интересовъ съ общими интересами государственнаго порядка и всегда имѣется опасность, что личные интересы, какъ болѣе близкіе, болѣе живые, болѣе непосредственно вліяющіе на людей, возобладаютъ надъ государственными, какъ болѣе отдаленными и отвлеченными. Измѣнить человѣческую природу, искоренить изъ человѣческой души личные страсти и интересы, конечно, невозможно. Обезпеченія общихъ государственныхъ интересовъ приходится поэтому искать въ такой организаціи государственнаго управленія, чтобы разнообразныя и противорѣчивыя личныя стремленія людей сами парализовали другъ друга. Эта цѣль можетъ быть достигнута, если осуществленіе функцій власти будетъ ввѣрено не одному лицу, а многимъ совмѣстно, такъ чтобы ни одинъ значительный актъ властвованія не зависѣлъ исключительно отъ чьей-нибудь индивидуальной личной воли. У разныхъ лицъ личные интересы обыкновенно различны и потому, стремясь каждый къ осуществленію своего особаго личнаго интереса, они будутъ противодѣйствовать другъ другу и тѣмъ ослаблять вліяніе односторонніхъ личныхъ интересовъ, которые будутъ, въ силу ихъ противорѣчія, какъ бы взаимно уничтожаться. Общіе же государственные интересы будутъ одинаковы у всѣхъ и потому въ совмѣстной дѣятельности многихъ они не парализуются, а напротивъ, освобождаются отъ противодѣйствія взаимно уничтожившихся личныхъ интересовъ, получаютъ тѣмъ большее вліяніе.

Но такой результатъ достигается не только при осуществленіи различными органами различныхъ функцій власти, но точно также и при осуществленіи различными органами совмѣстно одной и той же функціи. Сдерживаютъ другъ друга не только законодательные, правительственные и судебные органы, но точно также и два римскихъ консула, надѣленныхъ совершенно одинаковыми полномочіями власти. Каждый

изъ нихъ, именно въ силу того, что оба они были надѣлены одинаковою, равною властью, могъ остановить дѣйствія и распоряженія другого. Слѣдовательно, хотя оба консула выполняли одну и ту же функцію, между ними существовало раздѣленіе власти, приводившее къ ихъ взаимному сдерживанію другъ друга.

Эта форма раздѣленія полномочій власти получила особенное развитіе и особенно яркое выраженіе именно въ римскомъ институтѣ коллегіальности магистратуры [1]). Осуществленіе опредѣленной функціи власти ввѣряется совмѣстно нѣсколькимъ лицамъ такъ, что каждый имѣетъ равную съ другими власть. Каждый можетъ отдѣльно, безъ содѣйствія другихъ, совершать всѣ акты власти, входящіе въ сферу компетенціи данной магистратуры и вмѣстѣ съ тѣмъ каждый можетъ остановить, обезсилить своей интерцессіей дѣйствія другого.

Но такой же въ сущности характеръ имѣетъ и соотношеніе въ современныхъ конституціонныхъ государствахъ двухъ палатъ парламента, съ тѣмъ только отличіемъ, что постановленіе одной палаты ни въ какомъ случаѣ само по себѣ недостаточно, а требуется непремѣнно согласное постановленіе обѣихъ палатъ. Еще ближе къ римскому институту коллегіальности подходитъ соотношеніе короля и народнаго представительства въ тѣхъ монархіяхъ, гдѣ за королемъ конституціей признано право издавать указы, имѣющіе силу закона, съ предоставленіемъ не суду, а только парламенту права разрѣшать вопросъ о законности такихъ указовъ. Таково. напр., положеніе въ Пруссіи. По общему правилу, законъ тамъ можетъ быть изданъ только по соглашенію короля и ландтага. Но въ случаѣ необходимости король и безъ ландтага можетъ

---

[1]) *Mommsen*, Abriss des römischen Staatsrechts. 1893, S. 117. Die magistratische und sacerdotale Collegialität des römischen Rechts—durchaus verschieden von dem heute unter diesem Namen gehenden Begriff—bezeichnet den an sich einheitlichen, aber mehreren Personen gleichmässig ertheilten staatlichen Auftrag. Wie *legatus* der Träger der *lex* ist, der staatliche Auftragnehmer, so sind *conlegae* die staatlichen Sammtmandatare. См. также *Herzog*, Geschichte und System der römischen Staatsverfassung. I, 1884, S. 595 und ff.

издавать указы, имѣющіе силу, равную съ законами. Разъ такой указъ надлежащимъ образомъ обнародованъ, онъ имѣетъ безусловную силу даже и для судовъ и только ландтагъ можетъ лишить этотъ указъ обязательной силы. Если же ландтагъ не вступится, указъ будетъ дѣйствовать наравнѣ съ законами.

Въ приведенныхъ примѣрахъ одна и та же функція осуществляется нѣсколькими органами совмѣстно такъ, что всѣ совмѣстно властвующіе органы пользуются одинаковой, равной властью. Между ними нѣтъ соподчиненія. Но бываетъ и такъ, что различные органы, осуществляющіе совмѣстно одну и ту же функцію, находятся другъ къ другу въ отношеніи соподчиненія. Такой характеръ имѣетъ соотношеніе соподчиненныхъ другъ другу инстанцій, осуществляющихъ одну и ту же функцію власти. И тутъ имѣется совмѣстное осуществленіе одной и той же функціи многими органами, но съ тою особенностью, что только высшія инстанціи могутъ остановить дѣйствія низшихъ, а не наоборотъ, и что дѣятельность инстанціи не одновременная, а послѣдовательная. Но, конечно, и различныя инстанціи, надѣленныя различной степенью власти, но одинаковой компетенціей, сдерживаютъ другъ друга въ своей дѣятельности.

Такимъ образомъ взаимное сдерживаніе отдѣльныхъ органовъ власти получается не только при осуществленіи различныхъ функцій власти различными органами, но точно также и при совмѣстномъ осуществленіи одной и той же функціи нѣсколькими органами. Однако и этимъ еще не исчерпываются возможные способы установить взаимное сдерживаніе тѣхъ воль, которыми опредѣляется и направляется дѣйствіе государственной власти.

Органы власти обыкновенно представляются учрежденіями, состоящими изъ нѣсколькихъ личностей. Даже при единоличной организаціи учрежденій обыкновенно только собственно рѣшающая власть принадлежитъ одному лицу, обставленному однако болѣе или менѣе значительнымъ числомъ другихъ, содѣйствующихъ ему въ осуществленіи его функцій. Рѣшающему органу содѣйствуютъ совѣщательные, докладывающіе,

исполняющіе органы, состоящіе всегда изъ нѣсколькихъ лицъ [1]). Степень вліянія каждаго отдѣльнаго лица на дѣятельность учрежденія опредѣляется какъ его устройствомъ, напр., коллегіальнымъ или единоличнымъ, такъ и порядкомъ дѣлопроизводства. Вліяніе отдѣльныхъ членовъ коллегіи мѣняется, напримѣръ, въ зависимости отъ того, какъ рѣшаются дѣла: единогласно или по большинству голосовъ, относительнымъ большинствомъ или абсолютнымъ, простымъ или квалифицированнымъ, открытымъ голосованіемъ или тайной баллотировкой. При одномъ и томъ же составѣ коллегіи могутъ получиться неодинаковыя рѣшенія, если будетъ примѣненъ различный порядокъ дѣлопроизводства. Точно также и различныя формы участія различныхъ содѣйствующихъ органовъ, совѣщательныхъ и докладывающихъ, не могутъ не вліять въ извѣстной степени на характеръ рѣшенія, постановляемаго рѣшающимъ органомъ. Такъ, хотя, напр., у насъ всѣ дѣла верховнаго управленія разрѣшаются властью монарха, но все-таки на дѣлѣ имѣетъ большое значеніе, какъ дѣло будетъ направлено: чрезъ государственный совѣтъ, чрезъ комитетъ министровъ, или личнымъ докладомъ отдѣльнаго министра. Характеръ рѣшенія въ значительной степени опредѣляется тѣмъ, въ какомъ освѣщеніи дѣло будетъ представлено содѣйствующими органами.

Итакъ, когда въ одномъ и томъ же учрежденіи примѣняются различныя формы дѣлопроизводства, рѣшенія получаются въ зависимости отъ того не одинаковыя. Искусственно образуемая воля учрежденія какъ-бы дробится. У одного и того учрежденія, но дѣйствующаго различнымъ порядкомъ, получается т. ск. нѣсколько различныхъ воль. И явленіе это объясняется, конечно, тѣмъ, что при различныхъ формахъ дѣлопроизводства преобладающее вліяніе на рѣшеніе получаютъ то тѣ, то другія лица, входящія въ составъ учрежденія и имѣющія различные убѣжденія и интересы. Поэтому, когда различные вопросы, входящіе въ кругъ компетенціи даннаго

[1]) См. объ этомъ *мое* Русское государственное право, т. I, стр. 270.

учрежденія, разрѣшаются ими различнымъ порядкомъ, этимъ также установляется своего рода взаимное сдерживаніе различныхъ воль, взаимодѣйствіемъ которыхъ опредѣляется дѣятельность учрежденія. Тутъ получается также своего рода раздѣленіе полномочій власти, но уже не между различными учрежденіями, а въ одномъ и томъ же органѣ, между различными порядками его дѣятельности.

Подобнаго рода раздѣленіе полномочій власти въ одномъ и томъ же органѣ, приводящее, однако, также къ взаимному сдерживанію, имѣется, напримѣръ, въ тѣхъ случаяхъ, когда изданіе и конституціонныхъ, и обыкновенныхъ законовъ ввѣряется одному и тому же законодательному учрежденію, но только различнымъ порядкомъ. Полнотѣ законодательной власти парламента тутъ не установляется ограниченій, изданіе конституціонныхъ законовъ не обособляется какъ функція другого органа власти. Но все-таки измѣненіе конституціонныхъ законовъ этимъ затрудняется и тѣмъ самымъ установляется извѣстная сдержка законодательной дѣятельности парламента.

Такой же характеръ имѣютъ и тѣ случаи, когда въ абсолютной монархіи для изданія законовъ установляется особый порядокъ, отличающійся отъ того, какъ издаются другія высочайшія повелѣнія. Абсолютный монархъ обладаетъ такою же полнотою власти, какъ и парламентъ, надѣленный и учредительной властью. Но разъ силу закона получаютъ лишь тѣ повелѣнія монарха, которыя изданы особо опредѣленнымъ для того порядкомъ, это все-таки вноситъ въ осуществленіе его власти нѣкоторую внутреннюю сдержку, обезпечивая нѣкоторое вліяніе на изданіе законовъ, напр., того совѣщательнаго учрежденія, мнѣніе котораго должно быть предварительно выслушано по каждому законодательному вопросу.

Другимъ примѣромъ подобнаго рода можетъ служить осуществленіе однимъ и тѣмъ же учрежденіемъ, но въ различныхъ формахъ, законодательныхъ и судебныхъ функцій. Въ этомъ отношеніи особенно поучителенъ порядокъ, существующій въ Англіи. Тамъ парламентъ можетъ осуществлять свою судебную власть надъ министрами въ двоякой формѣ: или въ той са-

мой формѣ, какъ издаются законы—bill of pen and penalties или въ формѣ особой судебной процедуры — impeachement, когда палата общинъ является обвинителемъ, а палата лордовъ постановляетъ приговоръ. Вторая изъ этихъ формъ, безъ сомнѣнія, гораздо больше обезпечиваетъ интересы подсудимаго и вмѣстѣ съ тѣмъ, пользуясь ею, парламентъ дѣйствуетъ не такъ свободно, не съ такой полнотой власти. Такъ какъ это особая форма процедуры, въ которой не могутъ быть издаваемы законы, то при impeachement парламентъ связанъ самимъ имъ изданными законами. Въ формѣ impeachement приговоръ можетъ состояться только согласно уже раньше изданнымъ законамъ. Bill of pen and penalties имѣетъ форму закона и потому при примѣненіи этой формы обвиненія министровъ парламентъ не связанъ существующими законами; онъ можетъ ихъ самимъ этимъ актомъ измѣнить ad hoc.

Итакъ, взаимное сдерживаніе воль, участвующихъ въ распоряженіи государственной власти, можетъ быть установлено не однимъ только способомъ—раздѣленіемъ различныхъ функцій власти между различными органами, а тремя способами: раздѣленіемъ отдѣльныхъ функцій между различными органами, совмѣстнымъ осуществленіемъ одной и той же функціи нѣсколькими органами и осуществленіемъ различныхъ функцій однимъ органомъ, но различнымъ порядкомъ.

Такъ какъ во всѣхъ этихъ случаяхъ взаимное сдерживаніе получается вслѣдствіе той или другой формы совмѣстнаго участія въ осуществленіи актовъ властвованія нѣсколькихъ различныхъ воль, то всѣ эти случаи можно подвести подъ одно общее понятіе совмѣстности властвованія. Взаимное сдерживаніе въ актахъ властвованія достигается посредствомъ совмѣстности властвованія, осуществляемой въ трехъ указанныхъ формахъ.

Различныя формы совмѣстности властвованія не съ одинаковой силой установляютъ взаимное сдерживаніе воль, распоряжающихся государственною властью. Съ наибольшей силой такое сдерживаніе проявляется при совмѣстномъ осуществленіи нѣсколькими органами одной и той же функціи. При

этомъ каждый изъ органовъ обладаетъ совершенно одинаковыми полномочіями власти и потому каждый актъ одного изъ нихъ можетъ быть задержанъ другимъ. Когда различныя функціи осуществляются различными органами, взаимное ихъ сдерживаніе принимаетъ менѣе нрямой характеръ. Полномочія другъ друга сдерживающихъ органовъ тутъ уже не одни и тѣ же, а разнородныя. Каждый изъ органовъ въ осуществленіи своей функціи является вполнѣ самостоятельнымъ, свободнымъ и взаимное ихъ сдерживаніе установляется не прямо, а косвенно, въ зависимости отъ того, насколько осуществленіе распредѣленныхъ между ними отдѣльныхъ функцій власти другъ другомъ обусловленно. Такъ, напримѣръ, при отдѣленіи законодательной власти отъ исполнительной, исполнительная власть въ своей дѣятельности лишь на столько сдерживается законодательной властью, на сколько самое исполненіе обусловленно законодательствомъ. Въ осуществленіи своихъ дискреціонныхъ полномочій исполнительная власть свободна отъ такой сдержки. Еще болѣе мягкую форму принимаетъ взаимное сдерживаніе, когда однимъ и тѣмъ же органомъ различныя функціи осуществляются различнымъ порядкомъ. Въ этомъ случаѣ взаимное сдерживаніе получаетъ характеръ не противупоставленія другъ другу вполнѣ самостоятельныхъ воль, а только взаимнаго ихъ вліянія, при чемъ воли эти могутъ, какъ напримѣръ при соотношеніи рѣшающихъ и содѣйствующихъ органовъ, и не быть равноправными, а находиться въ отношеніи соподчиненія.

Указанныя три формы совмѣстности властвованія могутъ быть и соединяемы одна съ другой, образуя разнообразныя комбинаціи, и порождая тѣмъ бо́льшую пестроту въ функціяхъ отдѣльныхъ органовъ. Обособленныя функціи власти могутъ быть самыми разнообразными способами распредѣляемы между различными органами, такъ что у одного и того же органа могутъ оказаться весьма разнородныя функціи. Это противорѣчитъ спеціализаціи дѣятельности отдѣльныхъ органовъ, но не ослабляетъ вовсе ихъ взаимнаго сдерживанія. Мы показали ужъ, что совмѣстность властвованія есть начало

прямо противоположное раздѣленію труда. Поэтому она вовсе не предполагаетъ непремѣнно спеціализаціи функцій органовъ власти, такъ чтобы каждый отдѣльный органъ осуществлялъ только строго однородныя функціи. Сложная совмѣстность предполагаетъ лишь расчлененіе отдѣльныхъ актовъ властвованія на ихъ составные элементы и осуществленіе различныхъ элементовъ одного и того же акта властвованія непремѣнно различными органами, такъ чтобы они сдерживали другъ друга. Но при этомъ возможно, что одинъ и тотъ же органъ будетъ въ различныхъ случаяхъ выполнять совершенно разнородныя функціи. Если, напр., законодательный органъ, кромѣ изданія законовъ, пользуется правомъ утвержденія бюджета и привлеченія министровъ къ отвѣтственности, функціи его, конечно, дѣлаются менѣе однородными, спеціализація ослабляется, но случаи проявленія взаимнаго сдерживанія отдѣльныхъ органовъ власти умножаются, такъ какъ въ бо́льшемъ числѣ вопросовъ требуется при этомъ согласіе исполнительной и законодательной власти. Такое же значеніе имѣетъ и участіе, напр., главы исполнительной власти въ законодательствѣ, посредствомъ осуществленія права вето. Его функціи становятся отъ того менѣе однородными, но возможность взаимнаго сдерживанія законодательнаго и исполнительнаго органа расширяется.

Такимъ образомъ при возведеніи начала раздѣленія властей къ болѣе общему началу совмѣстности властвованія, явленія дѣйствительной политической жизни, несогласимыя съ раздѣленіемъ властей, противорѣчащія ему, оказываются вполнѣ объяснимыми обобщеннымъ началомъ совмѣстности властвованія.

Нѣтъ ни одного государства, гдѣ бы законодательство, исполненіе, судъ были строго обособлены другъ отъ друга. И въ тѣхъ государствахъ, конституціи которыхъ провозглашаютъ безусловное раздѣленіе властей, на дѣлѣ оно не могло осуществиться. Исполнительная власть вездѣ не только исполняетъ законы, но и сама установляетъ общія правила, не исключая и юридическихъ нормъ, осуществляетъ и нѣкоторыя судебныя функціи. Законодательныя учрежденія издаютъ не

одни законы въ матеріальномъ смыслѣ, а также и административныя распоряженія, только облеченныя въ форму законодательныхъ актовъ, и, кромѣ того, пользуются всегда и нѣкоторой долей судебной власти. Все это находится въ прямомъ противорѣчіи съ принципомъ обособленія трехъ властей. Но общее начало совмѣстности властвованія объясняетъ собою и эти явленія, какъ частные случаи разнообразныхъ проявленій совмѣстности властвованія.

Съ этой точки зрѣнія находитъ себѣ въ частности объясненіе и установленіе общихъ правилъ въ двухъ различныхъ формахъ: въ формѣ законовъ и въ формѣ указовъ.

Разъ государственная власть не есть единая, надо всѣмъ въ государствѣ господствующая воля, а представляетъ собою силу, которой распоряжаются многія различныя воли, нѣтъ необходимости, чтобы общія правила, опредѣляющія государственную дѣятельность, установлялись непремѣнно однимъ органомъ, одною волею. Напротивъ, совершенно понятно, что всѣ органы, осуществляющіе различныя функціи власти, для однородныхъ случаевъ, повторяющихся въ ихъ дѣятельности, вырабатываютъ опредѣленныя общія правила. И такъ какъ раздѣленіе властвованія не тождественно съ раздѣленіемъ труда, не предполагаетъ непремѣнно спеціализаціи функцій, то ему нисколько не противорѣчитъ осуществленіе однимъ и тѣмъ же органомъ разнородныхъ функцій. Слѣдовательно, и съ функціей примѣненія общихъ правилъ можетъ быть соединено и самостоятельное установленіе ихъ. Такое соединеніе не будетъ противорѣчить началу совсмѣстности властвованія, если только общія правила, издаваемыя различными органами или въ различныхъ формахъ, законы и указы, будутъ постановлены въ тѣ же другъ къ другу соотношенія, что одни другими будутъ сдерживаться, ограничиваться. А такое соотношеніе законовъ и указовъ установится, конечно, тогда, если указы будутъ имѣть обязательную силу только подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ. Указная дѣятельность правительства будетъ тогда сдерживаема и ограничиваема постановленіями законодательства. Въ этихъ условіяхъ установленіе общихъ правилъ и

законами, и указами не только не нарушитъ принципа раздѣленія властей, а даже представитъ собою дальнѣйшее его развитіе. Въ самомъ дѣлѣ, при установленіи общихъ правилъ въ различныхъ формахъ, обусловливающихъ и различную силу этихъ правилъ, взаимное сдерживаніе получится не только въ соотношеніи актовъ изданія правилъ и ихъ примѣненія, но и между самими актами установленія правилъ различныхъ категорій. Органы, конкуррирующіе въ изданіи общихъ правилъ, и сами будутъ другъ друга сдерживать и ограничивать.

Обыкновенно, какъ единственное основаніе существованія такой конкуррирующей компетенціи законодательной и исполнительной власти по изданію общихъ правилъ, выставляютъ невозможность немедленнаго изданія закона тотчасъ, какъ въ немъ является практическая надобность. Законодательное собраніе можетъ въ данный моментъ не засѣдать, между нимъ и правительствомъ, или и между самими палатами парламента, можетъ не состояться соглашенія. При такихъ условіяхъ изданіе закона окажется невозможнымъ. А между тѣмъ выдвинутый текущею жизнью вопросъ можетъ настоятельно требовать немедленнаго рѣшенія, не допускать отсрочки.

Однако въ дѣйствительности затруднительность немедленнаго изданія законовъ, какъ только въ нихъ является потребность, не составляетъ вовсе не только единственнаго, но даже и главнаго основанія существованія на ряду съ законами и указовъ. Оно не имѣетъ даже общаго значенія, а примѣнимо только къ государствамъ конституціоннымъ. Въ неограниченной монархіи, гдѣ законодательная власть принадлежитъ единолично монарху, не можетъ быть такихъ задержекъ и затрудненій въ изданіи закона. Поэтому, еслибы указанное основаніе существованія указовъ было единственнымъ, въ абсолютной монархіи всѣ бы общія правила установлялись въ одной той же формѣ, въ формѣ закона. Между тѣмъ на дѣлѣ различіе указовъ и законовъ существуетъ и въ самодержавныхъ монархіяхъ.

Съ другой стороны, и въ государствахъ конституціонныхъ

законодательная власть очень часто сама прямо предоставляетъ правительству установленіе общихъ правилъ и относительно такихъ предметовъ, которые раньше уже опредѣлялись законами. Поэтому никакъ нельзя сказать, что указы издаются лишь по такимъ вопросамъ, относительно которыхъ *еще* не изданъ законъ. Законодатель самъ иногда находитъ болѣе цѣлесообразнымъ предоставить изданіе общихъ правилъ правительству въ формѣ указа.

Очевидно существуютъ и другія, болѣе общія и болѣе глубокія основанія существованія указовъ, чѣмъ простая затруднительность скораго изданія законовъ. Постараемся же ихъ выяснить.

Различіе общаго и частнаго есть различіе совершенно относительное, и потому между общимъ, руководящимъ началомъ и разрѣшеніемъ отдѣльнаго конкретнаго случая можетъ быть цѣлый рядъ переходныхъ градацій. Чѣмъ правило общее и абстрактнѣе, тѣмъ болѣе сомнѣній можетъ возбудить его примѣненіе къ конкретнымъ случаямъ. Для того, чтобъ исполнители общихъ правилъ имѣли достаточно опредѣленныя и ясныя указанія, какъ имъ дѣйствовать, необходимо, чтобы общія абстрактные принципы получили надлежащее развитіе и ближайшее опредѣленіе въ рядѣ менѣе общихъ, болѣе детальныхъ правилъ, регулирующихъ отдѣльныя категоріи возможныхъ случаевъ.

Но при опредѣленіи подробностей, при установленіи детальныхъ правилъ всегда возможно даже безсознательное уклоненіе отъ строго послѣдовательнаго проведенія принятыхъ основныхъ началъ. Выработывая детальныя правила, естественно обращаютъ преимущественное вниманіе именно на особенности тѣхъ подробностей, къ которымъ правила эти относятся. Соотношеніе подробностей и основныхъ руководящихъ началъ не всегда сразу и легко поддается выясненію. Очень часто возможны ошибки въ опредѣленіи того, къ какимъ послѣдствіямъ приводитъ послѣдовательное примѣненіе того или другого основного принципа къ опредѣленной, частной категоріи случаевъ.

Если установленіе и руководящихъ основныхъ началъ, и детальныхъ правилъ будетъ совершаемо въ однѣхъ и тѣхъ же формахъ, имѣющихъ и одинаковую обязательную силу, значеніе основныхъ началъ поэтому легко можетъ быть поколеблено. Разъ акты, установляющіе основныя начала, и акты, регулирующіе детали, имѣютъ одну и ту же силу, детальнымъ правиломъ можетъ быть поколеблено основное начало, такъ какъ въ соотношеніи равносильныхъ постановленій, каждое частное правило для случаевъ имъ предусмотрѣнныхъ устраняетъ дѣйствіе общей нормы.

Чтобы оградить основныя начала отъ колебанія ихъ силы и значенія возможными противорѣчіями детальныхъ правилъ, нѣтъ другого средства, какъ установлять основныя правила въ особой, имѣющей бо́льшій авторитетъ, бо́льшую обязательную силу формѣ.

Такимъ образомъ, установленіе общихъ правилъ на ряду съ законодательствомъ и указами не представляетъ собою только терпимое по необходимости зло. Напротивъ, существованіе нѣсколькихъ, другъ другу подчиненныхъ формъ установленія общихъ правилъ служитъ надежнѣйшимъ обезпеченіемъ строгого соблюденія основныхъ, руководящихъ началъ и, приводя само собой къ взаимному сдерживанію отдѣльныхъ, надѣленныхъ властью установлять общія правила органовъ, представляетъ собою лишь дальнѣйшее развитіе все того же начала совмѣстности властвованія.

ГЛАВА V.

Значеніе и сила указовъ.

1.

Указъ есть общее правило, установляемое въ порядкѣ управленія. Указъ отличается отъ закона отсутствіемъ законодательной формы: отъ другихъ актовъ управленія—тѣмъ, что имъ установляется не частное распоряженіе, а общее правило.

Изъ этого опредѣленія указа само собой явствуетъ, что

содержаніе указовъ можетъ быть самое разнообразное. Достаточно, чтобы было общее правило, все равно какое. Указы могутъ относиться ко всему тому, что составляетъ предметъ дѣятельности государственнаго управленія. Но юридическое значеніе имѣетъ, конечно, лишь то различіе въ содержаніи указовъ, которымъ обусловливается различіе и въ ихъ обязательной силѣ.

Таково именно различіе указовъ, установляющихъ юридическія нормы, и указовъ, содержащихъ лишь правила цѣлесообразности, нормы техническія. Первые называются юридическими указами (Rechtsverordnungen), вторые—указами административными (Verwaltungsverordnungen) или, точнѣе, техническими, такъ какъ „административный“ не предполагаетъ непремѣнно противоположности „юридическому“.

Различіе указовъ юридическимъ и техническихъ имѣетъ очень важное практическое значеніе. Указы техническіе, опредѣляющіе общія правила цѣлесообразнаго осуществленія какой-нибудь отдѣльной задачи управленія, составляютъ внутреннее дѣло самой администраціи. Они даютъ указанія лишь органамъ администраціи, а не частнымъ лицамъ, и потому не подлежатъ обнародованію во всеобщее извѣстіе, а только сообщаются подлежащимъ административнымъ учрежденіямъ. Опредѣляя только техническую сторону ея дѣятельности, они не связываютъ и самой администраціи. Сообразно измѣнчивымъ условіямъ времени и мѣста, сообразно имѣющимся въ данное время въ распоряженіи администраціи средствамъ, сообразно, наконецъ, успѣхамъ техники, они могутъ быть измѣняемы во всякое время и принятые на основаніи ихъ распоряженія, могутъ быть, если встрѣтится надобность, отмѣнены. Заинтересованныя въ томъ частныя лица не могутъ требовать, чтобы разъ изданный техническій указъ неуклонно соблюдался администраціей, покуда не будетъ отмѣненъ другимъ указомъ. Указы техническіе, именно потому, что они содержатъ только правила цѣлесообразности, ни для кого никакихъ правъ не установляютъ. Ихъ примѣненіе и толкованіе есть собственное дѣло администраціи, не подлежащее вовсе контролю суда.

Совершенно иной характеръ имѣютъ юридическіе указы. Установляя юридическія нормы, они тѣмъ самымъ обусловливаютъ собою установленіе правъ и обязанностей и для частныхъ лицъ. Ихъ значеніе не замыкается поэтому только внутренней сферой самой администраціи. Они распространяютъ свое дѣйствіе и на частныхъ лицъ, непринадлежащихъ къ составу администраціи. Поэтому они требуютъ, такъ же, какъ и законы, обнародованія во всеобщее извѣстіе. Вмѣстѣ съ тѣмъ установляя права для частныхъ лицъ, они связываютъ свободу издавшей ихъ власти, покуда не будутъ формально отмѣнены. Юридическіе указы дѣйствуютъ только на будущее время. Какъ нормы права, они обязательны не только для администраціи, но и для суда, и обязательное толкованіе ихъ содержанія составляетъ дѣло судебной власти.

Въ виду такого значенія различія техническихъ и юридическихъ указовъ, очень важно установить точную границу между ними. Однако задача эта остается до сихъ поръ неразрѣшенной, что́ объясняется спорностью въ современной литературѣ самаго понятія права.

Только отсутствіемъ установившагося, опредѣленнаго и яснаго представленія о томъ, что такое юридическія нормы, можно объяснить, напримѣръ, появленіе такого ученія о различіи юридическихъ и техническихъ указовъ, какое выставлено Борнгакомъ. По его мнѣнію, отличительная особенность юридической нормы въ томъ, что она предполагаетъ извѣстныя фактическія условія, съ наличностью которыхъ она соединяетъ опредѣленныя юридическія послѣдствія. Правила фактическаго осуществленія ничего не предполагаютъ; ими непосредственно установляется извѣстное фактическое состояніе [1]).

---

[1]) *Bornhak*, Preussisches Staatsrecht. I. 1888, S. 442. Wen die Rechtsnorm allgemein oder für einen einzelnen Fall, die thatsächliche Anordnung für einen einzelnen oder eine Mehrheit von Fällen ergehen kann, wo bleibt dann der Unterschied zwischen Rechtsnorm nud thatsächlicher Anordnung? S, 443. Die Rechlsnorm setzt einen Thatbestand voraus an dessen Eintreten sie gewisse Rechtsfolgen anknüpft. Die thatsächliche Anordnung setzt nichts voraus, sie stellt vielmehr unmittelbar einen gewissen Zastand her.

Въ дѣйствительности не только юридическая норма, но и всякое техническое правило непремѣнно предполагаетъ, какъ условіе своего примѣненія, наличность опредѣленныхъ фактическихъ обстоятельствъ. Непосредственное установленіе опредѣленнаго фактическаго состоянія даютъ только непосредственныя частныя мѣропріятія. А указы всегда установляютъ общія правила и поэтому въ своемъ примѣненіи необходимо обусловлены наличностью тѣхъ обстоятельствъ, для регулировки которыхъ они и изданы.

Лабандъ, первый опредѣленно выдвинувшій различіе юридическихъ и техническихъ указовъ, исходитъ въ выясненіи отличительныхъ признаковъ юридической нормы изъ чисто волунтарной теоріи права. „Право, говоритъ онъ, по самому своему существу предполагаетъ наличность нѣсколькихъ субъектовъ воли. Лишь насколько сфера воли одного субъекта велѣніями, запретами, дозволеніями разграничивается со сферой воли другого, лишь настолько существуетъ право. Только тамъ, гдѣ воля администраціи приходитъ въ столкновеніе съ какой-нибудь другой охраняемой правомъ волей, можетъ найти себѣ примѣненіе юридическая норма. Правила же, которыя ограничиваются только сферой самого управленія, которыя ни въ какомъ отношеніи не налагаютъ ограниченій на субъектовъ, стоящихъ внѣ этой сферы, и не надѣляютъ ихъ правомочіями, ничего имъ не предоставляютъ и ни въ чемъ ихъ не ограничиваютъ, ничего не запрещаютъ и не предписываютъ имъ, не суть юридическія нормы. Когда управленіе въ сферѣ своего свободнаго самоопредѣленія регулируетъ свой собственный порядокъ, то это также мало имѣетъ юридическаго значенія, какъ когда частное лицо установляетъ правила своего собственнаго хозяйства“ [1]).

Послѣ той критики, какой волунтарная теорія права подвергалась со стороны Іеринга, принятіе всѣхъ этихъ положеній, какъ безспорныхъ, представляется нѣсколько страннымъ, тѣмъ болѣе, что именно въ публичномъ правѣ эта теорія представ-

[1]) *Laband*, Staatsrecht, I, 1888, S. 679—681.

ляется особенно несостоятельной. Въ публичномъ правѣ субъектами правъ являются въ большинствѣ юридическія лица, неимѣющія естественной воли и надѣляемыя лишь для спеціально юридическихъ цѣлей искусственно организуемой волей. Если противоположеніе естественной воли физическихъ лицъ еще можетъ быть довольно опредѣленнымъ характеристическимъ признакомъ права, то взаимоотношеніе искусственно-организуемой воли юридическихъ лицъ представляется лишеннымъ всякой опредѣленности. Тутъ все зависитъ отъ того, какъ самими юридическими нормами будетъ организована ихъ воля. Тутъ приходится имѣть дѣло съ волею, которую само право организуетъ для своихъ цѣлей. Такъ можно ли наличность такой воли и противоположеніе ея другой признать отличительнымъ признакомъ права? Для Лабанда субъектомъ является само государство и какъ юридическое лицо оно объемлетъ всѣхъ подданныхъ и къ этимъ же самымъ подданнымъ, отдѣльно взятымъ (ut singuli), оно можетъ вступать въ юридическія отношенія. Поэтому на дѣлѣ очень часто можетъ оказаться весьма сомнительнымъ, данный указъ, касающійся интересовъ подданныхъ, касается-ли ихъ какъ членовъ государства, единаго юридическаго лица, или же какъ самостоятельныхъ субъектовъ права? Самъ Лабандъ допускаетъ возможность такихъ сомнѣній. Онъ прямо признаетъ недостаточность выставленныхъ имъ признаковъ юридической нормы и потому установляетъ въ дополненіе еще другіе внѣшніе, формальные признаки. Если по содержанію указа нельзя опредѣлить, какую норму онъ установляетъ, юридическую или техническую, то вопросъ рѣшается въ зависимости отъ того, основанъ-ли указъ на спеціальномъ полномочіи законодателя или нѣтъ. Форма указовъ сама по себѣ не предназначена къ установленію юридическихъ нормъ. Поэтому, если указъ издается безъ особаго на то уполномочія законодательной власти, онъ долженъ считаться техническимъ, а не юридическимъ. Но, конечно, и указы, издаваемые на основаніи спеціальнаго полномочія законодателя, могутъ быть и не юридическими. Въ такомъ случаѣ вопросъ рѣшается въ зависимости отъ того, обнародованъ

указъ во всеобщее свѣдѣніе или нѣтъ, такъ какъ техническій указъ, будто бы никогда не требуетъ обнародованія [1]).

Съ этими разсужденіями Лабанда рѣшительно нельзя согласиться. Нельзя, прежде всего, признать, чтобы юридическіе указы могли быть издаваемы только на основаніи спеціальнаго полномочія, законодательной власти. Самъ Лабандъ допускаетъ возможность изданія юридическихъ указовъ и на основаніи обычая. Затѣмъ, нельзя также обнародованіе ставить исключительной принадлежностью юридическихъ указовъ. Многіе чисто техническіе указы требуютъ не только сообщенія ихъ подлежащимъ административнымъ учрежденіямъ, но и обнародованія ихъ во всеобщее извѣстіе. Таковы, напримѣръ, указы, опредѣляющіе время открытія для публики почтовыхъ учрежденій, или порядокъ полученія справокъ изъ адреснаго стола, или провозный тарифъ на казенныхъ желѣзныхъ дорогахъ. Едва-ли Лабандъ признаетъ такіе указы юридическими, а между тѣмъ всѣ они безусловно требуютъ обнародованія. Правда, Лабандъ, различаетъ обнародованіе отъ простого фактическаго извѣщенія публики (lediglich thatsächliche Bekanntmachung an das Publikum) [2]), но не объясняетъ, при этомъ, въ чемъ же именно это различіе. Онъ замѣчаетъ лишь, что такое извѣщеніе не только не обязательно, но даже можетъ представлять собою нарушеніе служебнаго долга. Безспорно, бываютъ технические указы, подлежащіе тайнѣ, но бываютъ и наоборотъ, какъ видно изъ приведенныхъ мною примѣровъ такіе, которые безусловно требуютъ обнародованія, не превращаясь отъ этого въ юридическіе указы.

Независимо отъ этого, самая мысль о возможности различать юридическіе и техническіе указы по внѣшнимъ, формальнымъ признакамъ заключаетъ въ себѣ внутреннюю логическую несообразность. Вѣдь самъ же Лабандъ съ такою опредѣленностью установилъ противоположеніе понятій закона и указа въ формальномъ и матеріальномъ смыслѣ. Различіе указовъ на юридическіе и техническіе есть различіе матеріальное,

[1]) Ibidem, S. 681.
[2]) Ibidem, S. 698.

различіе по содержанію. Какимъ же образомъ оно можетъ быть обусловлено внѣшними, формальными признаками, неотносящимися къ содержанію указовъ? Утверждать въ одно и тоже время, что различіе юридическихъ и техническихъ указовъ есть различіе по содержанію и что оно обусловлено различіемъ формы, не значитъ-ли совершенно спутать самое понятіе о формѣ и о содержаніи?

Любопытно, что и Еллинекъ, въ другихъ своихъ трудахъ примыкающій къ іеринговскому воззрѣнію на право и полагающій только, что для понятія субъективнаго права надо больше оттѣнить элементъ воли, чѣмъ это дѣлаетъ самъ Іерингъ, въ своей монографіи Gesetz und Verordnung даетъ опредѣленіе юридической нормы совершенно въ духѣ старой волунтарной теоріи права. „Если законъ имѣетъ своею ближайшею цѣлью разграничить сферу свободной дѣятельности личностей, если онъ изданъ ради установленія соціальныхъ граней (Sociale Schrankenziehung), тогда имъ устанавляется юридическая норма“ [1]). Очевидно, „сфера свободной дѣятельности личностей“ у Еллинека означаетъ то же самое, что у Лабанда „сфера воли субъекта“. Между тѣмъ въ послѣдней своей работѣ Еллинекъ опредѣляетъ волю и интересъ какъ формальный и матеріальный элементъ права и только для понятія субъективнаго права онъ считаетъ необходимымъ и существеннымъ моментъ воли [2]). Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ признаетъ существованіе юридическихъ нормъ, охраняющихъ интересы и не обусловливающихъ собою субъективныхъ правъ. „Объективное право охраняетъ юридически интересы и не признавая индивидуальной воли. Всякая охрана общаго интереса охраняетъ неизбѣжно и неопредѣленную сумму частныхъ интересовъ, не создавая субъективныхъ правъ. Только когда индивидуальная воля признается опредѣляющей бытіе и объемъ интереса, интересъ этотъ превращается въ субъективное право“.

---

[1]) Gesetz und Verordnung, S. 240.

[2]) System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 42. Das subjektive Recht ist das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse.

А если такъ, то очевидно не всякая юридическая норма ведетъ къ „разграниченію сферы свободной дѣятельности личностей“, а только тѣ, которыми установляются субъективныя права.

Какъ же объяснить это самопротиворѣчіе во взглядахъ Еллинека? Почему въ другихъ своихъ трудахъ являясь послѣдователемъ Іеринга, признавая общею цѣлью юридическихъ нормъ охрану интересовъ [1]), въ опредѣленіи различія закона въ матеріальномъ и формальномъ смыслѣ, онъ неожиданно переходитъ къ волунтарной теоріи и считаетъ цѣлью юридическихъ нормъ уже не охрану интересовъ, а „разграниченіе сферы свободной дѣятельности личностей“?

Мнѣ думается, что это можно объяснить только однимъ: совершенною непригодностью іерингoвскаго опредѣленія права для различія техническихъ и юридическихъ указовъ.

Для Іеринга право—это принудительная охрана интересовъ государствомъ [2]). Но всѣ отмѣченные тутъ признаки недостаточны для обособленія техническихъ и юридическихъ указовъ. Каждый указъ есть актъ государственнаго властвованія. Каждый указъ, все равно техническій или юридическій, можетъ получить принудительное осуществленіе и можетъ по своему содержанію представлять охрану тѣхъ или другихъ интересовъ. Поэтому, принявъ іерингово опредѣленіе права, пришлось бы всѣ правила, установляемыя указами, признать юридическими нормами.

Между тѣмъ, какъ мы уже говорили, въ дѣйствительности замѣчается весьма существенное различіе въ обязательной силѣ отдѣльныхъ категорій указовъ въ зависимости именно отъ ихъ содержанія, и уничтоженіе такого различія ни въ какомъ отношеніи нельзя признать желательнымъ.

---

[1]) System, S. 40. Der ganze Zweck des Rechtes besteht in dem Schutz von Gütern oder Interessen. Въ своей первой книгѣ Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 1878, Еллинекъ считалъ въ опредѣленіи права, даннoмъ Іерингомъ, неправильнымъ только указаніе на принудительный характеръ права, S. 50, Note.

[2]) Zweck im Recht, I, 2 Ausg, 1884. S. 320. Recht ist der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen. S. 443. Die Form der durch Zwangsgewalt des Staates beschafften Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft. Geist, III, § 60. Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.

Цѣлесообразное и плодотворное осуществленіе задачъ государственнаго управленія было бы немыслимо, еслибы всѣ разъ изданныя техническія правила признавались бы для администраціи безусловно обязательными, а за заинтересованными въ томъ лицами признавалось право требовать, чтобы административныя учрежденія во всемъ неуклонно ихъ соблюдали. У чиновника, привыкшаго къ извѣстной рутинѣ, у частнаго лица, какъ либо соприкасающагося въ своихъ интересахъ съ дѣятельностью даннаго административнаго учрежденія, можетъ явиться интересъ въ томъ, чтобы старый, привычный имъ порядокъ осуществленія опредѣленной задачи государственнаго управленія сохранялся на будущее время. Напримѣръ, сохраненіе употребленія устарѣлыхъ приборовъ для промывки золота на казенныхъ золотыхъ пріискахъ, можетъ представить интересъ для горнаго инженера, издавна привыкшаго къ нимъ, для заводчика, изготовляющаго эти приборы. Но возможно ли признать за этими лицами право требовать недопущенія на отдѣльныхъ пріискахъ примѣненія лучшихъ, болѣе усовершенствованныхъ приборовъ, пока предварительно не будетъ отмѣненъ указъ, предписавшій въ видѣ общаго правила примѣненіе устарѣлыхъ теперь приборовъ? Конечно, власть, предписавшая когда-то указомъ употребленіе устарѣлыхъ теперь приборовъ, имѣла при этомъ въ виду не удобство горныхъ инженеровъ и не выгоды заводчиковъ. При изданіи указа имѣлось въ виду обезпечить единственно и исключительно интересъ цѣлесообразнаго осуществленія промывки золотосодержащаго песка на казенныхъ пріискахъ. Разъ съ успѣхами техники употребленіе старыхъ приборовъ оказывается болѣе несоотвѣтствующимъ этому интересу, не можетъ быть и рѣчи о сохраненіи все-таки употребленія старыхъ приборовъ, потому что того требуютъ какіе-либо случайно связанные съ ихъ употребленіемъ, но вовсе не имѣвшіеся въ виду при изданіи указа, интересы.

Такихъ примѣровъ можно привесть сколько угодно. Съ каждымъ опредѣленнымъ способомъ осуществленія отдѣльныхъ задачъ управленія могутъ соединяться выгоды и невыгоды для

отдѣльныхъ лицъ. Нѣтъ такой подробности въ опредѣленіи порядка административной дѣятельности, которая не могла бы такъ или иначе отозваться на интересахъ гражданъ. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы разъ эти подробности опредѣлены общимъ образомъ въ указѣ, этимъ установлялись соотвѣтствующія права и обязанности. Для возможности успѣшнаго осуществленія возложенныхъ на нея задачъ управленія, администрація должна пользоваться извѣстной свободой и свобода эта можетъ быть ограничиваема только тѣми интересами гражданъ, которые прямо ей противопоставляются, какъ признанныя ихъ права. И частное лицо не отвѣчаетъ за тотъ вредъ, какой онъ причиняетъ другимъ, пользуясь своимъ правомъ. Конечно, то же самое должно примѣняться и къ дѣятельности администраціи: иначе она стала бы совершенно невозможной. Другими словами, необходимо признать различіе между юридическими нормами, которыми опредѣляются права и обязанности, и общими правилами техническаго характера, опредѣляющими условія цѣлесообразной дѣятельности, въ предѣлахъ существующаго права, хотя бы правила эти исходили и отъ органовъ государственной власти и въ случаѣ надобности могли быть поддерживаемы мѣрами принужденія. Но для возможности проведенія такого различія данное Іерингомъ опредѣленіе права необходимо съузить.

Правила цѣлесообразности существовали бы и тогда, еслибы вовсе не было разнообразія и противорѣчія людскихъ интересовъ, еслибы у всего человѣчества былъ одинъ единственный интересъ, опредѣлявшій бы всю его дѣятельность. И при такомъ условіи людямъ пришлось бы для осуществленія этого единственнаго, общаго всѣмъ интереса сообразовать свою дѣятельность съ объективными условіями, съ имѣющимися для того средствами, съ установленными наукой законами явленій природы, съ выработанными техникой пріемами и приспособленіями. Вопросъ какъ цѣлесообразно устроить и направить свою дѣятельность сохранялъ бы свое практическое значеніе точно также и въ томъ случаѣ, еслибы на свѣтѣ существовалъ всего одинъ человѣкъ. Техническія правила и тогда

могли бы существовать. Но о правѣ не могло бы быть и рѣчи.

Право необходимо предполагаетъ соотношеніе различныхъ интересовъ нѣсколькихъ свободныхъ людей. Это доказывается уже тѣмъ, что право немыслимо безъ соотвѣтствующей ему правообязанности. Превращеніе интереса въ право совершается именно посредствомъ ограниченія другого, ему противорѣчащаго интереса, установленіемъ соотвѣтствующей обязанности. Право есть не всякая охрана интереса, хотя бы отдѣльно взятаго, а только охрана одного интереса въ отношеніи къ другому, ему противорѣчащему, но также признаваемому подлежащимъ охранѣ въ извѣстныхъ предѣлахъ. Но такая охрана есть собственно разграниченіе сталкивающихся между собою интересовъ и потому юридическія нормы можно опредѣлить, какъ нормы разграниченія интересовъ въ отличіе отъ техническихъ нормъ, опредѣляющихъ осуществленіе отдѣльныхъ интересовъ, каждаго особо [1]).

Принявъ такое опредѣленіе юридическихъ нормъ, какъ нормъ разграниченія интересовъ, мы получаемъ въ немъ твердое основаніе для различенія техническихъ и юридическихъ указовъ.

Изданіе указовъ можетъ быть вызвано двумя различными цѣлями. Во-первыхъ, указы издаются для опредѣленія общимъ образомъ способа осуществленія въ предѣлахъ уже существующаго и такъ или иначе опредѣленнаго права, какого либо отдѣльнаго интереса, входящаго въ сферу задачъ государственнаго управленія. Въ такомъ случаѣ устанавляемое указомъ общее правило есть правило только цѣлесообразности, техническая норма и самый указъ—указъ техническій. Конечно, и такимъ указомъ могутъ быть затронуты интересы частныхъ лицъ. Для нихъ можетъ быть не безразлично, какъ именно осуществляетъ свои задачи администрація. Но они не могутъ, основываясь на такомъ указѣ, противопоставлять свои интересы отдѣльнымъ распоряженіямъ администраціи, требуя

[1]) Смотри *мои* Лекціи по общей теоріи права, 2 изд. 1890 г., стр. 38—43.

къ нимъ уваженія, какъ признаннымъ правамъ. Если при указаніи подчиненнымъ органамъ цѣлесообразнаго способа осуществленія возложенныхъ на нихъ задачъ управленія и будутъ случайно созданы тѣмъ самымъ благопріятныя условія осуществленія какихъ либо вовсе не имѣвшихся въ виду интересовъ частныхъ лицъ, въ этомъ нельзя видѣть ихъ признанія, какъ правъ.

Техническіе указы издаются исключительно въ интересѣ цѣлесообразнаго осуществленія подчиненными органами задачъ управленія. Поэтому и требовать ихъ дѣйствительнаго соблюденія въ правѣ только сама административная власть, какъ единственно управомоченная къ сужденію о томъ, чего въ данномъ случаѣ требуютъ истинные интересы управленія. Съ другой стороны, и обязательность техническихъ указовъ ограничивается только органами администраціи, такъ какъ только для нихъ, а не для частныхъ лицъ и не для суда, обязательно въ своей дѣятельности сообразоваться съ требованіями административной цѣлесообразности, съ видами правительства.

Однако, выражающееся въ изданіи указовъ руководительство высшими органами низшихъ, не можетъ ограничиваться однимъ только указаніемъ цѣлесообразныхъ способовъ осуществленія отдѣльныхъ задачъ управленія. Дѣятельность администраціи на каждомъ шагу неизбѣжно приходитъ въ соприкосновеніе съ разнообразнѣйшими интересами частныхъ лицъ, разграниченіе которыхъ съ интересами администраніи не опредѣлено закономъ. Административная власть не можетъ относиться къ этимъ интересамъ безразлично и безучастно. Ими опредѣляется отношеніе къ администраціи того общества, среди котораго и для котораго она дѣйствуетъ. Отъ этого отношенія зависитъ въ значительной степени успѣхъ и плодотворность самой административной дѣятельности. Поэтому администраціи необходимо занять опредѣленное положеніе въ отношеніи къ этимъ интересамъ, разграничиться съ ними такъ или иначе. И это не можетъ быть предоставлено собственному усмотрѣнію отдѣльныхъ исполнительныхъ органовъ, приходящихъ въ непосредственныя столкновенія съ интересами частныхъ лицъ.

При такомъ порядкѣ дѣятельность администраціи оказалась бы лишенной надлежащаго единства и послѣдовательности; ея отношеніе къ частнымъ интересамъ опредѣлялось бы случайными, личными взглядами отдѣльныхъ исполнителей. Чтобы избѣжать этого неудобства, администраціи необходимо общимъ образомъ, указомъ, установить опредѣленное разграниченіе со всѣми этими интересами. Такой указъ, устанавляющій нормы разграниченія интересовъ, и будетъ юридическимъ указомъ.

Юридическіе указы могутъ быть весьма разнообразны. Разграниченіе интересовъ администраціи и частныхъ лицъ можетъ выразиться въ наложеніи на гражданъ обязанностей, въ ближайшемъ опредѣленіи порядка выполненія уже установленныхъ закономъ обязанностей, въ опредѣленіи порядка и способовъ надзора со стороны администраціи за дѣйствительнымъ выполненіемъ обязанностей, въ установленіи для гражданъ новыхъ правъ, въ опредѣленіи условій дачи и эксплоатаціи концессій и, наконецъ, въ опредѣленіи порядка пользованія услугами администраціи, а также государственными учрежденіями и сооруженіями.

Если указомъ установляются новыя обязанности, напр., когда министръ внутреннихъ дѣлъ вводитъ въ какомъ нибудь городѣ обязательное объявленіе полиціи о прибывшихъ или, по соглашенію съ министромъ путей сообщенія, вводитъ обязательный провозъ гуртовъ по желѣзнымъ дорогамъ, не можетъ быть сомнѣнія, что такой указъ содержитъ съ себѣ юридическую норму. Тоже самое должно сказать и относительно указовъ, опредѣляющихъ только ближайшимъ образомъ условія исполненія установленныхъ закономъ обязанностей подданныхъ. Устанавляя условія исполненія обязанностей, указъ можетъ существенно измѣнить ихъ тяжесть, съуживая или расширяя ихъ, напримѣръ при опредѣленіи таксъ, срока или мѣста примѣненія установленныхъ закономъ сборовъ, при опредѣленіи соглашеніемъ министровъ юстиціи и финансовъ числа строкъ на каждой страницѣ нотаріальныхъ актовъ и т. п. Дѣйствительное содержаніе обязанности опредѣляется въ такихъ случаяхъ не однимъ закономъ, а совмѣстно съ указомъ.

Наконецъ, точно также очевиденъ юридическій характеръ указовъ, установляющихъ новыя права, какъ это имѣется, напримѣръ, при опредѣленіи соглашеніемъ министровъ путей сообщенія и юстиціи желѣзнодорожныхъ должностей, освобождающихъ отъ вызова въ судъ, или при разрѣшеніи министромъ финансовъ транзита. Указы этихъ трехъ категорій непосредственно регулируютъ дѣятельность частныхъ лицъ и потому, разграничивая ихъ интересы съ интересами администраціи, всегда имѣютъ юридическій характеръ.

Указы трехъ другихъ категорій, опредѣляющіе порядокъ надзора за дѣйствительнымъ исполненіемъ подданными ихъ обязанностей, условія дачи и эксплоатаціи концессій, и условія пользованія услугами администраціи, регулируютъ дѣятельность самой администраціи, но такую дѣятельность, которая на каждомъ шагу неизбѣжно соприкасается съ интересами частныхъ лицъ. Поэтому указы этихъ категорій могутъ быть и техническими и юридическими, смотря по тому, съ какою цѣлью они изданы: если только для установленія цѣлесообразнаго способа дѣятельности органовъ администраціи—это технические указы; если для разграниченія ихъ дѣятельности съ интересами частныхъ лицъ—это указы юридическіе.

Цѣль изданія указа выражается въ его содержаніи и редакціи, а также въ томъ, публикуется-ли онъ во всеобщее свѣдѣніе. Если указы такого рода, какъ это нерѣдко бываетъ, сообщаются только служащимъ или даже хранятся въ тайнѣ, очевидно они изданы не для регулированія интересовъ частныхъ лицъ. Издавая ихъ, администрація, очевидно, обязываетъ ими свои органы только въ отношеніи къ себѣ самой, а не въ отношеніи къ подданнымъ. Но и обнародованный указъ такого рода не всегда и непремѣнно является юридическимъ указомъ. Если изъ его содержанія или способа изложенія явствуетъ, что издавая его, администрація не имѣла въ виду ограничивать свою свободу, распорядиться въ частныхъ случаяхъ и вопреки указу, не имѣла въ виду налагать на свои подчиненные органы обязанности въ отношеніи къ част-

нымъ лицамъ, такой указъ, хотя бы и обнародованный, долженъ быть признанъ все-таки техническимъ.

Независимо отъ различія юридическихъ и техническихъ указовъ, по содержанію своему указы раздѣляются еще на *опредѣлительные*, т. е. непосредственно опредѣляющіе дѣятельность администраціи и частныхъ лицъ, и на *исполнительные*, т. е. опредѣляющіе непосредственно лишь условія исполненія и примѣненія законовъ [1]). Практическое значеніе этого различія выражается главнымъ образомъ въ томъ, что дѣйствіе исполнительнаго указа обусловлено дѣйствіемъ того закона, въ исполненіе котораго указъ изданъ. Разъ законъ отмѣненъ, само собой прекращается дѣйствіе и обусловленныхъ имъ исполнительныхъ указовъ. Опредѣлительные же указы, имѣя самостоятельное содержаніе, и въ своемъ дѣйствіи не обусловлены существованіемъ какого-нибудь опредѣленнаго закона.

Исполнительные указы въ свою очередь распадаются по различію содержанія на нѣсколько категорій. Они могутъ, во-первыхъ, опредѣлять порядокъ введенія въ дѣйствіе закона, напр., время, послѣдовательное распространеніе дѣйствія закона на отдѣльныя мѣстности, переходныя мѣры. Во-вторыхъ, исполнительные указы опредѣляютъ порядокъ самаго исполненія закона. Въ-третьихъ, они могутъ установлять въ дополненіе закона опредѣленіе подробностей, имъ не регулированныхъ. Наконецъ, въ-четвертыхъ, бываетъ и такъ, что законодатель, самъ предусматривая возможность непримѣнимости установленныхъ имъ нормъ при тѣхъ или другихъ

---

[1]) Установившейся терминологіи для обозначенія этого различія еще нѣтъ. Штейнъ называетъ опредѣлительные указы Verwaltungsverordnungen (Handbuch des Verwaltungslehre, 1888, I, S. 105), но, по примѣру Лабанда, въ новѣйшей литературѣ этотъ терминъ употребляется для обозначенія техническихъ указовъ. Еллинекъ называетъ опредѣлительные указы самостоятельными, противуполагая имъ, какъ несамостоятельные, и тѣ, которые издаются въ силу лишь спеціальнаго на то полномочія закона, и тѣ, которые опредѣляютъ лишь условія примѣненія и исполненія закона (Gesetz und Verordnung, SS. 370—384). Но при такой терминологіи очевидно смѣшиваются два существенно разнородныхъ основанія группировки указовъ: различіе содержанія и различіе основаній права ихъ издавать.

условіяхъ, предоставляетъ административной власти въ извѣстныхъ случаяхъ установлять изъятія изъ закона. Это такъ называемые *исключительные указы* [1]).

Различіе опредѣлительныхъ и исполнительныхъ указовъ отнюдь не совпадаетъ съ различіемъ юридическихъ и техническихъ указовъ. И исполнительные указы могутъ установлять юридическія нормы, въ особенности исключительные указы и указы регулирующіе подробности, непредусмотрѣнные закономъ, т. ск. детальные указы. Постановленіе, замѣняющее одну юридическую норму другой, или дающее детальное развитіе уже установленной юридической нормѣ, и само, конечно, есть юридическая норма [1]). Но точно также значеніе юридическихъ нормъ имѣютъ и тѣ исполнительные указы, которыми опредѣляется время и мѣсто примѣненія закона.

2.

Существованіе указовъ, установляющихъ юридическія нормы, само собой приводитъ къ вопросу объ ихъ санкціи. Обезпеченіе дѣйствительнаго соблюденія указовъ, предписывающихъ лишь техническія правила, есть дѣло внутренней организаціи управленія. Вопросъ тутъ сводится къ надлежащему исполненію должностными лицами своего служебнаго долга. Средствами къ тому служатъ правильное устройство іерархической подчиненности чиновъ администраціи и ихъ дисциплинарная отвѣтственность. Совершенно иначе ставится дѣло относительно указовъ, установливающихъ юридическія нормы. Ихъ дѣйствіе не ограничивается одной внутренней сферой самой администраціи. Юридическіе указы налагаютъ обязанности на частныхъ лицъ и потому нуждаются въ особой внѣшней санкціи, обезпечивающей ихъ дѣйствительное соблюденіе.

---

[1]) „Ausnahmsverordnungen“. На эту категорію указовъ впервые обратилъ вниманіе *Spiegel*. Die kaiserliche Verordnungen mit provisorischer Gesetzkraft nach österreichischem Staatsrechte. Wien. 1893, S. 15—18.

[2]) *Arndt*, Das Verordnungsrecht. S. 79. „Detailvorschriften nothwendig Rechtsnormen sind“.

Санкція эта можетъ быть двоякая. Она состоитъ или въ непосредственномъ принужденіи неповинующихся къ исполненію требованій указа, или въ угрозѣ наказаніемъ за его несоблюденіе.

Насколько указъ изданъ съ соблюденіемъ установленныхъ закономъ условій, предписанія указа—законныя предписанія, а къ исполненію законныхъ предписаній органы администаціи безспорно имѣютъ право примѣнять необходимыя мѣры принужденія. И непосредственное принужденіе къ соблюденію указовъ ставится совершенно въ тѣ же самыя условія, какъ и принужденіе къ исполненію прямыхъ предписаній закона. Но подобно законамъ, и указы не могутъ обойтись съ одной лишь санкціей непосредственнаго принужденія.

Прежде всего при отсутствіи карательной санкціи обязательность указовъ во многихъ случаяхъ оказалась бы совершенно мнимой. Непосредственное принужденіе не можетъ вполнѣ замѣнить собою карательной санкціи. Оно вовсе непримѣнимо во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда указъ установляетъ для частныхъ лицъ какую-либо положительную обязанность [1]). Затѣмъ при такомъ порядкѣ вещей отъ администраціи потребовалось бы несоотвѣтственно большое напряженіе силъ для непрестаннаго принужденія, часто въ совершенно незначительныхъ случаяхъ неповиновенія, оставить которыхъ безъ вниманія представлялось бы однако невозможнымъ въ интересахъ общаго поддержанія авторитета власти.

Наконецъ, и обезпеченіе личной свободы не выиграло бы, а проиграло при такомъ порядкѣ. Отсутствіе карательной санкціи привело бы къ учащенію случаевъ непосредственнаго принужденія, всегда представляющагося болѣе опаснымъ и стѣснительнымъ для личной свободы, чѣмъ наказаніе. Свойства и мѣра непосредственнаго принужденія не могутъ быть опредѣлены напередъ общимъ образомъ. Тутъ все опредѣляется особенностями каждаго частнаго случая, причемъ цѣнителемъ ихъ является по необходимости самъ осуществляющій принужденіе органъ, обыкновенно занимающій въ административ-

[1]) Смотри *мои* Лекціи по общей теоріи права, 2 изд., стр. 66.

ной іерархіи самое низкое положеніе. Напротивъ, карательныя мѣры напередъ подробно регулируются закономъ и налагаются при соблюденіи строго опредѣленныхъ и тщательно выработанныхъ обрядовъ судопроизводства судьями, и личныя качества которыхъ представляютъ несравненно большія гарантіи правильнаго образа дѣйствія, нежели качества низшихъ полицейскихъ служителей.

По всему этому и въ интересахъ большаго обезпеченія личной свободы нельзя допустить лишенія указовъ карательной санкціи. Угроза строго опредѣленнымъ напередъ наказаніемъ замѣнилась бы тогда совершенно неопредѣленной угрозой непосредственнаго принужденія, сообразуемаго съ особенностями каждаго отдѣльнаго случая по усмотрѣнію низшихъ органовъ администраціи.

И въ дѣйствительности, законодательства не отказываютъ указамъ въ карательной санкціи. Но такъ какъ содержаніе указовъ зависитъ отъ усмотрѣнія издающихъ ихъ органовъ и потому естественно очень разнообразно и измѣнчиво, то уголовный законъ не можетъ предусмотрѣть всѣ возможные случаи неисполненія указовъ иначе, какъ поставивъ карательную санкцію такого неисполненія внѣ зависимости отъ содержанія указовъ. Надо устроить дѣло такъ, чтобы карательная санкція указовъ установлялась независимо отъ ихъ содержанія и чтобы вмѣстѣ съ тѣмъ не нарушена была недопустимость установленія наказуемости дѣяній иначе, какъ закономъ. Въ современныхъ законодательствахъ мы встрѣчаемся съ разрѣшеніемъ этой задачи тремя различными путями, вмѣстѣ съ тѣмъ и исчерпывающими всѣ возможные способы.

Формально строже всего соблюдается начало nullum crimen sine lege, если законодательство, игнорируя разнообразное и измѣнчивое содержаніе указовъ, установляетъ, какъ особой видъ наказуемаго дѣянія, неисполненіе законныхъ распоряженій власти, все равно въ чемъ бы они ни заключались. Тутъ карательная санкція придается не непосредственно предписаніямъ указа, а собственно основаннымъ на немъ частнымъ распоряженіямъ (Verfügungen) административныхъ

властей. Для наличности состава наказуемаго дѣянія тутъ недостаточно несоблюденія общихъ предписаній указа, а необходимо нарушеніе основаннаго на нихъ частнаго требованія администраціи. Недостаточно существованія указа, установляющаго обязанность. а необходимо кромѣ того требованіе администраціи объ исполненіи этой обязанности.

Какъ я уже сказалъ, *формально* при этомъ послѣдовательнѣе всего соблюдается начало nullum crimen sine lege, такъ какъ при такомъ разрѣшеніи задачи законодатель сохраняетъ всецѣло за собою функціи установленія карательныхъ постановленій. И диспозиція, и санкція опредѣляются законодателемъ. Но соблюденіе это только формальное, потому что достигается цѣною совершенно неопредѣленнаго установленія диспозиціи, ограниченной чисто формальнымъ признакомъ неповиновенія законнымъ требованіямъ власти.

Другая система состоитъ въ томъ, что законодатель устанавляетъ общую бланкетную санкцію указовъ, предоставляя администраціи по своему усмотрѣнію опредѣлять составъ подпадающихъ этой санкціи наказуемыхъ дѣяній. Тутъ функція карательнаго законодательства какъ бы раздвояется. Установленіе санкціи удерживаетъ за собой законодательная власть. Опредѣленіе диспозиціи передается власти, издающей указы. Санкція при этомъ установляется относительно опредѣленная и опредѣленіе мѣры наказанія зависитъ всецѣло отъ судьи, примѣняющаго законъ.

Третья система идетъ еще дальше въ расширеніи власти, издающей указы. При ней администраціи передается не только опредѣленіе диспозиціи, но и установленіе самой карательной санкціи съ тѣмъ лишь ограниченіемъ, что законъ установляетъ высшій размѣръ карательной санкціи, могущей быть установленной указомъ. При этой системѣ карательную санкцію получаютъ уже не всѣ указы, а лишь тѣ, въ отношеніи къ которымъ это признаетъ нужнымъ установить издающая указы власть. Выборъ мѣры наказанія въ предѣлахъ установленныхъ закономъ принадлежитъ при этомъ не судьѣ, а также власти, издающей указы. Она можетъ въ этихъ предѣлахъ установить

за данное нарушеніе указа или безусловно-опредѣленную санкцію, или относительно-опредѣленную по своему усмотрѣнію.

Такимъ образомъ, мы находимъ три различныхъ системы въ способахъ надѣленія указовъ карательной санкціей. Санкція эта можетъ быть установлена, во-первыхъ, косвенно посредствомъ признанія наказуемымъ всякаго неисполненія законныхъ, слѣдовательно и основанныхъ на законно изданныхъ указахъ, требованій административной власти. Во-вторыхъ, карательная санкція можетъ быть придана указамъ и прямо посредствомъ установленія бланкетнаго уголовнаго закона, устанавливающаго наказуемость всякаго неисполненія постановленій указовъ. И, наконецъ, въ-третьихъ, установленіе карательной санкціи указовъ можетъ быть предоставлено самой власти, издающей указы съ ограниченіемъ ея извѣстнымъ минимумомъ наказанія.

Примѣненіе первой изъ указанныхъ системъ надѣленія указовъ карательной санкціей мы встрѣчаемъ въ нашемъ дореформенномъ законодательствѣ. До изданія мирового устава у насъ не было установлено общей наказуемости неисполненія указовъ. По общему правилу наказуемо было лишь непослушаніе частнымъ распоряженіямъ органовъ власти. Такой именно смыслъ имѣла ст. 157 уст. о пред. и прес. прест. изд. 1832 г. Ею предписывалось, „во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ непослушаніе, своевольство и нарушеніе благочинія не будетъ заключать въ себѣ большой важности, предоставляется полиціи людей, къ состоянію сельскихъ обывателей принадлежащихъ, наказывать по приговору домашнимъ ея образомъ или подвергать ихъ легкому полицейскому исправленію; людей же къ состоянію сельскихъ обывателей непринадлежащихъ въ случаѣ ослушанія, по напоминанію о томъ, брать подъ стражу и отсылать къ суду“ [1]). Въ изданіи 1857 г., въ нѣсколько сокращенномъ изложеніи, она составила ст. 179.

[1]) Какъ видно изъ ея источниковъ эта статья охватывала очень широкій кругъ дѣяній. Въ указѣ 1817 г. іюля 10 (П. С. З. № 26, 960) къ маловажнымъ преступленіямъ отнесены: обманы разнаго рода, предметы коихъ не превышаютъ 5 р., легкіе побои или оскорбленія въ дракѣ или ссорѣ, пьянство, своевольство, непослушаніе, нарушеніе благочинія и кратковременныя своевольныя отлучки изъ селенія.

Система общей бланкетной санкціи указовъ установлена французскимъ уголовнымъ кодексомъ [1]), и оттуда заимствована составителями Судебныхъ Уставовъ. Ст. 29 Мирового устава установляетъ общую наказуемость всякаго неисполненія всѣхъ вообще „законныхъ распоряженій, требованій или постановленій правительственныхъ и полицейскихъ властей, а равно земскихъ и общественныхъ учрежденій“—денежнымъ взысканіямъ не свыше 50 рублей. Кромѣ того, въ самомъ Мировомъ уставѣ имѣется немало статей, предусматривающихъ нарушеніе указовъ, касающихся отдѣльныхъ вопросовъ государственнаго благоустройства и благочинія. Но въ виду общности ст. 29, эти частныя постановленія имѣютъ значеніе лишь повышенія или пониженія общаго максимума взысканій за неисполненіе указовъ [2]).

Хотя въ указателѣ, приложенномъ къ проекту Мирового устава [3]), ст. 29 показана замѣняющей опредѣленныя статьи улож. о нак. изд. 1857 г. но въ дѣйствительности постановленіе это было у насъ нововведеніемъ. Статьи улож. о нак. которыя яко-бы замѣнила собою ст. 29 М. У., вовсе не содержатъ общаго бланкета, установляющаго наказуемость всякаго неисполненія указовъ. Статьи эти по большей части говорятъ не объ указахъ, не объ общихъ постановленіяхъ, а о частныхъ распоряженіяхъ и приказаніяхъ власти [4]) и притомъ всѣ имѣютъ совершенно казуистическую редакцію, предусматривая лишь опредѣленныя въ точности

---

[1]) Code pénal, art. 471, n° 15: seront punis d'amende depuis 1 franc jusqu'à 5 francs inclusivement—ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et ceux qui ne seront pas conformes aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale.

[2]) Таковы статьи: 44, 55, 57, 66, 71, 74, 77, 81, 87, 90, 91, 94, 110, 112, 121.

[3]) Его можно найти въ первомъ (1873 г.) изданіи Мир. Уст. профессора Таганцева.

[4]) Ст. 310—неявка въ назначенный срокъ по требованію присутственнаго мѣста; 365—невыдача по требованію начальства вещей принадлежащихъ тайному обществу и подлежащихъ конфискаціи; 1392—вывѣшиваніе въ городѣ на перилахъ, заборахъ и окнахъ бѣлья, платья и т. п. послѣ сдѣланнаго о томъ напоминанія; 1563—отказъ вопреки приказанію полиціи въ помощи за установленную плату гибнущему судну.

распоряженія [1]). Многіе же изъ нихъ не имѣютъ даже вовсе бланкетнаго характера [2]).

Проектъ уголовнаго уложенія составленный Редакціонной Коммиссіей, предполагаетъ сохранить ту же самую систему надѣленія указовъ карательной санкціей, съ предоставленіемъ, однако, издающему органу права установлять меньшій противъ опредѣленнаго закономъ предѣлъ денежной пени [3]).

Предоставленіе административнымъ органамъ самимъ опредѣлять въ указанныхъ закономъ предѣлахъ взысканія за нарушеніе ихъ постановленій, встрѣчается уже въ римскомъ правѣ. Магистраты, надѣленные imperium, имѣли и jus coercitionis—право налагать взысканія на неисполняющихъ ихъ распоряженій. Главной формой такихъ взысканій былъ штрафъ, multa, высшій размѣръ котораго очень рано былъ опредѣленъ закономъ, такъ что первоначально максимумъ былъ установленъ не въ денежной суммѣ, а опредѣлялся въ 2 овцы и 30 быковъ. Впослѣдствіи это было замѣнено 3020 ассами [4]).

Установленіемъ опредѣленнаго максимума не исчерпывалось въ римскомъ правѣ ограниченіе власти магистратовъ, налагать взысканія за неисполненіе ихъ распоряженій. Низшій размѣръ пени, minima multa, составляла одна овца или 10 ассъ. Постепенное повышеніе размѣра взысканія могло совершаться, по свидѣтельству Геллія, не иначе, какъ in dies

---

[1]) Ст. 1322—купанье, ѣзда, катанье на конькахъ въ запрещенныхъ мѣстахъ и въ запрещенное время; 1472—причиненіе на пожарахъ вопреки постановленіямъ и напоминаніямъ полиціи тѣсноты и помѣшательства; 1170—продажа предметовъ продовольствія дороже установленной таксы.

[2]) Ст. 1232—необъявленіе о потерѣ паспорта; 1263 — необъявленіе хозяиномъ или управляющимъ домомъ и непредоставленіе начальству паспорта человѣка умершаго въ ихъ домѣ; 1447—куреніе табаку въ почтовыхъ каретахъ и дилижансахъ: 1497—произвольное взиманіе сборовъ съ проѣзжающихъ по дорогамъ, мостамъ, перевозамъ; 1565—производство незаконнаго сбора съ водоходцевъ. Въ указателѣ замѣненнаго ст. 29 показано даже ст. 1454, предусматривающая неисполненіе *порученія* устроить, починить или содержать въ исправности громоотводъ.

[3]) Уголовное уложеніе. Объясненіе къ проекту Редакціонной Коммиссіи. Часть особенная. Посягательства противъ порядка управленія, 1889 г., стр. 102—109.

[4]) Цицеронъ установленіе денежной нормы относитъ къ lex Julia Papiria 324 г. до Р. Хр.

singulos, т.-е. въ одинъ и тотъ же день размѣръ пени уже не могъ быть увеличенъ [1]).

Изъ современныхъ законодательствъ эта система предоставленія органамъ, издающимъ указы, самимъ установлять въ указанныхъ закономъ предѣлахъ и карательную санкцію (Delegation für Norm-und Strafgesetz) получила особенное развитіе въ прусскомъ правѣ [2]), гдѣ она введена еще указомъ 20 дек. 1808 г., съ полною же опредѣленностью была установлена закономъ 11 марта 1850 г., дѣйствующимъ съ нѣкоторыми измѣненіями и въ настоящее время [3]).

Высшій предѣлъ взысканій, какія могутъ быть установлены за нарушеніе указа, установленъ прусскимъ законодательствомъ различный, смотря по тому, отъ кого исходитъ указъ. Министры могутъ установить за нарушеніе своихъ указовъ денежное взысканіе до 100 марокъ; оберъ-президентъ и регирунгспрезидентъ—до 60; ландратъ—до 30; мѣстныя полицейскія власти—до 9, а въ городахъ, составляющихъ особый крейсъ—и до 30 марокъ. Въ случаѣ несостоятельности виновнаго денежное взысканіе можетъ быть замѣнено соотвѣтствующимъ арестомъ. Но самое наложеніе наказанія предоставлено суду. Административные органы могутъ только предва-

---

[1]) *Mommsen*, Römisches Staatsrecht, B. I, 3 Aufl. 1887, S. 136 u. ff. *Herzog*, Geschichte und System der römischen Staatsverfassung, B. I, 1884, S. 637. *Madvig*. Die Verfassung und Verwaltung des röm Staates, B. I, 1881, S. 347. *Karlowa*. Römische Rechtsgeschichte, B. I, 1885, S. 164.

[2]) Изъ германскихъ государствъ эта система принята еще въ Саксоніи и Гессенѣ. Въ Баваріи, Вюртембергѣ и Баденѣ примѣняется система общей бланкетной санкціи. Та же система принята и германскимъ уголовнымъ кодексомъ. Слѣдовательно, по общему правилу указамъ имперскихъ учрежденій санкція дается общимъ бланкетнымъ постановленіемъ. Но есть исключенія. По закону 19 іюля 1883 г. германскіе консулы могутъ установлять за нарушеніе ихъ указовъ угрозу денежнымъ взысканіемъ до 150 марокъ. Для германскихъ колоній имперскій канцлеръ можетъ издавать указы съ карательной санкціей до 3 мѣсячнаго ареста.

[3]) Подробное изложеніе прусскаго законодательства о такихъ указахъ, называемыхъ тамъ „Polizeiverordnungen“, смотри у *Förstemann*, Principien des preussischen Polizeirechts, 1869, SS. 141—212. *Rosin*. Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen. 1882. *Stengel*. Die Organisation der preussischen Verwaltung nach den neuen Reformgesetzen, 1884, SS. 442—459. *Rönne*. Das Staatsrecht der preussischen Monarchie. 4 Aufl. 1881, I, SS. 380—390. *Arndt*. Das Verordnungsrecht. 1884, SS. 157—169.

рительно опредѣлять наказанія не свыше 15 марокъ и 3 дней ареста. Если въ теченіе недѣли будетъ заявлено заинтересованнымъ неудовольствіе, дѣло обязательно передается судьѣ.

Обращаясь къ сравнительной оцѣнкѣ всѣхъ этихъ системъ надѣленія указовъ карательной санкціей, нельзя не замѣтить, что различіе послѣдствій ихъ практическаго примѣненія представляется весьма существеннымъ.

Отличительная особенность первой системы заключается въ томъ, что при ней на первый планъ выдвигается формальный моментъ неповиновенія власти. Самое содержаніе неисполненной обязанности какъ бы игнорируется. Поэтому и судъ, примѣняя законъ, карающій неисполненіе законныхъ требованій власти, естественно будетъ придавать особенное значеніе характеру неповиновенія, его наглости и упорству, а не тому, какая обязанность невыполнена. Поэтому и законодательства, принимающія эту систему, соразмѣряютъ степень отвѣтственности съ іерархическимъ положеніемъ того органа власти, требованіямъ котораго оказывается неповиновеніе.

Исключительность такого формальнаго критеріума представляетъ значительныя неудобства. При широкомъ развитіи установленія юридическихъ нормъ указами, въ числѣ ихъ не могутъ не оказаться и такія, неисполненіе которыхъ представляетъ серьезную опасность для юридическаго порядка, далеко превышающую значеніе формальнаго момента неповиновенія.

Другое неудобство этой системы въ томъ, что при ней всѣ указы лишены сами по себѣ карательной санкціи. Недостаточно администраціи издать указъ, надо еще въ каждомъ конкретномъ случаѣ потребовать его исполненія. Только при этомъ условіи неисполненіе указа становится наказуемымъ. Между тѣмъ указы могутъ установлять и такія нормы, которыя по самому существу своему требуютъ постояннаго, непрерывнаго исполненія. Постоянное же предъявленіе требованій объ исполненіи указа было бы дѣломъ едва ли возможнымъ.

Вторая система придаетъ карательную санкцію всѣмъ

указамъ общимъ бланкетомъ и тѣмъ впадаетъ въ другую крайность. Карательная санкція не составляетъ общей принадлежности и законодательныхъ постановленій. Тѣмъ менѣе основаній придавать ее всѣмъ указамъ безъ исключенія. Это противорѣчитъ взаимному соотношенію закона и указа, ставя въ отношеніи къ санкціи указы какъ бы выше закона. Конечно, взысканія за ихъ нарушенія вообще незначительны и преслѣдованіе нарушителя зависитъ отъ усмотрѣнія администраціи: въ маловажныхъ случаяхъ она можетъ оставить нарушеніе безъ преслѣдованія. Но все же при такой постановкѣ дѣла всѣ постановленія указовъ имѣютъ за собой угрозу наказаніемъ.

Третья система избѣгаетъ этой крайности. При ней карательная санкція придается не всѣмъ указамъ, а только тѣмъ, относительно которыхъ это признано будетъ необходимымъ самой издающей указы властью. Примѣненіе карательной санкціи ограничивается, слѣдовательно, предѣлами дѣйствительной необходимости. Кромѣ того, по прусской системѣ администрація можетъ, въ предѣлахъ установленнаго закономъ максимума, сама опредѣлять размѣръ наказанія и, слѣдовательно, не къ каждому нарушенію указа допускается примѣненіе высшаго размѣра наказанія, установленнаго закономъ за нарушенія указовъ. Все это приводитъ къ соблюденію надлежащей экономіи въ примѣненіи къ указамъ карательной санкціи. Вмѣстѣ съ тѣмъ это даетъ возможность законодателю установить сравнительно высшій максимумъ взысканія за нарушенія указовъ въ разсчетѣ на то, что издающая указы власть, пользуясь предоставленнымъ ей правомъ, сама понизитъ эти взысканія для маловажныхъ нарушеній. Конечно, этимъ самымъ значительно расширяется власть администраціи такъ какъ власть опредѣлять, въ границахъ установленнаго закономъ максимума, размѣръ взысканія переходитъ при этомъ отъ суда къ администраціи. Издавая указъ, администрація можетъ установить даже безусловно опредѣленную санкцію и, такимъ образомъ, совершенно исключить свободу судьи въ опредѣленіи размѣра наказанія.

Такой порядокъ слѣдуетъ признать болѣе соотвѣтствую-

щимъ самому существу взысканій, установляемыхъ за нарушеніе указовъ. Назначеніе этихъ взысканій въ томъ, что, бы заставить исполнять указы. Это не столько наказанія, сколько мѣры побужденія къ исполненію. При наложеніи имѣется ввиду не столько покарать правонарушителя, сколько добиться соблюденія установленныхъ указомъ правилъ. Тѣ случаи, когда въ силу какихъ-либо условій самый фактъ неповиновенія получаетъ особое значеніе и требуетъ самъ по себѣ уголовной кары, могутъ быть особо предусмотрѣны уголовнымъ закономъ, какъ самостоятельное преступленіе. Въ большинствѣ случаевъ угроза наказаніемъ за неисполненіе указовъ установляется только какъ побужденіе къ его исполненію, а задача эта, безъ сомнѣнія, будетъ выполнена успѣшнѣе, если опредѣленіе мѣры взысканія будетъ предоставлено не суду, а самой власти, издающей указы. Прежде всего общая угроза наказаніемъ не выше опредѣленнаго въ законѣ максимума является весьма неопредѣленной, и каждый нарушитель указа естественно склоненъ именно свое нарушеніе считать не важнымъ и потому незаслуживающимъ взысканія въ высшемъ размѣрѣ. Поэтому всякій въ результатѣ надѣется отдѣлаться сравнительно незначительнымъ взысканіемъ. Напротивъ, угроза напередъ установленнымъ, вполнѣ опредѣленнымъ взысканіемъ окажется гораздо дѣйствительнѣе уже потому, что исключаетъ возможность какихъ-либо разсчетовъ на мягкосердіе судьи. Къ тому же указы часто издаются по поводу различныхъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ, ввиду грозящей опасности, а между тѣмъ судьѣ заурядъ приходится постановлять приговоры о взысканіяхъ за несоблюденіе этихъ указовъ уже въ то время, когда чрезвычайныя обстоятельства, вызвавшія изданіе указа, уже миновали. Судьѣ, дѣйствующему при такихъ условіяхъ, невозможно примѣнять къ оцѣнкѣ совершенныхъ правонарушеній тотъ же масштабъ, какой являлся вполнѣ подходящимъ ввиду грозящей опасности. Когда опасность миновала нарушенія указа, изданнаго для предотвращенія грозившей бѣды, естественно кажутся неимѣющими большого значенія и въ результатѣ неизбѣжно получается

ослабленіе карательной репрессіи нарушеній указовъ. При опредѣленіи размѣра взысканія самой издающей указы властью угроза взысканіемъ будетъ, конечно, гораздо энергичнѣе [1]).

Таковы достоинства этой системы. Но она не лишена и своей оборотной стороны. Опредѣленіе размѣра взысканія самой издающей указы властью, а не судомъ, не только обезпечиваетъ достаточную энергію карательной репрессіи, но вмѣстѣ съ тѣмъ и представляетъ неизбѣжно опасность чрезмѣрной ея энергіи. Вполнѣ умѣстная въ примѣненіи къ указамъ, издаваемымъ ввиду чрезвычайныхъ обстоятельствъ, при обыкновенныхъ условіяхъ, она можетъ оказаться слишкомъ расширяющей власть администраціи въ ущербъ личной свободѣ и нарушающей надлежащее соотношеніе между судомъ и администраціей. Административные органы, призванные къ осуществленію извѣстныхъ задачъ государственнаго управленія и надѣленные для того властью издавать указы, естественно склонны преувеличивать значеніе своей задачи и своихъ распоряженій и потому легко могутъ оказаться слишкомъ суровыми въ опредѣленіи мѣръ взысканія за нарушенія указовъ. Судъ, не служащій осуществленію никакой частной задачи управленія, а призванный только охранять юридическій порядокъ, т.-е. установленное закономъ разграниченіе разнообразныхъ интересовъ, составляющихъ содержаніе государственной жизни, лучше можетъ соблюсти въ этомъ дѣлѣ должную справедливость. Если опредѣленіе мѣры взысканія принадлежитъ суду, оно этимъ самымъ сдерживаетъ возможныя крайности въ дѣйствіяхъ органовъ исполнительной власти.

Такимъ образомъ каждая изъ разсмотрѣнныхъ трехъ системъ надѣленія указовъ карательной санкціей имѣетъ свои недостатки и свои достоинства. Поэтому цѣлесообразнѣе всего было бы скомбинировать всѣ эти системы сообразно различнымъ категоріямъ самихъ указовъ такъ, чтобы воспользоваться выгодами всѣхъ ихъ трехъ и по возможности устранить ихъ недостатки.

Во многихъ законодательствахъ мы и дѣйствительно встрѣчаемся съ совокупнымъ примѣненіемъ различныхъ системъ. Но ихъ взаимное отношеніе опредѣляется при этомъ по большей части совершенно случайными условіями. Такъ прусскій горный уставъ 1865 г. (§§ 197, 207, 208) держится французской системы просто въ силу того, что самъ явился сколкомъ французскаго горнаго устава 1810 г. Такъ имперскій германскій уставъ консульской юрисдикціи слѣдуетъ прусской системѣ, потому что составленъ по образцу прусскаго консульскаго устава 1865 года.

Въ Голландіи примѣняются обѣ системы по различію органовъ, издающихъ указъ. Законъ 6 марта 1818 года установляетъ общую бланкетную санкцію всѣхъ указовъ, издаваемыхъ правительственными органами [1]). Къ указамъ же, издаваемымъ органами мѣстнаго самоуправленія, примѣняется прусская система. Общинные совѣты могутъ, по закону 29 іюня 1851 года, облагать неисполненіе издаваемыхъ ими указовъ денежнымъ взысканіемъ до 25 гульденовъ или арестомъ до 3 дней. Власть провинціальныхъ штатовъ въ этомъ отношеніи шире, такъ какъ по закону 25 мая 1880 г. за нарушеніе своихъ указовъ они могутъ назначать штрафъ до 75 гульденовъ или арестъ до 7 дней [2]).

Въ нашемъ законодательствѣ также наряду съ общей бланкетной санкціей указовъ, установляемой ст. 29 м. у. къ нѣкоторымъ спеціальнымъ видамъ указовъ примѣняются и другія системы. Прусская система согласно съ ея особенностями, примѣняется у насъ Положеніемъ о государственной охранѣ, имѣющимъ въ виду случаи чрезвычайныхъ опасностей, грозящихъ государственному порядку. Кромѣ того, министру государственныхъ имуществъ предоставлено установлять взысканія за нарушеніе издаваемыхъ имъ правилъ объ употребленіи взрывчатыхъ веществъ при горныхъ работахъ. Но и это установлено въ ту же эпоху, въ 1880 году, и правила,

[1]) *Hartog.* Das Staatsrecht des Königreichs der Niederlande, S. 46.

[2]) *Stein*, Innere Verwaltungslehre, Th. IV, 1867. Das Polizeirecht, S. 49. *Hartog*, Staatsrecht des Königreichs der Niederlande, 1886, S. 58.

издаваемыя министромъ государственныхъ имуществъ, имѣютъ главнымъ образомъ въ виду затруднить полученіе взрывчатыхъ веществъ злонамѣренными людьми.

Но само собой разумѣется, что не однѣ только опасности, грозящія государственному порядку, могутъ получать чрезвычайный характеръ и требовать особенно энергичнаго противодѣйствія. То же самое можетъ имѣть мѣсто при наводненіи или при появленіи эпидеміи, эпизоотіи, филоксеры, вредныхъ насѣкомыхъ и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ грозящая опасность требуетъ неотложныхъ, рѣшительныхъ мѣръ и издаваемые при такихъ обстоятельствахъ указы нуждаются въ энергической поддержкѣ.

По всѣмъ изложеннымъ соображеніямъ наиболѣе цѣлесообразная организація карательной санкціи указовъ представляется въ слѣдующемъ видѣ.

Прежде всего, слѣдуя прусской системѣ, надо принять общимъ правиломъ, чтобы карательной санкціей надѣлялись не всѣ указы, а лишь тѣ изъ нихъ, въ которыхъ это прямо оговорено. Только при этомъ условіи будетъ соблюдена надлежащая экономія уголовной репрессіи и не будетъ извращено должное соотношеніе между закономъ и указомъ.

Затѣмъ соотношеніе между прямымъ принужденіемъ и наказаніемъ за неповиновеніе требованіямъ указа должно быть признано альтернативнымъ, взаимно исключающимъ. Если административный органъ силою принудилъ неповинующагося къ исполненію указа или распорядился выполненіемъ обязанности за его счетъ, нѣтъ основанія еще сверхъ того подвергать его наказанію. Непосредственное принужденіе уже само по себѣ сильнѣе стѣсняетъ личную свободу, чѣмъ денежныя взысканія, назначаемыя за нарушеніе указовъ и кромѣ того дѣйствительное соблюденіе указа достигается имъ полнѣе и непосредственнѣе, чѣмъ наказаніемъ. Какъ я уже говорилъ, наказанія, назначаемыя за несоблюденіе указовъ, имѣютъ собственно характеръ мѣръ понужденія къ исполненію указа. А разъ указъ исполненъ, хотя-бы и недобровольно, въ такихъ мѣрахъ не можетъ уже болѣе представляться надобности.

Относительно самыхъ способовъ надѣленія указовъ карательной санкціей слѣдуетъ различать три категоріи указовъ.

Первую категорію составятъ указы, издаваемые въ случаяхъ чрезвычайныхъ опасностей. Ихъ карательную санкцію удобнѣе всего установлять по прусской системѣ, т. е., предоставляя самой издающей указы власти опредѣлять и мѣру взысканія въ предѣлахъ установленныхъ закономъ и притомъ даже въ абсолютно-опредѣленной формѣ. Для побужденія къ непремѣнному исполненію указовъ, издаваемыхъ при чрезвычайныхъ обстоятельствахъ, абсолютно-опредѣленная санкція представляется наиболѣе подходящей.

Но я долженъ оговориться, что имѣю въ виду указы, изданные при чрезвычайныхъ *обстоятельствахъ*, а не при дѣйствіи исключительныхъ *законовъ*. Установленной указомъ санкціей судья можетъ руководствоваться лишь тогда, когда, постановляя приговоръ, онъ руководствуется тѣми же законами, какими руководится и администраторъ, издавая указъ. Если же указъ былъ изданъ при господствѣ исключительныхъ нормъ, напр., во время военнаго положенія, усиленной или чрезвычайной охраны, а виновный въ нарушеніи такого указа осуждается судьей въ то время, когда это исключительное положеніе уже прекратилось, судья не можетъ наложить взысканія въ томъ размѣрѣ, какой допускается только во время исключительнаго положенія. Это прямой выводъ изъ общаго начала, что судъ опредѣляетъ наказанія всегда по тѣмъ законамъ, какіе дѣйствуютъ во время суда.

Вторую категорію составятъ указы, опредѣляющіе собственно дѣятельность администраціи, а на частныхъ лицъ только попутно налагающіе обязанность—обязанность не мѣшать администраціи въ ея дѣятельности, иногда и содѣйствовать ей. Въ примѣненіи къ этимъ указамъ пригоднѣе всего старая русская система обложенія наказаніемъ собственно не несоблюденія указовъ, а неисполненія требованій администраціи, такъ какъ цѣлью наказаній въ этомъ случаѣ является главнымъ образомъ поддержаніе авторитета органовъ власти въ ихъ возможныхъ столкновеніяхъ съ частными лицами. Къ

тому же случаи, когда именно требуется содѣйствіе частныхъ лицъ дѣятельности администраціи, едва-ли могутъ быть опредѣлены общимъ образомъ напередъ указомъ, а опредѣляются исполняющими указъ органами по соображенію обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго конкретнаго случая. И наказаніе тутъ соразмѣряется поэтому не съ содержаніемъ обязанности, налагаемой указомъ, и не съ іерархическимъ положеніемъ власти, издавшей указъ, а съ характеромъ самого неповиновенія и съ іерархическимъ положеніемъ органа, призваннаго къ непосредственному исполненію указа.

Наконецъ, третью категорію составляютъ указы, прямо регулирующіе дѣятельность частныхъ лицъ, прямо налагающіе на нихъ обязанности. Указы этой категоріи требуютъ непосредственнаго надѣленія ихъ карательной санкціей, такъ какъ иначе администраціи совершенно напрасно пришлось бы тратить время на требованія исполнять то, что и такъ уже общимъ образомъ предписано указомъ.

3.

Право изданія указовъ можетъ основываться или на общемъ полномочіи правительства управлять государствомъ, или на спеціальномъ на то полномочіи закона. Сообразно съ этимъ различаютъ *самостоятельные и несамостоятельные указы* [1]).

Право изданія несамостоятельныхъ указовъ можетъ быть предоставляемо закономъ всѣмъ органамъ управленія, верховнаго и подчиненнаго безразлично. Самостоятельные указы, напротивъ, могутъ быть издаваемы лишь тѣмъ, кто имѣетъ общее полномочіе управлять государствомъ, другими словами, только органами верховнаго управленія.

Компетенція верховнаго управленія не опредѣляется какими либо положительными началами, а только, такъ сказать, отрицательно. И для верховнаго управленія обязательны законодательныя постановленія. И верховное управленіе не имѣетъ права вторгаться въ разрѣшеніе дѣлъ, подлежащихъ

[1]) *Arndt*, Das Verordnungsrecht, S. 9.

вѣдѣнію судебной власти. Но за этими двумя ограниченіями, дѣятельность верховнаго управленія совершенно свободна. Ему предоставляется не завѣдываніе отдѣльными, напередъ опредѣленными задачами государственной жизни, а дается общее полномочіе управленія государствомъ. Поэтому верховное управленіе распространяетъ свою власть на все, что̀ прямымъ постановленіемъ закона не изъято изъ его вѣдѣнія, какъ законодательное или судебное дѣло. Компетенція верховнаго управленія составляетъ, такъ сказать, общее правило. Въ силу этого оно уполномочено въ предѣлахъ закона принимать всѣ необходимыя для управленія государствомъ мѣры, разрѣшать всѣ выдвигаемые текущею жизнью вопросы. Поэтому верховное управленіе для права издавать указы не нуждается въ особомъ на то полномочіи, хотя такое полномочіе иногда и дается ему законодателемъ.

Совершенно въ иныя условія поставлена компетенція органовъ подчиненнаго управленія. Они не имѣютъ общаго полномочія управлять государствомъ. Они призваны осуществлять лишь отдѣльныя, опредѣленныя задачи управленія, согласно съ закономъ и указаніями верховнаго управленія. Они могутъ принимать только тѣ мѣры, на которыя прямо уполномочены. Потому и самостоятельныхъ указовъ издавать они не могутъ, а только указы въ исполненіе постановленій закона или указовъ верховнаго управленія.

Итакъ, право изданія самостоятельныхъ указовъ болѣе ограничено, чѣмъ право изданія несамостоятельныхъ. Самостоятельные указы, безъ особаго на то полномочія закона, могутъ быть издаваемы только органами верховнаго управленія. Но этими ограниченіями по различію органовъ, издающихъ указы, и исчерпывается все ограниченіе права изданія самостоятельныхъ указовъ. Относительно содержанія самостоятельныхъ указовъ никакихъ особыхъ ограниченій не можетъ быть установлено. Какъ и всѣ другіе указы, самостоятельные указы, имѣютъ обязательную силу лишь подъ условіемъ непротиворѣчія законамъ, но въ этихъ условіяхъ и ими могутъ быть установляемы юридическія нормы.

Правда, господствующее въ литературѣ ученіе допускаетъ существованіе лишь несамостоятельныхъ юридическихъ указовъ. Но такое ученіе, какъ мы уже знаемъ, [1]) основано всецѣло на стремленіи во что бы то ни стало отстоять пониманіе государственной власти, какъ единой, надо всѣмъ въ государствѣ господствующей воли. Съ замѣной этого унаслѣдованнаго отъ средневѣковья пониманія власти другимъ, болѣе соотвѣтствующимъ фактамъ дѣйствительной государственной жизни, устраняются сами собой всякія сомнѣнія въ возможности признать фактъ существованія самостоятельныхъ юридическихъ указовъ.

Если обратиться безъ всякой предвзятой мысли къ постановленіямъ современныхъ конституцій, то и въ нихъ мы не найдемъ никакихъ препятствій къ признанію возможности установленія юридическихъ нормъ самостоятельными указами.

Въ опредѣленіи компетенціи законодательныхъ учрежденій современныя конституціи держатся двухъ различныхъ системъ: или опредѣляютъ ее по содержанію, требуя законодательныхъ актовъ для изданія только нѣкоторыхъ нормъ, относящихся къ извѣстнымъ, въ конституціи прямо указаннымъ предметамъ, или же ограничиваются общимъ постановленіемъ, что законы издаются не иначе какъ съ участіемъ представительнаго собранія, не опредѣляя понятія законодательства по содержанію.

Относительно конституцій, требующихъ участія народнаго представительства для изданія лишь нѣкоторыхъ, опредѣленныхъ категорій законовъ, не можетъ быть никакого сомнѣнія, что они допускаютъ безъ всякаго нарочитаго полномочія установленіе юридическихъ нормъ указомъ. Мало того, между указомъ и закономъ ими устанавливается такое соотношеніе, что даже по общему правилу юридическія нормы устанавливаются указами и только въ видѣ исключенія, въ прямо опредѣленныхъ конституціей случаяхъ—закономъ.

Типичнымъ образцомъ конституцій этой категоріи слу-

[1]) Смотри стр. 33—35.

житъ шведская конституція. Согласно § 87, согласіе сейма требуется только для законовъ гражданскихъ, уголовныхъ и церковныхъ, а также для законовъ, касающихся привилегій дворянства и рыцарства. Всѣ другія юридическія нормы могутъ быть установляемы указами короля, или, какъ ихъ называютъ въ Швеціи, экономическими законами [1]).

Точное разграниченіе законовъ и указовъ представляетъ однако большія трудности. Вообще признается относящимся къ гражданскому и уголовному законодательству и потому требующимъ участія сейма все то, что составляетъ содержаніе шведскаго уложенія 1734 года. Однако и это правило признается небезусловно, и оно допускаетъ исключенія. Содержащіяся въ Уложеніи 1734 г. постановленія мѣстнаго и временнаго характера, признаются относящимися не къ гражданскому и уголовному законодательству, а къ экономическому и потому могутъ быть измѣняемы и королевскими указами.

Сфера экономическаго законодательства, какъ она опредѣляется установившейся практикой, вообще очень широка. Королевскіе указы могутъ установлять правила, весьма существенно стѣсняющія индивидуальную свободу. Ими опредѣляются, напримѣръ, условія осуществленія различныхъ промысловъ, правила строительной, пожарной и санитарной полиціи. Мало того, королевскими же указами установляются и взысканія за нарушеніе этихъ полицейскихъ правилъ, а также за нарушеніе законовъ о налогахъ. Наконецъ, король можетъ установить для наложенія этихъ взысканій особые суды.

Къ тому же типу конституцій относится и конституція баварская, постановляющая (тит. VII, § 2), что „безъ согласія земскихъ чиновъ королевства не можетъ быть ни изданъ вновь, ни измѣненъ или отмѣненъ никакой общій законъ, касающійся свободы личностей или собственности подданныхъ.

Надо, впрочемъ, сказать, что подобныя постановленія конституцій не исключаютъ возможности установленія законода-

---

[1]) *Aschehoug.* Das Staatsrecht der vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen. 1886. SS. 63—68.

тельнымъ актомъ и такихъ юридическихъ нормъ, для которыхъ конституціей этого не требуется. Но разъ юридическая норма установлена въ законодательной формѣ она и отмѣнена и измѣнена можетъ быть уже не иначе, какъ только законодательнымъ актомъ. Поэтому и тамъ, гдѣ конституція даетъ опредѣленіе законодательства по содержанію, на практикѣ всегда мало-по-малу установляется чисто формальное разграниченіе сферы закона и сферы указа, основывающееся на томъ общемъ началѣ, что указъ имѣетъ силу лишь подъ условіемъ непротиворѣчія законамъ [1])

Рѣшительное большинство современныхъ конституцій не даютъ однако вовсе опредѣленія законодательства по содержанію, а ограничиваются постановленіемъ, что законодательство осуществляется не иначе, какъ съ соучастіемъ народнаго представительства [2]).

Разъ конституція не даетъ опредѣленія закона по содержанію, въ ней самой нельзя найти основанія для опредѣленія понятія закона въ матеріальномъ смыслѣ и потому надо признать, что она употребляетъ этотъ терминъ въ формальномъ смыслѣ, слѣдовательно, не въ смыслѣ юридической нормы, а въ смыслѣ акта, изданнаго въ законодательной формѣ и имѣющаго силу закона. Слѣдовательно, требованіе, чтобы законы издавались не иначе, какъ съ участіемъ народнаго предста-

[1]) *Max Seydel.* Bayerisches Staatsrecht. III, 1887. S. 578.

[2]) Бельгійская, 26: Le pouvoir législatif s'exerce collectivement par le roi, la chambre des représentants et le sénat. Голландская, 104. Итальянская, 3. Датская, 2. Сербская, 4. Греческая, 22. Прусская, 62. Кобургъ-Готская, 104. Германская, 5. Саксонская, 86: Kein Gesetz kann ohne Zustimmung der Stände erlassen, abgeändert oder authentisch interpretirt werden. Вюртембергская, 88. Шварцбургъ-Рудольштадтская, 23, 1. Вальдекская, 6. Реймладшая линія, 54, с.; Шаумбургъ-Липпе, 30. Люксенбургская, 46. Японская, 5. Венгерскій зак. 1791 г. Ольденбургская, 136. Гессенская, 72: Ohne Zustimmung der Stände kann kein Gesetz auch in Bezug auf das Landes-Polizei-Wesen gegeben, aufgegeben oder abgeändert werden. Испанская, 18: Законодательная власть принадлежитъ кортесамъ подъ условіемъ соглашенія съ королемъ; Португальская, 13: подъ условіемъ королевской санкціи. Норвежская, 49: Народъ осуществляетъ законодательную власть чрезъ посредство стортинга. Французскій законъ 25 февр. 1875 г.: Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées la chambre des députés et le sénat. Мексиканская, 51. Аргентинская, 36.

вительства, имѣетъ тотъ смыслъ, что только акты, изданные такимъ порядкомъ, получаютъ формальную силу закона, но не исключаетъ возможности установленія юридическихъ нормъ и указомъ, не имѣющимъ однако силы и значенія закона.

Но не лишаетъ ли такое толкованіе подобныя постановленія конституціи всякаго практическаго значенія?

Если относить ихъ къ законамъ въ формальномъ смыслѣ, не лишаются ли они тѣмъ самымъ всякаго опредѣленнаго содержанія? Законъ въ формальномъ смыслѣ въ конституціонномъ государствѣ есть актъ, изданный съ согласія палатъ. Какое же значеніе можетъ имѣть постановленіе, что актъ, требующій согласія палатъ, издается не иначе, какъ съ согласія палатъ?

Еслибы о законахъ въ формальномъ смыслѣ говорилось только въ одной статьѣ конституціи, то, конечно, эта статья была бы совершенно излишняя, лишенная всякаго содержанія. Но законодательство конституціонныхъ государствъ содержитъ въ себѣ множество постановленій о подчиненіи другихъ актовъ государственной власти законамъ, объ обязательности другихъ актовъ только подъ условіемъ согласія ихъ съ законами. Благодаря этому постановленія конституцій, что законы (въ формальномъ смыслѣ) издаются съ согласія палатъ — получаютъ весьма опредѣленное и существенное содержаніе: имъ опредѣляются условія формальной силы закона.

Такъ, напримѣръ, въ бельгійской конституціи, послужившей образцомъ для большинства конституцій этого типа, имѣется наряду съ общимъ постановленіемъ, что законодательная власть осуществляется совмѣстно королемъ и палатами, множество частныхъ указаній, требующихъ для регулированія того или другого вопроса изданія непремѣнно закона. Еслибы слово законъ означало въ этой конституціи законъ въ матеріальномъ смыслѣ, т.-е. юридическую норму, то совершенно безсмысленны оказались бы такія постановленія, какъ напримѣръ, что „никакое наказаніе не можетъ быть установляемо и примѣняемо иначе, какъ въ силу закона“ или что поводы и порядокъ

экспропріаціи регулируются закономъ [1]). Нормы, опредѣляющія наказанія или порядокъ экспропріаціи, конечно, юридическія нормы: какой же смыслъ оговариваться, что онѣ могутъ быть установлены только закономъ, если законъ то же самое, что юридическая норма? И такъ, уже изъ существованія въ конституціи подобныхъ постановленій явствуетъ само собой, что слово законъ употребляется въ ней не въ матеріальномъ, а въ формальномъ смыслѣ. Но кромѣ того во многихъ статьяхъ бельгійской конституціи закономъ прямо именуются и такіе акты, которыми никакого закона въ матеріальномъ смыслѣ, никакой юридической нормы не установляется. Таковы напримѣръ, постановленія ст. 114, что „никакая пенсія не можетъ быть дана“, или ст. 123, что „мобилизація гражданской гвардіи не можетъ имѣть мѣста“ иначе какъ въ силу особаго о томъ закона. Тутъ уже термину законъ придается чисто формальное значеніе.

На чемъ бы ни было основано право изданія указовъ, на общемъ полномочіи управлять государствомъ или на спеціальной делегаціи закона, указъ имѣетъ обязательную силу лишь подъ условіемъ непротиворѣчія его законамъ. Это условіе иногда прямо выражается въ постановленіяхъ конституціи объ указной власти [2]); но во всякомъ случаѣ оно подразумѣвается всегда само собой, по крайней мѣрѣ, какъ общее правило.

Въ силу такого подчиненія указовъ законамъ, указъ не можетъ ни отмѣнить, ни пріостановить дѣйствія закона (суспензація), ни освободить кого-либо отъ подчиненія закону (диспензація). Если въ конституціи прямо постановлено, что по опредѣленному предмету юридическія нормы должны быть установлены закономъ, указы этихъ предметовъ касаться уже не могутъ.

Но этого мало. Изъ начала подчиненія указовъ законамъ вытекаетъ также, что указомъ не можетъ быть установляемо

[1]) Ст. 9 и 11; подобныя же постановленія объ установленіи опредѣленныхъ юридическихъ нормъ не иначе, какъ закономъ содержатся въ ст. ст. 4, 6, 7, 16, 17, 23, 110, 118.

[2]) Бельгійская, ст. 67; Люксембургская, ст. 36; Румынская, ст. 93, Греческая, ст. 35.

обязательное толкованіе закона. Для того, чтобы надѣленіе указовъ обязательной силой лишь подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ, могло имѣть дѣйствительное значеніе, разрѣшеніе возникающихъ сомнѣній о законности указовъ надо предоставить учрежденію, независимому отъ власти, издающей указы. Если же самимъ указомъ могло бы быть установляемо обязательное толкованіе закона, оно могло бы быть подгоняемо къ содержанію указовъ, и не содержаніе указовъ сообразовалось бы тогда съ содержаніемъ законовъ, а наоборотъ. Слѣдовательно, вмѣсто подчиненія указа закону, получалось бы на дѣлѣ подчиненіе закона указу.

Поэтому, хотя указъ можетъ установить, подъ условіемъ непротиворѣчія законамъ, и новыя юридическія нормы, установлять обязательное толкованіе закона онъ не можетъ. Указъ долженъ быть согласенъ съ закономъ не въ томъ его пониманіи, какое заблагоразсудится придать закону самой издающей указъ власти, а въ томъ, какое будетъ установлено толкованіемъ независимаго судебнаго органа.

Если, такимъ образомъ, обязательной силѣ указовъ ставятся указанныя ограниченія, надо чтобы были установлены и надлежащія гарантіи соблюденія этихъ ограниченій на дѣлѣ, чтобы былъ установленъ надлежащій контроль за законностью издаваемыхъ указовъ и практическіе способы обезсиленія незаконныхъ указовъ.

Это тѣмъ болѣе необходимо, что для подчиненныхъ административныхъ органовъ указы надлежащимъ образомъ изданные поставленными надъ ними органами, безусловно обязательны. Административные органы не могутъ входить въ повѣрку законности указа по содержанію. Отличительная особенность положенія административныхъ органовъ сравнительно съ судебными установленіями въ томъ и заключается, что они обязаны подчиненіемъ не только закону, но и указаніямъ высшихъ надъ ними органовъ [1]). Вмѣстѣ съ

[1]) *Stein.* Handbuch der Verwaltungslehre, I, 1888, S. 111. Das ganze Verordnungswesen beruht auf dem Princip des amtlichen Gehorsams. *Spiegel*, Die kaiserlichen Verordnungen, S. 131—133.

тѣмъ, относительно частныхъ лицъ, административные органы пользуются правомъ принудительнаго осуществленія своихъ распоряженій, хотя бы заинтересованнымъ лицомъ и былъ заявленъ споръ противъ законности этихъ распоряженій. По всему этому изданіе незаконнаго указа представляетъ дѣйствительную и серьезную опасность для неприкосновенности отдѣльныхъ правъ гражданъ и для прочности всего объективнаго правопорядка въ государствѣ.

Контроль за законностью указовъ осуществляется въ трехъ существенно различныхъ формахъ: это можетъ быть контроль судебный, административный и парламентскій. Различіе ихъ основано прежде всего на различіи органовъ, осуществляющихъ контроль: суда, общаго или административнаго, высшихъ органовъ администраціи и парламента. Но однимъ этимъ различіе ихъ не исчерпывается; оно сказывается и въ общемъ характерѣ контроля.

Судебный контроль направленъ непосредственно къ охранѣ тѣхъ субъективныхъ правъ, которыя могутъ быть нарушены примѣненіемъ незаконнаго указа; административный и парламентскій контроль, напротивъ, имѣютъ въ виду главнымъ образомъ охрану общаго авторитета закона, объективнаго правопорядка. Судебный контроль разсчитанъ на силу заинтересованности каждаго отдѣльнаго гражданина въ недопущеніи нарушеній указами его законныхъ правъ; контроль административный и парламентскій предполагаетъ заинтересованность самихъ органовъ власти, правительства и парламента, въ поддержаніи установленнаго порядка. Поэтому судебный контроль имѣетъ чисто юридическій характеръ; въ административномъ и парламентскомъ — преобладаетъ политическій элементъ.

Судебный контроль законности указовъ въ свою очередь можетъ быть или *косвенный*, когда контролируется собственно законность основанныхъ на указѣ распоряженій, или *прямой*, когда контролируется непосредственно законность самого указа. Въ первомъ случаѣ послѣдствіемъ признанія указа незаконнымъ является лишь признаніе необязательности основан-

ныхъ на такомъ указѣ распоряженій; во второмъ—признаніе необязательности, или, что то же самое, отмѣна самаго указа.

Контроль общихъ судовъ, уголовныхъ и гражданскихъ, всегда и исключительно, косвенный. Уголовный судъ входитъ въ разсмотрѣніе вопроса о законности указовъ, когда административные органы обвиняютъ предъ нимъ неисполняющихъ постановленій указовъ; судъ гражданскій—когда частное лицо предъявляетъ къ администраціи искъ о вознагражденіи за убытки, причиненные исполненіемъ незаконнаго указа. Ни въ томъ, ни въ другомъ случаѣ не можетъ быть возбуждено вопроса объ отмѣнѣ незаконнаго указа. И, признавъ указъ незаконнымъ, уголовный судъ только освобождаетъ обвиняемаго отъ отвѣтственности, гражданскій—только присуждаетъ согласно требованіямъ истца [1]).

Что касается административныхъ судовъ, то различныя законодательства опредѣляютъ характеръ предоставляемаго имъ контроля законности указовъ неодинаково. Одни ограничиваютъ и власть административнаго суда однимъ лишь косвеннымъ контролемъ; другіе—предоставляютъ ему и право прямого контроля [2]).

Прусское законодательство указываетъ административнымъ судамъ относительно контроля законности указовъ такую же роль, какъ и общимъ судамъ. Прусскіе административные суды не могутъ принять къ своему разсмотрѣнію иски объ отмѣнѣ незаконнаго указа, а только объ отмѣнѣ основаннаго на немъ распоряженія [3]). Наше законодательство, напротивъ, допускаетъ въ правительствующій сенатъ, жалобы прямо на обязательныя для мѣстныхъ жителей постановленія мѣстныхъ

---

[1]) *Градовскій*, Законъ и административное распоряженіе, Сб. гос. зн. I, стр. 16. *Алексѣевъ*, Русское госуд. право, стр. 231. *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 410. Всѣ эти писатели говорятъ о судахъ вообще; но надо думать, это относится только къ судамъ уголовнымъ и гражданскимъ.

[2]) См. мою статью: Административные суды въ Пруссіи. Журн. гражд. и угол. правъ. 1880 г. № 5, стр. 148—151.

[3]) *Rosin*. Das Polizeiverordnungsrecht. S. 199.

властей, а не только на частныя распоряженія, состоявшіяся въ исполненіи такихъ постановленій [1]).

Во Франціи государственному совѣту предоставленъ и прямой контроль за законностью указовъ, но лишь на столько, на сколько вопросъ идетъ о томъ, не нарушены-ли изданіемъ указа предѣлы предоставленной власти. Поэтому въ отношеніи къ указамъ непосредственно можетъ тамъ имѣть мѣсто, только recours par incompétence et excès de pouvoir [2]). Но это ограниченіе не имѣетъ большого значенія въ виду того, что во французской административно-судебной практикѣ понятіе превышенія власти получило очень широкое толкованіе. Французскій государственный совѣтъ признаетъ, что превышеніе власти имѣется не только тамъ, гдѣ не соблюдены установленныя закономъ формы или нарушены границы предоставленной власти, но и тамъ, гдѣ полномочія администраціи осуществлены ею несогласно съ тою цѣлью, съ какою онѣ ей предоставлены [3]). Но само собой разумѣется, что выясненіе цѣли, съ какой изданъ указъ, неизбѣжно требуетъ разсмотрѣнія и его содержанія.

Принятая у насъ и во Франціи система предоставленія административнымъ судамъ прямого контроля за законностью указовъ должна быть признана болѣе предпочтительной. Одинъ лишь косвенный контроль, выражающійся въ отмѣнѣ распоряженій, основанныхъ на незаконномъ указѣ, самъ по себѣ недостаточенъ. Незаконный указъ остается при этомъ неотмѣненнымъ и можетъ въ будущемъ служить поводомъ къ цѣлому ряду новыхъ незаконныхъ распоряженій. Къ тому же незаконность частныхъ распоряженій, изданныхъ въ исполненіе указа, можетъ проистекать не только изъ незаконности самого указа, но также и изъ неправильнаго пониманія и истолкованія указа его исполнителями. Поэтому и послѣ отмѣны admini-

---

[1]) Общ. учр. губ. ст. 427. Пол. земск. ст. 111, прим. Город. пол. ст. 110, прим.

[2]) *Fuzier-Herman.* La sèparation des pouvoirs, 1880, p. 422. *Gautier.* Précis des matiéres administratives. 1879, p. 8—10.

[3]) *Gautier,* Précis, p. 9. *Fuzier-Herman.* Séparation des pouvoirs, p. 491.

стративнымъ судомъ распоряженій, состоявшихся въ исполненіе указа, законность его можетъ оставаться спорной, невыясненной. Наконецъ, допущеніе лишь косвеннаго судебнаго контроля законности указовъ, служитъ какъ бы косвеннымъ побужденіемъ частныхъ лицъ къ отказу въ добровольномъ исполненіи предписаній указа, потому что часто только этимъ путемъ окажется возможнымъ вызвать судебную повѣрку законности указа.

Въ прусскомъ законодательствѣ вообще замѣтно стремленіе ко всяческимъ ограниченіямъ допустимости судебнаго контроля за законностью указовъ. Не только наравнѣ съ общими судами и административные суды ограничены тамъ лишь косвеннымъ контролемъ, но кромѣ того и косвенный судебный контроль не допускается вовсе въ отношеніи къ королевскимъ указамъ.

Ст. 106 прусской конституціи прямо постановляетъ, что изданные королемъ указы, разъ они обнародованы установленнымъ порядкомъ, обязательны, и что повѣрка законности королевскихъ указовъ принадлежитъ однимъ только палатамъ. Такимъ образомъ, судъ не можетъ возбуждать и вопроса о незаконности надлежащимъ образомъ обнародованнаго королевскаго указа. Вопросъ о законности издаваемыхъ королемъ указовъ признается дѣломъ исключительно самого короля и палатъ.

При такихъ условіяхъ на законность королевскихъ указовъ не распространяется вовсе судебный контроль и это имѣетъ тѣмъ больше значенія, что другіе способы обезпеченія законности указовъ представляются всѣ далеко недостаточными.

Надзоръ за законностью указовъ со стороны высшихъ органовъ администраціи приложимъ только къ указамъ подчиненнаго управленія, да и въ этой сферѣ онъ можетъ быть дѣйствителенъ лишь въ сравнительно маловажныхъ случаяхъ. Ждать со стороны высшихъ административныхъ органовъ отмѣны незаконнаго указа возможно лишь тогда, когда такой указъ изданъ подчиненнымъ органомъ безъ всякаго въ томъ участія, хотя бы косвеннаго, высшихъ органовъ. Да и въ этихъ

случаяхъ надзоръ высшихъ органовъ не можетъ быть особенно дѣйствителенъ. Они узнаютъ объ изданныхъ указахъ отъ самихъ же издавшихъ указъ органовъ. Дѣло поэтому представляется имъ въ томъ освѣщеніи, какое желательно ему придать для издавшаго указъ органа. Правда, и заинтересованныя частныя лица могутъ обращаться къ высшимъ органамъ съ жалобами на изданіе незаконныхъ указовъ. Но административному начальству свойственно и естественно болѣе довѣрять подчиненнымъ имъ должностнымъ лицамъ, имъ же самимъ назначеннымъ и хорошо ему извѣстнымъ, нежели частнымъ лицамъ. Доводы и соображенія должностныхъ лицъ всегда будутъ ближе къ собственнымъ взглядамъ начальства и потому понятнѣе для него, чѣмъ доводы и соображенія частныхъ лицъ, непосвященныхъ въ цѣли и виды администраціи, незнакомыхъ съ ея пріемами и обычаями.

Не представляетъ достаточнаго обезпеченія законности указовъ и контроль парламента. Тамъ, гдѣ установилось парламентарное управленіе, контроль парламента распростаняется на всѣ частности управленія не въ интересахъ законности, а только въ интересахъ подчиненія управленія политической программѣ парламентскаго большинства. Насколько министерство остается вѣрнымъ этой программѣ, оно во всемъ находитъ безусловную поддержку парламентскаго большинства, въ глазахъ котораго вопросъ формальной законности всегда отступаетъ на задній планъ предъ вопросомъ неуклоннаго проведенія данной политической программы. Въ этихъ условіяхъ партійная солидарность министерства и парламентскаго большинства дѣлаетъ невозможнымъ существованіе дѣйствительнаго парламентскаго контроля за законностью указовъ.

Если же управленіе не парламентарное, а самостоятельное, если министерство не является непремѣнно представителемъ парламентскаго большинства, тогда парламентскій контроль за управленіемъ ограничивается лишь общимъ и главнымъ, не распространяясь на подробности и частности административной дѣятельности. Подчинить своимъ требованіямъ дѣятельность министерства парламентъ можетъ тогда только

путемъ возбужденія министерской отвѣтственности, а это такого рода мѣра, на примѣненіе которой рѣшаются лишь въ крайнихъ, важнѣйшихъ случаяхъ, когда затронуты существенные интересы государственной жизни. Частное противорѣчіе съ закономъ въ какихъ-нибудь подробностяхъ постановленій указа для примѣненія такой мѣры, какъ возбужденіе министерской отвѣтственности, представляется слишкомъ мелкимъ поводомъ.

Такимъ образомъ и административный и парламентскій, контроль пригодны скорѣе для установленія соотвѣтствія содержанія указовъ общимъ видамъ правительства, или опредѣленной политической программѣ, нежели для обезпеченія законности указовъ. Должное соотвѣтствіе содержанія указовъ постановленіямъ дѣйствующаго законодательства можетъ быть обезпечено только судебнымъ контролемъ.

4.

Подчиненіе указовъ законамъ, выражающееся въ томъ, что указы имѣютъ обязательную силу лишь подъ условіемъ непротиворѣчія ихъ законамъ, составляетъ общее правило. Правило это, однако, не безусловно: оно не распространяется на указы, издаваемые при чрезвычайныхъ условіяхъ [1]).

Законы составляются въ разсчетѣ на нормальныя, обыкновенныя условія общественной жизни. Между тѣмъ дѣйствительность представляетъ иногда совершенно исключительныя положенія. Неуклонное соблюденіе въ этихъ случаяхъ закона можетъ привесть къ пожертвованію самыми существенными личными и общественными интересами. Законъ, призванный разграничивать разнообразные интересы, составляющіе содержаніе общественной жизни, служитъ лишь средствомъ обезпеченія ихъ гармоническаго, совмѣстнаго осуществленія. Тамъ, гдѣ въ силу исключительныхъ и непредвидимыхъ условій при-

[1]) *Bischof.* Das Nothrecht der Staatsgewalt. 1860. *Spiegel.* Kaiserliche Verordnungen mit provisorischer Gesetzkraft. 1893.

мѣненіемъ закона не достигается подлежащее разграниченіе сталкивающихся интересовъ, сообразно ихъ относительной цѣнности, соблюденіе закона приводило бы къ несправедливости: Summum jus, summa injuria.

Законодательство всѣхъ государствъ признаетъ состояніе крайней необходимости обстоятельствомъ устраняющимъ наказуемость правонарушеній. Даже частное лицо освобождается отъ отвѣтственности за правонарушенія, совершенныя имъ въ силу необходимости. Конечно, это правило должно распространяться и на должностныхъ лицъ. Какъ частное лицо въ своей дѣятельности, такъ и должностное лицо, осуществляя функціи власти, можетъ быть иногда поставлено въ необходимость нарушать велѣнія закона и въ такихъ случаяхъ наказуемость совершеннаго имъ правонарушенія не можетъ имѣть мѣста.

Но интересы государства, какъ сложнаго цѣлаго, не могутъ быть достаточно обезпечены такимъ признаніемъ крайней необходимости обстоятельствомъ, устраняющимъ наказуемость. Начало крайней необходимости только устраняетъ отвѣтственность за отдѣльныя нарушенія права, но не даетъ права обязать другихъ лицъ къ дѣйствіямъ несогласнымъ съ требованіями закона. Между тѣмъ спасеніе самостоятельности, цѣлости, благосостоянія государства, какъ сложнаго цѣлаго, въ большинствѣ случаевъ не можетъ быть достигнуто отдѣльнымъ дѣйствіемъ. Для этого оказывается обыкновенно необходимой совмѣстная и согласная дѣятельность многихъ лицъ, должностныхъ и частныхъ. Опасность, грозящая государству какъ цѣлому и устранена можетъ быть только противодѣйствіемъ цѣлаго государства. Поэтому, когда государство поставлено въ такія исключительныя условія, которыя дѣлаютъ невозможнымъ неуклонное соблюденіе существующихъ законовъ, нельзя обойтись несоблюденіемъ закона лишь въ отдѣльныхъ частныхъ случаяхъ. Напротивъ, очень легко при этомъ можетъ явиться надобность въ видѣ общаго правила предписать органамъ власти и частнымъ лицамъ совершеніе дѣйствій, несогласныхъ съ постановленіями дѣйствующаго законодательства,

но необходимыхъ для охраны существенныхъ интересовъ государства.

Самымъ нормальнымъ и согласнымъ съ началомъ законности исходомъ было бы, конечно, изданіе въ такихъ случаяхъ исключительныхъ постановленій законодательнымъ порядкомъ. Авторитетъ закона при такихъ условіяхъ не былъ бы нисколько поколебленъ. Но не всегда такой исходъ возможенъ. Потребность въ принятіи въ виду исключительныхъ обстоятельствъ чрезвычайныхъ мѣръ, несогласныхъ съ постановленіями дѣйствующаго законодательства, можетъ оказаться настолько неотложною, настоятельною, что изданіе о томъ закона, тамъ, гдѣ для законодательныхъ актовъ требуется соглашеніе нѣсколькихъ независимыхъ другъ отъ друга факторовъ, представится условіемъ фактически невыполнимымъ. Палаты могутъ оказаться въ моментъ опасности не засѣдающими, можетъ оказаться невозможнымъ тотчасъ же добиться соглашенія относительно подробностей вынуждаемой необходимостью мѣры. Поэтому въ конституціонныхъ государствахъ правительство пользуется въ случаяхъ настоятельной необходимости правомъ издавать въ формѣ указовъ общія постановленія въ отмѣну и измѣненіе существующихъ законовъ. Такіе указы contra legem называются *чрезвычайными указами* (Nothverordnungen) [1]).

Изданіе чрезвычайнаго указа есть собственно правонарушеніе, оправдываемое только требованіями необходимости. Установляемыя имъ мѣры могутъ быть по праву установлены только законодательнымъ актомъ. Лишь въ силу невозможности при данныхъ исключительныхъ условіяхъ соблюсти это требованіе, законъ замѣняется чрезвычайнымъ указомъ. Отсюда само собой слѣдуетъ, что какъ только окажется къ тому возможность мѣры, установленныя чрезвычайнымъ указомъ, должны быть представлены на усмотрѣніе законодательнаго учрежденія. Разъ это возможно, значитъ нѣтъ необходимости

---

[1]) Ихъ называютъ также октроированными указами, указами съ силою закона, провизорными законами.

правительству брать на себя рѣшеніе вопросовъ, относящихся къ компетенціи законодательной власти, нѣтъ необходимости, составляющей основаніе права на изданіе чрезвычайныхъ указовъ.

Право изданія чрезвычайныхъ указовъ вездѣ составляетъ исключительное право главы государства, осуществленіе котораго онъ не можетъ передать подчиненнымъ органамъ [1]). Только глава государства, представитель государства какъ единаго цѣлаго, участвующій такъ или иначе во всѣхъ функціяхъ государственной власти, можетъ судить о дѣйствительной необходимости для государства отступить отъ строгого соблюденія закона и предписывать правила въ отмѣну законовъ, опираясь на требованія государственной необходимости. Къ тому же только указъ, непосредственно исходящій отъ главы государства, можетъ имѣть достаточный авторитетъ, чтобы встать наравнѣ съ закономъ. Наконецъ, изданіе чрезвычайныхъ указовъ непосредственно главою государства имѣетъ и то значеніе, что этимъ обезпечивается участіе въ изданіи такихъ указовъ, имѣющихъ силу закона, по крайней мѣрѣ одного изъ факторовъ, участвующихъ въ изданіи законовъ.

Такъ какъ право издавать чрезвычайные указы основано на фактической необходимости, то оно необходимо существуетъ во всѣхъ государствахъ, какъ бы ни была ограничена въ нихъ власть правительства. Умолчаніе объ этомъ необходимомъ правѣ въ конституціи не можетъ уничтожить его. Даже тамъ, гдѣ въ конституціи или законахъ выражено прямое запрещеніе правительству суспензировать своею властью дѣйствіе законовъ, на практикѣ признается право правительства въ исключительныхъ случаяхъ издавать указы въ отмѣну законовъ. Общее запрещеніе правительству постановлять что-либо въ противорѣчіе существующимъ законамъ должно быть понимаемо, какъ относящееся къ нормальнымъ условіямъ государственной жизни. Когда же исключительныя условія дѣлаютъ невозможнымъ обойтись безъ такихъ чрезвычайныхъ по-

[1]) *Bischof*, Das Nothrecht der Staatsgewalt, S. 84.

становленій, запрещеніе, это теряетъ силу. Въ случаѣ невозможности соблюсти законъ, правительство освобождается отъ этой обязанности: ad impossibilia nulla datur obligatio.

Однако и въ тѣхъ государствахъ, гдѣ изданіе чрезвычайныхъ указовъ не регулировано законодательствомъ, а основывается на фактической необходимости, право это все-таки находитъ себѣ весьма опредѣленныя юридическія границы, если только признается отвѣтственность министровъ предъ парламентомъ и право судовъ провѣрять юридическую силу указовъ.

Отвѣтственность министровъ приводитъ къ тому, что чрезвычайные указы могутъ имѣть во всякомъ случаѣ только временное значеніе, провизорную силу. Отвѣтственные предъ парламентомъ министры не могутъ не заботиться о томъ, чтобы испросить какъ можно скорѣе у парламента одобренія изданныхъ ими чрезвычайныхъ указовъ и тѣмъ освободиться отъ отвѣтственности за совершенное ихъ изданіемъ нарушеніе закона. Тамъ, гдѣ возбужденіе уголовной отвѣтственности административныхъ должностныхъ лицъ не обусловлено предварительнымъ на то согласіемъ ихъ начальства и неотвѣтственные предъ парламентомъ министры поставлены въ необходимость какъ можно скорѣе добиваться одобренія изданныхъ ими указовъ со стороны парламента, чтобы тѣмъ защитить исполнителей этихъ указовъ отъ привлеченія ихъ заинтересованными въ томъ лицами къ уголовной отвѣтственности.

Право судовъ провѣрять юридическую силу указовъ приводитъ къ тому, что при изданіи чрезвычайныхъ указовъ правительство можетъ разсчитывать на ихъ дѣйствительное исполненіе лишь настолько, насколько оно не обусловлено содѣйствіемъ судебныхъ органовъ. Разъ закономъ не предоставлено или даже прямо запрещено правительству издавать чрезвычайные указы, судъ признаетъ, конечно, необязательнымъ всякій указъ, противорѣчащій закону, при какихъ бы условіяхъ онъ изданъ ни былъ. Административные органы, напротивъ, не пользуются правомъ повѣрки матеріальной законности указовъ, исходящихъ отъ высшихъ, надъ ними стоящихъ орга-

новъ власти. Для нихъ обязателенъ всякій указъ, удовлетворяющій формальнымъ условіямъ.

Поэтому сила и значеніе чрезвычайныхъ указовъ, въ тѣхъ государствахъ, гдѣ право ихъ изданія не опредѣлено закономъ, всецѣло зависятъ отъ существующаго соотношенія между судомъ и администраціей. Право изданія чрезвычайныхъ указовъ будетъ поставлено въ тѣмъ болѣе тѣсныя рамки, чѣмъ независимѣе судъ и чѣмъ шире его компетенція. Поэтому въ Англіи, при послѣдовательномъ проведеніи тамъ началъ независимости и полноты судебной власти, возможность практическаго примѣненія чрезвычайныхъ указовъ ограничивается дѣйствительно случаями настоятельной необходимости.

Напротивъ, во Франціи, гдѣ судамъ не предоставлено входить въ оцѣнку содержанія административныхъ актовъ, гдѣ юридическая сила такихъ актовъ составляетъ преюдиціальный вопросъ, разрѣшаемый не судомъ, а органами административной же власти, гдѣ, наконецъ, не самъ судъ разрѣшаетъ вопросы о границахъ судебной и административной власти, произволу правительства не поставлено надлежащихъ ограниченій и единственной гарантіей противъ возможныхъ злоупотребленій правомъ изданія чрезвычайныхъ указовъ представляется тамъ отвѣтственность министровъ предъ національнымъ собраніемъ.

На первый взглядъ можетъ показаться, что гораздо больше гарантій противъ возможныхъ злоупотребленій правомъ чрезвычайныхъ указовъ представляютъ конституціи, содержащія особыя, прямыя о немъ постановленія. Тутъ могутъ быть, повидимому, точно опредѣлены границы этого права: указаны предметы, которыхъ не могутъ касаться чрезвычайные указы, установлена для нихъ особая форма, обозначенъ срокъ и дѣйствія, организована отвѣтственность за ихъ изданіе. Но ближайшее разсмотрѣніе вопроса убѣждаетъ, что, напротивъ, особая регулировка права чрезвычайныхъ указовъ въ конституціи только усиливаетъ ихъ силу и значеніе, не создавая вовсе большихъ гарантій изданія чрезвычайныхъ указовъ только въ случаяхъ безусловной необходимости.

Простое упоминаніе о правѣ издавать чрезвычайные указы само по себѣ ни въ чемъ еще не измѣняетъ въ этомъ отношеніи положенія правительства. Если за судомъ сохраняется и въ отношеніи къ чрезвычайнымъ указамъ право провѣрять ихъ матеріальную законность, правительство оказывается въ томъ же положеніи какъ и при полномъ молчаніи объ этомъ правѣ конституціи. Вооруженный правомъ повѣрки матеріальной законности чрезвычайнаго указа, каждый судья можетъ войти въ оцѣнку степени необходимости, вызвавшей изданіе указа и, разрѣшивъ этотъ вопросъ отрицательно, признать указъ незаконнымъ и слѣдовательно неимѣющимъ силы. При такихъ условіяхъ правительство, издавая чрезвычайный указъ, конечно, не можетъ разсчитывать на содѣйствіе къ исполненію указа со стороны судебныхъ установленій.

Дѣйствительное практическое значеніе упоминаніе въ конституціи о правѣ издавать чрезвычайные указы получаетъ лишь тогда, когда съ нимъ соединяется воспрещеніе судамъ входить въ повѣрку законности содержанія чрезвычайныхъ указовъ. Этимъ весьма существенно возвышается значеніе чрезвычайныхъ указовъ. Они ставятся наравнѣ съ законами. Они признаются безусловно обязательными и для судебныхъ установленій. Правительство получаетъ возможность въ примѣненіи чрезвычайныхъ указовъ опереться на обязательное содѣйствіе судебной власти.

И дѣйствительно, конституціи, прямо установляющія право изданія чрезвычайныхъ указовъ, всегда вмѣстѣ съ тѣмъ признаютъ ихъ обязательными и для судовъ наравнѣ съ законами. Обыкновенно, они даже и называются „указами, имѣющими силу закона“.

Въ Пруссіи всѣ вообще королевскіе указы, наравнѣ съ законами, безусловно обязательны для судовъ. Судъ не можетъ иначе входить въ повѣрку законности содержанія королевскаго указа. Въ Австріи, хотя вообще относительно императорскихъ указовъ судамъ принадлежитъ право повѣрки ихъ матеріальной законности, но право это признается не распространяющимся на чрезвычайные указы, такъ какъ указы эти имѣютъ

силу закона, а конституціонность законовъ не подлежитъ въ Австріи повѣркѣ суда [1]).

Такимъ образомъ прямое предоставленіе конституціей права чрезвычайныхъ указовъ приводитъ къ усиленію ихъ значенія, ставя ихъ наравнѣ съ законами. Правда, вмѣстѣ съ тѣмъ конституціи обыкновенно установляютъ и спеціальныя ограниченія права изданія чрезвычайныхъ указовъ по предметамъ, по времени. Но эти ограниченія по существу дѣла не могутъ имѣть особеннаго практическаго значенія и во всякомъ случаѣ не установляютъ вовсе большихъ гарантій законности чрезвычайныхъ указовъ, чѣмъ какія имѣются и при совершенномъ молчаніи конституціи о правѣ чрезвычайныхъ указовъ.

Самымъ общимъ ограниченіемъ чрезвычайныхъ указовъ по содержанію является требованіе, чтобы ими не измѣнялись постановленія коституціи. На первый взглядъ такое ограниченіе представляется какъ бы безусловно необходимымъ. Если бы чрезвычайнымъ указомъ можно было отмѣнять постановленія конституцій, то можно бы было отмѣнить и тѣ изъ нихъ, которыми обезпечивается отвѣтственность министровъ предъ парламентомъ. Въ такомъ случаѣ, казалось бы, всѣ ограниченія власти правительства теряли бы свое значеніе. Правительство получило бы ничѣмъ неограниченную свободу дѣйствія.

Къ тому же недопустимость установленія чрезвычайнымъ указомъ чего-либо противнаго конституціи какъ бы логически вытекаетъ изъ самаго понятія чрезвычайнаго указа. Это указъ, имѣющій силу закона: по этому онъ не можетъ имѣть больше силы, чѣмъ обыкновенный законъ, не можетъ измѣнять конституціи [2]).

Однако, при всемъ томъ, не трудно убѣдиться, что такое ограниченіе чрезвычайныхъ указовъ по содержанію, на дѣлѣ не имѣетъ никакого практическаго значенія. Установлено такое ограниченіе или нѣтъ, власть правительства по отноше-

---

[1]) *Spiegel.* Die kaiserliche Verordnungen mit Gesetzkraft. 1893. S. 136.
[2]) *Rönne.* Staatsrecht des preuss. Monarchie. I, 1881. S. 371.

нію къ изданію чрезвычайныхъ указовъ остается одна и та же. Дѣйствительныя границы этой власти, единственно имѣющія практическое значеніе, даются самымъ основаніемъ ея: чрезвычайными условіями. И безъ нарушенія конституціи иногда нельзя обойтись, такъ же какъ безъ нарушенія обыкновенныхъ законовъ. Но нарушеніе и конституціи, и обыкновенныхъ законовъ допускается только, когда это необходимо, и только *пока* необходимо. Поэтому, конечно, никогда не можетъ быть оправдана совершенная отмѣна постановленій конституціи, ограничивающихъ власть и установляющихъ отвѣтственность правительства. Но дѣйствительное соблюденіе этого начала обезпечивается лишь бытовыми условіями. Внѣшней юридической санкціи она за собой не можетъ имѣть.

Что же касается соображеній о логической необходимости такого ограниченія содержанія чрезвычайныхъ указовъ, то оно представляется petitio principii. Чрезвычайный указъ по необходимости имѣетъ силу закона, но ничѣмъ необоснованно, чтобы онъ могъ имѣть силу только обыкновеннаго закона. Право необходимости стоитъ выше всякаго другого права, хотя бы и непосредственно охраняемаго конституціей. Чрезвычайные указы издаются въ случаяхъ необходимости и тамъ, гдѣ конституція безусловно воспрещаетъ правительству своими указами измѣнять постановленія конституціи и этимъ прямо доказывается, что и постановленія конституціи уступаютъ тому праву необходимости, на которомъ основано изданіе чрезвычайныхъ указовъ.

Разъ суду не предоставлено провѣрять законность содержанія указовъ, судъ долженъ, конечно, примѣнять указъ изданный въ надлежащей формѣ, хотя бы имъ отмѣнялись прямыя постановленія конституціи. Поэтому, постановленія конституцій, запрещающихъ издавать чрезвычайные указы, противорѣчащіе конституціи, не имѣютъ практическаго значенія. Правда, за изданіе противорѣчащихъ конституціи указовъ, министры отвѣтственны предъ парламентомъ. Но они одинаково отвѣтственны и за всякій указъ, противорѣчащій какому либо закону, хотя бы и не конституціонному. И от-

вѣтственность въ обоихъ случаяхъ совершенно одинакова. Министръ освобождается отъ отвѣтственности, если убѣдитъ парламентъ въ дѣйствительной необходимости издать указъ, противорѣчащій законамъ. Но точно также парламентъ освободитъ его отъ отвѣтственности, если убѣдится въ томъ, что была дѣйствительная необходимость изданія указа, противорѣчащаго конституціи. Если же наличность такой необходимости не будетъ доказана, въ обоихъ случаяхъ, министры одинаково подвергаются отвѣтственности. Отношеніе обыкновенныхъ законовъ и конституціи къ чрезвычайнымъ мѣрамъ, вызываемымъ необходимостью, не можетъ представлять никакихъ различій.

Любопытно, что австрійское законодательство установляющее недопустимость пріостановки постановленій конституціи чрезвычайными указами. въ частныхъ случаяхъ допускаетъ такую пріостановку даже обыкновеннымъ указомъ. Въ § 20 закона объ общихъ правахъ гражданъ, прямо предусмотрѣно изданіе закона, объ условіяхъ временной и мѣстной пріостановки, указомъ правительства правъ, гарантированныхъ ст. 8, 9, 10, 12 и 13 этого закона. Кромѣ того закономъ 23 мая 1873 г. правительству предоставлено временно отмѣнять судъ присяжныхъ [1]).

Само собой разумѣется, что все только что сказанное одинаково относится и къ другимъ ограниченіямъ чрезвычайныхъ указовъ по содержанію. Всѣ они одинаково не имѣютъ практическаго значенія. Таковы, напр., требованія, чтобы чрезвычайными указами не измѣнялись законы о выборахъ. (Саксонск. конст. 1831, § 88; Саксенъ-Веймаръ, 1850, § 61; Вальдекъ, 1852, § 7), или чтобы они не касались отчужденія государственнаго имущества и установленія длящихся обязательствъ для казны (австр. осн. законъ, 1867, § 14).

Въ нѣкоторыхъ конституціяхъ содержатся спеціальныя постановленія о томъ, что нѣкоторые предметы могутъ быть

[1]) *Spiegel.* Kaiserliche Verordnungen. SS. 91, 92.

опредѣляемы не иначе, какъ закономъ. Создается ли этимъ особое ограниченіе чрезвычайныхъ указовъ по содержанію?

Многіе нѣмецкіе юристы рѣшаютъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ [1]). Едва-ли однако можно съ ними согласиться. Вѣдь особенность чрезвычайныхъ указовъ въ томъ и заключается, что ими, въ исключительныхъ случаяхъ, постановляется то, что при нормальныхъ условіяхъ можетъ быть постановлено не иначе, какъ закономъ. По справедливому замѣчанію Моля, „если провизорныя мѣры не могутъ быть приняты во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ конституція требуетъ законодательнаго акта, то едва-ли когда эти мѣры найдутъ себѣ примѣненіе“ [2]). Вѣдь въ тѣхъ случаяхъ, которые не требуютъ законодательной регулировки, не можетъ быть надобности и въ чрезвычайныхъ указахъ: для нихъ достаточны и простые указы intra legem.

Ограниченія чрезвычайныхъ указовъ по времени представляются двоякими. Ими ограничивается, во-первыхъ, время, когда могутъ быть изданы чрезвычайные указы; и во-вторыхъ, время, въ которое они могутъ сохранять свою обязательную силу. Конституціи обыкновенно допускаютъ изданіе чрезвычайныхъ указовъ лишь въ такое время, когда палаты не засѣдаютъ, или прямо установляя это условіе [3]), или, по крайней мѣрѣ, предполагая его, какъ само собой подразумѣваемое [4]). Да и въ теоретическомъ изложеніи вопроса обыкновенно главнымъ или даже единственнымъ основаніемъ необходимости предоставленія правительству права издавать чрезвычайные указы признаютъ періодичность засѣданій парламента [5]). Сообразно съ этимъ и тѣ конституціи, въ которыхъ

---

[1]) *Rönne*, Staatsrecht des preuss. Mon., I, 1881, S. 371. *Held*, System des Verf. R. II, S. 61. *H. Schulze*, Preuss. St., II, S. 234. *Dr.* E. A. Chr. (Stockmar), Aegidi's Zeitschrift, I, S. 234 и „Gatachten“ гейдельбергскаго и геттингенскаго университетовъ по вопросу о конституціонности прусской Pressverordnung 1 іюля 1863 г.

[2]) Staatsrecht, Völkerrecht, Politik, II, S. 625, Note. Въ томъ же смыслѣ высказывается *Gerber* Grunzüge, 3 Auflage. S. 153.

[3]) Саксонская конст. 1881, § 88; Вюртемб. 1819, § 89.

[4]) Прусская конст. § 63; австр. зак. 1867, § 14.

[5]) *Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht, Politik. B. II, S 624.

имѣются объ этомъ особыя постановленія, ограничиваютъ осуществленіе права издавать чрезвычайные указы временемъ парламентскихъ вакацій. Изданіе чрезвычайныхъ указовъ допускается только въ то время, когда парламентъ не засѣдаетъ.

Однако, въ дѣйствительности періодичность парламентскихъ засѣданій нельзя считать ни единственнымъ, ни даже главнымъ основаніемъ необходимости чрезвычайныхъ указовъ. Засѣдаетъ парламентъ въ данный моментъ или нѣтъ, все равно внесеніе на его обсужденіе проекта чрезвычайныхъ, нетерпящихъ отлагательства мѣръ можетъ всегда представить серьезныя неудобства. Обсужденіе можетъ затянуться и нѣтъ никакого обезпеченія положительнаго разрѣшенія вопроса. Если даже весь парламентъ признаетъ вообще необходимость и неотложность проектируемыхъ мѣропріятій, относительно подробностей голоса въ парламентѣ могутъ такъ раздробиться, что всѣ предложенные проекты окажутся отвергнутыми. Кромѣ того, можетъ оказаться неподдающееся компромиссу разногласіе между парламентомъ и правительствомъ. Къ тому же и установляемое конституціями допущеніе чрезвычайныхъ указовъ только во время парламентскихъ вакацій для тѣхъ государствъ, гдѣ правительству принадлежитъ право роспуска представительнаго собранія и закрытія его сессій, не имѣетъ особеннаго практическаго значенія, такъ какъ при данныхъ условіяхъ правительство всегда можетъ само устроить парламентскія вакаціи, распустивъ парламентъ или закрывъ сессію.

Вопросъ этотъ, правда, вызвалъ разногласіе въ литературѣ. Многіе [1]) писатели признаютъ недопустимымъ закрытіе сессіи или распущеніе парламента прямо съ цѣлью изданія чрезвычайныхъ указовъ. Однако начало это не можетъ имѣть во всякомъ случаѣ значенія обязательнаго правила. Правительство всегда можетъ диссимулировать истинный мотивъ закрытія парламентской сессіи, а разъ по какому бы то ни было, хотя измышленному поводу, закрыта сессія, парламентъ

[1]) *Burckhard*, System des österr. Privatrechtes, 1884, I, S. 91. *Lustkandl*, Ung-öst. Staatsrecht, S. 388. *Ulbrich*, Staatsrecht, S. 397.

не засѣдаетъ и чрезвычайный указъ можетъ быть изданъ. Еще несомнѣннѣе это относительно случаевъ распущенія парламента. Тутъ нѣтъ никакой надобности и въ диссимулированіи дѣйствительнаго мотива распущенія. Право это предоставляется правительству именно на случай рѣзкихъ разногласій его съ палатой. Если по вопросу о принятіи хотя бы чрезвычайныхъ, неотложныхъ мѣръ палата рѣшительно расходится во взглядахъ съ правительствомъ, правительство имѣетъ безспорное право прибѣгнуть къ распущенію, а установляющійся такимъ образомъ перерывъ въ засѣданіяхъ парламента обусловливаетъ и право издать чрезвычайный указъ.

Другое ограниченіе чрезвычайныхъ указовъ по времени заключается въ требованіи, чтобы дѣйствіе ихъ не распространялось долѣе того времени, когда законодательное собраніе можетъ обсудить умѣстность принятой правительствомъ мѣры. Сообразно съ этимъ конституція требуетъ представленія изданныхъ правительствомъ чрезвычайныхъ указовъ на одобреніе палатъ тотчасъ же по открытіи первой, послѣ изданія указа, сессіи. Иногда, какъ, напр., въ Австріи, прямо опредѣляется срокъ, въ теченіе котораго, со времени созыва палатъ, долженъ быть имъ представленъ чрезвычайный указъ. Послѣдствіемъ неисполненія этой обязанности со стороны правительства признается потеря чрезвычайнымъ указомъ своей обязательной силы.

Какимъ же образомъ теряетъ въ этомъ случаѣ чрезвычайный указъ силу: наступаетъ ли это послѣдствіе само собой, ipso jure, или это надо понимать, какъ обязанность правительства, въ случаѣ непредставленія имъ своевременно чрезвычайнаго указа палатамъ, отмѣнить изданный указъ? Въ послѣднемъ случаѣ прекращеніе дѣйствія указа будетъ непосредственно обусловлено соотвѣтствующимъ распоряженіемъ правительства.

Въ германской литературѣ вопросъ этотъ споренъ. Одни изъ публицистовъ, руководясь, очевидно, желаніемъ по возможности ограничить силу чрезвычайныхъ указовъ, признаютъ, что въ случаѣ непредставленія правительствомъ чрезвычайнаго указа палатамъ или въ случаѣ неодобренія палатами пред-

ставленнаго имъ указа онъ ipso facto теряетъ силу. Рönне основываетъ это на томъ, что при изданіи чрезвычайнаго указа *предполагается* согласіе палатъ и только поэтому онъ имѣетъ провизорную силу закона [1]). Разъ предположеніе это послѣдующими событіями будетъ опровергнуто, чрезвычайный указъ неизбѣжно и самъ собой теряетъ силу, основанную на не оправдавшемся предположеніи. Герберъ ту же въ сущности мысль выражаетъ въ нѣсколько иной формѣ. По его мнѣнію, чрезвычайный указъ имѣетъ силу закона лишь подъ резолютивнымъ условіемъ послѣдующаго неодобренія палатъ. Разъ резолютивное условіе наступаетъ, чрезвычайный указъ само собой теряетъ силу [2]).

Эта аргументація сама по себѣ совершенно правильна. Конечно, право изданія чрезвычайныхъ указовъ основано на предположеніи, что требованія необходимости будутъ признаны и палатами; конечно дѣйствіе чрезвычайныхъ указовъ должно быть лишь временно, условно. Но аргументы эти еще не доказываютъ практической осуществимости такого прекращенія дѣйствія чрезвычайнаго указа ipso facto, вслѣдствіе непредставленія его палатамъ или неодобренія ими представленнаго указа. А между тѣмъ весь вопросъ тутъ именно въ практической осуществимости этого требованія. Какъ сдѣлать, чтобы непредставленный или неодобренный чрезвычайный указъ дѣйствительно ipso facto лишался обязательной силы, безъ того, чтобы для такого его обезсиленія требовалось еще содѣйствіе самаго правительства? Если такого обезсиленія чрезвычайныхъ указовъ безъ содѣйствія правительства осуществить нельзя, всѣ постановленія о прекращеніи дѣйствія указовъ въ силу

---

[1]) *Rönne*, Staatsrecht d. pr. Mon. I, 1881, S. 376. Eine octroyirte Verordnung präsumirt enstweilen die Zustimmung der beiden anderen Faktoren und *soher* hat sie provisorische Gesetzeskraft.

[2]) *Gerber*, Gründzuge, 3 Aufl., S. 154. Того же мнѣнія *Mohl*, Würtemb. Staatsr. I, S. 199, 201; *G. Meyer*, Lehrb. d. Staatsr., 412; *Laband*, Staatsrecht, 1 Ausg. B. II, S. 149. Какъ весьма оригинальное можетъ быть отмѣчено возрѣніе *Held'a*, System des Verf-r., II, S. 90, 91, который съ одной стороны признаетъ, что обезсиленіе чрезвычайныхъ указовъ наступаетъ ipso facto; съ другой полагаетъ однако, что при этомъ дѣйствіе отмѣненныхъ указомъ законовъ само собой не возстановляется.

ихъ непредставленія или неодобренія, имѣютъ значеніе лишь добрыхъ совѣтовъ правительству—не болѣе [1]).

Особенное значеніе чрезвычайныхъ указовъ заключается въ томъ, что они для суда имѣютъ ту же силу, какъ и законы. Поэтому и рѣшеніе поставленнаго нами вопроса зависитъ всецѣло отъ того, можетъ или нѣтъ судъ узнать ex officio о наступленіи резолютивнаго условія, лишающаго чрезвычайный указъ силы закона какъ нибудь иначе, какъ чрезъ посредство правительства? Между тѣмъ, обыкновенно этотъ вопросъ совершенно обходится молчаніемъ и потому вся аргументація сторонниковъ обезсиленія чрезвычайныхъ указовъ ipso facto представляется какъ бы недосказанной. Сколько мнѣ извѣстно, изъ сторонниковъ этого воззрѣнія двое коснулись указаннаго вопроса и, притомъ, даютъ на него прямо противоположные отвѣты. Шпигель утверждаетъ, что если правительство и не сдѣлаетъ оффиціальнаго извѣщенія о наступленіи одного изъ резолютивныхъ условій, обусловливающихъ обезсиленіе чрезвычайнаго указа, суды все-таки могутъ о томъ узнать изъ газетъ или изъ личнаго объясненія съ членами палатъ [2]). Напротивъ, Іонъ полагаетъ, что „судья не можетъ считаться обязаннымъ знать постановленія палатъ, пока они не сообщены ему въ аутентичной формѣ и еще менѣе могутъ считаться къ тому обязанными—стороны [3]).

Кто же изъ нихъ правъ? Мнѣ думается, что мнѣніе Шпигеля никакъ не можетъ быть принято. Судья въ правѣ примѣнять только тѣ постановленія законодательной власти, которыя надлежащимъ образомъ обращены къ исполненію и обнародованы. И, конечно, это начало одинаково относится и къ установленію законовъ, и къ ихъ отмѣнѣ. А такъ какъ

---

[1]) Противъ обезсиленія указовъ ipso facto высказались: *Stockmar*, Aegidi's Zeitschrift. B. I, H. 3, S. 221. *H. A. Zachariae,* Deutsch. Staats und Bundesr., 3 Aufl. II, S. 173, Note 13; *H. Schulze*, Preuss. Staatsr., II, S. 237. *Dernburg*, Lehrb. d. preuss. Privatr., I, S. 30. *v. Daniels*, Lehrb. d. preuss; Privatr. I, S. 134, Note 1.

[2]) *Spiegel*, Kaiserliche Verordnungen, S. 176.

[3]) *John*, Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit publicirten Gesetze und Verordnungen in Aegidi's, Zeitschrift, H. III, 1866, S. 272.

чрезвычайные указы имѣютъ силу и значеніе законовъ, то это точно также относится и къ нимъ. То обстоятельство, что обезсиленіе чрезвычайнаго указа зависитъ только отъ палатъ, и даже отъ каждой палаты въ отдѣльности, не мѣняетъ дѣла. Вѣдь и въ тѣхъ государствахъ, гдѣ правительству принадлежитъ лишь право задерживающаго вето, или вовсе это право не предоставлено, и гдѣ поэтому законопроекты, принятые палатами, получаютъ силу закона и безъ согласія правительства, они обращаются къ исполненію и обнародываются все-таки органами правительственной власти. Обезпеченіе дѣйствительной промульгаціи и публикаціи законовъ, изданныхъ противъ воли правительства, заключается не въ томъ, чтобы судьи могли примѣнять непромульгированные и необнародованные законы, а въ отвѣтственности правительства предъ парламентомъ.

Въ пользу обезсиленія чрезвычайныхъ указовъ ipso facto при наступленіи резолютивнаго условія нельзя ссылаться на то, что непредставленіе указа палатамъ или неодобреніе его палатами составляетъ общеизвѣстный фактъ, factum notorium и потому судья можетъ основываться на немъ въ своихъ опредѣленіяхъ. Начало, по которому общеизвѣстныя обстоятельства не требуютъ доказательствъ, примѣнимо именно только къ вопросамъ факта, но отнюдь не къ вопросамъ права. Вопросы факта по общему правилу должны быть доказываемы и исключеніе изъ этого составляютъ только факты общеизвѣстные. Вопросы права никогда не требуютъ на судѣ доказательствъ; и потому исключеніе, касающееся общеизвѣстныхъ фактовъ, къ нимъ не приложимо.

Между тѣмъ вопросъ о прекращеніи обязательной силы чрезвычайнаго указа есть, безъ сомнѣнія, вопросъ права и притомъ очень сложный вопросъ. Было бы крайне ошибочнымъ считать невозможными по этому вопросу споры и сомнѣнія. Стоитъ обратиться хотя бы къ анализу этого вопроса по австрійскому праву у Шпигеля, чтобъ убѣдиться какое широкое поле для сомнѣній и разногласій представляетъ разрѣшеніе вопроса объ опредѣленіи времени истеченія четырехнедѣльнаго срока, установленнаго для представленія указовъ палатамъ.

Прежде всего является вопросъ, какъ исчислять этотъ срокъ: составляетъ ли онъ tempus continuum или нѣтъ? Идутъ ли въ счетъ дни, когда засѣданій палатъ не бываетъ? Продолжается ли теченіе этого срока, когда до истеченія четырехъ недѣль сессія будетъ закрыта или парламентъ распущенъ? Что дѣлать съ указомъ, если правительство закроетъ сессію послѣ представленія указа палатамъ, но до постановленія ими своего заключенія? Слѣдуетъ ли признать, что четырехнедѣльный срокъ продолжаетъ течь, такъ какъ хотя указъ и представленъ палатамъ, но преждевременнымъ закрытіемъ сессіи правительство помѣшало палатамъ выполнить то, для чего собственно и требуется представленіе имъ указа? Или, напротивъ, слѣдуетъ въ закрытіи сессіи при такихъ условіяхъ видѣть перерывъ теченія установленнаго срока и признать, что съ открытіемъ слѣдующей сессіи онъ начнетъ течь сначала? Или же, наконецъ, не слѣдуетъ ли признать, что по точному смыслу австрійскаго законодательства требованіе представленія указа въ четырехнедѣльный срокъ относится только къ первой послѣ изданія указа сессіи и что разъ указъ въ этотъ срокъ представленъ, онъ уже не можетъ потерять своей силы за истеченіемъ срока, хотя бы почему бы то ни было и не состоялось еще никакого заключенія палатъ. Четырехнедѣльный срокъ установленъ для представленія указа палатамъ, а не для постановки ими заключенія по вопросу объ указѣ.

При разрѣшеніи вопроса объ условіяхъ прекращенія обязательной силы чрезвычайныхъ указовъ не слѣдуетъ упускать изъ вниманія, что на указахъ этихъ могутъ основываться и права частныхъ лицъ. Поэтому допущеніе прекращенія дѣйствія указа безъ оффиціальнаго о томъ извѣщенія во всеобщее свѣдѣніе, неизбѣжно внесло бы крайнюю неопредѣленность во всѣ юридическія отношенія. Слѣдовательно, и интересъ прочности и опредѣленности юридическаго порядка требуетъ недопустимости обезсиленія чрезвычайныхъ указовъ ipso facto.

Конечно, если указъ не былъ своевременно представленъ

палатамъ, если не былъ ими одобренъ, правительство обязано отмѣнить указъ, но обезпеченіемъ дѣйствительнаго исполненія этой обязанности можетъ служить только министерская отвѣтственность.

Такимъ образомъ, мы должны признать, что включеніе въ конституцію прямыхъ постановленій о чрезвычайныхъ указахъ нельзя признать желательнымъ. Этимъ только расширяется власть правительства по принятію чрезвычайныхъ мѣръ. Особыя же ограниченія, установляемыя при этомъ по содержанію или по времени, по самому существу дѣла не могутъ имѣть дѣйствительнаго практическаго значенія. Единственными реальными гарантіями противъ неоправдываемаго необходимостью пользованія чрезвычайными указами представляются министерская отвѣтственность и право суда провѣрять юридическую силу указовъ.

Необходимость изданія чрезвычайныхъ указовъ чувствуется тѣмъ сильнѣе, чѣмъ сложнѣе въ данномъ государствѣ процессъ законодательства и чѣмъ труднѣе, поэтому, добиться въ минуту опасности быстраго изданія соотвѣтствующаго закона. Нельзя обойтись безъ чрезвычайныхъ указовъ въ конституціонныхъ государствахъ, гдѣ изданіе закона предполагаетъ соглашеніе двухъ или трехъ самостоятельныхъ факторовъ. Тутъ всегда возможно отрицательное рѣшеніе вопроса, а между тѣмъ грозящая опасность требуетъ, во что бы то ни стало, принятія неотложныхъ мѣръ.

Иначе ставится дѣло въ монархіи абсолютной. Разъ монархъ признаетъ необходимымъ принятіе извѣстной мѣры, соблюденіе при этомъ установленныхъ формъ законодательства, не ограничивающихъ вовсе власти монарха, не можетъ послужить помѣхой къ осуществленію предположенной мѣры, не можетъ привесть къ отрицательному рѣшенію вопроса. Въ какомъ бы смыслѣ ни высказалось большинство законосовѣщательнаго учрежденія, монархъ неограниченный властенъ рѣшить дѣло по своему усмотрѣнію. Соблюденіе установленныхъ для законодательства формъ въ абсолютной монархіи не можетъ даже замедлить принятія предположенной мѣры,

такъ какъ не можетъ быть существеннаго различія въ быстротѣ обсужденія вопроса законосовѣщательнымъ учрежденіемъ и тѣми совѣщательными учрежденіями, которыя призваны содѣйствовать монарху въ осуществленіи его правительственныхъ функцій. Къ тому же монархъ можетъ указать наперед подчиненному ему законосовѣщательному учрежденію срокъ, къ какому должно быть закончено обсужденіе даннаго вопроса.

По всему этому въ абсолютной монархіи не можетъ быть дѣйствительной необходимости въ допущеніи изданія чрезвычайныхъ указовъ. Сообразно съ этимъ и наше законодательство относитъ обсужденіе „важныхъ внутреннихъ мѣръ въ чрезвычайныхъ случаяхъ пріемлемыхъ“ къ вѣдѣнію законосовѣщательнаго учрежденія, государственнаго совѣта.

Къ сожалѣнію, практика наша отступила отъ этого начала. Если требуется сдѣлать какое-нибудь частное или временное изъятіе отъ дѣйствующихъ законовъ, это большею частью совершается Высочайше утверждаемыми положеніями комитета министровъ. Такое расширеніе компетенціи комитета представляется удобнымъ для представителей активной администраціи, которые въ немъ рѣшительно преобладаютъ. Но едва ли это соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ интересамъ государственнаго порядка. Всякое отступленіе отъ строгаго соблюденія начала законности можетъ быть оправдано только требованіями необходимости. А въ данномъ случаѣ едва ли можетъ быть рѣчь о необходимости. Мѣры, обсуждаемыя комитетомъ, могли бы также быстро быть обсуждены и совѣтомъ, тѣмъ болѣе, что учрежденіе государственнаго совѣта установляетъ для этихъ дѣлъ особый сокращенный порядокъ разсмотрѣнія. Они не обсуждаются въ департаментахъ, а прямо вносятся въ общее собраніе (ст. 53).

Чрезвычайные указы издаются у насъ не только въ формѣ Высочайше утвержденныхъ положеній комитета министровъ, но также и въ формѣ именныхъ указовъ. Когда постановленіе по существу законодательнаго характера издается безъ предварительнаго обсужденія вопроса въ государственномъ совѣтѣ, оно облекается обыкновенно въ форму именнаго указа.

ГЛАВА VI.

Высочайшіе указы.

1.

Указы, издаваемые главою государства, какъ органомъ верховнаго управленія, составляютъ важнѣйшую категорію указовъ. Вопросъ объ отношеніи ихъ къ закону является однимъ изъ любопытнѣйшихъ и вмѣстѣ труднѣйшихъ вопросовъ государственнаго права конституціонныхъ монархій. Можно сказать, что вообще при разработкѣ въ западной литературѣ ученія объ указахъ, главнымъ образомъ, имѣютъ въ виду именно эту категорію указовъ.

Причина этого, конечно, въ особомъ значеніи, какое имѣютъ указы, издаваемые главой государства. Какъ высшій органъ верховнаго управленія, глава государства, монархъ, имѣетъ общее полномочіе управлять государствомъ и въ силу такого полномочія получаетъ право издавать указы, неосновванные на частныхъ полномочіяхъ со стороны законодательной власти, и по тому болѣе самостоятельные. Но этого мало. Какъ глава государства, призванный представлять государство, какъ цѣлое, онъ прежде всякаго другого призванъ и охранять интересы государства. Поэтому монарху представляется и право, въ случаѣ надобности, принимать чрезвычайныя мѣры для охраны бытія, цѣлости и благосостоянія государства. Осуществленіе подобныхъ чрезвычайныхъ мѣръ очень часто требуетъ болѣе или менѣе значительныхъ отступленій отъ соблюденія существующихъ законовъ. И вотъ, въ такихъ чрезвычайныхъ случаяхъ монархъ можетъ издавать указы не только въ предѣлахъ закона, intra legem, но и вопреки закону, въ отмѣну закона, praeter legem.

Такимъ образомъ, указы, издаваемые непосредственно монархомъ конституціоннымъ, не предполагаютъ спеціальныхъ полномочій со стороны законодательной власти и въ нѣкото-

рыхъ чрезвычайныхъ случаяхъ могутъ даже отмѣнять дѣйствіе закона. Въ силу такого особеннаго ихъ значенія, указы непосредственно исходящіе отъ монарха, понятно, привлекаютъ къ себѣ преимущественное вниманіе западныхъ государствовѣдовъ.

Но можетъ ли вопросъ этотъ представлять какое либо практическое значеніе для русскаго юриста? Возможно ли въ абсолютной монархіи провести различіе между закономъ и Высочайшимъ указомъ?

Большинство русскихъ юристовъ даютъ на это отрицательный отвѣтъ. Такъ, графъ Сперанскій полагалъ, что „всякое повелѣніе верховной власти должно быть исполняемо, какъ законъ. Различіе между законами и повелѣніями не примѣтно въ образѣ ихъ исполненія: ибо и повелѣніе и законъ исполняются одинаково“ [1]). Такого же взгляда держатся Мейеръ [2]), Ренненкампфъ [3]), Романовичъ-Славатинскій [4]), Алексѣевъ [5]). Нѣкоторое сомнѣненіе въ правильности такого отождествленія Высочайшихъ повелѣній съ законами находимъ у Капустина въ его Юридической Догматикѣ. „У насъ собственно немыслимо существенное различіе между законами и распоряженіями; однако же въ постановленіяхъ закона есть указаніе на особый видъ Высочайшихъ повелѣній“ [6]). Но первый, кто рѣшительно и опредѣленно высказалъ убѣжденіе въ существованіи и у насъ различія между законами и Высочайшими указами, былъ Градовскій [7]). „Въ нашемъ законодательствѣ, говоритъ онъ, существуетъ раздѣлъ предписаній, исходящихъ отъ верховной власти, за которыми не признается обязательной

[1]) Руководство къ познанію законовъ. Спб. 1845, № 132, стр. 83.

[2]) Русское гражданское право. 3 изд. 1863, г. I, стр. 22.

[3]) Очерки юридической энциклопедіи, стр. 98. Юридическая энциклопедія. 1889, стр. 108, 109.

[4]) Пособіе, I, 1872, стр. 61; Система, I, 1886, стр. 188. „Въ Россіи сосредоточеніе всѣхъ государственныхъ властей въ особѣ Государя Императора привело къ тому, что правительственныя постановленія не отличаются отъ законовъ“.

[5]) Русское государственное право, 1892, стр. 232. „Всякое повелѣніе Государя есть законъ.

[6]) Юридическая догматика, в. I, 1868, стр. 160.

[7]) Начала русскаго государственнаго права, т. I, изд. 2, 1892, стр. 48.

силы, равной силѣ закона. Нѣкоторыя распоряженія верховной власти самимъ закономъ относятся къ разряду административныхъ правилъ". Однако это воззрѣніе Градовскаго въ нашей литературѣ не нашло себѣ общаго признанія. Напротивъ, большинство новѣйшихъ излагателей русскаго государственнаго права отвергаютъ примѣнимость къ Россіи, какъ абсолютной монархіи, различія закона и Высочайшаго указа.

Преобладаніе въ нашей литературѣ отрицательнаго отношенія къ возможности найти въ нашемъ правѣ различіе между закономъ и Высочайшимъ указомъ, является прямымъ отраженіемъ господствующихъ по этому вопросу воззрѣній и въ западной литературѣ. За немногими исключеніями и французскіе, и нѣмецкіе публицисты отвергаютъ примѣнимость различія законовъ и Высочайшихъ указовъ къ неограниченнымъ монархіямъ. Большинство ихъ признаетъ, что разъ монархъ не ограниченъ въ осуществленіи законодательной власти соучастіемъ народнаго представительства, всѣ его указы имѣютъ силу закона [1]). А нѣкоторые идутъ еще дальше и отвергаютъ примѣнимость этого различія не только къ неограниченнымъ монархіямъ, но точно также и къ республикамъ. Такъ смотритъ на дѣло, напр., Лоренцъ Штейнъ и Альбертъ Генель. По ихъ мнѣнію, если въ неограниченной монархіи указы замѣняютъ собою законъ, въ республикѣ, наоборотъ, все опредѣляется закономъ, не оставляющимъ, такимъ образомъ, мѣста для указовъ [2]).

Не всѣ, однако, раздѣляютъ такой отрицательный взглядъ и въ иностранной литературѣ можно найти представителей противоположнаго воззрѣнія [3]). Правда, они составляютъ незначительное меньшинство, однако, истина, повидимому, на ихъ сторонѣ.

---

[1]) *Fôrster-Eccius.* Theorie und Praxis des heut. gem, preussischen Privatrechts. 5 Aufl. 1887. B. I. § 9. S. 34. *Unger.* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 3 Aufl. 1868. B. I. S. 26. *Jellinek.* Gesetz und Verordnung. S. 366. *Ronne.* Staatsrecht der preuss. Mon. 1881. I. S. 366.

[2]) *L. v. Stein.* Handbuch der Verwaltungslehre. 3 Aufl. 1888. I. S. 102. *Hänel.* Das Gesetz. 1888. S. 45.

[3]) *Wächter.* Würtemb. Privatrecht. B. II. 1842. § 5. S. 18. Note 1. *Zöpfl.* Grundsätze des allg und deutsch. Staatsrechts. 4 Ausg. 1856. B. II. § 438. S. 605. *Linde.* Ueber die Competenz der Gerichte in Beziehung auf

Писатели, признающіе различіе законовъ и указовъ исключительной принадлежностью однихъ только конституціонныхъ монархій, смѣшиваютъ, очевидно, существо этого различія съ внѣшней формой его выраженія. Внѣшнія формы, свойственныя конституціонной монархіи, конечно, въ ней одной только и могутъ существовать. Но отсюда нельзя выводить заключенія о невозможности установленія различія указа и закона и при другихъ формахъ государственнаго устройства, конечно съ помощью другихъ, имъ свойственныхъ формъ. Подобное заключеніе было бы такъ же неосновательно, какъ если бы кто сталъ отрицать возможность законодательства въ республикахъ на томъ основаніи, что нѣтъ монарха, который бы утвердилъ законы, или въ непосредственныхъ демократіяхъ, потому что тамъ нѣтъ представительнаго собранія. Каждому государственному устройству присущи свои особыя формы, но въ нихъ можетъ выражаться одно, общее всѣмъ государствамъ, различіе функцій. Такое именное, общее значеніе и представляетъ именно различіе законовъ и указовъ. Оно основано, какъ мы видѣли, не на особенностяхъ той или другой формы правленія, а на совершенно общихъ условіяхъ государственной дѣятельности.

Особенность указовъ заключается въ томъ, что это форма установленія общихъ правилъ въ порядкѣ управленія. Поэтому возможность различія указовъ и законовъ предполагаетъ существованіе двухъ различныхъ, другъ другу подчиненныхъ формъ установленія общихъ правилъ, причемъ низшая изъ нихъ должна быть, вмѣстѣ съ тѣмъ, и формой актовъ управленія вообще, т.-е. актовъ непосредственнаго осуществленія отдѣльныхъ задачъ государственной жизни.

Другими словами, законы и указы могутъ быть различены

Gesetzgebung. im Archiv für die Civil-Praxis. B. XVI. 1833. S. 373. *Mohl.* Polizeiwissenschaft. 1866. I. S. 44. Note. 1. *Ejusdem.* Staatsrecht, Völkerrecht und Politik. B. II. 1862. S. 614. *Seidler.* Budget und Budgetrecht. 1885. pp. 194, 196, 200. *Bornhak.* Preuss. Staatsrecht. I. S. 90. *Vivien.* Etudes administratives, I. 1859. p. 2—3, полагаетъ, что законъ въ абсолютной монархіи получаетъ особую форму съ отдѣленіемъ судебной власти. *Batbie.* Traité. III, p. 446.

вездѣ, гдѣ общія правила установляются и въ тѣхъ формахъ, въ какихъ вообще совершаются акты управленія и кромѣ того еще въ другой, особенной формѣ, придающей актамъ власти большій авторитетъ. Такимъ образомъ занимающій насъ вопросъ сводится къ тому, существуетъ ли въ какихъ-либо другихъ государствахъ, кромѣ конституціонныхъ монархій, подобное различіе формъ установленія общихъ правилъ?

Прежде всего остановимся на республикахъ. Многія изъ современныхъ республиканскихъ конституцій прямо предоставляютъ президенту право издавать указы [1]). Но еще знаменательнѣе, что и въ тѣхъ республикахъ, конституціи которыхъ вовсе не упоминаютъ объ этомъ правѣ, президенты все-таки издаютъ указы. Такъ, французскій конституціонный законъ объ организаціи государственныхъ властей отъ 25 февраля 1875 г., перечисляя въ ст. 3 функціи президента республики, вовсе не упоминаетъ о правѣ его издавать указы. А между тѣмъ въ дѣйствительности президентъ французской республики осуществляетъ это право въ тѣхъ же почти широкихъ рамкахъ, какъ прежде императоръ [2]).

---

[1]) Constitucion de Nicaragua, 1858, art. 55, n. 4. Espedir reglamentos iordenes para la ejecucion de las leyes. Const. de Costa-Rica, 1871, art. 102, n. 27: Darse el reglamento que convenga para el réjimen interior de sus despachos, i espedir los démàs reglamentos i ordenanzas necesarias para la pronta ejecucion de las leyes.

Const. politica de la republica de Chile, 1874, art. 82, n. 2. Espedir los decretos, reglamentos è instrucciones que crea convenientes para la ejecucion de las leyes. Тоже самое и въ Const. politica de la Republica de Bolivia, 1881, art. 71, n. 2.

Const. de la Nacion Arjentina, 1860, art. 86, n. 2. Espide las instrucciones i reglamentos que sean necesarios para la ejecucion de las leyes de la nacion, cuidando de no alterar su espiritu con escepciones reglamentarias.— n. 20. Puede pedir à los jefes de todos los ramos i departamentos de la administracion, i por su conducto à los demas empleados, los informes que crea convenientes, i ellos son obligados à darlos. Совершенно такія же опредѣленія и въ Const. de la Republica del Paraguai, 1870, aft. 102, n. 2, 18.

Const. de la Republica Peruana, 1860, art, 93, n. 5. Promulgar i hacer ejecutar los leyes i démas resoluciones del congreso; i dar decretos, órdenes reglamentos é instrucciones para su mejor cumplimiento.

Конст. Оранжевой республики, 1879, ст. 31.

[2]) *Gautier*, Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public, 1880, p. 52. *Lebon*, Das Staatsrecht der französischen Republik. 1886, S. 50.

Въ конституціи швейцарскаго союза точно также вовсе не упомянуто о правѣ союзнаго совѣта издавать указы. Но на дѣлѣ и швейцарскій союзный совѣтъ пользуется этимъ правомъ [1]). Изъ кантональныхъ конституцій нѣкоторыя прямо предусматриваютъ изданіе правительственными коллегіями указовъ [2]). Такъ въ Ури законодательная власть принадлежитъ непосредственному народному собранію (Landesgemeinde), но и кантональный совѣтъ, состоящій изъ представителей отъ общинъ и осуществляющій, главнымъ образомъ, правительственныя функціи (назначеніе должностныхъ лицъ, разрѣшеніе административныхъ пререканій, надзоръ за управленіемъ, и т. п.) имѣетъ право издавать указы (конституція 1888 г., ст. 59). Точно также женевская конституція 1847 года, ст. 86, уполномочиваетъ государственный совѣтъ, занимающій въ Женевѣ положеніе исполнительной коллегіи, издавать полицейскіе декреты въ предѣлахъ закона.

Впрочемъ примѣры современныхъ республикъ могутъ быть признаны неубѣдительными. Ихъ организація во многомъ носитъ на себѣ замѣтный отпечатокъ монархическихъ традицій. Быть можетъ, такое же возраженіе сдѣлаютъ и относительно римской республики, гдѣ эдикты магистратовъ, наряду съ законами, творили новыя юридическія нормы. Нельзя при этомъ не обратить вниманія на то, что эдикты эдиловъ отличались отъ всѣхъ другихъ своей повелительной формой. Только въ нихъ, подобно законамъ, мы находимъ повелительное наклоненіе (pronuntianto, dicunto, faciunto): это какъ бы указываетъ, что въ сферѣ административной и въ Римѣ, какъ и въ настоящее

---

[1]) *Blumer-Morel*, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, B. III. 1887, S. 89. Der Bundesrath ist zum Erlass allgemeiner Verordnungen berechtigt, obwohl dieser Befugniss in. Art. 102 der Bundesverfassung nicht erwähnt wird, v. *Salis*, Schweizerisches Bundesrecht, B. I, 1891. S. 403—409, приводитъ постановленія союзнаго собранія, по жалобѣ сѣверо-восточной желѣзной дороги, которымъ это право прямо было признано.

[2]) Конституціи Ури, § 59; Люцерна, § 67; Нидвальдена, § 48, п. 12, 50, п. 7, Гларуса, § 50; Цуга, § 52, п д.; Шафгаузена, § 66, п. 4; Аппенцель Ауссеръ-Роденъ, § 28 и 3; Иннер-Роденъ, § 24: Тичино, 23; Нефшатель, § 50; Женева, § 86. Всѣ эти конституціи можно найти въ Sammlung der Bundesverfassung und der Kantonalverfassungen. Amtliche Ausgabe. Bern. 1880.

время, установленіе новыхъ юридическихъ нормъ указами магистрата могло совершаться сравнительно прямѣе и рѣшительнѣе [1]). Поэтому, надо поискать другихъ примѣровъ и конечно намъ не найти нигдѣ болѣе чистаго воплощенія идеи народоправства какъ въ аѳинской демократіи. Аѳинскіе порядки въ данномъ случаѣ еще и потому особенно любопытны, что Аѳины римскими юристами считались колыбелью писаннаго права [2]).

Въ аѳинской республикѣ вся полнота государственной власти сосредоточивалась въ рукахъ народа: онъ и установлялъ законы, и правилъ, и судилъ. Это дѣйствительно была, такъ сказать абсолютная демократія. И тѣмъ неменѣе мы находимъ въ Аѳинахъ противоположеніе закона и указа и притомъ въ весьма своеобразной формѣ [3]). Постановленія (псефизмы) народнаго собранія, экклезіи, сами по себѣ не имѣли силы закона, не могли измѣнить существующаго права, не получали характера суверенныхъ рѣшеній. Противъ постановленія народнаго собранія допускалось обжалованіе въ судъ геліастовъ, и для того, чтобы придать постановленію народнаго собранія безусловную силу законовъ, требовалось утвержденія народнаго голосованія коллегіей номотетовъ, составлявшейся изъ геліастовъ. И любопытно, что это различіе законовъ (nomoi) и простыхъ постановленій (psephisma) чрезвычайно близко подходитъ къ современному различію законовъ и указовъ, какъ оно понимается въ конституціонныхъ государствахъ. Форма закона и слѣдовательно, участіе геліастовъ, требовалось не только для поставленій, измѣняющихъ существующіе законы, но также и для установленія расходовъ изъ государственной казны. Другими словами, для утвержденія бюджета расходовъ также требовалась законодательная форма [4]). Съ другой стороны,

---

[1]) *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, 1885, I. S. 462.

[2]) Non eleganter in duas species jus civile distributum videtur: nam origo ejus ob institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur: in his enim civitutibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemoniu quidem magisen, quae prolegibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta reprehendissent, custodirent.

[3]) *Leist*, Graeco-italische Rechtsgeschichte. 1884, S. 555 und ff.

[4]) *Max Fränkel*, Die attischen Geschworenengerichte. 1877, S. 23.

псефизмы не ограничивались только разрѣшеніемъ частныхъ случаевъ [1]), а могли содержать и установленіе общаго правила [2]). Такимъ образомъ различіе nomoi и psephisma какъ нельзя болѣе соотвѣтствуетъ современному различію закона и указа.

Но больше всего сомнѣній возбуждаетъ вопросъ о примѣнимости различія указовъ и законовъ къ неограниченной монархіи и вмѣстѣ съ тѣмъ для русскаго юриста этотъ вопросъ представляетъ наибольшій интересъ. Въ неограниченной монархіи законодательная и правительственная власти соединены всецѣло въ рукахъ монарха, и въ этомъ многіе видятъ причину невозможности установить тамъ различіе закона и указа. Каковы бы ни были разнообразныя формы повелѣній, исходящихъ отъ неограниченнаго монарха, всѣ они, какъ исходящія отъ одной и той же власти, будутъ по необходимости имѣть одну и ту же силу, одинъ и тотъ же авторитетъ.

Несмотря на широкую распространенность такого взгляда, его нельзя признать правильнымъ. Нельзя, въ самомъ дѣлѣ, согласиться съ тѣмъ, чтобы акты одного и того же органа власти не могли имѣть различную силу, быть не въ одинакой степени обязательными. Напротивъ, можно указать множество примѣровъ того, что актамъ одного и того же учрежденія, присвоивается существенно различное значеніе. Такъ одинъ и тотъ же судъ можетъ постановлять и окончательныя рѣшенія, не подлежащія обжалованію, и такія, которыя допускаютъ обжалованіе, рѣшительныя опредѣленія и частныя. Такъ административные акты органовъ подчиненнаго управленія могутъ быть и проявленіемъ дискреціонной власти, и власти регулированной закономъ. И это различіе значенія актовъ одного и того же органа можетъ имѣть мѣсто въ примѣненіи къ дѣя-

---

[1]) Какъ ошибочно утверждаетъ *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1877, S. 38.

[2]) *Grote*, Geschichte Griechenlands, übers. v. Meissner, III, S. 288. *Schömann* Griechische Alterthümer, 3 Aufl. 1871, I, S. 411. *Busolt*, Griechische Alterthümer, I, S. 175.

тельности не только подзаконныхъ органовъ, но и органовъ верховнаго управленія. Такъ, различіе основныхъ и обыкновенныхъ законовъ не предполагаетъ вовсе изданіе ихъ различными органами. Напротивъ, эти категоріи законовъ различимы и тамъ гдѣ всѣ законы, и основные, и обыкновенные, издаются однимъ и тѣмъ же законодательнымъ учрежденіемъ. Необходимо только установленіе для нихъ различныхъ формъ. Такъ въ Бельгіи, Португаліи, Голландіи измѣненіе конституціи совершается тѣмъ же парламентомъ, который издаетъ и обыкновенные законы; требуется только, чтобы послѣ возбужденія вопроса объ измѣненіи конституціи были производимы новые выборы. Во Франціи и Пруссіи не требуется и этого. Во Франціи вся особенность изданія конституціонныхъ законовъ сводится къ тому, что предложеніе объ измѣненіи конституціи голосуется въ соединенномъ засѣданіи сената и палатъ депутатовъ. Въ Пруссіи требуется только двукратное обсужденіе законопроекта въ каждой палатѣ ландтага, такъ чтобы одно обсужденіе за другимъ слѣдовало не ранѣе какъ черезъ 21 день. Слѣдовательно, учредительная и собственно законодательная власти принадлежатъ одному и тому же учрежденію. Тѣмъ не менѣе во всѣхъ этихъ государствахъ, безо всякаго сомнѣнія, существуетъ различіе конституціонныхъ и обыкновенныхъ законовъ въ силу различія порядка ихъ изданія.

Точно также и при соединеніи въ лицѣ неограниченнаго монарха законодательной и правительственной власти вполнѣ возможно различіе законовъ и указовъ по различію порядка ихъ изданія. Какъ одно и тоже законодательное учрежденіе въ разныхъ формахъ можетъ издавать конституціонные и обыкновенные законы, такъ одинъ и тотъ же неограниченный монархъ можетъ, соблюдая при этомъ различныя формы, издавать законы и указы. И неограниченный монархъ въ своей дѣятельности не обходится безъ содѣйствія разнообразныхъ государственныхъ учрежденій. Изданіе законовъ и указовъ можетъ быть въ абсолютной монархіи обусловлено содѣйствіемъ различныхъ учрежденій, спеціально пріуроченныхъ къ содѣй-

ствію монарха въ его законодательной и въ его правительственной дѣятельностяхъ.

Обособленіе законовъ и Высочайшихъ указовъ не только возможно и въ абсолютной монархіи, но составляетъ и въ ней, какъ и вездѣ, необходимое условіе нормальнаго развитія государственной дѣятельности. Абсолютный монархъ, еще менѣе чѣмъ представительное собраніе, можетъ ограничить свою дѣятельность установленіемъ однихъ только общихъ руководящихъ началъ, предоставивъ разрѣшеніе всѣхъ конкретныхъ вопросовъ, выдвигаемыхъ текущею государственною жизнью, органамъ подчиненнаго управленія. Какъ глава государства, какъ живое олицетвореніе государственной власти, монархъ, все равно констуціонный или абсолютный, самымъ своимъ положеніемъ призванъ къ непосредственному руководству государственнымъ управленіемъ. Вопросы внѣшней и внутренней политики разрѣшаются именно монархомъ. Выбирая и мѣняя министровъ, онъ естественно даетъ имъ и ближайшія указанія относительно способа и характера ихъ дѣятельности. Эти указанія опредѣляются измѣнчивыми условіями текущей общественной жизни, сообразуются, главнымъ образомъ, съ запросами данной минуты. Между тѣмъ для нормальнаго развитія государственной дѣятельности очень важно, чтобы она опредѣлялась устойчивыми общими началами, чтобы преходящей потребности данной минуты, какъ бы она ни была настоятельна, не приносились въ жертву эти общія начала. Вотъ почему у неограниченнаго монарха, одинаково призваннаго своею властью и установлять общія руководящія начала государственной дѣятельности, и опредѣлять отношеніе къ выдвигаемымъ жизнью частнымъ конкретнымъ вопросамъ, не можетъ не явиться потребность въ возможно строгомъ разграниченіи актовъ, долженствующихъ имѣть общее руководящее значеніе, отъ относящихся только къ преходящимъ условіямъ минуты. Для этого необходимо присвоить тѣмъ и другимъ актамъ, законодательнымъ и правительственнымъ, строго опредѣленныя и легко различимыя формы. Никакихъ человѣческихъ способностей не хватитъ на то, чтобы, постоянно имѣя дѣло съ множествомъ

разнообразныхъ конкретныхъ случаевъ, встрѣчаясь съ неотложными, постоянными запросами минуты, соблюсти въ разрѣшеніи всего этого пестраго разнообразія дѣлъ сколько-нибудь послѣдовательное осуществленіе разъ принятыхъ въ руководство общихъ началъ, если начала эти не будутъ выражены въ особой, отличающей ихъ, законодательной формѣ, если всякое частное отступленіе отъ нихъ не будетъ, такъ сказать, подчеркиваемо необходимостью облекать его въ ту же внѣшнюю форму, въ какой установлены и самыя эти начала. Если такого внѣшняго различія формъ законодательныхъ и собственно правительственныхъ актовъ не будетъ установлено, на каждомъ шагу окажется опасность недостаточно обдуманныхъ и даже совершенно безсознательныхъ отступленій. Каждому отдѣльному человѣку, въ его частной дѣятельности, не легко выдержать послѣдовательное проведеніе разъ принятыхъ принциповъ подъ давленіемъ окружающей среды, столкновеній съ противорѣчивыми интересами другихъ людей, затрудненій, порождаемыхъ практическими условіями дѣятельности. А въ государственномъ управленіи, въ силу чрезвычайной сложности условій и разнообразія задачъ дѣятельности, эта трудность соблюсти послѣдовательность сказывается еще сильнѣе. Между тѣмъ непослѣдовательность, отсутствіе системы въ государственномъ управленіи еще бо́льшее зло, чѣмъ въ частной дѣятельности; послѣдствія безсистемности тутъ еще гибельнѣе, благодаря отсутствію естественнаго, объединяющаго стимула, какимъ, въ частной дѣятельности, служитъ непосредственный личный интересъ.

Такимъ образомъ, въ неограниченной монархіи не меньше, чѣмъ при какой-либо другой формѣ правленія, даетъ себя чувствовать потребность обособленія изъ общей сферы верховнаго управленія особаго разряда актовъ верховной власти, имѣющихъ особую, отличительную форму, придающую высшую, безусловную силу значенію законодательнаго акта. Такое обособленіе возможно и безъ ограниченія власти монарха, потому что и абсолютный монархъ можетъ проявлять свою волю въ различныхъ формахъ, изъ которыхъ однимъ можетъ

быть присвоено высшее значеніе, другимъ—низшее. Неограниченный монархъ имѣетъ даже меньше побужденій отступать отъ строгаго соблюденія этихъ формъ, чѣмъ монархъ конституціонный. Разъ власть монарха въ дѣлахъ, законодательныхъ, ограничена соучастіемъ народнаго представительства, для монарха можетъ представляться весьма соблазнительнымъ расширять какъ можно больше область примѣненія своихъ одностороннихъ велѣній, въ которыхъ онъ не связанъ согласіемъ парламента. Конституціонный монархъ не всегда можетъ быть увѣренъ въ согласіи парламента на задуманныя имъ мѣры или постановленія. Онъ можетъ встрѣтить оппозицію принятію и такихъ мѣръ, которыя онъ считаетъ безусловно необходимыми. Въ совершенно иныя условія дѣятельности поставленъ абсолютный монархъ. И въ законодательствѣ, и въ управленіи онъ одинаково неограниченъ, одинаково полновластенъ. Поэтому у него не можетъ быть никакого интереса не соблюдать имъ самимъ установленныхъ формъ законодательныхъ актовъ. И соблюдя эти формы, онъ остается также свободенъ, какъ и дѣйствуя въ порядкѣ управленія. Только у отдѣльныхъ совѣтниковъ монарха, стремящихся подчинить его всецѣло своему одностороннему и исключительному вліянію, можетъ явиться интересъ устранять примѣненіе болѣе сложныхъ формъ обсужденія законодательныхъ актовъ, формъ, обусловливающихъ участіе болѣе широкаго круга совѣтниковъ. Но самому монарху строгое соблюденіе разъ установленныхъ формъ законодательства не можетъ представляться стѣснительнымъ. Его власть будетъ проявляться тѣмъ свободнѣе, чѣмъ полнѣе, всестороннѣе, обдуманнѣе будетъ предварительное обсужденіе его предначертаній. Выслушавъ многихъ и по возможности независимыхъ совѣтниковъ, монарху въ своемъ рѣшеніи будетъ тѣмъ легче стать выше односторонняго вліянія узкихъ, партійныхъ или своекорыстныхъ стремленій того или другого отдѣльнаго совѣтника. Смѣшенія формъ законодательства и управленія могутъ требовать личные интересы приближенныхъ къ монарху лицъ, оберегающихъ свое вліяніе на него, но сама по себѣ неограниченность власти монарха

отнюдь не предполагаетъ такого смѣшенія, какъ непремѣнной своей принадлежности.

Эти общія соображенія подтверждаются и историческими фактами. Различіе закона и указа мы можемъ, дѣйствительно, встрѣтить и въ абсолютныхъ монархіяхъ.

Для современнаго понятія неограниченной монархической власти во многомъ послужила образцомъ римская имперія. Тѣмъ большій интересъ представляютъ для насъ существовавшія въ ней формы для установленія юридическихъ нормъ. Формы эти были очень разнообразны и въ эпоху принципата, и въ позднѣйшее время, когда вполнѣ установилась неограниченная власть императора. При первыхъ императорахъ, когда сохранялись еще республиканскія формы, установленіе совершенно новыхъ юридическихъ нормъ допускалось не иначе, какъ въ формѣ сенатусъ-консультовъ [1]). Извѣстное правило quod principi placuit, legis habet vigorem имѣло лишь то значеніе, что установленное императорской конституціей правило должно быть примѣняемо и въ другихъ однородныхъ случаяхъ, должно служить для нихъ закономъ, а вовсе не то, чтобы повелѣніемъ императора могло быть установлено то же, что и закономъ или сенатусъ-консультомъ [2]).

Но и въ позднѣйшее время, когда республиканскія формы уже исчезли, между различными формами императорскихъ конституцій все таки дѣлалось различіе. Generales constitutiones, называвшіяся также и leges противополагались рескриптамъ и прагматическимъ санкціямъ. Рескрипты издавались по частнымъ случаямъ. Прагматическія санкціи имѣли общій характеръ, но по значенію своему онѣ не были равны законамъ. Если онѣ въ чемъ прямо противорѣчили общей конституціи, онѣ не имѣли силы [3]).

Въ абсолютныхъ монархіяхъ новаго времени точно такъ же можно найти примѣры существованія формальнаго различія

---

[1]) *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, I, 1885, S. 648. *Herzog*, Geschichte und System der römischen Staatsverfassung, B. II, 2, 1891, S. 718.
[2]) *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, I, 1885, S. 653.
[3]) *Karlowa*, Romische Rechtsgeschichte, I, S. 936—939.

законовъ отъ другихъ актовъ монархи. Такъ, во Франціи королевскіе ордонансы получали обязательную силу для судовъ только подъ условіемъ внесенія ихъ парламентами въ свои регистры [1]). И даже французскій кассаціонный судъ признаетъ имѣющими силу закона только зарегистрированные парламентомъ королевскіе указы до-революціонной эпохи [2]).

Однако всему этому обыкновенно противопоставляютъ указаніе на невозможность установить какія-либо прочныя, дѣйствительныя гарантіи надлежащаго соотношенія закона и высочайшаго указа въ абсолютной монархіи. Если будутъ установлены различныя формы для проявленія воли абсолютнаго монарха въ порядкѣ законодательномъ и въ порядкѣ управленія, дѣйствительное соблюденіе надлежащаго соотношенія этихъ формъ, при отсутствіи ограниченія власти монарха народнымъ представительствомъ, будетъ въ каждомъ частномъ случаѣ всецѣло зависѣть отъ благоусмотрѣнія самого же монарха. При этомъ предполагается, что строгое, разграниченіе закона и указа установляется собственно лишь подъ условіемъ изданія законовъ не иначе, какъ съ согласія народнаго представительства. Но ближайшее изученіе порядковъ, существующихъ въ конституціонныхъ монархіяхъ, убѣждаетъ, что дѣйствительное обезпеченіе строгаго разграниченія законовъ и указовъ дается не участіемъ въ законодательствѣ народнаго представительства, а правомъ суда провѣрять юридическую силу указовъ и законовъ. Лучшимъ тому доказательствомъ можетъ служить существующій въ Пруссіи порядокъ.

Пруссія, безъ сомнѣнія, конституціонная монархія. Ст. 62 дѣйствующей прусской конституціи постановляетъ, что „законодательная власть осуществляется совмѣстно королемъ и двумя палатами. Соглашеніе короля и обоихъ палатъ требуется для каждаго закона“. Безъ согласія ландтага прусскій король можетъ издавать лишь указы, необходимые для исполненія

---

[1]) *Dareste de la Chavanne*, Histoire de l'administration en France, T. I, 1848, p. 326.

[2]) *Dufour*, traité général de droit administratif appliqué. 2 éd. 1854. T. I, p. 31.

законовъ (ст. 45) и только въ чрезвычайныхъ случаяхъ, во время парламентскихъ вакацій, ему предоставлено издавать указы, имѣющіе силу закона, подъ условіемъ однако непротиворѣчія ихъ конституція, но не иначе какъ подъ отвѣтственностью всего министерства и съ обязанностью представитъ изданный такимъ образомъ чрезвычайнный указъ на одобреніе палатъ при ближайшемъ ихъ собраніи (ст. 63.). Этими постановленіями законодательная власть прусскаго короля, повидимому, строго ограничена соучастіемъ народнаго представительства, и односторонніе королевскіе указы вполнѣ подчинены закону. Но въ дѣйствительности постановленія эти вовсе лишены всякаго практическаго обезпеченія. Согласно конституціи королевскіе указы должны быть строго отличаемы отъ законовъ; королевскіе указы не должны вторгаться въ область законодательства, не должны противорѣчить, за исключеніемъ особенныхъ, чрезвычайныхъ случаяхъ, законамъ. Все это *должно* быть, но существующій въ Пруссіи порядокъ ничѣмъ не обезпечиваетъ того, чтобы это такъ и дѣйствительно было, такъ какъ суды лишены тамъ права провѣрять юридическую силу законовъ и королевскихъ указовъ. Каждый королевскій указъ, каково бы ни было его содержаніе, имѣетъ для суда безусловно обязательное значеніе.

На такое отсутствіе въ Пруссіи практическихъ гарантій дѣйствительнаго подчиненія королевскихъ указовъ закону въ нѣмецкой литературѣ впервые было указано Штокмаромъ, въ 1865 году, въ статьѣ, написанной имъ по поводу выхода въ свѣтъ второго изданія Государственнаго права прусской монархіи Рённе [1]).

Указавъ, что санкція юридической нормы можетъ заключаться или въ юридической ничтожности правонарушительнаго дѣйствія (leges perfectae), или въ отвѣтственности правонару-

---

[1]) *Dr. E. A. Chr.* (Stockmar) Studien zum preussischen Staatsrecht im Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte, hrsgbn von L. K. Aegidi, B. I, Heft II, 1865, I. Der allgemeine juristische Charakter der preussischen Verfassung. SS. 179—195 und II Gesetz und Verordnung. SS. 196—219.

шителей (leges minus quam perfectae), Штокмаръ доказалъ, что прусская конституція не имѣетъ за собой ни той, ни другой санкціи, и является поэтому закономъ вовсе лишеннымъ санкціи—lex imperfecta [1]). Королевскіе указы, противорѣчащіе законамъ, или хотя бы самой конституціи, признаются прусской конституціей обязательными для суда. Согласно ст. 106 законы и указы обязательны разъ они обнародованы въ установленной закономъ формѣ; повѣрка же юридической силы (Rechtsgültigkeit), надлежащимъ образомъ обнародованныхъ королевскихъ указовъ, принадлежитъ не органамъ подчиненнаго управленія, а только палатамъ [2]). Судъ долженъ примѣнять каждый надлежащимъ образомъ обнародованный указъ [3]), каково бы ни было его содержаніе. Палаты, правда, могутъ войти въ разсмотрѣніе законности указа и признать его незаконнымъ. Но онѣ лишены возможности заставить правительство отмѣнить незаконный указъ, такъ какъ за отсутствіемъ до сихъ поръ закона, опредѣляющаго порядокъ министерской отвѣтственности, палаты не могутъ привлечь министровъ короля къ отвѣтственности. Постановленіе же палатъ о незаконности указа можетъ сдѣлаться оффиціально извѣстнымъ суду только тогда, если правительство распублкуетъ это постановленіе въ Собраніи узаконеній, а оно можетъ этого и не сдѣлать [4]).

---

[1]) Ibidem, S. 195. Die preussische Verfassung ist lex imperfecta.

[2]) Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. Die Prüfung der Rechtsqültigkeit gehörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu.

[3]) На это еще раньше Штокмара указалъ *Bischof*, H. Das Nothrecht der Staatsgewalt. 1860. S. 162. Die Verfassungen von Preussen, Hannover, Schwalzburg-Sonderhausen, Oldenburg und Waldek verbieten den Behörden die Verfassungsmassigkeit landesherrlichen Gesetze und Verordnungen zu prüfen. Auch die blosse Vollzugsverordnung muss, ihres dieser Publicationsform allerdings unangemessenen Inhalts unbeschadet, durch die Behörden vollzogen werden.

[4]) Статья Штокмара тогда же вызвала возраженія со стороны *John* (Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit publicirten Gesetze und Verordnungen, Aeqidi's Zeitschrift, III Heft, 1866, SS. 244—274), утверждающаго (S. 270), что „die von einer Kammer für rechtungültig erklärte Verordnung darf von dem Momente dieser Erklärung an nicht mehr in Anwendung gebracht

Такимъ образомъ Штокмаръ приходитъ къ заключенію, что прусскій король можетъ каждый законъ и даже самую конституцію отмѣнить указомъ, что вся конституція существуетъ въ Пруссіи только благодаря терпимости короля [1]). „Королевская власть, говоритъ онъ, затѣяла съ прусскимъ народомъ конституціонную игру (Das constitutionelle Whistspiel) и установила правила игры, сохранивъ за собою право измѣнять эти правила. Особенность этой игры заключается въ томъ, что партнеръ не можетъ бросить игры и тогда, если правила не будутъ соблюдаемы“ [2]). Поэтому пруссаки, конечно, обязаны повиновеніемъ только согласно съ конституціей. Но надо лишь при этомъ обратить вниманіе на то небольшое обстоятельство, что сама конституція налагаетъ на нихъ обязанность повиновенія всякой и противуконституціонной нормѣ [3]).

И Пруссія не единственной примѣръ конституціоннаго государства, гдѣ безусловное господство закона не представляется вполнѣ обезпеченнымъ, гдѣ законы могутъ быть отмѣняемы и не законодательнымъ порядкомъ. Другимъ примѣромъ подобнаго рода можетъ служить Швейцарскій союзъ.

Швейцарская конституція различаетъ двоякаго рода акты, исходящіе отъ союзнаго собранія: законы и постановленія (Beschlüsse, arrêtés, risoluzioni). Законы всѣ безусловно подлежатъ факультативному referendum. Изъ постановленій только тѣ, которыя имѣютъ общее значеніе (d'une portée générale, allgemein verbindliche, di carattere obbligotario generale) и притомъ изданіе которыхъ не будетъ признано неотложнымъ (Конст. § 89). Въ виду такого различія между закономъ и постановленіемъ очень важно, конечно, опредѣлить, что можетъ быть установлено закономъ и что постановленіемъ. Но

werden. Однако онъ самъ совершенно подрываетъ силу своего возраженія, признавъ вмѣстѣ съ тѣмъ (S. 272), что der Richter kann nicht für verpflichtet errachtet werden, die Beschlüsse der beiden Häuser des Landtages zu kennen, so lange ihm dieselben nicht in einer autentischen Form mitgetheilt werden. Noch weniger aber, wie der Richter, brauchen die Parteien die Beschlüsse der beiden Häuser des Landtages zu kennen.

[1]) Die Ganze Verfassung besteht also nur durch die Duldung des Königs.

[2]) L. c., S. 192.

[3]) L. c., S. 195.

швейцарское законодательство не даетъ объ этомъ никакихъ опредѣленій. Союзное собраніе само въ каждомъ частномъ случаѣ рѣшаетъ составляетъ ли данное опредѣленіе законъ или постановленіе, и если постановленіе, то общеобязательное ли и неотложное ли? [1]). И союзное собраніе имѣетъ притомъ тѣмъ больше свободы въ устраненіи по своему усмотрѣнію народнаго голосованія, что признакъ, по которому разграничиваются постановленія, подлежащія и неподлежащія referendum, представляется крайне неопредѣленнымъ. Это доказывается уже сравненіемъ нѣмецкаго и французскаго текста союзной конституціи. Въ нѣмецкомъ стоитъ: „allgemein verbindliche Beschlüsse", во французскомъ—arrêtés d'une portée générale", что не совсѣмъ одно и то же.

Между тѣмъ, постановленіями союзнаго собранія могутъ быть измѣняемы законы [2]).

Штокмаръ ставитъ свой суровый приговоръ относительно прусской конституціи въ прямую связь съ фактической невозможностью въ Пруссіи осуществить министерскую отвѣтственность и предполагаетъ, что съ изданіемъ закона, опредѣляющаго порядокъ привлеченія министровъ къ суду, подчиненіе указовъ закону будетъ обезпечено. Однако и онъ самъ признаетъ конституціи, постановленія которыхъ обезпечены лишь отвѣтственностью министровъ, за leges minus quam perfectae и не трудно убѣдиться, что при ограниченіи права суда провѣрять юридическую силу указовъ, одна министерская отвѣтственность не можетъ достаточно обезпечить надлежащее подчиненіе указовъ законамъ. Вездѣ, гдѣ судебная власть стѣснена въ правѣ провѣрять юридическую силу указовъ, подчиненіе ихъ законамъ оказывается недостаточно обезпеченнымъ, все равно осуществима или нѣтъ министерская отвѣтственность.

Отвѣтственность министровъ предъ парламентомъ дѣй-

[1]) *Salis.* Schweizeriches Bundesrecht. I. 1891. S. 397. Ob ein gesetzgeberischer Erlass der Räte als Gesetz zu behandelnsei oder als Besekluss, das wird also von der Bundes Versammlung im einzelnen Fälle je noch der besondern Natur der in dem Erlasse enthaltenen Anordnungen fetgestellt.

[2]) *Salis*, l. c. pp. 399, 403.

ствуетъ, прежде всего, какъ сдерживающій стимулъ, побуждая правительство осторожнѣе относиться къ изданію указовъ, противорѣчащихъ законамъ. Затѣмъ, посредствомъ возбужденія отвѣтственности министровъ, народное представительство можетъ заставить правительство отмѣнить незаконный указъ. Но палаты сами непосредственно не могутъ во всякомъ случаѣ ни отмѣнить, ни обезсилить указа. Только судъ, пользуясь правомъ повѣрки юридической силы указовъ, а не парламентъ, можетъ обезсилить незаконный указъ, потому что только судъ, а не парламентъ, призванъ, обязательно, разрѣшать вопросы объ истолкованіи и примѣненіи юридическихъ нормъ. Отмѣнить же указъ можно только указомъ же или закономъ, а для изданія закона требуется всегда въ той или другой степени содѣйствіе и правительства.

Итакъ, мы должны признать, что полное обезпеченіе подчиненія указовъ закону обусловлено не существованіемъ народнаго представительства, и не отвѣтственностью министровъ, а правомъ суда провѣрять юридическую силу указовъ. Слѣдовательно, различіе законовъ и Высочайшихъ указовъ можетъ имѣть практическое значеніе и въ абсолютной монархіи, если только для законовъ и Высочайшихъ указовъ установлены опредѣленныя, внѣшнимъ образомъ различимыя формы и суду предоставлено право повѣрки согласія указовъ съ законами. Различіе законовъ и указовъ, издаваемыхъ монархомъ, не обусловлено прямо существованіемъ народнаго представительства и ограниченіемъ власти монарха. Конечно, въ конституціонной монархіи это различіе проявляется рѣзче, опредѣленнѣе. Но разъ судъ надѣленъ правомъ повѣрки законности указовъ, разница въ этомъ отношеніи между абсолютной и конституціонной монархіей только въ степени, а не въ существѣ, только количественная, а не качественная.

Необходимость въ конституціонной монархіи для обязательной силы указа подписи отвѣтственнаго предъ парламентомъ министра, безъ сомнѣнія, въ большинствѣ случаевъ, служитъ достаточнымъ предупрежденіемъ изданія незаконныхъ указовъ. Но при этомъ, однако, слѣдуетъ имѣть въ виду, что чѣмъ

сложнѣе процедура законодательствъ, тѣмъ необходимѣе предоставленіе правительству права издавать чрезвычайные указы и въ отмѣну постановленій дѣйствующаго законодательства. Въ конституціонныхъ монархіяхъ, поэтому, безъ такихъ чрезвычайныхъ указовъ обойтись невозможно. Всегда могутъ встрѣтиться случаи безусловной необходимости немедля измѣнить то или другое постановленіе законовъ, а между тѣмъ парламентъ можетъ оказаться въ это время незасѣдающимъ. При такихъ условіяхъ невозможно отказать правительству въ правѣ временно, до разсмотрѣнія вопроса парламентомъ, собственною властью видоизмѣнить постановленія дѣйствующаго законодательства, издавъ чрезвычайный указъ или провизорный законъ безъ участія народнаго представительства. Между тѣмъ, такое право правительства представляетъ существенное нарушеніе общаго, основнаго начала, что указы имѣютъ силу лишь настолько, насколько они не противорѣчатъ законамъ. Въ абсолютной же монархіи, гдѣ и особенныя формы, установленныя для изданія законовъ, нисколько не ограничиваютъ власти монарха, не можетъ быть дѣйствительной необходимости въ допущеніи такого отступленія отъ начала подчиненія указовъ законамъ. Такъ какъ абсолютный монархъ можетъ всегда по своей волѣ издать любой законъ, то нѣтъ никакой надобности предоставлять ему право въ чрезвычайныхъ случаяхъ отмѣнять законы указами.

Мы должны такимъ образомъ признать, что различіе законовъ и указовъ, издаваемыхъ главою государства, имѣетъ совершенно общее значеніе и не обусловлено различіемъ формъ государственнаго устройства; что въ частности такое различіе возможно и въ абсолютной монархіи; что и въ абсолютной монархіи оно можетъ имѣть дѣйствительное практическое значеніе, если судамъ будетъ предоставлено право провѣрять согласіе указовъ съ законами.

Намъ предстоитъ теперь выяснить, какъ разрѣшается этотъ вопросъ о соотношеніи законовъ и Высочайшихъ указовъ русскимъ законодательствомъ?

2.

Какъ я уже говорилъ, вопросъ о существованіи у насъ различія между законами и Высочайшими указами представляется спорнымъ. Это, конечно, прямое слѣдствіе нѣкоторой неопредѣленности постановленій по данному вопросу нашего Свода Законовъ. Какъ сводъ постепенно накоплявшихся законодательныхъ постановленій, Сводъ Законовъ включилъ въ себя весьма разнородные законы существенно различныхъ эпохъ нашего государственнаго развитія. Въ XVIII столѣтіи и вплоть до учрежденія въ 1810 г. государственнаго совѣта у насъ не было никакой опредѣленной отличительной формы законодательныхъ актовъ. Только съ учрежденіемъ государственнаго совѣта 1810 г. установленъ особый, точно опредѣленный порядокъ законодательства и тѣмъ самымъ явилась возможность отличать законы отъ Высочайшихъ указовъ. Между тѣмъ, опредѣленія Основныхъ Законовъ о законодательствѣ составились изъ сочетанія постановленій частью предшествующихъ учрежденію государственнаго совѣта, частью послѣдующаго времени. Поэтому и въ отдѣльныхъ статьяхъ Осн. Зак. различіе закона и Высочайшаго указа то признается, то какъ бы игнорируется.

Я сказалъ, что въ XVIII столѣтіи законы и Высочайшіе указы не различались, для законодательства не существовало никакой опредѣленной, отличительной формы. Но это положеніе можетъ быть принято лишь съ нѣкоторой оговоркой. Во-первыхъ, петровская реформа не изгладила въ сознаніи общества и самого правительства представленія о законѣ, объ уложеніи, какъ о чемъ то существенно отличающемся отъ простого указа. Все управленіе государствомъ опредѣляется указами, но въ такомъ порядкѣ само правительство видитъ нѣчто временное, переходное. Правительство не разъ заявляетъ о своемъ намѣреніи издать современемъ новое уложеніе взамѣнъ стараго соборнаго уложенія и новоуказныхъ статей. Для изданія уложенія считался необходимымъ особый порядокъ, существенно отличный отъ порядка изданія указовъ.

Но это различіе указовъ и уложенія не переходило однако изъ области смутныхъ предположеній въ дѣйствительную жизнь. Уложеніе такъ и не было издано; издавались только указы. Однако и въ XVIII в. не всякое выраженіе воли монарха получало силу закона. И тогда для обязательной силы воли монарха требовались нѣкоторыя формальныя условія. Да иначе и не можетъ быть ни въ какомъ государствѣ.

Такой порядокъ, при которомъ бы всякое случайно выраженное пожеланіе монарха уже признавалось создающимъ обязательныя нормы, былъ бы стѣснителенъ и невыносимъ прежде всего для самого же монарха. Хорошо имѣть много золота, но если все, къ чему прикасается человѣкъ, станетъ превращаться въ золото, то онъ умретъ съ голода. Хорошо обладать властью, но если каждое сказанное слово превращается въ обязательное велѣніе, то такой избытокъ власти не можетъ не гнести самого властителя. Самъ властитель не можетъ поэтому не чувствовать потребности опредѣлить условія и формы, при наличности которыхъ сказанное имъ должно получать обязательную силу, для того, чтобы онъ могъ сознательно осуществлять свою власть. Къ этому присоединяется еще естественная забота властителя о томъ, чтобы велѣнія его при передачѣ не искажались, а для этого необходимо установить опредѣленные формальные признаки подлинности передаваемой подчиненными органами воли властителя.

Поэтому и у насъ въ XVIII в., хотя и не установилось сколько-нибудь опредѣленнаго различія закона и Высочайшаго указа, но все-таки обязательная сила Высочайшихъ повелѣній была обставлена нѣкоторыми формальными условіями, въ цѣляхъ обезпеченія достовѣрности передачи Высочайшей воли. Такое значеніе имѣли именно постановленія, ограничивавшія силу такъ называемыхъ объявляемыхъ указовъ.

Первое въ нашемъ законодательствѣ постановленіе объ ограниченіи силы объявляемыхъ словесныхъ Высочайшихъ повелѣній содержится въ генеральномъ регламентѣ Петра Великаго (28 февр. 1720 г.) [1]) въ главѣ IV „о исполненіи

[1]) П. С. З. № 3534.

указовъ". Но тутъ этотъ вопросъ затронутъ лишь вскользь и мимоходомъ и притомъ не дѣлается различія между именными и сенатскими указами. „Всякій президентъ (коллегіи) долженъ всѣ указы Его Величества и Сената, *которые надлежитъ быть письменные и зарученные, а не словесные неотложно исполнять*". По смыслу этого постановленія генеральнаго регламента словесные указы вовсе не допускаются; собственноручная подпись есть необходимая принадлежность всякаго указа. Но такое строгое правило сохранилось только при Петрѣ Великомъ. Уже въ слѣдующее царствованіе допускаются и словесные указы. 28 марта 1726 года изданъ былъ указъ, опредѣлявшій форму указовъ изъ Верховнаго Тайнаго Совѣта Сенату. Въ немъ различаются указы подписанные и такіе, „которые не будутъ за собственною Нашею рукою и въ тѣхъ по датумѣ будетъ писано по Нашему указу; а къ тѣмъ указамъ подписывать по прежнему Д. С. С. Вас. Степанову" [1]). Въ августѣ (5 дня) того же года ближайшимъ образомъ была опредѣлена сила объявляемыхъ указовъ. „Понеже вѣдомо намъ учинилось, что какъ въ Сенатѣ, такъ въ Коллегіяхъ и Канцеляріяхъ объявляютъ нѣкоторые какъ письменно, такъ и словесно нашими именными указами о *важныхъ* дѣлахъ, напр. о выдачѣ денегъ и о прочихъ тому подобныхъ: того ради нынѣ повелѣваемъ ежели кто будетъ писать или словесно объявлять нашимъ именнымъ указомъ о выдачѣ сверхъ штату денегъ и тому подобное, что регламентамъ и правамъ противно, и что вновь постановить и опредѣлить или чрезъ регламентъ и указы *чинами* перемѣнять и такими объявленіями словесными или письменными безъ подписанія нашей собственной руки или всего нашего верховнаго тайнаго Совѣта отнынѣ *не вѣрить*". Итакъ, словесными указами не можетъ быть: 1) разрѣшена выдача сверхштатныхъ суммъ и 2) установлено что-либо въ противность существующимъ „регламентамъ и правамъ". При этомъ Екатерина I предписываетъ объявляемымъ указамъ *по важнымъ дѣламъ* прямо „*не вѣрить*",

[1]) П. С. З. № 4862.

ясно такимъ образомъ опредѣляя мотивъ ограниченія ихъ силы: заботу объ обезпеченіи подлинности выраженія Высочайшей воли. Это выражается также и въ томъ, что ограничивается только сила *объявляемыхъ* кѣмъ-либо словесныхъ Высочайшихъ повелѣній, а не непосредственно отъ Императрицы получаемыхъ словесныхъ повелѣній. Въ прошломъ столѣтіи было не рѣдкостью личное присутствіе въ Сенатѣ представителей верховной власти. Словесному повелѣнію даваемому Императрицей, лично присутствующей въ Сенатѣ, конечно нельзя было не вѣрить, подлинность его была несомнѣнна.

Въ царствованіе Петра II не было издано никакихъ постановленій о силѣ объявляемыхъ указовъ. За то Анна Іоанновна еще болѣе ограничиваетъ ихъ силу. Дѣйствіе словесныхъ указовъ допускается только по дѣламъ придворнымъ [1]). Еще безусловнѣе запрещается приводить въ исполненіе объявляемые указы въ началѣ царствованія Елизаветы Петровны. Указъ 10 января 1743 года (П. С. З. № 8695) предписываетъ „отъ сего времени въ Сенатѣ никакихъ предложеній, о чемъ бы они и отъ кого бы ни были, ни письменныхъ, ни словесныхъ безъ письменныхъ нашихъ указовъ, за нашею рукою въ дѣйство не производить“.

Но какъ видно, несмотря на многократно повторявшіяся предписанія объявляемымъ указамъ „не вѣрить“, ихъ „не принимать“ и „въ дѣйство не производить“ на практикѣ, и объявленныя словесныя Высочайшія повелѣнія сохраняли силу и значеніе наравнѣ съ подписанными указами. Краснорѣчивѣйшее тому доказательство представляетъ тотъ фактъ, что только-что приведенный нами указъ, запрещавшій объявляемые указы „производить въ дѣйство“, былъ въ концѣ царствованія Елизаветы Петровны отмѣненъ *словеснымъ* Высочайшимъ по-

[1]) П. С. З. № 6745 (9 іюня 1735 г.). Никакихъ нашихъ словесныхъ именныхъ указовъ, кромѣ тѣхъ, которые за подписаніемъ собственныя нашея руки или за руками всѣхъ трехъ нашихъ кабинетъ-министровъ будутъ не принимать и въ дѣйство не производить. № 6773 (іюля 16). Оный указъ (отъ 9 іюня) двору нашему и къ дѣламъ придворнымъ не слѣдуетъ, а слѣдуетъ до Сената и до другихъ коллегій и канцелярій и прочихъ судебныхъ мѣстъ.

велѣніемъ, объявленнымъ Сенату д. с. с. Алсуѳьевымъ (29 ноября 1761 г. П. С. З. № 17,369.)

Петръ III возвращается вновь къ постановленіямъ времени Екатерины I, признавая необходимыми подписанные указы только по болѣе важнымъ дѣламъ. „По всѣмъ объявляемымъ Нашимъ словеснымъ указамъ чрезъ Сенаторовъ, Генералъ-Прокурора и первыхъ трехъ Коллегій Президентовъ, непремѣнное исполненіе чинить по всякимъ матеріямъ, кромѣ лишенія живота, чести и имѣнія и всякаго наказанія и раздачи денежныхъ знатныхъ суммъ выше 10,000 р., также и награжденія деревнями и чинами свыше подполковника и ниже въ отмѣну собственно нашею рукою подписанныхъ конфирмацій и указовъ". (П. С. З. № 11,411, 22 генв. 1762 г.) Екатерина II сначала дословно повторила указомъ отъ 3 іюля 1762 года (П. С. З. № 11,592) постановленія Петра III. Но затѣмъ расширила кругъ лицъ, имѣющихъ право объявлять словесныя Высочайшія повелѣнія, предоставивъ это право и дежурнымъ генералъ-адъютантамъ. Павелъ I придалъ силу именныхъ указовъ повелѣніямъ, даваемымъ при паролѣ (ноябр. 13, 1796 г. П. С. З. № 17,549).

Всего больше постановленій о силѣ объявляемыхъ указовъ явилось въ царствованіе Александра I. Въ началѣ царствованія, до учрежденія государственнаго совѣта 1810 г., мы встрѣчаемъ и въ это царствованіе стремленіе по возможности ограничить примѣненіе объявляемыхъ указовъ.

Въ первоначальномъ учрежденіи министерствъ 8 сент. 1802 года (П. С. З. № 20,406) вовсе не допускается изданіе словесныхъ указовъ. Ст. X этого учрежденія постановляетъ, что „по изслѣдованіи доклада Министра, ежели государь признаетъ предлагаемыя Министромъ средства за полезныя и увидитъ, что они не требуютъ ни отмѣны существующихъ законовъ, ни введенія или учрежденія новыхъ: то утвердивъ *собственноручно* сей докладъ Министра возвращаетъ къ нему для учиненія по оному (sic) исполненія и объявленія Правит. Сенату для вѣдѣнія; къ чему онъ и приступаетъ немедленно". Такимъ образомъ даже по такимъ дѣламъ, которыя не требуютъ уста-

новленія новаго закона требуется, не иначе какъ собственноручное утвержденіе. Но правило это однако не соблюдалось на практикѣ, такъ какъ и раньше, и послѣ изданія перваго учрежденія министерствъ все-таки признается сохранившимъ дѣйствіе екатерининскій указъ 3 іюля 1762 года. Можно указать въ эту эпоху два судебныхъ дѣла, восходившихъ на разрѣшеніе государя, въ которыхъ были имъ признаны не имѣющими силы объявленные указы за нарушеніемъ ими постановленій указа 3 іюля 1762 г. Такъ въ именномъ указѣ по дѣлу вдовы майора Надаржинской съ Кондратьевыми, оспоривавшими законность рожденія ея дочери постановлено, что „объявленный въ Сенатѣ словесный указъ 800 года сент. 26 дня, коимъ безъ разбирательства въ судебныхъ мѣстахъ признаны Кондратьевы наслѣдниками Надаржинскихъ и изъ имѣнія ихъ дано Надаржинской вдвое противъ слѣдующей ей послѣ мужа указной части, яко несоотвѣтственный указу 1763 года іюля 3 дня, никакого дѣйствія имѣть не долженствуетъ (П. С. З. № 20,324, 12 іюля 1802 г.). По дѣлу оберъ-камергера князя Голицына Московскому губернскому правленію объявляется даже черезъ Сенатъ выговоръ за то, что „не только неправильно истолковали, но и приняли объявленный бывшимъ министромъ юстиціи указъ въ семъ неправильномъ смыслѣ къ исполненію, въ отмѣну общихъ законовъ, за подписаніемъ нашимъ изданныхъ“ и подтверждается „дабы общія узаконенія о таковыхъ объявляемыхъ словесныхъ прежде неоднократно состоявшіяся, съ точностью были исполняемы“ (П. С. З. № 22,134, 29 мая 1806 г.) Обязательность этихъ общихъ постановленій въ частности для морского вѣдомства была подтверждена особо въ 1811 году (П. С. З. № 24,608, 25 апрѣля).

Однако рядомъ съ этимъ мы находимъ въ тоже царствованіе и постановленія существенно расширявшія кругъ лицъ, уполномоченныхъ на объявленія словесныхъ Высочайшихъ повелѣній. Такъ право это было предоставлено кромѣ президентовъ и вице-президентамъ военной и адмиралтейской коллегій (П. С. З. № 12,954, іюля 27 1801 г.)

Въ 1805 (28 авг. П. С. З. № 21,884), „для скорѣйшаго хода въ дѣлахъ“ предоставлено объявлять словесные указы генералъ-интенданту, инспектору инженернаго департамента и инспектору артиллеріи. Но, что имѣетъ особенно важное значеніе, въ это царствованіе впервые мы встрѣчаемъ личное предоставленіе этого права, а именно Аракчееву, при томъ безъ всякаго ограниченія силы объявляемыхъ имъ указовъ, которые повелѣно считать „именными“ (14 дек. 1807 г. П. С. З. № 22,716.)

Въ этихъ постановленіяхъ, ограничивавшихъ силу объявляемыхъ указовъ, обращаетъ на себя вниманіе одна весьма любопытная подробность, ясно указывающая, что всѣ эти ограниченія имѣли своею цѣлью, собственно обезпечить только большую достовѣрность передачи Высочайшей воли. Дѣло въ томъ, что Высочайшая подпись ставилась обыкновенно наравнѣ съ подписью всѣхъ членовъ высшей правительственной коллегіи: при Петрѣ I—съ подписью всѣхъ сенаторовъ (П. С. З. № 3273); при Екатеринѣ I—членовъ верховнаго тайнаго совѣта; при Аннѣ Іоанновнѣ—трехъ кабинетъ-министровъ. До извѣстной степени это начало сохраняется и въ дѣйствующемъ правѣ. Изложеніе Высочайшей воли по законодательнымъ дѣламъ въ видѣ именного указа требуется по общему правилу лишь въ томъ случаѣ, если Государь не утверждаетъ мнѣнія большинства государственнаго совѣта (учр. госуд. сов. ст. 119). Кромѣ того, словесно утверждаемыя мнѣнія государственнаго совѣта имѣютъ силу и по такимъ дѣламъ, по коимъ объявляемые указы не могутъ имѣть силы. А именно, въ ст. 66 Осн. Зак. къ дѣламъ, по которымъ не имѣютъ силы объявляемые указы, отнесены, между прочимъ, дѣла о сложеніи недоимокъ. Между тѣмъ, сопоставленіе ст. 23, п. 15, 100—102 учр. госуд. сов. приводитъ къ убѣжденію, что въ государственномъ совѣтѣ эти дѣла приводятся въ исполненіе по объявленнымъ предсѣдателемъ Высочайшимъ повелѣніямъ, такъ какъ въ ст. 101, перечисляющей дѣла, требующія собственноручнаго Высочайшаго утвержденія, о сложеніи недоимокъ не упоминается.

Съ учрежденіемъ въ 1810 г. государственнаго совѣта къ прежнему различію именныхъ и объявляемыхъ указовъ, какъ болѣе или менѣе достовѣрной ихъ формѣ, присоединяется различіе законовъ и указовъ, какъ высшей и низшей формы, долженствующей имѣть и различный авторитетъ.

Образованіе государственнаго совѣта было, какъ извѣстно, только началомъ широко задуманнаго Сперанскимъ государственнаго преобразованія. Предполагалось не только установить особую форму для законодательныхъ актовъ, но и ограничить власть монарха соучастіемъ народнаго представительства, государственной думы.

Въ своемъ Проектѣ уложенія государственныхъ законовъ, Сперанскій довольно внимательно останавливается на опредѣленіи понятія закона. „Уваженіе закона принадлежитъ законодательному сословію. Здѣсь нужно опредѣлить съ точностью предметъ его: опредѣленіе сіе весьма существенно: отъ него зависитъ сила самого установленія. Если понятіе закона распространить на всѣ постановленія безъ изъятія, тогда все сдѣлается предметомъ законодательнаго сословія, дѣла придутъ въ совершенное смѣшеніе и единство исполненія исчезнетъ. Если, напротивъ, понятіе закона такъ стѣснить, чтобъ оно относилось только къ однимъ самымъ общимъ положеніемъ, тогда власть исполнительная не будетъ имѣть своихъ предѣловъ и подъ видомъ исполненія самый законъ разорится. Нужно найти въ семъ истинную средину, опредѣлить характеръ, коимъ законъ отличается отъ мѣръ исполненія и разныхъ учрежденій. Всѣ постановленія, коими государство управляется, составляютъ неразрывную связь послѣдствій, изъ одного начала истекающихъ. Начало сіе есть весьма простое: не дѣлай другому того, чего не желаешь себѣ. Безчисленныя послѣдствія, изъ сего начала возникающія, всѣ имѣютъ одно общее свойство, въ томъ состоящее, что всѣ они ограничиваютъ отдѣльную и естественную свободу человѣка и приводятъ его въ совмѣстность съ свободою другихъ и, слѣдовательно, всѣ они могутъ быть признаваемы закономъ. Законъ положительный не что другое есть, какъ ограниченіе есте-

ственной свободы человѣка. Но не всѣ сіи послѣдствія равно существены для политической и гражданской свободы. Въ отношеніи къ свободѣ они могутъ быть раздѣлены на два главные класса. *Въ первомъ* должно положить тѣ постановленія, коими вводится какая либо перемѣна въ отношеніяхъ силъ государственныхъ или въ отношеніяхъ частныхъ людей между собою. *Во второмъ*, тѣ, кои, не вводя никакой существенной перемѣны, учреждаютъ токмо образъ исполненія первыхъ. Первымъ принадлежитъ, въ точномъ смыслѣ, толкованіе *закона*, вторымъ *уставовъ* и *учрежденій*. Первыя должны составлять предметъ законодательнаго сословія, вторыя же относятся къ дѣйствію власти исполнительной. По сему понятію о законѣ и учрежденіяхъ, сила и именованіе закона присвояется слѣдующимъ постановленіямъ: 1) уложенію государственному и законамъ органическимъ, къ нему принадлежащимъ; 2) уложенію гражданскому; 3) уложенію уголовному; 4) уложенію коммерческому; 5) уложенію сельскому; 6) всѣмъ общимъ дополненіямъ и изъясненіямъ предметовъ, въ уложенія сіи входящихъ. Сверхъ сего вносятся въ законодательное сословіе и подчиняются порядку закона слѣдующіе уставы и учрежденія: 7) уставъ судебный; 8) всѣ уставы, опредѣляющіе положеніе какой-либо части въ связи ея съ другими; 9) общія судебныя и правительственныя учрежденія, какъ-то учрежденія судебныхъ и правительственныхъ мѣстъ; 10) всѣ постановленія о налогахъ и общихъ народныхъ повинностяхъ, какъ временныхъ такъ и всегдашнихъ; 11) продажа и залогъ государственныхъ имуществъ и исключительныхъ на нихъ привилегій; 12) вознагражденіе частныхъ людей за имущества для общей пользы необходимыя. Исключая сихъ статей, всѣ прочіе уставы и учрежденія остаются на отвѣтственности правительства и въ его расположеніи. Сюда относятся: 1) постановленія о мирѣ и войнѣ; 2) всѣ великія мѣры, пріемлемыя правительствомъ къ спасенію отечества среди какихъ либо бѣдствій; 3) всѣ частныя инструкціи, учрежденія, распоряженія, удостовѣряющія и дополняющія прежніе уставы и учрежденія и разрѣшающія частныя въ нихъ сомнѣнія и затрудненія".

Сперанскій даетъ, такимъ образомъ, весьма обстоятельное выясненіе различія законовъ и указовъ, или, какъ онъ ихъ называетъ, уставовъ и учрежденій. Эта терминологія Сперанскаго имѣетъ весьма большое значеніе для правильнаго пониманія постановленій и нашего дѣйствующаго законодательства, такъ какъ Сперанскій держался этой терминологіи при составленіи образованія государственнаго совѣта 1810 г. и учрежд. министровъ 1811 г. и оттуда терминологія эта отчасти перешла и въ Основные Законы. Уставы и учрежденія въ учрежденіяхъ государственнаго совѣта и министерствъ и въ ст. 47 и 77 Осн. Зак. противопоставляются законамъ. Но въ другихъ законоположеніяхъ, уставами и учрежденіями обозначаются частныя формы законовъ, напр., въ ст. 53 Осн. Зак. И именно въ такомъ значеніи употребляются теперь эти слова: уставъ и учрежденіе, что въ особенности закрѣплено Судебными Уставами Александра II.

Въ установляемомъ Сперанскимъ различіи законовъ и указовъ (уставовъ и учрежденій) можно замѣтить также и различеніе закона въ матеріальномъ и формальномъ смыслѣ. Закономъ въ полномъ смыслѣ слова онъ признаетъ только *уложенія*, т.-е. нормы матеріальнаго права. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ полагаетъ, что и нѣкоторые, именно важнѣйшіе учрежденія и уставы, опредѣляющіе устройство и порядокъ дѣятельности государственныхъ установленій, должны также „подчиняться порядку закона“. Но по общему правилу всѣ уставы и учрежденія издаются властью правительства безъ участія законодательнаго сословія.

Законодательнымъ учрежденіемъ по плану Сперанскаго являлся не государственный совѣтъ, а государственная дума. Участіе государственнаго совѣта въ законодательствѣ должно быть ограничено содѣйствіемъ монарху въ осуществленіи его права законодательнаго почина и утвержденія законопроектовъ, уже принятыхъ государственной думой. Если при Образованіи государственнаго совѣта 1810 г. предоставляется ему окончательное обсужденіе законопроектовъ, то это допущено

было первоначально какъ переходная, временная мѣра до учрежденія государственной думы.

По первоначальному Образованію государственнаго совѣта всѣ законы, уставы, учрежденія, а также дополненія къ нимъ должны были излагаться не иначе, какъ въ формѣ подписанныхъ государемъ манифестовъ (§ 73, 74). Лишь „изъясненія, предписывающія только образъ исполненія или установляющія истинный разумъ“ манифестовъ допускалось тогда излагать въ формѣ мнѣній государственнаго совѣта, не требующихъ для ихъ утвержденія Высочайшей подписи (§ 75).

Такимъ образомъ къ прежнему различію по предметамъ привносится новое различіе самаго установленія нормъ и опредѣленія порядка ихъ исполненія и примѣненія. Для опредѣленія порядка исполненія установленной нормы, къ какому бы предмету она ни относилась, не требуется Высочайшей подписи. Но составитель Образованія государственнаго совѣта отнюдь не думалъ этимъ обусловить различіе законовъ и указовъ. Напротивъ, Высочайшая подпись требуется безразлично и для законовъ, и для уставовъ и учрежденій, означавшихъ по его терминологіи указы.

Въ Образованіи государственнаго совѣта собственно объ объявляемыхъ указахъ ничего не говорилось. Но изданное въ слѣдующемъ, 1811 году, учрежденіе министерствъ даетъ и по этому вопросу постановленія, представляющія существенныя нововведенія, сравнительно съ прежними. Прежде правительство, ограничивая силу объявляемыхъ указовъ, предписывало, какъ общее правило для всѣхъ государственныхъ учрежденій отъ сената до послѣдней канцеляріи, такихъ указовъ, отъ кого бы они ни были „не принимать и въ дѣйство не производить“. Не требовалось объ такихъ указахъ представлять на чье-либо усмотрѣніе и разрѣшеніе. Объявленный указъ, нарушающій предѣлы примѣнимости такихъ указовъ, признавался ipso facto лишеннымъ силы. Статья же 259 Общаго учрежденія министерствъ вмѣсто того установляетъ такой порядокъ. „Еслибъ предписаніемъ министра, содержащимъ въ себѣ объявленіе Высочайшаго повелѣнія, от-

мѣнялся законъ или учрежденіе за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ изданное, тогда начальство, ему подчиненное, обязано, не чиня исполненія, представить о семъ министру. Если же и за симъ представленіемъ предписаніе будетъ подтверждено въ той же силѣ, тогда начальство обязано случай сей представить правительствующему сенату на окончательное разрѣшеніе".

Слѣдовательно, подчиненныя начальства не могутъ уже болѣе, какъ это было прежде, сами признать объявленный указъ не имѣющимъ силы: они могутъ объ этомъ только представлять министру и затѣмъ сенату. И прежде наше законодательство знало подобное право представленія, но только въ отношеніи къ *письменнымъ* указамъ сената (Генеральный регламентъ, гл. II) или распоряженіямъ губернатора (Учрежденіе для управленія губерній, ст. 103), когда въ подлинности ихъ не могло быть сомнѣній. Объявленное же словесное повелѣніе, какъ недостовѣрное, просто предписывалось не исполнять безо всякаго представленія о томъ сенату или кому бы то ни было. Уже этимъ значительно видоизмѣнялись прежнія постановленія по этому вопросу. Различіе подписанныхъ и объявляемыхъ указовъ теряетъ въ значительной степени свое прежнее значеніе. Но Учрежд. мин. 1811 г. вноситъ еще и другое болѣе существенное измѣненіе. Прежде различались только болѣе или менѣе достовѣрныя формы выраженія Высочайшей воли, по существу своему всегда имѣвшей одно и то же значеніе, одну и ту же силу. Учрежд. мин. 1811 г. различаетъ *законы* съ одной стороны, *уставы* и *учрежденія*—съ другой и право представленія установляется не только на случай несогласія объявленной Высочайшей воли съ выраженной письменно, но и на случай несогласія объявленнаго Высочайшаго повелѣнія съ закономъ, все равно какъ бы онъ изданъ ни былъ: за Высочайшимъ подписаніемъ или безъ такого подписанія. Особенное же значеніе подписи Учрежд. мин. сохраняетъ только для тѣхъ актовъ верховной власти, которыя въ отличіе отъ закона оно называетъ *учрежденіями*. Въ ст. 259 (въ изданіи 1892 г. ст. 190) сказано именно: „Еслибъ

предписаніемъ министра, содержащимъ въ себѣ объявленіе Высочайшаго повелѣнія, отмѣнены *законъ* или *учрежденіе* за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ „*изданное*“. Тутъ „*изданное*“ поставлено въ единственномъ числѣ средняго рода, слѣдовательно, очевидно, относится только къ *учрежденію*, а не къ *закону*. Въ такомъ видѣ эта статья помѣщена въ Полномъ собраніи законовъ и во всѣхъ изданіяхъ Учрежденія министерствъ въ Сводѣ законовъ. Въ такомъ же видѣ была напечатана и представляющая дословное воспроизведеніе этой статьи статья 77 Осн. закон. въ изданіяхъ 1832 и 1842 г. И эта подробность имѣетъ очень большое значеніе, такъ какъ на языкѣ составителя Учрежд. мин. 1811 г. Сперанскаго *учрежденіе* было не частнымъ видомъ закона, какъ это понимается у насъ обыкновенно теперь, а напротивъ, противополагалось закону [1]). Подъ учрежденіями (и уставами) Сперанскій понималъ акты не законодательной, а исполнительной власти.

Что установленное Сперанскимъ различіе законовъ отъ уставовъ и учрежденій можетъ и должно быть примѣняемо къ истолкованію статей Основныхъ Законовъ, доказывается не только тѣмъ, что ст. 77 представляетъ дословное воспроизведеніе ст. 259 Учрежденія министерства 1811 г., но и тѣмъ также, что во время самаго составленія Свода Законовъ уставы и учрежденія еще не отождествлялись съ законами. На это мы имѣемъ прямое указаніе въ журналахъ Комитета 6 дек. 1826 г. При обсужденіи въ засѣданіи 4 января 1827 года Образованія государственнаго совѣта, Сперанскій обратилъ вниманіе комитета на необходимость точнѣе опредѣлить между прочимъ право министровъ изъяснять узаконенія. Комитетъ „замѣтилъ, что въ министерствахъ, гдѣ нѣтъ генералъ-прокурорскаго надзора, гораздо труднѣе удержать допускаемыя изъясненія въ надлежащихъ предѣлахъ, но что, однакоже, есть къ тому средства. Для сего Комитетъ, признавъ разность между *зако-*

[1]) Это противоположеніе закона и учрежденія сохранилось и въ другихъ статьяхъ учрежденія министерствъ, а именно въ ст. 160, 164, 167, 168, 170, 174, 191, 208.

нами, *учрежденіями* и *уставами* въ томъ, что *закономъ* опредѣляются права, обязанности и вообще отношенія подданныхъ государства къ правительству и другъ къ другу, *учрежденіемъ*—цѣль, образованіе и кругъ дѣйствій какого-либо мѣста, правительствомъ установляемаго или утверждаемаго, *уставомъ* же—формы и порядокъ сихъ дѣйствій, положилъ, что министры не должны имѣть права ни дополнять, ни объяснять *законовъ* [1]) но что въ *учрежденіяхъ* и *уставахъ* министръ можетъ дозволять себѣ объясненія, даже и дополненія, съ тѣмъ: 1) чтобы сіе объясненіе или дополненіе не было противно цѣли уставовъ или учрежденія; 2) чтобы случаи сего рода были предварительно разсматриваемы въ министерскомъ совѣтѣ; 3) чтобы министръ о всѣхъ такихъ объясненіяхъ и дополненіяхъ, принимая оныя на свою отвѣтственность, упоминалъ непремѣнно и обстоятельно въ своихъ годовыхъ отчетахъ [2]). Затѣмъ, въ засѣданіи 27 февраля того же года Комитетъ снова возвратился къ этому вопросу и на этотъ разъ рѣшилъ ограничить власть министровъ однимъ лишь правомъ *объяснять* учрежденія и уставы; дополненіе же и учрежденій предполагалось предоставить сенату [3]).

Такимъ образомъ *учрежденіе* на языкѣ Сперанскаго означало именно то, что я называю указомъ, и слѣдовательно ст. 207 учрежд. минист. 1811 г. сохраняла значеніе за различіемъ письменнаго и словеснаго выраженія Высочайшей воли только для указовъ, къ законамъ же, какъ высшей формѣ выраженія Высочайшей воли, обставленной другими болѣе существенными условіями, оно уже не примѣняется. Это измѣ-

---

[1]) Объясненіе законовъ предполагалось предоставить сенату: „нижнія судебныя мѣста долженствуютъ слѣдовать въ тѣснѣйшемъ смыслѣ, *буквально*, всему сказанному въ узаконеніяхъ, но, согласно съ примѣромъ французскаго и прусскаго права, ни въ какомъ случаѣ не отговариваться недостаткомъ закона; а примѣнять общія предписанія онаго къ обстоятельствамъ дѣла; Сенатъ, обязанный также не останавливать своихъ рѣшеній по дѣламъ, сверхъ того какъ верховное Судилище, можетъ *объяснять* узаконенія, только не дозволяя себѣ ничего противнаго разуму и предназначенію того постановленія, которое онъ объясняетъ, и не *дополняя* онаго“ (стр. 25.)

[2]) Сборникъ Русскаго Историческаго Общества, т. 74, стр. 26.

[3]) Ibidem, стр. 64, 65.

неніе являлось естественнымъ результатомъ задуманнаго Сперанскимъ обособленія законодательной функціи отъ исполнительной, обособленія отчасти осуществившагося съ образованіемъ государственнаго совѣта, хотя и не совсѣмъ такъ, какъ это имѣлъ въ виду Сперанскій. До учрежденія государственнаго совѣта всѣ Высочайшія повелѣнія имѣютъ одинаковое значеніе, всѣ они — суть указы и только по различію ихъ большей или меньшей достовѣрности, проводять различіе между подписанными, именными и словесными, объявляемыми, не допуская примѣненія въ болѣе важныхъ дѣлахъ указовъ, объявляемыхъ, какъ менѣе достовѣрныхъ. Съ учрежденіемъ государственнаго совѣта, участіе котораго составляетъ необходимое условіе законодательныхъ актовъ, отъ указовъ отдѣляются какъ высшая, имѣющая большій авторитетъ, форма выраженія Высочайшей воли, законы, а прежнее различіе по степени достовѣрности изложенія, сохраняетъ свое значеніе только для указовъ.

Если бы составители Свода Законовъ, ясно представляли себѣ послѣдовательное развитіе существовавшихъ у насъ постановленій объ ограниченіи силы объявляемыхъ указовъ, они должны бы были строго различить и отдѣлить вопросъ о соотношеніи между закономъ и указомъ, отъ вопроса о соотношеніи указовъ именныхъ и объявляемыхъ между собой. Но этого, къ сожалѣнію, сдѣлано не было и постановленія старыя и новыя, постановленія о соотношеніи указовъ между собой и о соотношеніи указовъ и законовъ, сопоставлены въ Основныхъ Законахъ чисто внѣшнимъ образомъ, безо всякой руководящей, объединяющей идеи. Съ теченіемъ времени самое различіе, соединявшееся прежде съ терминами „законъ“ и „учрежденіе“, было всѣми забыто и въ третьемъ изданіи Свода какой то слишкомъ усердный корректоръ замѣнилъ въ ст. 77 единственное „изданное“, множествомъ „изданные“, отнеся, такимъ образомъ, условіе Высочайшей подписи безразлично и къ законамъ, и къ учрежденіямъ. Это произвольное или случайное искаженіе текста ст. 77 никѣмъ до сихъ поръ не было замѣчено. Оно сохранилось во всей своей неприкосновенности и въ послѣднемъ изданіи Основныхъ Зако-

новъ. А Градовскому именно эта опечатка послужила однимъ изъ главнѣйшихъ основаній его теоріи отождествленія закона съ подписаннымъ указомъ.

Но можетъ быть иные возразятъ мнѣ, что сказанное о составителяхъ Свода нельзя признать справедливымъ; что Сперанскій—составитель Свода не могъ не знать того, что замышлялъ и дѣлалъ, Сперанскій—вдохновитель Александра I въ первое время его царствованія. Конечно, такъ. Но дѣло именно въ томъ, что Сперанскій относился къ этимъ вопросамъ слишкомъ субъективно. Въ томъ порядкѣ вещей, который ему приходилось „сводить“ въ Основныхъ Законахъ онъ видѣлъ только „полу-устройство“ и относился къ нему крайне скептически. Онъ слишкомъ помнилъ еще свои замыслы и поэтому фактъ ихъ неосуществленія заслонялъ собою въ его глазахъ все другое. Такъ какъ то различіе закона и указа, какое думалъ онъ установить посредствомъ учрежденія государственной думы, не осуществилось, то онъ полагалъ, что никакого различія между закономъ и указомъ и быть не можетъ. А между тѣмъ, государственный совѣтъ, задуманный Сперанскимъ только какъ правительственный совѣтъ и лишь временно, до окончательнаго осуществленія составленнаго имъ плана полнаго государственнаго переустройства, надѣленный законодательными функціями, превратился силою вещей въ спеціальное законосовѣщательное учрежденіе, а правительственныя функціи перешли отъ совѣта къ развившемуся въ самостоятельное учрежденіе, комитету министровъ. Но Сперанскій всего этого не могъ и не хотѣлъ замѣчать. Въ томъ порядкѣ вещей какой существовалъ у насъ въ николаевское время, онъ, повторяю, видѣлъ только „полу-устройство“, только недоконченный обрывокъ своего плана. Какъ передѣлала и дополнила этотъ обрывокъ текущая жизнь, онъ не замѣчалъ и не понималъ. Съ его точки зрѣнія въ Сводѣ Законовъ, опредѣлявшемъ такое „полу-устройство“ и не могло быть никакого единства, никакой внутренней системы.

Мы, отдѣленные не только отъ времени первоначальныхъ замысловъ Сперанскаго, но и отъ времени составленія Свода

цѣлымъ рядомъ десятилѣтій, внесшихъ столько новаго въ нашу государственную жизнь, такъ глубоко измѣнившихъ весь нашъ общественный бытъ, можемъ болѣе объективно отнестись къ вопросу и разсматривая постановленіе нашего законодательства въ надлежащемъ историческомъ освѣщеніи найдемъ въ нихъ весьма опредѣленную руководящую идею, хотя и не получившую еще своего полнаго развитія и осуществленія.

3.

Обращаясь къ разсмотрѣнію постановленій дѣйствующаго законодательства, прежде всего слѣдуетъ отмѣтить, что въ немъ нигдѣ нѣтъ указаній на то, чтобы всякое выраженіе Высочайшей воли имѣло безразлично силу закона. Напротивъ, въ цѣломъ рядѣ постановленій законы противополагаются Высочайшимъ повелѣніямъ въ порядкѣ управленія. Такъ въ Основныхъ Законахъ „о законахъ“ и „о власти верховнаго управленія“ говорится не вмѣстѣ, а особо, въ двухъ различныхъ отдѣлахъ, восьмомъ и девятомъ. Статьи 73 и 77 Осн. Зак. прямо различаютъ „законъ“ и указъ или учрежденіе за Высочайшимъ подписаніемъ изданные. Въ примѣчаніи къ ст. 53, перечисляющей формы изложенія законовъ, сказано, что Высочайшія повелѣнія *въ порядкѣ управленія* изъявляются рескриптами и тѣмъ самымъ Высочайшія повелѣнія въ порядкѣ управленія противопоставлены законамъ. Еще прямѣе это противоположеніе законовъ и Высочайшихъ повелѣній въ порядкѣ управленія выражено въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи государственнаго совѣта 5 ноября 1885 г. о составленіи новаго изданія Свода Законовъ [1]).

Затѣмъ въ цѣломъ рядѣ другихъ постановленій *законодательный* порядокъ отличается отъ всякаго другого порядка, въ которомъ могутъ состоятся Высочайшія повелѣнія. Ст. 50 Осн. Зак. постановляетъ, что „всѣ предначертанія законовъ разсматриваются въ государственномъ совѣтѣ“. Поэтому, если

[1]) П. С. З. № 3261.

принять, что всякое Высочайшее повелѣніе есть законъ, то придется придти къ несообразному выводу, что верховная власть вообще не можетъ у насъ иначе дѣйствовать, какъ при участіи государственнаго совѣта. И такое выдѣленіе законодательнаго порядка мы находимъ не только въ постановленіяхъ, сохранившихся отъ начала царствованія Александра I, но и въ болѣе новыхъ законодательныхъ актахъ. Напримѣръ, Уставъ о воинской повинности постановляетъ въ ст. 9, что число подлежащихъ призыву новобранцевъ опредѣляется каждый годъ законодательнымъ порядкомъ.

Это противоположеніе и въ примѣненіи къ Высочайшимъ повелѣніямъ законодательнаго порядка порядку управленія признается не только буквой закона; оно приводится и нашей государственной практикой. Государственный совѣтъ постоянно различаетъ разрѣшеніе вопросовъ государственной жизни Высочайшею властью въ порядкѣ законодательномъ и въ порядкѣ управленія. Такъ отнесеніе отмѣны постановленій городскихъ думъ, когда съ этимъ связано возвышеніе городского обложенія къ компетенціи не комитета министровъ, а государственнаго совѣта, соединенные департаменты мотивировали тѣмъ, что наше законодательство допускаетъ установленіе новыхъ сборовъ не иначе, какъ путемъ самообложенія или же въ порядкѣ законодательномъ [1]). Такъ въ 1880 г. при обсужденіи проекта положенія о признаніи тавадовъ и азнауровъ въ княжескомъ и дворянскомъ достоинствахъ, государственный совѣтъ нашелъ, что приложенный къ представленію списокъ лицамъ, признаннымъ въ тавадскомъ и азнаурскомъ достоинствахъ не подлежитъ утвержденію въ законодательномъ порядкѣ и потому испросилъ Высочайшее соизволеніе на внесеніе этого списка въ существовавшій еще тогда кавказскій комитетъ [2]). Такимъ образомъ, хотя и въ комитетѣ министровъ, и въ кавказскомъ комитетѣ дѣла рѣшаются и рѣшались съ Высочайшаго утвержденія, государственный совѣтъ не признаетъ однако, этотъ порядокъ рѣшенія дѣлъ законодательнымъ.

[1]) Отчетъ по дѣлопроизводству государ. совѣта, за 1892—93 г., стр. 337.
[2]) Отчетъ госуд. совѣта, за 1880 г., стр. 189.

Ко всему этому слѣдуетъ добавить, что и сама верховная власть не признаетъ всѣхъ своихъ велѣній законами. Въ 1858 году, октября 30, по докладу главноуправлявшаго бывшимъ II отдѣленіемъ графа (тогда барона) Корфа состоялось, по предварительномъ разсмотрѣніи вопроса въ совѣтѣ министровъ, Высочайшее повелѣніе „войти въ подробное разсмотрѣніе вопроса — что именно въ нашемъ законодательствѣ должно составлять законъ (loi) и что административное распоряженіе (ordonnance administrative)“, причемъ признано было необходимымъ „сдѣлать различіе и между самими административными распоряженіями, изъ коихъ одни утверждаются Высочайшею властью, а другія могутъ проистекать изъ власти министровъ и главноуправляющихъ или мѣстныхъ властей“ [1]). Слѣдовательно, тутъ прямо признано, что и Высочайшія повелѣнія могутъ имѣть силу не закона, а только административнаго распоряженія, указа.

Итакъ, не всякое Высочайшее повелѣніе есть законъ. И русское законодательство различаетъ такимъ образомъ законы и Высочайшіе указы. Но въ чемъ же именно заключается это различіе? Что составляетъ отличительный признакъ закона?

Если принять во вниманіе постепенное историческое развитіе существующихъ у насъ по этому вопросу постановленій, то не можетъ быть сомнѣнія, что отличительнымъ признакомъ закона служитъ у насъ предварительное обсужденіе предполагаемой мѣры въ государственномъ совѣтѣ. Только такое изъявленіе Высочайшей воли, которое состоялось по предварительномъ обсужденіи дѣла въ совѣтѣ есть законъ. Только проведеніе дѣла черезъ совѣтъ есть закодательный порядокъ.

Но, какъ я уже говорилъ, въ нашихъ Основныхъ Законахъ не различены достаточно опредѣленно постановленія, опредѣляющія различіе законовъ и Высочайшихъ указовъ, и

---

[1]) Эту выписку изъ журнала совѣта министровъ можно найти въ журналѣ административнаго отдѣла комиссіи о губернскихъ и уѣздныхъ учрежденіяхъ, № 18, 11 октября 1872 г. Смотри также Матеріалы коммиссіи о преобразованіи губернскихъ и уѣздныхъ учрежденій. Часть I, Отдѣленіе 7—10. 1870, стр. 82.

постановленія, опредѣляющія соотношеніе именныхъ и объявляемыхъ указовъ; а оказавшаяся вслѣдствіе этого нѣкоторая неясность постановленій Основныхъ Законовъ послужила основаніемъ къ установленію въ нашей литературѣ и практикѣ иного пониманія отличительныхъ признаковъ закона.

Въ Основныхъ Законахъ имѣются двѣ статьи, относящіяся къ этому вопросу: 50 и 54. Одна изъ нихъ требуетъ для закона участія государственнаго совѣта, другая—Высочайшей подписи; одна даетъ совершенно общее опредѣленіе „*всѣ* предначертанія законовъ разсматриваются въ государственномъ совѣтѣ“; другая говоритъ только, что „*новый* законъ постановляется не иначе какъ за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ“. Первая изъ этихъ статей помѣщается въ ряду статей, опредѣляющихъ порядокъ составленія законовъ; вторая —помѣщена въ отдѣлѣ, гдѣ опредѣляется форма законовъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ статьи эти поставлены совершенно отдѣльно одна отъ другой и одна на другую не ссылаются. Другими словами, въ самомъ законѣ не указано, по крайней мѣрѣ прямо, каково взаимное соотношеніе этихъ двухъ статей. Вопросъ поэтому долженъ быть разрѣшенъ толкованіемъ.

Возможны вообще четыре различныхъ взгляда на взаимное соотношеніе постановленій статей 50 и 54 Осн. зак. Можно предположить, что отличительнымъ признакомъ закона служитъ у насъ лишь одно какое-нибудь изъ различныхъ условій, опредѣляемыхъ этими статьями, и смотря потому, какому именно изъ этихъ условій мы станемъ придавать рѣшающее значеніе, закономъ придется считать или только подписанныя Высочайшія повелѣнія или Высочайшія повелѣнія, состоявшіяся по предварительномъ обсужденіи дѣла въ государственномъ совѣтѣ. Таковы два первыхъ возможныхъ взгляда на отличительныя особенности закона по русскому праву. Но затѣмъ мыслимы еще два иныхъ рѣшенія вопроса. Можно считать необходимою принадлежностью закона альтернативно или участіе государственнаго совѣта, или Высочайшую подпись. Можно также предположить, что для наличности закона необходимо соединеніе обоихъ этихъ условій.

Только два изъ этихъ четырехъ возможныхъ воззрѣній были у насъ опредѣленнымъ образомъ высказаны: отождествленіе закона съ подписаннымъ указомъ и признаніе отличительнымъ условіемъ закона альтернативно или Высочайшей подписи, или участія государственнаго совѣта.

Собственно въ литературѣ была высказана по этому вопросу только одна положительная теорія—профессора Градовскаго. Онъ признавалъ отличительнымъ признакомъ закона Высочайшую подпись, основываясь на томъ, что ст. 55, 66 и 77 Осн. зак. какъ бы установляютъ нѣкоторыя ограниченія силы объявляемыхъ указовъ и что поэтому безусловная сила у насъ предоставляется только именнымъ указамъ. Съ такимъ взглядомъ нельзя, однако, согласиться.

Прежде всего, всѣ эти статьи 55, 66, 77 установляютъ ограниченія только *объявляемыхъ* указовъ, а не всякаго вообще выраженія Высочайшей воли, состоявшагося не въ формѣ именного указа, т.-е. безъ Высочайшей подписи, и даже не всѣхъ словесныхъ Высочайшихъ повелѣній. Выраженіе *объявленный* указъ имѣетъ у насъ весьма опредѣленный и ограниченный смыслъ. Въ составленномъ въ 1815 г. Систематическомъ сводѣ существующихъ законовъ, т. I. Вступленіе, § 30, прямо было указано, что объявленными указами называются только тѣ словесныя повелѣнія, которыя объявляются сенату отдѣльными на то уполномоченными лицами: министрами, секретарями, генералъ-адъютантами и т. п. Въ дѣйствующемъ Сводѣ такого прямого опредѣленія объявляемаго указа нѣтъ. Но не трудно убѣдиться, что и теперь объявленнымъ указомъ обозначаются только повелѣнія, передаваемыя сенату или подчиненнымъ мѣстамъ отдѣльными уполномоченными на то лицами. Въ примѣчаніи къ ст. 55 уполномоченными на *объявленіе* Высочайшихъ повелѣній признаются только отдѣльныя лица, а не мѣста. Высочайше утвержденныя мнѣнія государственнаго совѣта или положенія комитета министровъ, военнаго совѣта, опекунскаго совѣта, хотя утверждаются иногда и словесно, никогда не называются объявляемыми указами и въ собраніи узаконеній печатаются не подъ рубрикой „объяв-

ленныхъ указовъ", а подъ одной рубрикой съ собственноручно утвержденными мнѣніями и положеніями. Такимъ образомъ, ст. 55, 66, 77 установляютъ ограниченія силы не всѣхъ вообще неподписанныхъ, а только однихъ объявленныхъ указовъ и слѣдовательно ограниченія эти не относятся ни къ повелѣніямъ, утвержденнымъ, хотя и собственноручно, но не въ формѣ подписанія, а словами „быть по сему" или „исполнить", ни къ словесно утвержденнымъ мнѣніямъ и положеніямъ. Другими словами, утвержденныя безъ подписи или словесно утвержденныя мнѣнія и положенія не подпадаютъ ограниченіямъ, выраженнымъ въ ст. 55, 66, 77 и слѣдовательно имѣютъ такую же силу, какъ и именные, подписанные указы.

Во-вторыхъ, ст. 54, 55, 66 изложены такъ, что сами предполагаютъ возможность изданія закона и безъ Высочайшей подписи. Ст. 66 не говоритъ, чтобы никакой законъ не могъ быть отмѣненъ иначе, какъ именнымъ указомъ, а относитъ это только къ законамъ, изданнымъ за Высочайшимъ подписаніемъ. Сообразно съ этимъ и въ ст. 73 опредѣляется особо порядокъ отмѣны законовъ и указовъ, изданныхъ за Высочайшимъ собственноручнымъ подписаніемъ, изъ чего слѣдуетъ съ очевидностью, что понятія закона и именного указа Основными законами не отождествляются. Да и ст. 54 точно такъ же требуетъ Высочайшайшей подписи не вообще для закона, а только для *новаго* закона.

Въ-третьихъ, ограниченія въ силѣ объявляемыхъ указовъ, установляемыя первою частью ст. 66 вовсе не могутъ имѣть значеніе установленія различія закона и указа. Основнымъ источникомъ этой статьи служитъ екатерининскій указъ 3 іюля 1762 г.; но тамъ говорилось о недопустимости отмѣны объявляемымъ указомъ не законовъ, а *указовъ* и *конфирманцій*, состоявшихся за Высочайшею подписью. Ограниченія установляемыя второю частью ст. 66, не допускаютъ примѣненія объявляемыхъ указовъ къ такимъ „дѣламъ", которыя никакъ законодательными признаны быть не могутъ. Конечно, подъ дѣлами о лишеніи жизни, чести, имущества никакъ нельзя разумѣть изданіе законовъ.

Въ-четвертыхъ, и ст. 77 въ ея *подлинномъ* изложеніи не можетъ служить доводомъ въ пользу высказаннаго Градовскимъ взгляда. Онъ руководствовался искаженнымъ текстомъ этой статьи изданія 1857 года и потому относилъ условіе подписи и къ закону, не могущему быть отмѣненнымъ объявленнымъ министромъ словеснымъ Высочайшимъ повелѣніемъ. Но мы уже знаемъ, что въ подлинномъ текстѣ этой статьи условіе подписи относится только къ „учрежденію", а не къ „закону", и что поэтому ст. 77 въ дѣйствительности налагаетъ на подчиненныя мѣста обязанность представлять сенату во всѣхъ случаяхъ, когда объявленное министромъ Высочайшее повелѣніе отмѣняетъ законъ, все равно будетъ ли это законъ, изданный за Высочайшею подписью или иначе.

Признаніе закономъ альтернативно, какъ постановленій, изданныхъ по предварительному обсужденію въ государственномъ совѣтѣ, такъ и именныхъ указовъ, сколько мнѣ извѣстно, было впервые выставлено графомъ Корфомъ въ особой запискѣ, представленной имъ въ совѣтъ министровъ въ маѣ 1862 г.

Поводомъ къ составленію этой записки послужила выраженная въ засѣданіи совѣта министровъ 30 октября 1858 г. Высочайшая воля, „чтобы главноуправляющій II отдѣленіемъ Собственной Его Величества канцеляріи занялся соображеніемъ о точномъ опредѣленіи: что именно въ нашемъ законодательствѣ должно составлять *законъ* (loi) и что—административное распоряженіе (ordonnance administrative)".

Въ составленной въ исполненіе этого запискѣ, графъ Корфъ исходитъ изъ того основного положенія, что, какъ во всѣхъ государствахъ, такъ и у насъ понятіе о различіи законовъ отъ постановленій едва-ли можетъ установиться и получить надлежащую прочность иначе, какъ на почвѣ практической, т.-е., когда самое изданіе законовъ будетъ совершаться и особеннымъ, важному значенію ихъ свойственнымъ порядкомъ, чрезъ законодательное учрежденіе, и съ обрядами, рѣзко отличающими ихъ отъ указовъ и распоряженій другого рода такъ, чтобы не представлялось никакихъ

затрудненій въ опредѣленіи того, какое правило есть законъ и какое нѣтъ. Мысль объ особомъ порядкѣ утвержденія и особыхъ формахъ для тѣхъ повелѣній верховной власти, которыя должны почитаться законами, не чужда и нашему законодательству и ясно и положительно выражена въ Основныхъ Законахъ, именно, въ ст. 50, 54 и 55; но дѣйствіе этихъ Основныхъ Законовъ значительно ослаблено частью утвердившимися у насъ въ дѣловой практикѣ обычаями, частью же и силою другихъ, несогласныхъ съ ними постановленій. Тогда какъ, по учрежденію государственнаго совѣта, къ вѣдомству этого законодательнаго учрежденія, кромѣ предметовъ, требующихъ новаго закона, устава или учрежденія, отнесены мѣры и распоряженія, лишь къ успѣшнѣйшему исполненію законовъ пріемлемыя, многія дѣла, въ собственномъ смыслѣ законодательныя, восходятъ къ Высочайшей власти чрезъ другія установленія и часто получаютъ разрѣшеніе въ формѣ, которая въ Основныхъ Законахъ предписана для дополненій и изъясненій закона, устанавливающихъ токмо образъ его исполненія. Мѣры законодательныя нерѣдко содержатся въ изустныхъ Высочайшихъ повелѣніяхъ, объявляемыхъ Сенату министрами и другими уполномоченными къ тому лицами. Наконецъ, въ разныхъ положеніяхъ, наказахъ, инструкціяхъ и т. п., которые, по содержанію, принадлежатъ вообще къ категоріи административныхъ постановленій и получаютъ утвержденіе чрезъ комитетъ министровъ или по непосредственнымъ всеподданнѣйшимъ докладамъ министровъ, встрѣчаются статьи, ограничивающія, измѣняющія, а иногда и вовсе отмѣняющія дѣйствіе закона. Для исполненія Высочайшей воли, изъясненной въ журналѣ совѣта министровъ 30 окт. 1858 г., первымъ необходимымъ условіемъ было бы прекратить это смѣшеніе и запутанность и возвратиться къ разуму Основныхъ Законовъ. На этомъ основаніи надлежало бы предписать къ безусловному исполненію, какъ непреложныя на будущее время, слѣдующія правила: 1) что впредь законами должны почитаться только тѣ законоположенія, которыя будутъ утверждены Высочайшею властію, по предварительномъ

разсмотрѣніи въ назначенномъ для того учрежденіи, т.-е. въ государственномъ совѣтѣ. Если Государь Императоръ, по дѣйствію Самодержавной Власти, усмотритъ надобность по какому либо важному предмету объявить народу волю свою непосредственно, безъ выслушанія мнѣнія сего учрежденія, то такое изъявленіе Высочайшей воли признается закономъ, когда оно изложено въ Манифестѣ или Указѣ, изданномъ за собственноручнымъ подписаніемъ имени Его Императорскаго Величества и съ приложеніемъ большой государственной печати. 2) Что, изданные симъ порядкомъ, законы могутъ быть отмѣняемы, измѣняемы и ограничиваемы въ своемъ дѣйствіи не иначе, какъ посредствомъ издаваемыхъ такимъ же порядкомъ законовъ. 3) Что всѣ прочіе, не подходящіе подъ эту категорію указы и повелѣнія, чрезъ какія бы установленія и какимъ бы порядкомъ они ни получили свое разрѣшеніе, относятся къ разряду постановленій, или распоряженій административныхъ, которыя должны имѣть предметомъ развивать и пояснять законы и опредѣлять мѣры къ точному и успѣшному ихъ выполненію. Что же касается до Высочайшихъ повелѣній, издаваемыхъ въ порядкѣ административномъ, то таковыя должны быть испрашиваемы министрами только по предметамъ управленія, а не для отмѣны или измѣненія существующихъ законовъ или же для изданія законовъ новыхъ. Посему необходимо установить слѣдующія правила: 1) во всѣхъ составляемыхъ положеніяхъ, уставахъ, наказахъ, инструкціяхъ и т. п. министры должны отдѣлять правила, которыя имѣютъ быть предметомъ закона, отъ тѣхъ, кои могутъ относиться къ кругу административныхъ распоряженій и, давая послѣднимъ ходъ чрезъ комитетъ министровъ или инымъ порядкомъ, какъ будетъ указано, о первыхъ должны входить съ представленіемъ въ государственный совѣтъ и 2) еслибы министръ, по какому либо случаю, непосредственно или чрезъ другое лицо, или чрезъ комитетъ министровъ, получилъ Высочайшее повелѣніе, отмѣняющее или измѣняющее дѣйствовавшіе дотолѣ законы, то онъ долженъ принимать оное къ исполненію, какъ выраженіе Высочайшей воли, что

бы было сдѣлано представленіе Его Императорскому Величеству въ законодательномъ порядкѣ объ отмѣнѣ или измѣненіи подлежащей статьи закона". Кромѣ того графъ Корфъ находилъ возможнымъ предоставить Сенату, чтобы онъ при полученіи для распубликованія постановленій правительства, въ административномъ порядкѣ изданныхъ, если усмотритъ несогласіе ихъ съ законами, не приступалъ къ обнародыванію, но давалъ надлежащія указанія министрамъ о представленіи ихъ на Высочайшее разрѣшеніе и утвержденіе въ законодательномъ порядкѣ" [1]).

Записка графа (тогда барона) Корфа въ цѣломъ, безъ сомнѣнія, представляется замѣчательнымъ документомъ. Въ ней съ полною опредѣленностью поставлены вопросы о практи-

---

[1]) На записку Корфа поступили довольно разнообразные отзывы. Министръ внутреннихъ дѣлъ Валуевъ, военный министръ Милютинъ и управлявшій морскимъ министерствомъ присоединились къ предложенію Корфа. Валуевъ предлагалъ даже составить два отдѣльныхъ Свода, Сводъ Законовъ и Сводъ постановленій. Въ большинствѣ отзывовъ замѣтно смѣшеніе выдвинутаго Корфомъ вопроса о различіи закона и указа въ формальномъ смыслѣ, съ выясненіемъ понятія закона въ матеріальномъ смыслѣ. Рѣшительнѣе всѣхъ противъ записки высказался министръ юстиціи графъ Панинъ, находившій, что „предположеніе барона Корфа едва ли согласно съ буквою и точнымъ разумомъ Основныхъ Законовъ". Между тѣмъ, къ тому времени, когда, по полученіи всѣхъ отзывовъ, вопросъ возбужденный запиской былъ внесенъ въ государственный совѣтъ, во главѣ II Отдѣленія Корфа смѣнилъ Панинъ. Въ его представленіи поэтому дѣлу 17 іюня 1865 года, въ государственный совѣтъ говорилось что „законами и нынѣ почитаются у насъ только тѣ узаконенія, кои утверждены Высочайшею властью. Все что въ собственномъ смыслѣ слова составляетъ предметъ закона, разсматривается предварительно въ государственномъ совѣтѣ и не прежде какъ по предварительномъ испрошеніи у Государя разрѣшенія на подобное представленіе, что отстраняетъ всякое легкомысленное побужденіе къ измѣненію законовъ. Этотъ порядокъ вполнѣ соотвѣтствуетъ какъ правамъ верховной власти, такъ и учрежденію государственнаго совѣта и къ измѣненію или подтвержденію онаго не представляется никакой побудительной причины". Самъ Панинъ предполагалъ ограничиться отдѣленіемъ въ Сводѣ законовъ отъ административныхъ постановленій по содержанію, въ матеріальномъ смыслѣ. Согласно съ этимъ и состоялось Высоч. утв. мнѣн. госуд. совѣта 12 дек. 1865 г., которымъ на II Отдѣленіе возлагалось составить и представить на утвержденіе совѣта предварительный планъ работъ по отдѣленію въ Сводѣ законовъ отъ административныхъ постановленій. Преемникъ Панина князь Урусовъ нашелъ невозможнымъ и составленіе такого плана, о чемъ и представилъ во всеподданнѣйшемъ докладѣ 2 нояб. 1867 г., удостоившемся Высочайшаго утвержденія.

ческой необходимости строгаго *формальнаго* разграниченія между закономъ и указомъ и указаны дѣйствительно практическія гарантіи подчиненія указовъ законамъ. Но съ проводимымъ въ этой запискѣ воззрѣніемъ но установляемое Основными Законами формальное понятіе закона все-таки нельзя согласиться.

Возможности признать отличительнымъ признакомъ закона въ формальномъ смыслѣ альтернативно или участіе государственнаго совѣта, или изложеніе Высочайшей воли въ видѣ именного указа противорѣчитъ прежде всего ст. 50 Осн. Зак., прямо и безусловно постановляющая, что не нѣкоторыя только, а именно „*всѣ* предначертанія законовъ разсматриваются въ государственномъ совѣтѣ". Затѣмъ, въ законодательствѣ нашемъ нѣтъ нигдѣ никакихъ указаній на такое альтернативное соотношеніе участія государственнаго совѣта и формы именнаго указа, на то, чтобы одно изъ этихъ условій замѣнялось другимъ. Напротивъ, въ законахъ нашихъ прямо предполагается въ опредѣленныхъ случаяхъ необходимость соединенія обоихъ этихъ условій. Ст. 119 учрежд. госуд. сов. постановляетъ, что „если по дѣламъ, требующимъ собственноручнаго Высочайшаго утвержденія, при происшедшемъ въ совѣтѣ разногласіи, Государь Императоръ изволитъ принять заключеніе меньшаго числа голосовъ, или, по предмету того же рода, единогласно или съ разногласіемъ въ совѣтѣ рѣшенному, постановитъ особую резолюцію, то исполненіе совершается именнымъ указомъ". Слѣдовательно, форма именнаго указа не предназначается вовсе для возмѣщенія требуемаго ст. 50 Осн. Зак. для законодательныхъ актовъ предварительнаго обсужденія въ государственномъ совѣтѣ, а при извѣстныхъ условіяхъ примѣняется и къ выраженію Высочайшей воли, состоявшейся по предварительному обсужденію дѣла въ совѣтѣ.

Да и въ томъ, что говорится въ самой запискѣ графа Корфа, можно замѣтить косвенное признаніе недостаточности одной лишь формы именнаго указа для приданія акту силы закона. Въ ней предполагается признавать законами не всѣ именные указы, а лишь такіе, которые будутъ изданы съ

приложеніемъ большой государственной печати. Но по существующимъ правиламъ объ употребленіи большой государственной печати [1]), она прилагается только къ манифестамъ, а не къ именнымъ указамъ, да и на практикѣ именные указы издаются безъ приложенія такой печати. Поэтому, если и признать, согласно съ мнѣніемъ графа Корфа, что именные указы, изданные съ приложеніемъ большой печати, суть законы, къ дѣйствительно издаваемымъ именнымъ указамъ безъ большой печати это никакого отношенія имѣть не можетъ.

Затѣмъ, графъ Корфъ говоритъ, будто законы въ формѣ именныхъ указовъ издаются „если Государь Императоръ усмотритъ надобность объявить народу свою волю непосредственно". Между тѣмъ въ дѣйствительности именные указы никогда не содержатъ непосредственнаго обращенія къ народу [2]), а обращены всегда къ опредѣленному мѣсту или лицу.

Наконецъ, нельзя не замѣтить, что и графъ Корфъ обыкновеннымъ нормальнымъ порядкомъ изданія законовъ считаетъ изданіе по предварительному обсужденію въ государственномъ совѣтѣ, а изданіе ихъ безъ участія совѣта представляетъ себѣ возможнымъ лишь въ особыхъ, исключительныхъ случаяхъ, когда „Государь Императоръ, по дѣйствію Самодержавной власти, усмотритъ надобность объявить волю свою, безъ выслушанія мнѣнія сего учрежденія", Очевидно и по мысли графа Корфа именные указы, состоявшіеся безъ участія совѣта, не столько законы, сколько чрезвычайные указы, совершенно подходящіе къ тому, что прусская и австрійская конституціи называютъ государевыми указами съ силою закона. Для суда они имѣютъ ту же обязательную силу, какъ и законы, но все-таки это указъ, лишь временно, вслѣдствіе особыхъ исключительныхъ условій, получающій силу закона.

И такъ, въ то время, когда была составлена записка, воззрѣнія Корфа на различіе закона и указа не представлялись

---

[1]) Прилож. I къ Осн. Зак., § 14.

[2]) Исключеніе изъ этого составляли прежде Высочайшіе указы, издававшіеся по Царству Польскому. Въ нихъ верховная власть дѣйствительно обращалась непосредственно къ своимъ вѣрноподданнымъ.

вполнѣ согласными съ постановленіями о томъ нашего законодательства. Но не измѣнилось ли это съ тѣхъ поръ? Не установлено ли позднѣйшимъ законодательствомъ именно такое различіе закона и указа, на какое указывалъ графъ Корфъ?

Къ сомнѣніямъ такого рода можетъ подать поводъ М. Г. С. 5 ноября 1885 г. [1]), о порядкѣ составленія новаго изданія Свода Законовъ. Въ немъ сказано, между прочимъ, что „въ Сводъ Законовъ кромѣ *законовъ* (Высочайшихъ повелѣній за собственноручнымъ Его Императорскаго Величества подписаніемъ и Высочайше утвержденныхъ мнѣній государственнаго совѣта) подлежатъ внесенію Высочайшія повелѣнія, состоявшіяся въ порядкѣ управленія". Такъ вотъ, не слѣдуетъ ли понимать заключенныя въ скобкахъ слова такъ, что ими дается опредѣленіе формальныхъ признаковъ закона въ отличіе отъ Высочайшихъ повелѣній, состоявшихся въ порядкѣ управленія [2]), и что поэтому нельзя необходимою принадлежностью закона считать предварительное обсужденіе проекта въ государственномъ совѣтѣ, такъ какъ къ законамъ тутъ отнесены не одни мнѣнія государственнаго совѣта?

Однако, въ дѣйствительности для такого пониманія нѣтъ основаній. Противъ него говоритъ, во-первыхъ, уже самая цѣль даннаго постановленія. Для опредѣленія содержанія Свода Законовъ не могла явиться надобность опредѣлять понятіе закона въ формальномъ смыслѣ, такъ какъ само собой разумѣется, что въ Сводъ Законовъ включаются не всѣ законы въ формальномъ смыслѣ, а только тѣ, которые вмѣстѣ съ тѣмъ суть и законы въ матеріальномъ смыслѣ, которыми установляются юридическія нормы. Включенію въ Сводъ, конечно, не подлежатъ именные указы объ экспропріаціи, объ опредѣленіи ежегоднаго числа новобранцевъ и т. п., а точно такъ же и мнѣнія государственнаго совѣта по государственной росписи,

[1]) П С. З. № 3, 261.

[2]) Намекъ на такое пониманіе можно найти у *Engelmann*, Das Staatsrecht des Kaiserthums Russland. 1889. S. 145. In dem neuesten Gesetz über die Redaktion des Reichsgesetzbuches vom 5 November 1885 werden als Gesetz bezeichnet: die eigenhändig unterzeichneten Allerhöchsten Befehle und die Allerhöchst bestätigten Reichsrathsgutachten.

по вносимымъ въ совѣтъ судебнымъ дѣламъ. Сводъ Законовъ есть сборникъ законовъ въ матеріальномъ, а не въ формальномъ смыслѣ. Дѣйствительный смыслъ разбираемаго постановленія, очевидно, тотъ, что въ Сводъ должны быть вносимы всѣ установляющія юридическія нормы Высочайшія повелѣнія, все равно состоятся ли они въ порядкѣ законодательномъ (законы) или въ порядкѣ управленія. Такъ какъ согласно ст. 50 Осн. Зак. „всѣ предначертанія законовъ разсматриваются въ государственномъ совѣтѣ“, а согласно ст. 115—123 учр. гос. сов., Высочайшая воля по дѣламъ, разсмотрѣннымъ въ совѣтѣ, излагается какъ въ видѣ манифестовъ и указовъ за собственноручнымъ подписаніемъ, такъ и въ формѣ Высочайше утвержденныхъ мнѣній совѣта, то слова, включенныя въ скобкахъ, очевидно, поясняютъ только, что законами должно считать всякое изъявленіе Высочайшей воли по дѣламъ, разсмотрѣннымъ въ совѣтѣ, будетъ ли оно выражено за Высочайшей подписью или въ формѣ Высочайше утвержденнаго мнѣнія совѣта.

Такъ именно понималъ постановленія закона 5 ноября 1885 г. и кодификаціонный отдѣлъ, не придавая имъ, такого значенія, будто бы ими всякое Высочайшее повелѣніе за собственноручнымъ подписаніемъ признавалось eo ipso закономъ. Иначе въ новомъ изданіи Основныхъ Законовъ не могло бы остаться безъ измѣненія примѣчаніе къ ст. 53 прямо относящее рескрипты, издаваемые всегда за Высочайшею подписью, не къ законамъ, а къ Высочайшимъ повелѣніямъ въ порядкѣ управленія.

Невозможность усматривать въ законѣ 5 ноября 1885 г. опредѣленіе понятій закона въ формальномъ смыслѣ подтверждается и содержаніемъ того представленія главноуправлявшаго кодификаціоннымъ отдѣломъ, которымъ вызвано изданіе этого закона. Въ представленіи главноуправлявшаго отдѣломъ прямо и положительно отвергалось всякое различіе въ силѣ Высочайшихъ повелѣній въ зависимости отъ различія ихъ формъ. „Всѣ Высочайшія повелѣнія, говорилось тамъ, въ какой бы формѣ ни состоялись, имѣютъ обязательную силу наравнѣ съ

законами (т. I, Осн. Зак., ст. 53), и подлежатъ исполненію со стороны всѣхъ и каждаго, какъ законъ" [1]). Между тѣмъ самое понятіе закона въ формальномъ смыслѣ необходимо предполагаетъ, что законодательной формой обусловливается особая сила тѣхъ актовъ власти, которымъ она придается.

Соображенія, приведенныя въ опроверженіе воззрѣній Градовскаго и графа Корфа, уже доказываютъ сами собой невозможность признать, чтобы закономъ у насъ были лишь тѣ акты Верховной власти, которые удовлетворяютъ одинаково и условію ст. 50, и условію ст. 54, т.-е. которые были предварительно обсуждены государственнымъ совѣтомъ и изданы за Высочайшею подписью. Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что Высочайшая подпись не составляетъ необходимой принадлежности закона. Но ко всему этому можно еще присоединить, что и сопоставленіе ст. 50, 54, 55 Осн. Зак. убѣждаетъ въ невозможности считать Высочайшую подпись необходимою принадлежностью каждаго закона. Между тѣмъ какъ участіе государственнаго совѣта требуется ст. 50 для *всѣхъ* предначертаній закона, ст. 54 требуетъ подписи только для новыхъ законовъ, а ст. 55 прямо допускаетъ изданіе дополненій къ существующимъ законамъ и безъ Высочайшей подписи. Слѣдовательно, законодательство требуетъ Высочайшей подписи лишь для болѣе крупныхъ законодательныхъ актовъ, представляющихъ собою вновь составляемыя, полныя органическія законоположенія. Отдѣльные же законодательные акты, представляющіе собою частныя дополненія и поправки, Высочайшей подписи не требуютъ. Съ такимъ толкованіемъ вполнѣ согласна и установившаяся практика, такъ какъ и дѣйствительно только болѣе крупныя органическія законо-

[1]) Ссылка на ст. 53 Осн. Зак. представляется здѣсь едва ли умѣстной. Статья эта ничего не говоритъ объ обязательной силѣ Высочайшихъ повелѣній, а только о внѣшнемъ видѣ законовъ; примѣчаніе же къ ней прямо выдѣляетъ Высочайшіе приказы подходящіе безъ сомнѣнія подъ общее понятіе Высочайшихъ повелѣній, противополагая ихъ законамъ и тѣмъ рѣшительно дѣлаетъ невозможнымъ утверждать на основаніи этой самой статьи 53, будто бы *всѣмъ* Высочайшимъ повелѣніямъ присваивалась одинаковая сила.

положенія препровождаются въ сенатъ для обнародованія при именныхъ указахъ.

Если, такимъ образомъ, слѣдуетъ признать, что всѣ три разсмотрѣнныя нами до сихъ поръ воззрѣнія на отличительные признаки закона должно признать несостоятельными, то остается возможнымъ только одно формальное опредѣленіе закона по русскому праву: законъ, согласно ст. 50 Осн. Зак., есть велѣніе верховной власти, состоявшееся при участіи государственнаго совѣта.

Къ такому опредѣленію закона приводитъ, однако, не одинъ только отрицательный путь, путь исключенія другихъ, оказавшихся неправильными, опредѣленій. Выставляемое мною опредѣленіе имѣетъ за собою и положительныя основанія. Во-первыхъ—историческое. Ограниченія силы объявляемыхъ указовъ сложились въ XVIII вѣкѣ, когда не было вовсе различія указа и закона. Ограниченія эти имѣли цѣлью не установленіе различіе высшей и низшей формы выраженія Высочайшей воли, а обезпеченіе достовѣрности ея передачи, и потому не разъ постановлялось вовсе недопускать ни въ какихъ дѣлахъ неподписанныхъ указовъ, что было бы невозможно, еслибы въ основѣ лежало стремленіе создать этимъ путемъ различіе закона и указа. Впервые практическое разграниченіе закона отъ простыхъ указовъ Верховной власти установляется у насъ только съ учрежденіемъ въ 1810 г. государственнаго совѣта. Очевидно, участіе совѣта и должно служить отличительнымъ признакомъ закона.

Во-вторыхъ, и анализъ дѣйствующихъ нынѣ постановленій Основныхъ Законовъ приводитъ къ тому же результату. Ст. 50, опредѣляя *порядокъ составленія законовъ*, указываетъ, какъ необходимую принадлежность *всѣхъ законовъ*, предварительное разсмотрѣніе ихъ въ государственномъ совѣтѣ. Ст. 53, 54, 55 опредѣляютъ затѣмъ внѣшнюю форму изданія законовъ. Ст. 53 даетъ общій перечень всѣхъ разнообразныхъ формъ, въ которыхъ издаются у насъ законы. А ст. 54 и 55 указываютъ затѣмъ различіе внѣшней формы *новыхъ* законовъ и *дополненій* къ нимъ, требуя Высочайшей подписи только для

новыхъ законовъ. Ст. 73, опредѣляющая порядокъ отмѣны законовъ въ началѣ, какъ общее основное правило, примѣнимое ко всѣмъ законамъ, постановляетъ, что отмѣна законовъ совершается тѣмъ же порядкомъ, какой установленъ для *составленія* законовъ, т.-е. опредѣленъ въ ст. 49—52, такъ какъ только онѣ, а не статья 54, помѣщены подъ рубрикой „о составленіи законовъ“. Затѣмъ въ концѣ ст. 73 относительно тѣхъ законовъ, которые изданы въ формѣ именнаго указа, установляется спеціальное правило, что они и отмѣнены могутъ быть только въ такой же формѣ.

Такому толкованію какъ бы противорѣчитъ ст. 115 Учрежд. госуд. совѣта: „всѣ предметы, содержащіе въ себѣ законъ, уставъ или учрежденіе, излагаются въ видѣ манифестовъ, указовъ и пр.“. А ст. 116 еще присоединяетъ къ тому: „положенія по прочимъ дѣламъ излагаются въ видѣ мнѣній“. Слѣдовательно, этими статьями какъ бы выдѣляются изъ общей совокупности дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію государственнаго совѣта, законы, и для нихъ требуется форма манифестовъ, указовъ и пр. Въ формѣ же мнѣній государственнаго совѣта, изложеніе законовъ какъ бы не допускается. Но этимъ статьямъ нельзя придавать рѣшающаго значенія. Во-первыхъ, онѣ прямо противорѣчатъ ст. 53, Осн. Зак., прямо предусматривающей возможность изданія законовъ въ формѣ мнѣній государственнаго совѣта. Чтобы согласить ихъ между собой, надо предположить, что ст. 115 учр. госуд. сов. понимаетъ подъ закономъ нѣчто совсѣмъ иное, чѣмъ Основные Законы. Но въ законодательствѣ нашемъ нигдѣ нельзя найти какого-либо указанія на то, что такое „законъ“ въ смыслѣ ст. 115 учр. госуд. совѣта. Уже поэтому статья эта должна быть признана лишенной всякаго опредѣленнаго содержанія. Она предписываетъ излагать законы въ особой формѣ, но, при отсутствіи какого-либо иного на это опредѣленія, закономъ, въ смыслѣ ст. 115 приходится признать всякое постановленіе, которое Государю Императору благоугодно будетъ облечь въ такую форму. Безсодержательность ст. 115 еще усиливается тѣмъ, что, какъ бы требуя для за-

кона особой, отличной, отъ мнѣній государственнаго совѣта, формы, она однако не даетъ точнаго опредѣленія этой формы. Законы, согласно ст. 115 издаются въ формѣ „манифестовъ, указовъ, *и проч.*“, слѣдовательно и во всякой другой формѣ.

Ст. 115 въ настоящей ея редакціи въ первоначальномъ Образованіи государственнаго совѣта не было. Тогда всякое новое постановленіе, самостоятельное или служащее дополненіемъ къ прежнимъ, бывшее на обсужденіи совѣта, издавалось не иначе какъ въ формѣ манифеста. Дѣйствующія теперь правила, по которымъ дополненія законовъ издаются въ видѣ мнѣній государственнаго совѣта, установлены Высочайше утвержденной запиской предсѣдателя совѣта отъ 12 іюня 1827 г. [1]). Такимъ образомъ, если и можно придать какое-нибудь содержаніе ст. 115 и 116 учр. госуд. сов., то только въ смыслѣ повторенія ст. 54 и 55 Осн. Зак., о томъ, что Высочайшая подпись требуется только для новаго закона, а не для дополненій прежнихъ законовъ.

Другимъ аргументомъ противъ выставляемаго мною опредѣленія закона по русскому праву, выставляютъ ссылки на два примѣчанія къ ст. 50 Осн. Зак. и вторую часть ст. 165 Учрежд. министерствъ. Основываясь на этихъ именно постановленіяхъ, Градовскій [2]), Алексѣевъ [3]), Сокольскій [4]), Эйхельманъ утверждаютъ, что законодательная компетенція государственнаго совѣта не исключительная, что съ нимъ въ этомъ отношеніи конкурируютъ военный совѣтъ, адмиралтейскій совѣтъ и докладъ отдѣльныхъ министровъ.

Что касается, прежде всего, примѣчаній къ ст. 50 Осн. Зак., то первое изъ нихъ постановляетъ, что „дополненія и поясненія законовъ и мѣры усовершенствованія законодательства, касающіяся только до военнаго вѣдомства и неимѣющія связи съ прочими частями управленія или относящіяся исключительно до части искусственной или технической, предста-

[1]) Въ П. С. З. она не помѣщена.
[2]) Начала, II, стр. 212.
[3]) *Алексѣевъ.* Русское госуд. право, стр. 295.
[4]) *Сокольскій.* Учебникъ, стр. 274.

вляются на Высочайшее благоусмотрѣніе непосредственно отъ военнаго совѣта". Второе примѣчаніе установляетъ тоже самое правило, но болѣе опредѣленно, для морского вѣдомства. Тутъ прямо воспроизведена ст. 10 Положенія объ управленіи морскимъ вѣдомствомъ 18 іюня 1867 года [1]), постановляющая, что „проекты новыхъ законовъ и штатовъ" вносятся „законодательнымъ порядкомъ" въ государственный совѣтъ, а „проекты *постановленій* по технической и строевой части" представляются на Высочайшее утвержденіе прямо изъ адмиралтействъ-совѣта.

Такимъ образомъ, только первое изъ этихъ примѣчаній, относящееся къ военному вѣдомству, допускаетъ обсужденіе проектовъ „дополненій и поясненій законовъ" не въ государственномъ совѣтѣ, а въ военномъ совѣтѣ. Примѣчаніе второе, относящееся къ морскому вѣдомству, напротивъ, прямо противополагаетъ „проекты новыхъ законовъ", требующихъ разсмотрѣнія ихъ въ законодательномъ порядкѣ, т.-е. въ государственномъ совѣтѣ, и „проекты *постановленій* по технической и строевой части". Слѣдовательно, это второе примѣчаніе къ ст. 50 не противорѣчитъ, а напротивъ, подкрѣпляетъ исключительную, законодательную компетенцію государственнаго совѣта.

Первое примѣчаніе на первый взглядъ какъ бы и въ самомъ дѣлѣ даетъ основаніе толковать его въ смыслѣ ограниченія законодательной компетенціи государственнаго совѣта. Однако прежде всего нельзя не замѣтить, что Градовскій, усматривая въ предоставленіи военному совѣту обсужденія „дополненій и изъясненій законовъ", ограниченіе *законодательной* компетенціи государственнаго совѣта, впадаетъ въ явное противорѣчіе съ самимъ собой. Выставленное имъ опредѣленіе закона, какъ подписаннаго указа основано, какъ мы видѣли, на сопоставленіи ст. 54 и 55 Осн. Зак. А между тѣмъ, статья 55 прямо допускаетъ „дополненія и изъясненія

[1]) Это Положеніе замѣнено другимъ въ 1885 г., но за его ст. 10 сохранена сила дѣйствующаго закона спеціальнымъ о томъ постановленіемъ п. VIII, М. Г. С. 5 іюня 1885 г. (Собр. Узак. ст. 852.)

законовъ" объявляемыми указами. Очевидно, „дополненія и изъясненія законовъ", о которыхъ говоритъ ст. 55, Градовскій не считалъ „законами". Какимъ же образомъ могутъ оказаться законами тѣ же „дополненія и изъясненія" въ примѣчаніи къ ст. 50 Осн. Законовъ?

Но и независимо отъ этого, ближайшее разсмотрѣніе перваго примѣчанія къ ст. 50 убѣждаетъ, что содержаніе его тождественно съ содержаніемъ второго примѣчанія, и только терминологія въ немъ менѣе точная. Примѣчаніемъ этимъ допускается представленіе на Высочайшее благоусмотрѣніе лишь такихъ „дополненій и изъясненій законовъ", которыя касаются только военнаго вѣдомства или относятся только до части технической. Но первый признакъ закона есть его общеобязательность. Постановленіе обязательное только для служащихъ, или въ частности для военно-служащихъ, не есть законъ, а служебная инструкція. Поэтому изъятіе изъ вѣдѣнія государственнаго совѣта *такихъ* дополненій и изъясненій законовъ, не составляетъ вовсе ограниченія его законодательной компетенціи. Точно также и постановленія, относящіяся только до части технической и, слѣдовательно, не содержащія въ себѣ юридическихъ нормъ, не могутъ быть признаны законами въ матеріальномъ смыслѣ. Если же они и издаются не законодательнымъ порядкомъ, то не могутъ быть признаны ни въ какомъ смыслѣ закономъ.

Пониманіе второй части ст. 165 Учрежд. министерствъ въ томъ смыслѣ, будто бы ею допускается изданіе законовъ помимо государственнаго совѣта по непосредственному личному докладу министровъ, основано также на очевидномъ недоразумѣніи. Вторая часть ст. 165 явилась впервые только въ изданіи 1857 года и основана на необнародованномъ Высочайшемъ повелѣніи 23 января 1851 года, постановляющемъ въ 3 пунктѣ, что „въ представленіяхъ нѣсколькихъ министровъ новыхъ положеній на Высочайшее усмотрѣніе соблюдается установленный закономъ порядокъ, исключая только тѣ, особенные случаи, когда по собственному благоусмотрѣнію Государя Императора повелѣно будетъ представить дѣло прямо

Его Величеству". Чтобы понять настоящій смыслъ этого постановленія, надо имѣть въ виду, что въ 1851 году министры имѣли еще право вносить въ государственный совѣтъ законопроекты, не испрашивая на то предварительно Высочайшаго разрѣшенія. Слѣдовательно, согласно существовавшему *тогда* законному порядку, законопроектъ представлялся Государю уже по обсужденіи его въ государственномъ совѣтѣ. И вотъ Высочайшее повелѣніе 23 января 1851 г. установляетъ для *особенныхъ* случаевъ изъятіе изъ этого порядка. Что именно татаковъ былъ смыслъ Выс. повел. 1851 г., что оно относилось только къ испрошенію предварительнаго соизволенія на внесеніе законопроекта въ государственный совѣтъ, видно изъ ст. 161 учр. мин., ссылающейся на второй пунктъ этого повелѣнія въ обоснованіе правила о непредставленіи Государю Императору законопроектовъ помимо совѣта. Позднѣе, 15 мая 1857 г., уже послѣ составленія третьяго изданія Свода Законовъ, это частное изъятіе превращено въ общее правило: всѣ вообще законопроекты предписано вносить министрамъ въ государственный совѣтъ не иначе, какъ предварительно испросивъ на то Высочайшее разрѣшеніе. Это новое правило составило теперь ст. 162 учреж. мин. Имъ очевидно, поглощается и замѣняется частное правило, изложенное въ ст. 165 и если оба эти постановленія кодификаціонный отдѣлъ сохранилъ, какъ совмѣстно дѣйствующія, то это, очевидно, редакціонный недосмотръ.

Такимъ образомъ вторую часть ст. 195 учр. мин., во-первыхъ, нельзя считать теперь дѣйствующей, она замѣнена съ 15 мая 1857 г. постановленіемъ нынѣшней ст. 162. Во-вторыхъ, и тогда, когда правило, содержащееся во второй части ст. 165 дѣйствовало, имъ опредѣлялся не объемъ законодательной компетенціи государственнаго совѣта, а порядокъ осуществленія права законодательнаго почина, т.-е. такого права, которое у насъ вовсе не принадлежитъ этому учрежденію.

Кромѣ этихъ доводовъ основанныхъ на толкованіи постановленій законодательства, выставленному мною опредѣленію закона

могутъ быть, пожалуй, противопоставлены еще соображенія иного рода. Скажутъ, можетъ быть, что признаніе закономъ только актовъ, изданныхъ при участіи государственнаго совѣта, противорѣчитъ установившейся практикѣ, такъ какъ юридическія нормы заурядъ установляются Высочайшею властью и безъ участія государственнаго совѣта, и что наше законодательство при этомъ не придаетъ вовсе юридическимъ нормамъ, установленнымъ по предварительному обсужденію государственнаго совѣта большей силы, чѣмъ нормамъ, установляемымъ другимъ порядкомъ. Но эти соображенія не могутъ имѣть въ данномъ случаѣ рѣшающаго значенія, особенно ссылка на установленіе юридическихъ нормъ и безъ участія государственнаго совѣта. Это фактъ безспорный, но онъ не можетъ служить опроверженіемъ того положенія, что отличительнымъ признакомъ закона въ *формальномъ* смыслѣ служитъ участіе государственнаго совѣта. Какъ мы уже знаемъ, нѣтъ государства, гдѣ бы юридическія нормы установлялись только законодательными актами, гдѣ бы не издавались и юридическіе указы, гдѣ бы всякій законъ въ матеріальномъ смыслѣ былъ непремѣнно закономъ и въ формальномъ смыслѣ. И въ конституціонныхъ государствахъ юридическія нормы установляются не только законами, но и указами. И у насъ юридическія нормы очень часто установляются безъ участія государственнаго совѣта, но въ такомъ случаѣ формально это не законъ, а указъ.

4.

Формальное различіе указовъ и законовъ только тогда можетъ имѣть практическое значеніе, если съ нимъ соединяется и соотвѣтствующее различіе въ силѣ. Но возможно ли въ абсолютной монархіи установить дѣйствительныя гарантіи согласованія указовъ главы государства съ законами? Именно этотъ вопросъ возбуждаетъ наибольшія сомнѣнія, едва ли, однако, основательныя.

Абсолютный монархъ, именно въ силу неограниченности его власти, не можетъ имѣть никакого интереса не соблюдать,

имъ самимъ установленныя и ни въ чемъ нестѣсняющія полноты его власти, законодательныя формы. Поэтому, какъ на это совершенно справедливо указывалъ въ своей Запискѣ графъ Корфъ, если въ формѣ указа, въ порядкѣ управленія, состоится Высочайшее повелѣніе, въ чемъ-либо измѣняющее существующіе законы министры „должны принимать оное къ исполненію, какъ выраженіе Высочайшей воли, чтобы было сдѣлано представленіе Его Императорскому Величеству въ законодательномъ порядкѣ объ отмѣнѣ или измѣненіи подлежащей статьи закона".

И въ нашей практикѣ можно дѣйствительно указать примѣры подобнаго образа дѣйствія министровъ. Въ концѣ 1891 г. по поводу ходатайства одного лица иностраннаго происхожденія о предоставленіи ему именоваться титуломъ, принадлежавшимъ его предкамъ въ ихъ отечествѣ, Государю Императору благоугодно было указать на нежелательность давать различные почетные титулы иностраннаго происхожденія русскимъ подданнымъ. Между тѣмъ, согласно ст. 3 приложенія къ ст. 56 т. XI, за русскими дворянами признавалось право на утвержденіе въ принадлежавшихъ имъ или ихъ предкамъ иностранныхъ почетныхъ титулахъ. Поэтому, въ исполненіе Высочайшей воли, министръ юстиціи вошелъ съ соотвѣтствующимъ представленіемъ въ государственный совѣтъ, въ результатѣ чего и состоялось Высочайше утвержденное мнѣніе совѣта 1 марта 1893 года, постановляющее, что впредь „отысканіе русскими подданными почетныхъ титуловъ, данныхъ отъ иностранныхъ государей, не допускается, за исключеніемъ единственно случаевъ, когда сіе разрѣшено будетъ по Монаршей милости" [1]).

Сложность и обширность законодательныхъ постановленій дѣлаетъ иногда очень труднымъ сразу замѣтить противорѣчіе съ ними вновь издаваемыхъ указовъ и потому можетъ случиться, что противорѣчіе это будетъ замѣчено только тогда,

---

[1]) Отчетъ по дѣлопроизводству государственнаго совѣта за время съ 1 янв. 1892 по 31 мая 1893 г. Томъ I, стр. 493—495.

когда указъ будетъ объявленъ сенату для обнародованія. Записка графа Корфа предусматриваетъ и этотъ случай. Въ ней предполагалось „предоставить сенату, чтобы онъ, при полученіи для распубликованія постановленій правительства, въ административномъ порядкѣ изданныхъ, если усмотритъ несогласіе ихъ съ законами, не приступалъ къ обнародованію, но давалъ подлежащія указанія министрамъ о представленіи ихъ на Высочайшее разрѣшеніе и утвержденіе въ законодательномъ порядкѣ“.

Сколько мнѣ извѣстно, сенатъ на практикѣ и держится дѣйствительно этого порядка. Считая испрошеніе министрами по дѣламъ законодательнаго свойства Высочайшихъ повелѣній въ порядкѣ управленія равносильнымъ включенію „въ донесенія, Императорскому Величеству поднесенныя, обстоятельствъ несогласныхъ съ настоящимъ положеніемъ дѣла“, онъ возвращаетъ такія дѣла согласно ст. 203 учрежд. сен. министрамъ для представленія ихъ Государю Императору надлежащимъ порядкомъ.

Такая практика находитъ себѣ основаніе между прочимъ и въ извѣстномъ указѣ 21 марта 1803 года [1]), изданномъ въ отвѣтъ на представленіе сената о противорѣчіи Высочайше утвержденнаго доклада военной коллегіи жалованной грамотѣ дворянству. Въ немъ прежде всего признается неправильной ссылка въ сенатскомъ представленіи на ст. 9 закона 8 сент. 1802 г. о правахъ сената, относящейся только къ прежде изданнымъ указамъ и затѣмъ указывается, какъ на возможное основаніе подобныхъ представленій о несогласіи вновь издаваемыхъ указовъ съ законами на 12 статью того же закона, воспроизведенную въ дѣйствующемъ изданіи Свода Законовъ въ ст. 203 учрежд. сената.

Однако всѣ эти средства еще недостаточны для обезпеченія полнаго согласія указовъ съ законами. При самомъ изданіи и обнародованіи указа не всегда возможно напередъ съ полною опредѣленностью и точностью предусмотрѣть всѣ

[1]) П. С. З. № 20, 676.

практическія послѣдствія исполненія указа, всѣ вопросы, по которымъ указъ въ своемъ дѣйствительномъ примѣненіи можетъ прійти въ столкновеніе съ законодательными постановленіями. Поэтому необходимо установить способы согласованія Высочайшихъ указовъ съ законами и въ тѣхъ случаяхъ, когда противорѣчія между ними обнаружатся лишь при самомъ примѣненіи на дѣлѣ уже изданнаго и обнародованнаго указа.

Какъ я уже указывалъ, самымъ дѣйствительнымъ къ тому средствомъ служитъ судебная повѣрка законности указовъ. Но такая повѣрка предполагаетъ предоставленіе судамъ права толкованія. Наше же законодательство до судебной реформы судебнаго толкованія законовъ не допускало. Ст. 65 Осн. Зак. предписываетъ всѣмъ безъ изъятія мѣстамъ „утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, не перемѣняя въ нихъ безъ доклада Императорскому Величеству, ни единой буквы и не допуская обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій“. Сообразно съ тѣмъ и въ учрежденіи сената, ст. 201, постановлено, что „сенатъ не приступаетъ къ рѣшенію такихъ дѣлъ, на которыя не окажется точнаго закона, но во всякомъ случаѣ, требующемъ изданія новыхъ, или дополненія, либо перемѣны существующихъ узаконеній составляетъ проектъ разрѣшенія, и все дѣло вносится министромъ юстиціи къ Императорскому Величеству, чрезъ государственный совѣтъ“.

При такихъ условіяхъ приведеніе къ должному согласію законовъ и указовъ не могло быть достигаемо судебнымъ толкованіемъ. Обезпеченія такого согласія думали тогда достигнуть другимъ путемъ: предоставленіемъ сенату права представлять Верховной власти о несогласіи существующихъ указовъ съ законами.

Мысль о предоставленіи такого права явилась еще въ царствованіе Екатерины II. Мы находимъ ее выраженной въ проектѣ графа Панина объ учрежденіи императорскаго совѣта и раздѣленіи сената на департаменты [1]) и затѣмъ въ

[1]) Сборникъ Р. И. О. т. VII, стр. 214. „Имѣть свободность намъ представлять и на наши собственныя повелѣнія, ежели они въ исполненіи своемъ

Наказѣ [1]). Когда съ восшествіемъ на престолъ Александра I возбужденъ былъ вопросъ о возстановленіи значенія сената, сенатъ представилъ въ государственный совѣтъ выработанный имъ проектъ, въ которомъ выговорено было и право представленія. При обсужденіи этого проекта въ совѣтѣ предоставленіе этого права сенату отстаивали графъ Воронцовъ и Трощинскій. „Дозволеніе таковое, — говорилъ Воронцовъ, — отвратитъ и остережетъ скороспѣшность, при частныхъ докладахъ допускаемую, и обезопаситъ государство отъ важныхъ личныхъ ошибокъ“ [2]). Трощинскій обратилъ вниманіе на особенную важность этого въ примѣненіи къ законамъ публичнаго права, такъ какъ судящіеся и такъ могутъ обращаться къ монаршему милосердію [3]). Право это и дѣйствительно было предоставлено сенату статьею 9 закона 8 сентября 1802 г. о правахъ и обязанностяхъ сената [4]). Но, повидимому, при составленіи закона не было обращено вниманія на соображенія, высказанныя Трощикскимъ. Статья 9 постановляла, что „еслибы по общимъ государственнымъ дѣламъ существовалъ указъ, сопряженный съ великими неудобствами въ исполненіи, или, по *частнымъ суднымъ, несогласный съ прочими узаконеніями*, то сенату дозволяется входить съ докладомъ о семъ къ Верховной власти“.

Какъ понимать слова „по частнымъ суднымъ“? Означаютъ ли они только гражданскія дѣла? Составители Свода законовъ, повидимому, такъ и понимали дѣло, такъ какъ, воспроизводя это постановленіе въ ст. 74 Осн. зак., изложили его слѣдующимъ образомъ: „еслибы по дѣламъ общимъ государственнымъ или *гражданскимъ*“. Но ст. 74 вообще воспроизводитъ это постановленіе не точно. Въ ней говорится только о не-

могутъ касаться или утѣснять наши государственные законы или народа нашего благосостояніе“.

[1]) Ст. 24. Сіи правительства, принимая законы отъ государя, разсматриваютъ оные прилежно, и имѣютъ право представлять, когда въ нихъ сыщутъ, что они противны Уложенію, что они темны, вредны, что нельзя по онымъ исполнить.

[2]) Архивъ госуд. совѣта, т. III, ст. 44.

[3]) Ibidem, ст. 48.

[4]) П. С. З. № 20,405.

удобствахъ, а о случаѣ несогласія съ прочими узаконеніями вовсе умалчивается. Современники же закона 1802 г. на ограниченіе допустимости представленій о несогласіи съ узаконеніями лишь указовъ по частнымъ суднымъ дѣламъ вовсе не обращали вниманія. По крайней мѣрѣ сенатъ считалъ себя въ правѣ воспользоваться правомъ представленія о несогласіи указа съ законами по такому дѣлу, которое ни въ какомъ отношеніи не можетъ быть признано „частнымъ судным“, и въ отвѣтномъ указѣ на это обстоятельство не было также обращено вниманія. Впрочемъ, первый и единственный опытъ сената воспользоваться предоставленнымъ ему правомъ оказался во всѣхъ отношеніяхъ совершенно неудачнымъ. Сенатъ и по существу дѣла былъ неправъ въ своихъ доводахъ, да и поводомъ былъ выбранъ узко сословный вопросъ, неимѣвшій вовсе общаго государственнаго значенія.

5 декабря 1802 г. состоялось Высочайшее утвержденіе доклада военной коллегіи о правилахъ увольненія отъ службы дворянъ и вольноопредѣляющихся [1]). Въ первой статьѣ этихъ правилъ постановлялось, „объ отставкѣ не дослужившихся до оберъ-офицерства изъ дворянъ унтеръ-офицеровъ и прочихъ нижнихъ чиновъ по прошеніямъ на свое пропитаніе не прежде представлять, какъ по нахожденіи ихъ въ дѣйствительной службѣ 12 лѣтъ“. Когда докладъ этотъ былъ объявленъ сенату, онъ принялъ его сначала безпрекословно, и опредѣлено было передать его для наблюденія за исполненіемъ въ четвертый департаментъ, о чемъ 17 декабря и былъ подписанъ журналъ. Но затѣмъ 26 января 1803 г. въ общемъ собраніи графомъ Севериномъ Потоцкимъ былъ возбужденъ вопросъ о противорѣчіи постановленій доклада „предшествовавшимъ рѣшительнымъ узаконеніямъ 1762 и 1785 г., хотя они во вступленіи его и поставлены за основаніе“. Въ поданномъ Потоцкимъ мнѣніи [2]) указывалось, что „первая статья вовѣки достопамятнаго указа 18 февраля 1762 г. опредѣляетъ

[1]) П. С. З. № 20,542.

[2]) Чтенія Имп. Общ. Исторіи и древностей россійскихъ, 1864, книга III, стр. 128—131.

ясно, что „всѣ находящіеся въ разныхъ службахъ дворяне, могутъ оныя продолжать, сколь долго пожелаютъ и ихъ состояніе имъ дозволитъ“.—И хотя въ 8 статьѣ того указа сказано: „находящихся же нынѣ въ военной службѣ дворянъ въ солдатскихъ и прочихъ нижнихъ чинахъ менѣе оберъ-офицера не отставлять, развѣ кто болѣе 12 лѣтъ военную службу продолжалъ“; но выраженіе „находящихся же нынѣ“ очевидно объясняетъ, что сія статья, поставленная не безъ причины послѣднею, имѣла въ виду только настоящее тогда время, и дворяне въ оной разумѣлись не иначе, какъ именно служившіе при самомъ изданіи указа. — Что таковый точно, а не иной смыслъ и цѣль сей 8 статьи, доказывается тѣмъ, что въ теченіе послѣдовавшихъ 40 лѣтъ, 18 статья славной на вѣчные роды россійскому дворянству дарованной грамоты гласитъ: „Подтверждаемъ благороднымъ, находящимся въ службѣ, дозволеніе службу продолжать и отъ службы просить увольненія по сдѣланнымъ на то правиламъ“. — Хотя положеніе военной коллегіи естественно и неоспоримо, что въ такихъ случаяхъ подаютъ прошенія по правиламъ, и по правиламъ не оставляютъ службу иначе, какъ въ положенное время года или по окончаніи смотровъ, что ожидаютъ рѣшенія и проч.; но не думаю, чтобы сталъ кто утверждать, будто подъ именемъ правилъ долженъ разумѣться и 12 лѣтній срокъ, вводимый докладомъ. На семъ основаніи военная коллегія весьма удобно можетъ 24 или 36 лѣтнее время служенія поставить въ число правилъ, и тѣмъ въ самые тѣсные предѣлы привести силу грамоты дворянской. Не простирая столь далеко робкихъ ожиданій должно согласиться, что и 12 лѣтнее принужденное служеніе произведетъ на опытѣ великія неудобства.—Вмѣсто ограниченнаго числа людей, которые удержаны будутъ на нѣсколько лѣтъ въ службѣ насильно (печальное прибѣжище полководцу), сколько тысячъ другихъ и поступить въ оную побоятся. — Не жестоко ли столь чувствительнымъ образомъ опечалить дворянство цѣлой имперіи поврежденіемъ силы драгоцѣннѣйшаго для него постановленія, которое Петръ III называетъ „непоколебимымъ утвержденіемъ Само-

державнаго Всероссійскаго престола", которое безсмертная Екатерина столько уважила, разспространила, постановленіе, напослѣдокъ, которое обожаемый Александръ торжественно наименовалъ и удостовѣрилъ „кореннымъ и непрелагаемымъ закономъ". — Оставаться ли намъ въ молчаніи, когда докладъ, низпровергая самое то, что полагаетъ основаніемъ своимъ, и предубѣдивъ, смѣю сказать, строгую внимательность государя, коснулся почти единственнаго коренного закона, коимъ Россія справедливо гордиться можетъ? Не обязаны ли мы говорить, когда общее мнѣніе, кажется, насъ уже предварило?—Въ слѣдствіе сего, мнѣніе мое, чтобы правительствующій сенатъ, на основаніи 9 статьи Высочайшаго именного указа, сентября 8 дня 1802 г., вошелъ къ Его Императорскому Величеству со всеподданнѣйшимъ докладомъ: не благоугодно ли будетъ повелѣть министрамъ разсмотрѣть вновь упомянутое столь важное узаконеніе?"

Доводы Потоцкаго, къ которымъ присоединилось большинство сенаторовъ, нельзя признать убѣдительными. Освобожденіе дворянъ отъ обязательной службы, конечно, не устраняло возможности установить правило, по которому добровольно поступающіе на военную службу нижними чинами принимаются не иначе, какъ на опредѣленный срокъ. И конечно ст. 8 указа 1762 г., предписывавшая удержаніе до истеченія 12 лѣтъ дворянъ, поступившихъ въ солдаты по обязанности, представляла скорѣе стѣсненіе дворянской вольности, чѣмъ правило, установленное докладомъ военной коллегіи и относившееся къ лицамъ, добровольно поступающимъ на службу и добровольно подчиняющимся ея условіямъ. Но, надо сказать, что и возраженія, какія были тогда противопоставлены доводамъ Потоцкаго, не отличались особенной силой.

Въ согласительномъ предложеніи Державина [1]), который былъ тогда министромъ юстиціи, больше цвѣтовъ краснорѣчія, чѣмъ юридическихъ соображеній. Державинъ, въ сущности, согласился съ Потоцкимъ, будто бы докладомъ военной

[1]) Ibidem, стр. 132—137.

коллегіи ограничивается дворянская вольность и старался только доказать будто „дворянство по манифесту 1762 г. и грамотѣ 1785 г., право свое на вольность распространять можетъ только на дворянъ, въ классахъ состоящихъ и не обучавшихся полезнымъ знаніямъ. Но тѣ дворяне, кои въ нижнихъ чинахъ состоятъ и ничему полезному не научены, не дослужась до оберъ-офицерскаго чина, прежде 12 лѣтъ уволенными изъ службы быть не должны; коль же скоро кто дослужится до офицерства, хотя бы черезъ годъ, тотъ можетъ пользоваться правомъ свободы; словомъ, порода есть только путь къ преимуществамъ, воспитаніе же и заслуги единственно запечатлѣваютъ благородство".

Къ тому же, Державинъ какъ бы вовсе отрицалъ предоставленное Сенату право представлять о несогласіи указовъ съ узаконеніями. „Поелику сказанный докладъ Высочайшею особою Государя Императора изслѣдованъ и по извѣстнымъ Его Величеству причинамъ удостоенъ конфирмаціи, Сенатомъ принятъ безпрекословно и отосланъ въ 4 сената департаментъ, для наблюденія за исполненіемъ, то и нѣтъ уже теперь ни малѣйшаго права, ниже повода, Правительствующему Сенату вопреки оному докладу располагаться". И все предложеніе заключается такими словами: „при гласѣ законовъ, при Самодержавномъ правленіи, до толикой степени славы и благоденствія возвысившими Россію, всякое противомысліе должно умолкнуть: ибо власть Сената ограничивается властью Императорскаго Величества".

Немудрено, что такіе доводы не убѣдили сенаторовъ. Государю было сдѣлано, чрезъ особо къ тому избранныхъ двухъ депутатовъ, отъ сената представленіе о пересмотрѣ вновь доклада военной коллегіи. При этомъ въ докладѣ сената обращалось вниманіе Государя на нѣкоторыя „оскорбительныя и заключающія въ себѣ укоризненность выраженія" въ предложеніи Державина, который, со своей стороны, представилъ Государю, „Примѣчанія на докладъ сенаторовъ" [1]), указывая

[1]) Чтенія И. О. Ист. и Др. Росс., 1858 г., книга III, стр. 128—132.

въ нихъ, между прочимъ, что сами сенаторы „согласились на дѣйствительное оскорбленіе министерства".

21 марта 1803 г. состоялся, въ отвѣтъ на представленіе сената, именной указъ, озаглавленный въ Полномъ собраніи законовъ: „о неприкосновенности правъ, предоставленныхъ дворянству". Въ немъ прежде всего говорится, что ст. 9 закона 8 сент. 1802 г., не касаясь вновь издаваемыхъ и подтверждаемыхъ Нами, относится единственно къ существовавшимъ уже законамъ, и слѣдственно не даетъ въ настоящемъ случаѣ правительствующему сенату права основывать на сей статьѣ своего Намъ представленія". Затѣмъ, по существу вопроса указывается, что военная коллегія въ своемъ докладѣ только подтвердила правила, примѣнявшіяся съ самаго изданія закона 1762 года, и еслибы они дѣйствительно противорѣчили правамъ дворянства, сенатъ долженъ бы былъ указать на нихъ въ своемъ докладѣ 5 мая 1801 года, гдѣ собрано было „все, что къ ослабленію правъ дворянства временно допущено было".

Указы 8 сентября 1802 г. и 21 марта 1803 г. послужили основаніемъ для составленія ст. 202 дѣйствующаго учрежденія сената, и ст. 74 Осн. Зак., предоставляющихъ сенату право представленія, но только относительно прежнихъ указовъ, а не „вновь издаваемыхъ или подтверждаемыхъ отъ Верховной власти".

Противорѣчіе указа законамъ можетъ быть замѣчено не однимъ сенатомъ, а точно также каждымъ учрежденіемъ, призваннымъ примѣнять законы и указы. По этому законодательство наше предоставляетъ всякому вообще начальству, подчиненному министру, представлять о такихъ противорѣчіяхъ сенату.

Дѣйствующія по этому вопросу правила, отличаются большею опредѣленностью, чѣмъ касающіяся принадлежащаго сенату права представленія. Правила эти установлены ст. 259 учрежд. мин. 1811, воспроизведенною въ дѣйствующемъ изданіи Свода Законовъ въ ст. 190 учр. мин. дословно, и въ ст. 77 Осн. Закон. съ очевидной, какъ я уже указывалъ на это [1]), опечаткой.

[1]) Стр. 323.

Ст. 190 учр. мин. не только предоставляетъ начальствамъ *право* представлять сенату о замѣченныхъ противорѣчіяхъ указа законамъ, но даже вмѣняютъ имъ это въ *обязанность*. Затѣмъ оно говоритъ не только о противорѣчіи указа закону, но и о противорѣчіи, словесныхъ Высочайшихъ повелѣній указамъ, изданнымъ за Высочайшею подписью [1]).

Постановленія, опредѣляющія права сената и подчиненныхъ мѣстъ о противорѣчіи указовъ законамъ, сохраняютъ и по настоящее время форму совершенно общихъ правилъ. Однако слѣдуетъ признать, что они непримѣнимы къ новымъ судебнымъ установленіямъ образованнымъ по Судебнымъ Уставамъ Александра II. За совершившимся съ судебной реформой отдѣленіемъ судебной власти отъ административной, новые суды не являются уже „начальствами, *подчиненными* министрамъ“. Что же касается сената, то въ виду примѣчанія къ ст. 12 учр. сен. ст. 202 примѣнима также только къ старымъ департаментамъ сената.

Да предоставленіе новымъ судебнымъ установленіямъ права представленія о несогласіи указа съ законами было бы и несогласимо съ возложенною на нихъ обязанностью самостоятельнаго толкованія всѣхъ дѣйствующихъ юридическихъ нормъ. Статьи 10 уст. гражд. суд. и 13 уст. угол. суд. воспрещаютъ „останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ противорѣчія законовъ“. Подъ „законами“ здѣсь, какъ и вообще въ уставахъ судопроизводства, конечно, разумѣются законы въ матеріальномъ смыслѣ, т.-е. всѣ вообще юридическія нормы независимо отъ формы ихъ установленія, слѣдовательно не только законодательные акты, но также и указы. Поэтому, если при разсмотрѣніи дѣла въ судебномъ установленіи обнаружится противорѣчіе между указомъ и закономъ, судъ не долженъ подъ этимъ предлогомъ останавливать рѣшенія дѣла, а согласно статьямъ 9 уст. гражд. суд. и 12 уст. угол. суд. долженъ въ такомъ случаѣ „основать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ“.

---

[1]) Еслибы предписаніемъ министра, содержащимъ въ себѣ объявленіе Высочайшаго повелѣнія отмѣнялся законъ или *учрежденіе*, за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ *изданное*.

Противорѣчіе между двумя нормами положительнаго права можетъ быть разрѣшено только признаніемъ бо̀льшей силы за одной изъ нихъ. По общему правилу вновь установляемыя нормы отмѣняютъ по тому же предмету дѣйствіе старыхъ нормъ, такъ какъ законъ только до тѣхъ поръ „сохраняетъ дѣйствіе, доколѣ не будетъ отмѣненъ силою новаго закона“ (Осн. Зак. ст. 72). Но такъ какъ, согласно ст. 73 Осн. Зак. „отмѣна закона существующаго совершается такимъ же порядкомъ, какой означенъ для составленія законовъ“, то Высочайшіе указы, какъ выраженіе Высочайшей воли не въ порядкѣ законодательномъ, а въ порядкѣ управленія, но могутъ считаться отмѣняющими законы, хотя бы и раньше ихъ изданные. Законъ долженъ быть признанъ сохраняющимъ обязательную силу и послѣ изданія противорѣчащаго ему указа и слѣдовательно устраняющимъ дѣйствіе указа и его обязательную силу во всемъ томъ, въ чемъ указъ можетъ оказаться несогласнымъ съ закономъ.

Такимъ образомъ статьи 10 уст. гражд. суд. и 13 уст. уг. суд., обязывающія судъ „не останавливать рѣшенія дѣла подъ предлогомъ противорѣчія законовъ“, тѣмъ самымъ обязываютъ его въ частности разрѣшать самому и возможныя противорѣчія указовъ законамъ, согласно установленнымъ Основными Законами началамъ о различіи значенія Высочайшей воли, выражаемой въ порядкѣ законодательномъ и въ порядкѣ управленія. Если на дѣлѣ это не всегда такъ бываетъ, то причину этого надо видѣть въ весьма распространенныхъ сомнѣніяхъ какъ относительно самаго существованія у насъ различія между закономъ и указомъ, такъ и относительно отличительныхъ признаковъ закона.

ГЛАВА VII.

Указы подчиненнаго управленія.

1.

Вопросы совершенно иного рода, нежели Высочайшіе указы, возбуждаютъ указы подчиненнаго управленія. Въ отношеніи къ нимъ не можетъ быть рѣчи объ отожествленіи ихъ съ законами. И въ абсолютной монархіи указы подчиненнаго управленія рѣзко обособлены отъ законовъ уже по различію издающихъ ихъ органовъ. Но за то съ другой стороны можетъ возникнуть сомнѣніе въ умѣстности предоставленія органамъ подчиненнаго управленія самаго права издавать указы. Не должно ли подчиненное управленіе быть только исполнителемъ воли верховнаго управленія? Но слѣдуетъ ли поэтому дѣятельность подчиненнаго управленія строго ограничить однимъ примѣненіемъ законовъ и Высочайшихъ указовъ къ частнымъ случаямъ, не допуская установленія никакихъ общихъ правилъ, а тѣмъ болѣе юридическихъ нормъ, органами подчиненнаго управленія?

Если обратиться къ Общему наказу министерствамъ или къ Общему губернскому учрежденію, мы найдемъ тамъ такое опредѣленіе власти министровъ и губернаторовъ, изъ котораго можно заключить, что функціи ихъ сводятся только къ простому исполненію. „Существо власти, ввѣряемой министрамъ, принадлежитъ единственно къ порядку исполнительному: никакой новый законъ, никакое новое учрежденіе или отмѣна прежняго не могутъ быть установляемы властію министра“ (ст. 154). „Власть министровъ состоитъ въ томъ, что они могутъ понуждать всѣ подчиненныя имъ мѣста и лица къ исполненію законовъ и учрежденій“ (ст. 156.) „Предѣлы власти и кругъ дѣйствія губернаторовъ опредѣляются самимъ свойствомъ ихъ обязанностей. Будучи только исполнителями и, такъ сказать, оберегателями законовъ, они не въ правѣ ни дѣлать новыхъ постановленій, ни отступать отъ существующихъ“ (ст. 274).

Въ дѣйствительности, однако, до изданія Свода Законовъ функція исполненія законовъ понималась у насъ очень широко, такъ что она обнимала собою и указную власть. Только послѣ введенія въ дѣйствіе Свода Законовъ установилось мало по малу иное пониманіе задачи исполненія законовъ и явилось убѣжденіе въ необходимости всѣ общія правила, каково бы ни было ихъ содержаніе, установлять не иначе, какъ съ утвержденія Верховной власти.

Что практика, предшествовавшая изданію Свода, руководствовалась иными взглядами на это дѣло, можно убѣдиться хотя бы изъ разсмотрѣнія источниковъ перваго изданія Свода. Мы найдемъ въ немъ не мало статей, исключительно основанныхъ на постановленіяхъ органовъ подчиненнаго управленія, въ особенности министровъ.

Даже въ учрежденіи Сената многія статьи основывались просто на ордерахъ министра юстиціи. Такова напр., ст. 364, постановлявшая, что при единогласномъ по дѣлу мнѣніи сенаторы даютъ резолюціи самыя краткія, предоставляя дѣлопроизводителямъ дополнять оныя существомъ дѣла согласно съ разумомъ и словами закона; ст. 409—что исправляющіе временно должность министровъ, если они не имѣютъ особо званія сенаторовъ, хотя и не присутствуютъ въ сенатѣ, но по связи дѣлъ даютъ заключенія и дѣлаютъ представленія на томъ же основаніи, какъ и министры [1]). И въ дѣйствующемъ изданіи учрежденія сената сохранилась еще одна статья, исключительно основанная на ордерѣ министра юстиціи, именно ст. 172, постановляющая, что „когда указъ по роду своему долженъ быть разосланъ для повсемѣстнаго исполненія, то, по напечатаніи онаго и прежде разсылки, печатный экземпляръ представляется на одобреніе министра юстиціи“ [2]).

---

[1]) Кромѣ того на ордерахъ основаны ст. 367, 407, 409, 435, 438, 502, 530, 534, 547, 549, 550, 553, 555, 556, 575, 576, 579, 585, 711—720. Ст. 657 основана на предложеніи директора герольдіи.

[2]) Въ хронологическомъ указателѣ дѣйствующаго изданія ордеръ *министра юстиціи* 10 сент. 1828 г., на которомъ основана эта статья, отнесенъ къ *1728 году*. Въ указателяхъ трехъ первыхъ изданій этой ошибки не было.

То же самое было и съ опредѣленіемъ подробностей организаціи нѣкоторыхъ министерствъ. Такъ 26 іюля 1823 года министру финансовъ было Высочайше предоставлено установить собственною властью распредѣленіе дѣлъ между отдѣленіями и столами департамента внѣшней торговли. Распредѣленіе дѣлъ въ департаментѣ разныхъ податей и сборовъ установлено министерскимъ распоряженіемъ 21 мая 1819 г.; распредѣленіе дѣлъ департамента мануфактуръ и торговли—министерскимъ распоряженіемъ 1 іюля 1831 г. Въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ только для медицинскаго департамента распредѣленіе дѣлъ было установлено Высочайше утвержденнымъ 10 іюля 1892 г. „временнымъ составомъ". Въ другихъ департаментахъ и въ канцеляріи министра распредѣленіе дѣлъ устанавлялось властью министра. Въ составѣ департамента полиціи исполнительной распоряженіемъ министра было учреждено особое статистическое отдѣленіе. То же самое имѣло мѣсто и относительно департамента министерства юстиціи и главнаго управленія почтъ. Что же касается главнаго управленія путей сообщенія, то Высочайше утверждены были лишь главныя начала его устройства [1]), а опредѣленіе всѣхъ подробностей было предоставлено власти главнаго директора.

И относительно мѣстныхъ учрежденій кое-что опредѣлялось властью самихъ министровъ. Такъ, напр., надзоръ за необращеніемъ въ продажѣ соблазнительныхъ каррикатуръ и за исправнымъ состояніемъ тюрьмъ былъ возложенъ на губернаторовъ циркулярными предписаніями министра внутреннихъ дѣлъ [2]).

Но дѣло не ограничивалось одними организаціонными указами. Министры, въ особенности министръ финансовъ, издавали и указы, весьма существенно затрогивавшіе права частныхъ лицъ. Такъ порядокъ составленія смѣтъ и раскладокъ земскихъ денежныхъ повинностей опредѣлялся распоряженіемъ министра финансовъ 29 февр. 1824 г.; такъ правила

[1]) П. С. З. № 28,291; 28 мая 1820 г.

[2]) Св. Зак. т. II, ст. 276, п. п. 7 и 8; смотри также ст. 276, прим., 448, 777, 784–790, 932, п. 34.

онежскаго лѣсного торга установлены утвержденнымъ министромъ финансовъ положеніемъ 15 ноября 1816 г.; порядокъ выдачи билетовъ на вырубку лѣсовъ опредѣлялся циркуляромъ департамента государственныхъ имуществъ 13 декабря 1820 г.; предписаніемъ министра 1827 г. было указано государственному заемному банку принимать въ залогъ только дома крытые желѣзомъ или черепицею [1]); распоряженіемъ по таможенному вѣдомству было установлено, чтобы отъ евреевъ декларации принимать только на языкахъ русскомъ, польскомъ, нѣмецкомъ, и если они отзовутся неумѣньемъ, поступать съ ними какъ съ безграмотными, но только вмѣсто креста дозволить имъ выставлять подпись на еврейскомъ языкѣ [2]); циркуляромъ министра внутреннихъ дѣлъ 29 ноября 1817 г. былъ установленъ, порядокъ занятія мѣстъ подъ лагеря [3]).

Иногда министерскими указами прямо налагались на жителей извѣстнаго рода обязанности. Циркуляромъ министра внутреннихъ дѣлъ 31 авг. 1821 г. предписано отводить отъ обывателей квартиры также отставнымъ, тяжело раненымъ, офицерамъ, принятымъ комитетомъ 18 авг. 1814 г. въ кандидаты къ опредѣленію на мѣста. Распоряженіемъ министра финансовъ 5 іюня 1830 г. опредѣлено, что къ обратному отвозу допускаются только товары, привезенные моремъ; распоряженіемъ 5 ноября 1828 г. опредѣлено, какіе именно товары, принадлежащіе корабельщикамъ, они могутъ продавать въ розницу [4]).

Такимъ образомъ, до изданія Свода административные органы пользовались на дѣлѣ указною властью въ довольно

---

[1]) Правила переселенія крестьянъ изъ заложенныхъ банку имѣній установлены были правленіемъ банка 10 авг. 1787 года.

[2]) Св. Зак. 1832, т. VI, стр. 502, прим.; смотри также ст. 351, 361, 384, 414, 422, 506, 525, 1355 и др.

[3]) Св. Зак. т. IV. Уст. земск. пов. ст. 752.

[4]) Относительно подробностей организаціи питейнаго откупа министерскихъ указовъ не было, но это потому, конечно, что они опредѣлялись откупными условіями. Подробности организаціи казеннаго питейнаго управленія, согласно закону 29 апр. 1814 г. (П. С. З. № 25, 578), опредѣлялись особымъ Наставленіемъ, издаваемымъ сенатомъ по общему съ министромъ финансовъ разсмотрѣнію.

широкомъ объемѣ: подробности организаціи и дѣятельности администраціи во многомъ опредѣлялись указами органовъ подчиненнаго управленія. При составленіи Свода ради придания ему большей полноты многіе изъ этихъ указовъ были въ него включены. „Безъ нихъ, говорилъ Сперанскій въ своемъ представленіи въ государственый совѣтъ 29 августа 1834 года, многія подробности въ учрежденіяхъ и уставахъ оставались бы совсѣмъ безъ правила и подверглись бы произволу среднихъ и низшихъ исполнителей". Но затѣмъ оставался открытымъ вопросъ, какъ поступать въ этомъ отношеніи на будущее время, при составленіи продолженій Свода; включать ли въ нихъ имѣющіе выходить вновь подобные указы? „Дабы постановить на сіе, читаемъ въ томъ же представленіи Сперанскаго, общее и твердое правило, нужно точнѣе опредѣлить свойство министерскихъ предписаній. Ихъ можно раздѣлить вообще на два главные рода: I. Предписанія пояснительныя. Сюда принадлежатъ всѣ предписанія, коими циркулярно разрѣшаются возникшія или предупреждаются могущія возникнуть сомнѣнія въ смыслѣ закона. II. Предписанія распорядительныя. Сюда принадлежатъ мѣры исполненія, когда онѣ въ самомъ законѣ не означены, или не вполнѣ и въ однихъ главныхъ чертахъ означены. По сему раздѣленію можно о каждомъ родѣ предписаній постановить слѣдующія правила: 1) Не вносить въ Сводъ предписаній пояснительныхъ безъ Высочайшаго утвержденія. 2) Вносить въ Сводъ предписанія распорядительныя, къ постоянному и всегдашнему исполненію законовъ принадлежащія, когда они, во-первыхъ, не противны закону и, вмѣстѣ съ тѣмъ, во-вторыхъ, когда мѣры исполненія закона не означены въ законѣ и слѣдовательно дополненіе или замѣна закона распоряженіемъ представляется необходимымъ. Сюда не относятся мѣры временныя, на какой-либо случай отдѣльно принимаемыя. Основанія сего правила очевидны; но для исполненія его нужно, чтобы всѣ таковыя распорядительныя предписанія, исходящія отъ министерствъ, сообщаемы были отъ нихъ во II Отдѣленіе благовременно, т.-е. или помѣсячно, или по мѣрѣ, какъ они состоятся".

Изъ этихъ соображеній, казалось бы, слѣдовало заключить, что Сперанскій представлялъ себѣ Сводъ Законовъ, какъ полный систематическій сборникъ законовъ въ матеріальномъ смыслѣ, т.-е. всѣхъ дѣйствующихъ юридическихъ нормъ, какимъ бы порядкомъ они установлены ни были. Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ виду предположенія вносить въ Сводъ безъ особаго Высочайшаго соизволенія *всѣ* вновь издаваемые министрами указы, слѣдовательно и такіе, которыми измѣнялись прежде ими изданные, казалось бы, тѣмъ самымъ признавалось, что включеніе министерскаго указа въ Сводъ не придаетъ еще ему силы закона. Этому противорѣчатъ, однако, тѣ соображенія, которыми онъ обосновывалъ невнесеніе въ Сводъ пояснительныхъ предписаній министровъ. „Если сей родъ поясненій, говоритъ онъ, допустить въ Сводѣ, тогда они примутъ свойство закона, и нельзя уже будетъ впослѣдствіи ихъ измѣнить безъ Высочайшаго указа, между тѣмъ, какъ мнѣніе министра можетъ быть перемѣнено не только его преемникомъ, но и имъ самимъ по лучшему усмотрѣнію обстоятельствъ“.

Но вѣдь эти соображенія, очевидно, совершенно одинаково примѣняются и къ распорядительнымъ предписаніямъ. Мѣняться „по лучшему усмотрѣнію обстоятельствъ“ могутъ не только мнѣнія министровъ объ истолкованіи закона, но точно также и мнѣнія ихъ о подлежащемъ способѣ исполненія закона и даже еще скорѣе и существеннѣе могутъ мѣняться, такъ какъ при дѣйствіи одного и того же закона обстоятельства, при которыхъ его приходится исполнять, могутъ значительно измѣниться. Надо думать, у Сперанскаго не выработалось вполнѣ яснаго представленія о томъ, какое значеніе получатъ министерскіе указы, внесенные въ Сводъ.

Государственный совѣтъ довольно существенно видоизмѣнилъ эти предположенія Сперанскаго. Относительно невключенія въ Сводъ безъ Высочайшаго утвержденія пояснительныхъ предписаній министровъ онъ счелъ нужнымъ установить исключеніе для „предписаній по таможенной части, кои исходятъ отъ министра финансовъ по особенной, данной ему на сіе власти“. Съ другой стороны, относительно распорядительныхъ

предписаній министровъ государственный совѣтъ находилъ возможнымъ допустить внесеніе ихъ въ Сводъ только „когда они, по представленію министровъ, будутъ утверждены указами правительствующаго сената“. Это мнѣніе совѣта и было Высочайше утверждено 15 декабря 1834 года [1]).

Изъ всего этого видно, что какъ Сперанскій, такъ и государственный совѣтъ не имѣли въ виду съ изданіемъ Свода отнять или хотя бы только съузить указную власть, осуществлявшуюся раньше администраціей. Напротивъ, прямо предполагалось, что и впредь будутъ издаваться указы органами подчиненнаго управленія, и рѣчь шла только объ опредѣленіи условій включенія этихъ указовъ въ Сводъ. Между тѣмъ, съ теченіемъ времени о томъ, что не всѣ статьи Свода основаны на постановленіяхъ, утвержденныхъ Верховною властью, какъ бы забыли, и это представлялось тѣмъ болѣе естественнымъ, что уже въ первомъ изданіи Свода многія статьи были основаны совмѣстно и на Высочайше утвержденныхъ постановленіяхъ, и на министерскихъ предписаніяхъ [2]). Затѣмъ и позднѣе нерѣдко издавались даже законодательнымъ порядкомъ правила въ развитіе статей Свода, основанныхъ только на министерскихъ указахъ.

Сліяніе всѣхъ статей Свода, независимо отъ различія ихъ первоначальныхъ источниковъ, въ одну общую массу постановленій, имѣющихъ совершенно одинаковую силу, совершилось въ общемъ сознаніи нашихъ государственныхъ дѣятелей и юристовъ практиковъ очень скоро такъ, что уже въ докладѣ графа Блудова 20 февр. 1841 г. объ организаціи работъ по изготовленію второго изданія Свода о различіи статей, основанныхъ на постановленіяхъ утвержденныхъ Высочайшею властью, и такихъ, которыя основывались просто на министерскихъ предписаніяхъ, уже вовсе и не упоминалось. Очевидно уже въ то время всему содержанію Свода придавалось значеніе закона не только въ матеріальномъ, но и въ

---

[1]) П. С. З. № 7,654.

[2]) Напр. въ учрежд. сената ст. 368, 372, 373, 377, 384, 391, 406, и др.

формальномъ смыслѣ. А такъ какъ второе и третье изданіе Свода заключали въ себѣ не только не меньше, но даже еще болѣе детальныхъ опредѣленій относительно устройства и порядка дѣятельности административныхъ учрежденій, то указная власть министровъ само собой оказалась до-нельзя стѣсненной.

Неудобства такого порядка вещей, при которомъ самыя незначущія подробности административной организаціи дѣлались предметомъ законодательныхъ опредѣленій, не могли не сказаться на практикѣ. Мы уже знаемъ, что и въ самомъ дѣлѣ, непосредственно вслѣдъ за третьимъ изданіемъ Свода 1857 года, въ совѣтѣ министровъ возбужденъ былъ вопросъ объ отдѣленіи законовъ отъ указовъ. Въ запискѣ, составленной по этому вопросу Корфомъ, предполагалось не включать болѣе въ Сводъ Законовъ не только указовъ органовъ подчиненнаго управленія, но и тѣхъ постановленій Верховной власти, которыя издаются не въ законодательномъ порядкѣ, а въ порядкѣ управленія. Вмѣстѣ съ тѣмъ Корфъ указывалъ на желательность расширенія указной власти министровъ и мѣстныхъ властей, и считалъ это даже болѣе важнымъ, чѣмъ отдѣленіе законовъ отъ указовъ вообще. Всѣ указы онъ раздѣлялъ при этомъ на три категоріи „I. Высочайшія повелѣнія въ административномъ порядкѣ, т.-е. или посредственно отъ Верховной власти, или чрезъ комитеты высшаго управленія, или же по докладамъ министровъ послѣдовавшія. Повелѣнія этого рода должны быть обязательны для всѣхъ. II. Постановленія, издаваемыя властями центральными или мѣстными безъ особаго каждый разъ утвержденія отъ Высочайшаго имени, но въ силу положительно даннаго имъ закономъ полномочія. Само собою разумѣется, что и эти постановленія надлежитъ признавать обязательными для всѣхъ. III. Распоряженія, циркуляры, инструкціи наставленія и т. д., издаваемые министрами и всякими другими начальствами по собственному ихъ усмотрѣнію, безъ Высочайшаго разрѣшенія и безъ особаго, даннаго закономъ предписанія, для подчиненныхъ лицъ и учрежденій. Такія распоряженія должны обязывать лишь сіи лица и учрежденія“.

Предположенія эти не получили тогда утвержденія и указная власть органовъ подчиненнаго управленія и до сихъ поръ такъ и осталась безъ общаго законодательнаго опредѣленія. Между тѣмъ судебная реформа, создавшая у насъ независимый судъ и строгое обособленіе судебной власти отъ законодательной и исполнительной, сдѣлала невозможнымъ далѣе совершенное игнорированіе законодательствомъ указной власти администраціи. Обойтись безъ установленія собственной властью и общихъ правилъ, обязательныхъ для всѣхъ, для администраціи было невозможно. А добиться признанія своихъ указовъ обязательными со стороны новыхъ судовъ, администрація могла не иначе, какъ доказавъ ихъ законность. Отсюда явилась настоятельная практическая потребность въ законодательномъ признаніи и опредѣленіи указной власти администраціи. Но до сихъ поръ мы имѣемъ только рядъ частныхъ постановленій по этому вопросу, не объединенныхъ и не представляющихъ систематическаго проведенія опредѣленныхъ, выработанныхъ принциповъ.

Болѣе общія, и притомъ законодательныя, постановленія имѣются у насъ только касательно участія земскихъ собраній и городскихъ думъ въ изданіи указовъ или т. н. обязательныхъ для мѣстныхъ жителей постановленій губернаторовъ. Права же въ этомъ отношеніи самихъ губернаторовъ опредѣляются въ видѣ временной мѣры положеніемъ комитета министровъ. Что же касается указовъ, издаваемыхъ министрами, то они основываются на отдѣльныхъ, частныхъ полномочіяхъ законодателя.

Такимъ образомъ правомъ издавать указы надѣлены теперь у насъ какъ органы мѣстнаго самоуправленія, такъ и правительственные органы, мѣстные и центральные. Относительно техническихъ указовъ не можетъ быть сомнѣнія, что право издавать ихъ должно быть предоставлено всѣмъ адмистративнымъ учрежденіямъ. Каждое административное начальство для возможности успѣшнаго выполненія возложенныхъ на него задачъ государственнаго управленія должно имѣть право указывать подчиненнымъ ему мѣстамъ и лицамъ техническія пра-

вила ихъ дѣятельности. Обязательность для служащихъ такихъ правилъ сама собой вытекаетъ изъ ихъ служебнаго положенія, изъ лежащей на нихъ спеціальной обязанности подчиненія начальству.

Совершенно иначе ставится вопросъ относительно указовъ юридическихъ, обязательныхъ не для однихъ служащихъ, но и для всѣхъ частныхъ лицъ. Частныя лица не находятся въ особомъ непосредственномъ подчиненіи административнымъ учрежденіямъ. Они подчинены собственно закону, а распоряженіямъ администраціи лишь настолько, насколько распоряженія эти сами основаны на законѣ. Поэтому изъ общаго характера административныхъ функцій не вытекаетъ само собой право административныхъ органовъ налагать какія-либо обязанности на гражданъ. Административная власть заключается въ осуществленіи задачъ государственнаго управленія въ предѣлахъ и условіяхъ, установляемыхъ законодательствомъ.

Если по соображеніямъ практическаго удобства и органамъ подчиненнаго управленія предоставляется право издавать общеобязательные юридическіе указы, нѣтъ основанія, чтобы этимъ правомъ надѣлены были непремѣнно всѣ административные органы. Напротивъ, право это естественно предоставляется лишь тѣмъ органамъ, которые являются и по своей организаціи, и по характеру своихъ функцій болѣе къ тому подходящими. Съ этой точки зрѣнія не безразлично, призванъ ли данный органъ вѣдать общее направленіе разнообразныхъ задачъ управленія, или же завѣдывать исключительно одной, спеціальной задачей, представляется ли онъ единоличнымъ органомъ или коллегіальнымъ, органомъ правительственнымъ или органомъ самоуправленія? Постараемся же выяснить, какіе именно органы подчиненнаго управленія, министры, губернаторы или органы мѣстнаго самоуправленія, представляются наиболѣе подходящими для изданія юридическихъ указовъ.

Лоренцъ Штейнъ считаетъ главнымъ и т. ск. естественнымъ органомъ изданія указовъ министровъ. Будучи поставлены во главѣ отдѣльныхъ отраслей управленія, министры сами однако не осуществляютъ непосредственно составляю-

щихъ содержаніе данной отрасли управленія задачъ, а только направляютъ къ тому дѣятельность подчиненныхъ имъ учрежденій. Акты, въ которыхъ выражается это общее направленіе дѣятельности подчиненныхъ учрежденій и суть указы. Этотъ взглядъ Штейна нашелъ себѣ и въ нашей литературѣ послѣдователя въ лицѣ Градовскаго [1]). Однако онъ можетъ быть принятъ лишь съ весьма существенными оговорками. Штейнъ, какъ мы уже знаемъ [2]), не различалъ съ достаточною опредѣленностью юридическіе и техническіе указы, и потому признавалъ министровъ главными органами указной власти совершенно общимъ образомъ. Между тѣмъ, это можетъ быть принято только относительно техническихъ указовъ. Изданіе однихъ только техническихъ указовъ можетъ быть признано естественной функціей министровъ.

Въ подтвержденіе этого можно указать, прежде всего, что даже во Франціи, въ странѣ наибольшей административной централизаціи, право изданія общеобязательныхъ указовъ министрамъ не предоставлено, между тѣмъ, какъ его имѣютъ тамъ въ весьма широкомъ объемѣ, префекты и даже мэры [3]). Точно также и въ Пруссіи законодательство не предоставляетъ министрамъ общаго полномочія на изданіе т. н. Polizeiverordnungen [4]).

Ближайшее разсмотрѣніе того положенія, въ какое поставлены министры убѣждаетъ, что они и въ самомъ дѣлѣ,

---

[1]) Начала русскаго государственнаго права, т. II, стр. 383.

[2]) Смотри стр. 19.

[3]) *Aucoc*, Conferences sur le droit administratif, T. I, 1878, p. 125. *Simonet*. Droit public et administratif. 1893, p. 81. Les réglements faits par les ministrs n'ont aucune autorité à l'egard des citoyens. *Batbie*. Droit public et administratif. 1885, t. III, p. 214. Quelle utilité d'ailleurs aurait presenté une délégation du pouvoir réglementaire aux ministres? Ne sont ils pas placés auprès du Chef de l'Etat et ne leur est il pas facile de prèsenter à sa signature un projet du réglement? Les prefets et les maires, au contraires sont eloignés; ils connaissent mieux que personne les besoins locaux et sont en état de mettre l'application de la loi en harmonie avec les circonstances de temps et de lieu. La délégation du pouvoir réglementaire, qui aurait été sans objet à l'egard des ministres, etait indispensables en ce qui concerne les prèfets et les maires.

[4]) *Stengel*, Das Staatsrecht des Königreichs Preussen. 1894. S. 189.

неподходящіе органы для изданія юридическихъ указовъ. Министры являются по преимуществу органами активнаго управленія, органами иниціативы, призванными давать импульсъ дѣятельности всѣмъ органамъ даннаго вѣдомства. Поэтому имъ дана единоличная организація, обезпечивающая имъ подвижность, быстроту, энергію, активность, но вовсе негарантирующая всесторонности и объективности обсужденія, необходимыхъ при выработкѣ юридическихъ нормъ. Къ тому же по самому своему положенію министры являются представителями одной опредѣленной отрасли управленія, слѣдовательно, одной только спеціальной задачи государственной дѣятельности, одного только интереса. Поэтому они компетентны въ сужденіи, какъ цѣлесообразнѣе осуществить этотъ отдѣльный интересъ, но будучи исключительно представителями одного только интереса, они не могутъ быть призваны къ выработкѣ и установленію юридическихъ нормъ, т.-е. нормъ разграниченія различныхъ, сталкивающихся между собой, интересовъ.

Гораздо болѣе подходящимъ органомъ для изданія юридическихъ указовъ, являются учрежденія, вѣдающія управленіе общихъ административныхъ дѣленій государства. Въ жизни отдѣльныхъ мѣстностей проявляются въ своеобразномъ сочетаніи, обусловленномъ мѣстными особенностями, всѣ разнообразные интересы, составляющіе предметъ государственной дѣятельности. Мѣстныя власти, постоянно имѣющія дѣло съ этими особенными мѣстными условіями, конечно, лучшіе цѣнители и судьи того, какъ должно быть видоизмѣнено разграниченіе общихъ интересовъ государственной жизни въ зависимости отъ вліянія мѣстныхъ условій каждой области. Верховное управленіе, распространяющее свое дѣйствіе одинаково на всю страну, стоящее поэтому самому далеко отъ мѣстныхъ нуждъ и условій, не можетъ выполнить этого съ такимъ же знаніемъ дѣла и успѣхомъ, какъ мѣстный органъ. Но въ точно такомъ же положеніи, въ этомъ отношеніи поставлены и министры. И ихъ дѣятельность распространяется на все пространство государственной территоріи, и они нахо-

дясь и дѣйствуя въ центрѣ, не могутъ располагать достаточнымъ знаніемъ и проявлять надлежащую заботливость и чуткость къ разнообразнымъ потребностямъ отдѣльныхъ мѣстностей.

По всему этому наиболѣе цѣлесообразной организаціей указной власти представляется такая, чтобы указы имѣющіе значеніе для всего государства издавались верховною властью, указы мѣстные — органами мѣстнаго управленія. Для выдѣленія особой категоріи юридическихъ указовъ, которые бы издавались министрами, нѣтъ основаній.

Такъ какъ въ мѣстности управленіе осуществляется двоякаго рода органами, правительственными и органами самоуправленія, то возникаетъ вопросъ, кому изъ нихъ умѣстнѣе предоставить изданіе юридическихъ указовъ?

Во Франціи указная власть предоставлена только префектамъ и мерамъ безъ всякаго участія въ ея осуществленіи муниципальныхъ и генеральныхъ совѣтовъ. По закону 5 апрѣля 1884 г., меры могутъ издавать указы, касающіеся муниципальной полиціи, т.-е. общественнаго порядка, безопасности и здоровья. Префекты издаютъ указы по тѣмъ же предметамъ для всего департамента и для нѣсколькихъ общинъ, а въ случаѣ бездѣйствія мера и для отдѣльной общины.

Указы меровъ поставлены подъ контроль префектовъ. Изданный меромъ указъ представляется немедленно су-префекту или префекту. Префектъ можетъ его отмѣнить или пріостановить его исполненіе. Если указомъ мера установляются правила для постояннаго исполненія (réglement permanent), онъ вступаетъ въ дѣйствіе не ранѣе какъ по истеченіи 30 дней, если при томъ префектъ за это время не распорядится его отмѣнить. Въ случаяхъ, требующихъ быстроты, префектъ можетъ уполномочить мера привести изданный имъ указъ въ дѣйствіе немедленно.

Указы префекта поставлены подъ подобный же контроль министровъ. Указы префекта не требуютъ утвержденія министровъ, но могутъ быть ими отмѣняемы и при томъ только

отмѣняемы, а не измѣняемы. Министры не могутъ также сами издавать мѣстныхъ указовъ вмѣсто префектовъ [1]).

Совершенно иная система установлена въ этомъ отношеніи прусскимъ законодательствомъ. Тамъ указы издаются не иначе какъ совмѣстно представителями правительственной власти и органами мѣстнаго самоуправленія. Мѣстные представители правительственной власти, (оберъ-президентъ для провинцій, регирунгсъ-президентъ для уѣздовъ (Bezirk), ландратъ для округовъ (Kreis) и амтсфорштееръ для волостей (Amtsbezirk), издаютъ постановленія съ согласія мѣстныхъ комитетовъ, выполняющихъ функціи исполненія и надзора и составленныхъ или всецѣло (Kreisausschuss и Amtsausschuss) или отчасти (Provinzialrath и Bezirksausschuss) изъ членовъ по выбору мѣстныхъ представительныхъ собраній. Только въ случаѣ крайней неотложности оберъ-президентъ и регирунгсъ-президентъ могутъ своею властью издать провизорный указъ, но съ тѣмъ, однако, что если въ теченіе 3 мѣсяцевъ не будетъ на то выражено согласіе Provinzialtrath'a или Bezirksausschuss'a, постановленіе это само собой теряетъ силу. Амтсфорштееръ издаетъ обязательныя постановленія альтернативно или съ согласія Amtsausschuss'a или, если тотъ протестуетъ, съ согласія Kreisausschuss'a [2]).

Постановленія нашего законодательства представляютъ собою нѣчто среднее между французской и прусской системой. Участіе органовъ самоуправленія, и при томъ не исполнительныхъ, а распорядительныхъ органовъ, земскихъ собраній и думъ, требуется у насъ только при изданіи указовъ по нѣкоторымъ, перечисленнымъ въ законѣ предметамъ. Односторонней же власти губернаторовъ предоставлено изданіе указовъ вообще „въ видахъ правильнаго и успѣшнаго исполненія сообразно съ мѣстными условіями, узаконеній объ общественномъ благочиніи, порядкѣ и безопасности“ (Общ. учр. губ., ст. 421).

[1]) *Batbie*, Droit public, 1885. T. III, p. 288, et. SS.; t. IV, pp. 11 et. SS. *Simonet*, Droit public, 1893, pp. 254, 414.

[2]) *Stengel*, Das Staatsrecht der Königreichs Preussen. 1894, SS. 189—191.

Такъ какъ правительственные органы призваны служить представителями по преимуществу общихъ государственныхъ интересовъ, органы же самоуправленія — особенныхъ, мѣстныхъ, и такъ какъ мѣстные указы должны установлять разграниченіе мѣстныхъ интересовъ согласно съ общими требованіями государственнаго управленія, то лучшей системой организаціи мѣстной указной власти слѣдуетъ признать предоставленіе ея совмѣстно и правительственнымъ органамъ, и органамъ самоуправленія. Притомъ, принятый у насъ порядокъ привлеченія къ участію въ изданіи указовъ мѣстныхъ представительныхъ собраній, а не исполнительныхъ органовъ болѣе обезпечиваетъ права и интересы мѣстнаго населенія.

2.

Уже при выработкѣ проекта земскаго положенія въ 1863 г. графъ Корфъ указывалъ на необходимость предоставить земству изданіе „правилъ и постановленій (réglements), обязательныхъ для всего мѣстнаго населенія“. Онъ мотивировалъ свое предложеніе тѣмъ, что „широкій кругъ дѣятельности земскихъ учрежденій, самостоятельность, которою они должны пользоваться и въ особенности предполагаемое высвобожденіе ихъ, по нѣкоторымъ частямъ, изъ-подъ административной регламентаціи Свода Законовъ, влечетъ само собой необходимость признать за ними самими, въ извѣстныхъ предѣлахъ, право регламентаціи. Сіе право есть неотъемлемая прерогатива всякаго установленія, долженствующаго имѣть самостоятельное мѣсто въ администраціи, орудіе, безъ котораго такому установленію невозможно было бы выполнить свое назначеніе. Онъ предполагалъ установить и особую санкцію за нарушеніе такихъ постановленій, не очень, впрочемъ, высокую, не свыше денежнаго взысканія въ 15 р., „дабы мѣстная земская власть не касалась интересовъ слишкомъ важныхъ“. Предположеніе это было тогда устранено замѣчаніемъ графа Валуева, что „такая мѣра была бы неудобна въ настоящее время, когда, съ одной стороны, еще не приведены въ дѣйствіе и

самыя положенія, на коихъ будутъ существовать земскія учрежденія, съ другой—начала и предѣлы регламентарной власти разныхъ учрежденій ни въ наукѣ, ни въ практикѣ не имѣютъ твердыхъ точекъ опоры“ [1]).

Вопросъ о предоставленіи органамъ мѣстнаго самоуправленія права издавать обязательныя для мѣстныхъ жителей постановленія возбужденъ былъ снова только въ 1869 г. при обсужденіи проекта городового положенія 1870 г. и опять со стороны нашего кодификаціоннаго учрежденія, во главѣ котораго тогда стоялъ уже князь Урусовъ. Указывая на крайнюю неопредѣленность постановленій нашихъ уставовъ благочинія и благоустройства, онъ пришелъ къ тому заключенію, что невозможно въ общемъ законѣ постановлять такія правила, которыхъ польза вполнѣ зависитъ отъ обстоятельствъ мѣстныхъ и временныхъ. Очевидно, что только *на мѣстахъ* можетъ быть опредѣляемо, согласно обстоятельствамъ мѣста и времени, какимъ образомъ должны быть въ каждомъ городѣ устроены и содержимы улицы и тротуары, какой долженъ быть распорядокъ на рынкахъ и ярмаркахъ, какія должны приниматься мѣры для предупрежденія пожаровъ, скотскихъ падежей, охраненія народнаго здравія, безвредности съѣстныхъ припасовъ и чистоты воздуха. Только положительное предоставленіе права самому общественному управленію или, смотря по важности предмета, мѣстной или даже высшей административной власти, по иниціативѣ общественнаго управленія, на изданіе, по исчисленнымъ предметамъ, въ извѣстномъ порядкѣ, постановленій въ дополненіе, измѣненіе и взамѣнъ тѣхъ по симъ предметамъ правилъ Свода, которыхъ польза зависитъ отъ мѣстныхъ и временныхъ обстоятельствъ и которыя не могутъ составлять предметъ закона. Съ предоставленіемъ административной власти права издавать постановленія взамѣнъ извѣстныхъ правилъ, изложенныхъ въ Сводѣ, такія правила не могутъ не считаться отмѣненными, *какъ законы*. Но въ тѣхъ видахъ, что нѣкоторыя изъ этихъ правилъ могутъ

[1]) Матеріалы по земск. общ. устр., 1885 г., II, стр. 22, 446—448.

въ иныхъ городахъ оказаться достигающими своей цѣли, что мѣстныя власти не вдругъ могутъ предначертать по каждому предмету городского благоустройства соотвѣтствующія обстоятельствамъ правила, а что до изданія такихъ новыхъ правилъ уничтоженіе всякой обязательной силы правилъ, дѣйствовавшихъ доселѣ, можетъ произвести безпорядокъ, казалось бы полезнымъ опредѣлить, что эти правила дѣйствуютъ въ каждомъ городѣ на одинаковомъ основаніи съ постановленіями, издаваемыми въ установленномъ порядкѣ административною властью, впредь до положительной отмѣны таковыхъ постановленій [1]).

При первоначальномъ разсмотрѣніи составленнаго министерствомъ внутреннихъ дѣлъ проекта городового положенія въ особой коммиссіи, образованной, по иниціативѣ государственнаго совѣта, подъ предсѣдательствомъ главноуправляющаго II отдѣленіемъ, рѣшено было, впредь до пересмотра подлежащихъ статей Свода Закона, ограничиться „поясненіемъ въ ст. 2 проекта, что вѣдомству общественнаго управленія предоставляются дѣла по охраненію благоустройства и благосостоянія, на основаніи дѣйствующихъ по разнымъ частямъ уставовъ и законоположеній“ [2]). Но когда затѣмъ та же коммиссія приступила къ вторичному разсмотрѣнію проекта съ участіемъ представителей отъ городскихъ общественныхъ управленій, въ первомъ же засѣданіи трое городскихъ головъ, московскій князь, Черкасскій, петербургскій — Погребовъ и череповецкій, Милютинъ, указали на необходимость „попытаться хотя отчасти осуществить мысль II Отдѣленія о предоставленіи общественному управленію въ городахъ издавать обязательныя для мѣстныхъ жителей постановленія или инструкціи“. Въ виду этого коммиссія поручила А. А. Шумахеру, кн. Черкасскому и С. А. Шульцу представить по этому вопросу спеціальный докладъ [3]). Кромѣ того, предсѣдатель коммиссіи обратился къ тогдашнему оберъ-полиціймейстеру Ѳ. Ѳ.

[1]) Матеріалы общ. устр. въ городахъ, т. II, стр. 432—435.
[2]) Матеріалы общ. устр. въ городахъ, т. III, стр 12 и 100.
[3]) Ibidem, стр. 203—205.

Трепову съ просьбою командировать довѣренное лицо для сообщенія основанныхъ на опытѣ указаній по данному вопросу. Вслѣдствіе этого въ работахъ коммиссіи принялъ участіе еще Христіановичъ, а Треповъ, съ своей стороны, сообщилъ свои личныя соображенія [1]). Въ своемъ отношеніи на имя князя Урусова онъ указывалъ, что уже раньше, въ виду затрудненій, возникшихъ на практикѣ по примѣненію ст. 29 мир. уст., возбуждался вопросъ „о необходимости предоставленія администраціи права на изданіе постановленій, обязательная сила которыхъ не могла бы зависѣть отъ личнаго усмотрѣнія судей". По мнѣнію Трепова, „постановленія, долженствующія исходить отъ полицейскихъ властей, могутъ быть двухъ родовъ—одни, издаваемыя непосредственно полиціей, другія не иначе, какъ по соглашенію ея съ мѣстнымъ общественно-хозяйственнымъ управленіемъ. Предметы какъ тѣхъ, такъ и другихъ должны быть въ точности опредѣлены; причемъ, вообще, къ разряду первыхъ могутъ относиться только такія правила и распоряженія, которыхъ исполненіе не соединено съ постояннымъ или временнымъ расходомъ для обывателей, не влечетъ за собою стѣсненіе или ограниченіе въ производствѣ промысловъ и торговли, не имѣетъ прямого отношенія къ имущественнымъ правамъ и т. п. Къ постановленіямъ второго рода должны быть отнесены всѣ тѣ, которыя отличаются именно этимъ характеромъ налога, повинности и т. п. Изъ этого различія постановленій по означеннымъ внутреннимъ ихъ признакамъ видно, что наибольшая и важнѣйшая масса постановленій должна состоять изъ такихъ, которыя слѣдовало бы издавать не иначе, какъ по соглашенію полиціи съ общественно-хозяйственнымъ управленіемъ. Такимъ образомъ, установленіе права полицейскихъ властей издавать постановленія, *безъ* установленія права общественныхъ управленій участвовать въ ихъ составленіи представляется, если не вовсе немыслимымъ, то, по крайней мѣрѣ, почти безцѣльнымъ. Выводъ этотъ вытекаетъ изъ того сооб-

[1]) Ibidem, стр. 370.

раженія, что постановленія, по своему содержанію, должны, какъ упомянуто выше, касаться гражданскихъ правъ обывателей, налагая на нихъ временныя или даже постоянныя пожертвованія и расходы, но такъ какъ присвоеніе одной полиціи права самостоятельно обращать къ обществу подобныя требованія, естественно невозможно, а между тѣмъ наибольшая часть постановленій, по существу ихъ, неизбѣжно должна имѣть этотъ именно характеръ повинности и налога, то законъ, о предполагаемыхъ полномочіяхъ полиціи на изданіе постановленій, по необходимости, долженъ былъ бы ограничить кругъ дѣятельности полицейскихъ властей по сему предмету столь незначительнымъ числомъ случаевъ, что едвали оказывалось бы существенно возможнымъ самое установленіе такого новаго закона; съ другой стороны, только въ разсчетѣ на участіе общественныхъ учрежденій въ обсужденіи и составленіи полицейскихъ постановленій можетъ законъ объ этихъ постановленіяхъ опредѣлить кругъ дѣятельности полицейскихъ властей по изданію ихъ въ мѣрѣ, необходимой для успѣшнаго охраненія мѣстнаго благоустройства и благосостоянія. Только степенью взаимодѣйствія властей полицейской и общественно-хозяйственной могутъ быть предопредѣлены предѣлы постановленій“ [1]). Такимъ образомъ, необходимость предоставленія городскимъ думамъ права издавать указы была поддержана лицомъ, весьма компетентнымъ въ вопросахъ полицейскаго управленія.

Выработанный Шумахеромъ, кн. Черкасскимъ, Шульцемъ и Христіановичемъ проектъ правилъ объ изданіи городскими думами указовъ былъ единогласно одобренъ коммиссіей [2]). И министръ внутреннихъ дѣлъ выразилъ свое согласіе на включеніе этихъ правилъ въ Городовое положеніе, находя только неудобнымъ проектированное постановленіе, что касающіяся городского благоустройства статьи Свода Законовъ остаются въ силѣ впредь до отмѣны ихъ постановленіями городскихъ думъ и предлагая вмѣсто того постановить, что статьи эти

[1]) Ibidem, стр. 451—454.
[2]) Ibidem, стр. 374—378.

исключаются изъ Свода, причемъ установляемыя ими правила имѣютъ быть сообщены министромъ внутреннихъ дѣлъ къ руководству подлежащимъ городскимъ управленіямъ съ тѣмъ, что въ городахъ, гдѣ будетъ введено новое положеніе, правила эти могутъ быть замѣнены постановленіями думъ [1]).

Съ этимъ измѣненіемъ и затѣмъ еще съ одной незначущей поправкой, внесенной соединенными департаментами [2]), правила эти были утверждены и вошли въ составъ Городового Положенія 1870 г.

По городовому положенію 1870 г. во всѣхъ вообще городахъ думамъ предоставлялось изданіе обязательныхъ постановленій:

1) по предметамъ строительной полиціи и устройства путей сообщенія, а именно: а) о порядкѣ содержанія въ исправности и чистотѣ улицъ, площадей, мостовыхъ, тротуаровъ, мостовъ и гатей, а также сточныхъ трубъ, прудовъ, колодцевъ, канавъ и естественныхъ протоковъ, не исключая и тѣхъ, которые находятся на земляхъ частныхъ лицъ, учрежденій и вѣдомствъ; б) о мѣрахъ къ охраненію цѣлости и чистоты и къ огражденію отъ поврежденій принадлежащихъ городу общественныхъ сооруженій и памятниковъ, садовъ, бульваровъ и другихъ общественныхъ мѣстъ; в) объ устройствѣ пристаней, переправъ и перевозовъ, желѣзноконныхъ и иныхъ усовершенствованныхъ путей, о порядкѣ ихъ содержанія и пользованія ими, объ извозномъ промыслѣ, о городскихъ омнибусахъ и другихъ общественныхъ экипажахъ;

2) по опредѣленію мѣръ предосторожности противъ пожаровъ, а именно: а) объ устройствѣ кровель, объ устройствѣ, чисткѣ и осмотрѣ дымовыхъ трубъ и печей и вообще о мѣрахъ предосторожности противъ пожаровъ; б) о мѣстахъ гдѣ не допускаются склады дровъ, сѣна, соломы, масла, спирта и другихъ легковоспламеняющихся веществъ, о порядкѣ храненія этихъ веществъ, а равно объ устройствѣ складовъ и продажѣ

[1]) Ibidem, стр. 462.

[2]) Допущеніе думскихъ постановленій не вообще о рѣчныхъ сообщеніяхъ, а только о пристаняхъ, переправахъ и перевозахъ, Ibidem, стр. 490.

освѣтительнаго минеральнаго масла, петролеума, керосина, нефти и другихъ подобныхъ веществъ;

3) о мѣрахъ санитарной полиціи, а именно: а) о чисткѣ дворовъ, объ устройствѣ и чисткѣ помойныхъ ямъ и отхожихъ мѣстъ; б) объ устройствѣ и порядкѣ содержанія боень и пользованія ими; в) о мѣрахъ къ соблюденію чистоты въ помѣщеніяхъ для продажи съѣстныхъ припасовъ и напитковъ и къ обезпеченію безвредности оныхъ; г) о мѣрахъ предосторожности противъ порчи воды; д) о внутреннемъ распорядкѣ на ярмаркахъ, рынкахъ и базарахъ; е) о мѣрахъ предупрежденія и прекращенія заразительныхъ, повальныхъ и мѣстныхъ болѣзней, а равно и скотскихъ падежей.

4) относительно общихъ мѣръ по обезпеченію мирнаго порядка, а именно: а) о принятіи для охраненія благочинія и порядка въ публичныхъ мѣстахъ мѣръ, сопряженныхъ съ расходами или ограниченіями въ производствѣ торговли и промысловъ; б) о времени закрытія и открытія торговыхъ и промышленныхъ заведеній въ воскресные и праздничные дни, съ соблюденіемъ, однако, притомъ правилъ устава о питейномъ сборѣ; в) о мѣрахъ къ огражденію безопасности отъ домашнихъ животныхъ.

Кромѣ того, думамъ нѣкоторыхъ городовъ предоставлено право издавать обязательныя постановленія еще и по нѣкоторымъ другимъ предметамъ. Петербургской и Московской думамъ предоставлено издавать обязательныя постановленія: 1) о мѣрахъ къ огражденію общественнаго здоровья отъ опасности происходящей вслѣдствіе неправильнаго устройства и неисправнаго содержанія фабрикъ, заводовъ, мастерскихъ и вообще помѣщеній для рабочихъ; 2) о мѣрахъ къ предупрежденію наводненій и уменьшенію происходящихъ отъ нихъ несчастныхъ послѣдствій; 3) о мѣрахъ безопасности и порядка при движеніи по улицамъ, а также по рѣкамъ и каналамъ, не состоящимъ въ вѣдомствѣ министерствъ путей сообщенія.

Думамъ прибалтійскихъ губерній, предоставляется издавать обязательныя постановленія о высшемъ размѣрѣ платы за исполненіе служащими въ портовыхъ городахъ по торговлѣ

лицами (какъ-то: браковщиками, вѣсовщиками, мѣрильщиками, лигерами, якорщиками и т. п.) дѣйствій, необходимыхъ при пріемѣ и отправкѣ товаровъ и по судоходству.

Проекты всѣхъ этихъ постановленій прежде окончательнаго ихъ утвержденія думой должны быть сообщены мѣстному полицейскому начальнику на заключеніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ полицейскій начальникъ можетъ и самъ вносить проекты такихъ постановленій въ думу. Въ случаѣ несогласій между думой и полицейскимъ начальникомъ дѣло передается губернскому по городскимъ дѣламъ присутствію. Тоже самое направленіе получаетъ дѣло, если губернаторъ найдетъ почему-либо неудобнымъ изданіе принятаго думой постановленія. Если же препятствій со стороны губернатора не встрѣтится, онъ дѣлаетъ распоряженіе объ обнародованіи обязательнаго постановленія.

Слѣдовало бы ожидать, что разъ городскимъ думамъ было предоставлено право издавать указы, не могло быть никакихъ затрудненій распространить это право и на земскіе органы самоуправленія. Однако, въ дѣйствительности надѣленіе земства указною властью совершалось лишь мало-по-малу и очень медленно.

Въ 1872 году министерство проектировало предоставить уѣзднымъ земскимъ собраніямъ, по соглашенію съ мѣстнымъ полицейскимъ управленіемъ изданіе обязательныхъ постановленій какъ о мѣрахъ предосторожности отъ пожаровъ, такъ и о предупрежденіи и прекращеніи эпидемій и эпизоотій, причемъ въ случаѣ несостоявшагося соглашенія земства съ полиціей или встрѣченныхъ губернаторомъ препятствій къ изданію предположенныхъ постановленій дѣло подлежало бы разрѣшенію губернскаго по городскимъ дѣламъ присутствія. Когда эти предположенія были внесены въ государственный совѣтъ, онъ вошелъ въ разсмотрѣніе лишь вопроса объ изданіи постановленія о мѣрахъ предосторожности отъ огня, возвративъ остальныя предположенія министерству для исправленій и дополненій. При этомъ государственный совѣтъ нашелъ, что такъ какъ завѣдываніе взаимнымъ страхованіемъ возложено на губернское земство, то и изданіе постановленій о мѣрахъ

предосторожности отъ пожаровъ должно быть предоставлено не уѣздному, а губернскому земскому собранію. Вмѣстѣ съ тѣмъ признано было неудобнымъ привлекать губернское по *городскимъ* дѣламъ присутствіе къ разрѣшенію пререканій, возникающихъ по *земскимъ* дѣламъ и потому положено было распространить и на эти случаи общій порядокъ разрѣшенія пререканій между земствомъ и администраціей—сенатомъ [1]). Въ этомъ смыслѣ и состоялось Высоч. утв. 16 іюня 1873 г. мнѣніе государственнаго совѣта.

Дальнѣйшее расширеніе указной власти земства законодательнымъ порядкомъ состоялось только въ 1879 г. Министерство внутреннихъ дѣлъ внесло тогда въ государственный совѣтъ проектъ правилъ о мѣрахъ противъ чумы рогатаго скота. Соединенные департаменты законовъ и экономіи нашли, что при неимѣніи „надлежащихъ практическихъ данныхъ объ условіяхъ, въ которыхъ будетъ поставлено въ дѣйствительной жизни примѣненіе вводимой совершенно новой мѣры убиванія зачумленнаго скота, неудобно теперь же издавать правила о примѣненіи этой мѣры законодательнымъ путемъ, а предположили предоставить на первое время изданіе этихъ правилъ земскимъ учрежденіямъ.

Въ общемъ собраніи по этому вопросу произошло разногласіе [2]). Пять членовъ находили „положительно не соотвѣтствующимъ важности предмета и достоинству закона и правительства“, предоставить изданіе такихъ правилъ земству. „И то уже одно весьма неудобно, что народъ долженъ будетъ видѣть огражденіе своей собственности не въ законѣ и въ органахъ единой власти, исходящей отъ правительства, а въ усмотрѣніи и милости органовъ хозяйственныхъ земскихъ учрежденій“. Кромѣ того указывалось, что земскіе врачи и ветеринары „большею частью люди молодые и неопытные, коимъ не было случая пристроиться къ государственной службѣ“ [3]). Но большинство 37 членовъ присоединилось къ заключенію департаментовъ.

[1]) Отчетъ по госуд. совѣту за 1873 г., стр. 50—53.
[2]) Отчетъ по госуд. совѣту за 1879 г., стр. 220—236.
[3]) Ibidem, стр. 104—107.

„По новости вводимой мѣры, успѣхъ коей всего болѣе будетъ зависить отъ согласованія порядка ея примѣненія съ дѣйствительными условіями сельскаго быта, подробное опредѣленіе этого порядка, единственно на основаніи соображеній отвлеченныхъ, представляется очевидно невозможнымъ. Только при ближайшемъ изученіи мѣстныхъ обстоятельствъ, можно съ успѣхомъ установить для различныхъ частей Имперіи всѣ подробности примѣненія предположенной мѣры. Хотя земскія учрежденія образуются изъ выборныхъ лицъ и не находятся въ прямомъ подчиненіи администраціи, но законъ возложилъ на нихъ исполненіе многихъ обязанностей правительственнаго свойства и, въ этомъ смыслѣ, они являются вполнѣ правительственными органами. Мѣры противъ чумы, по самому свойству своему, всего болѣе подходятъ къ характеру земской дѣятельности. Притомъ онѣ никѣмъ не могутъ быть принимаемы у насъ съ такимъ успѣхомъ, какъ именно земскими учрежденіями. Полицейскіе наши органы въ уѣздахъ такъ немногочисленны, что съ трудомъ въ состояніи исполнить лежащія на нихъ прямыя обязанности. Въ особенности же недостаточна врачебно-полицейская часть, для которой имѣется всего по одному медику на уѣздъ, получающему весьма скудное содержаніе. Земство въ этомъ отношеніи находится въ несравненно лучшихъ условіяхъ, такъ какъ имѣетъ на уѣзды по нѣскольку врачей, обезпеченныхъ достаточнымъ вознагражденіемъ. Наконецъ необходимо имѣть въ виду, что всѣ издержки по прекращенію чумной заразы относятся на земскій сборъ. Съ возложеніемъ же на земство всей денежной тягости этого дѣла, несправедливо и невозможно было бы лишить его всякаго участія въ завѣдываніи имъ“ [1]). Мнѣніе большинства удостоилось утвержденія 3 іюня 1879 г. и такимъ образомъ губернскія земскія собранія получили право издавать указы и о мѣрахъ противъ чумы рогатаго скота тѣмъ же порядкомъ какъ и о мѣрахъ предосторожности отъ огня.

Независимо отъ этого, еще въ началѣ того же 1879 г.

[1]) Ibidem, стр. 107—113.

министерство внутреннихъ дѣлъ ссылаясь на то, что внесенный имъ вторично въ государственный совѣтъ проектъ правилъ о мѣрахъ къ прекращенію и предупрежденію эндемій и эпидемій не получаетъ утвержденія, вошло въ комитетъ министровъ съ представленіемъ объ изданіи временныхъ правилъ по этому вопросу. При этомъ министерство настаивало на предоставленіи права издавать постановленія о мѣрахъ предупрежденія и прекращенія болѣзней непремѣнно уѣздному земству въ виду того, что въ такого рода мѣрахъ необходимо сообразоваться съ мѣстными условіями и что самая возможность ихъ практическаго осуществленія нерѣдко находится въ непосредственной зависимости отъ устройства въ уѣздѣ врачебной части. Для разрѣшенія возможныхъ по изданію указовъ пререканій земства съ администраціей предположено было образовать въ каждой губерніи особое совѣщаніе, подъ предсѣдательствомъ губернаторовъ изъ нѣкоторыхъ высшихъ чиновъ губернской администраціи, земства и мѣстнаго врачебнаго персонала. Комитетъ министровъ съ своей стороны дополнилъ проектъ министерства предоставленіемъ губернатору права въ случаѣ его несогласія съ рѣшеніемъ особаго совѣщанія представлять дѣло на окончательное разрѣшеніе министра внутреннихъ дѣлъ. Въ этомъ видѣ правила объ изданіи уѣздными земскими собраніями постановленій о мѣрахъ противъ болѣзней и были установлены Выс. утв. положеніемъ комитета министровъ 9 марта 1879 г. Правила эти были установлены такимъ образомъ не законодательнымъ порядкомъ, а въ видѣ лишь временной мѣры. Съ такой оговоркой они были включены и въ продолженіе Свода Законовъ 1881 г. Но въ изданіи 1886 г. они уже были включены въ самый текстъ земскаго положенія (ст. 141—153) и слѣдовательно имъ какъ бы придавалось, въ кодификаціонномъ порядкѣ, значеніе постоянныхъ правилъ.

На основаніи всѣхъ этихъ постановленій указная власть земства до изданія новаго Положенія 1890 года представлялась въ слѣдующемъ видѣ.

Обязательныя для мѣстныхъ жителей постановленія изда-

вались частью губернскимъ земствомъ, частью уѣзднымъ. Губернскія собранія издавали постановленія касательно мѣръ: 1) осторожности отъ пожаровъ и по строительной части въ селеніяхъ и 2) противъ чумы рогатаго скота. Постановленія эти не должны ни въ чемъ противорѣчить существующимъ законамъ. Проекты ихъ составляются губернскими земскими собраніями по предварительному истребованію заключеній уѣздныхъ собраній. Только въ случаѣ безотлагательной необходимости это требованіе можетъ быть невыполнено. Кромѣ того, возбужденіе вопроса объ изданіи такихъ постановленій можетъ исходить и отъ губернатора. Составленный губернскимъ собраніемъ проектъ препровождается губернатору на утвержденіе. Если губернаторъ встрѣтитъ къ тому препятствія онъ сообщаетъ губернскому собранію, если оно еще не закрыто, о встрѣченныхъ имъ сомнѣніяхъ. Если же собраніе уже закрыто или не убѣждается соображеніями губернатора, дѣло представляется на разрѣшеніе первому департаменту Сената.

Уѣздныя земскія собранія издаютъ обязательныя постановленія о мѣрахъ къ предупрежденію и прекращенію повальныхъ и заразительныхъ болѣзней, а именно: 1) о порядкѣ содержанія въ чистотѣ площадей, улицъ, дорогъ, а также сточныхъ трубъ, прудовъ, колодцевъ, канавъ и естественныхъ протоковъ, находящихся на земляхъ, принадлежащихъ частнымъ лицамъ, обществамъ, учрежденіямъ и вѣдомствамъ; 2) о чисткѣ дворовъ, объ устройствѣ и чисткѣ помойныхъ ямъ и отхожихъ мѣстъ; 3) объ устройствѣ и порядкѣ содержанія боень, фабричныхъ, заводскихъ и другихъ промышленныхъ заведеній въ предѣлахъ, касающихся санитарныхъ и гигіеническихъ условій; 4) о мѣрахъ къ соблюденію чистоты въ помѣщеніяхъ для продажи съѣстныхъ припасовъ и напитковъ и по обезпеченію безвредности оныхъ; 5) о мѣрахъ предосторожности противъ порчи воды; 6) объ уборкѣ или истребленіи палыхъ животныхъ; 7) о мѣрахъ предупрежденія и прекращенія заразительныхъ, повальныхъ и мѣстныхъ болѣзней.

Первоначальное составленіе проектовъ можетъ исходить

отъ управы, или отъ уѣзднаго исправника. Проекты, составленные управой, прежде внесенія ихъ въ уѣздное собраніе сообщаются на заключеніе исправнику. По принятіи проектовъ уѣзднымъ земскимъ собраніемъ они сообщаются губернатору, который, если не найдетъ препятствій къ изданію постановленія, дѣлаетъ распоряженіе о напечатаніи его въ губернскихъ вѣдомостяхъ и опубликованіи въ уѣздѣ способомъ, опредѣленнымъ съ одобренія губернатора земскимъ собраніемъ. Если же губернаторъ встрѣтитъ какія либо препятствія къ изданію сообщеннаго ему постановленія или если относительно его не состоится соглашенія между уѣзднымъ собраніемъ и исправникомъ, то для рѣшенія дѣла созывается особое совѣщаніе подъ предсѣдательствомъ губернатора изъ губернскаго предводителя дворянства, вице-губернатора, прокурора окружнаго суда, врачебнаго инспектора и его помощника, предсѣдателя и двухъ членовъ губернской земской управы, по ея назначенію, а также старшаго врача земства. Кромѣ того, для разъясненія мѣстныхъ условій приглашаются предсѣдатель или членъ уѣздной земской управы и уѣздный исправникъ соотвѣтствующаго уѣзда. Дѣла рѣшаются большинствомъ голосовъ; въ случаѣ раздѣленія голосовъ поровну, голосъ предсѣдателя даетъ перевѣсъ. Кромѣ того, губернаторъ можетъ не согласиться съ постановленіемъ совѣщанія и тогда дѣло представляется на разрѣшеніе министра внутреннихъ дѣлъ.

Для вступленія издаваемыхъ уѣзднымъ земствомъ обязательныхъ постановленій въ дѣйствіе установляется каждый разъ особый срокъ, который однако не можетъ быть менѣе двухъ недѣль со дня объявленія постановленія въ каждой мѣстности уѣзда [1]).

При составленіи проекта новаго земскаго положенія 1890 г. министерство внутреннихъ дѣлъ, нашло необходимымъ установить одинъ общій порядокъ изданія земскихъ указовъ по всѣмъ предметамъ и отказалось отъ первоначальнаго своего убѣжденія въ большей умѣстности предоставленія указной власти

[1]) Полож. о земскихъ учреж. изд. 1886 г. стр. 121—152.

уѣздному, а не губернскому земству. „При существующихъ условіяхъ пополненія состава уѣздной полиціи, говорится въ объяснительной запискѣ 1888 г., должности исправниковъ въ исключительныхъ только случаяхъ замѣщаются такими лицами, которыя могли бы принимать просвѣщенное и полезное участіе въ дѣлѣ изданія обязательныхъ постановленій по предметамъ мѣстнаго благоустройства. За симъ надлежитъ замѣтить, что совѣщанія, образованныя на основанія П. К. М. 9 марта 1879 г., составляютъ въ общемъ строѣ земскихъ учрежденій, органъ совершенно особый, стоящій отдѣльно и внѣ всякой связи съ этимъ строемъ. Соображенію этому, конечно, невозможно было бы придавать рѣшающаго значенія, если бы цѣлесообразность этихъ органовъ оправдывалась практическими потребностями и условіями выполненія возложенныхъ на нихъ обязанностей; но ни въ существѣ сихъ послѣднихъ, ни въ смѣшанномъ составѣ совѣщаній, ни, наконецъ, въ результатахъ ихъ дѣятельности, нельзя усмотрѣть достаточно убѣдительныхъ, въ пользу такого вывода, указаній“ [1]).

Предположенныя министерствомъ измѣненія въ порядкѣ изданія мѣстныхъ указовъ, не ограничились, однако, допущеніемъ участія въ этомъ дѣлѣ однихъ только губернскихъ собраній. Они касались и болѣе существенныхъ вопросовъ. Прежнее самостоятельное право издавать указы, осуществленіе котораго ставилось подъ надзоръ сената, предположено было замѣнить лишь правомъ участія въ изданіи указовъ губернаторомъ. Но участіе это правда распространялось на болѣе широкій кругъ предметовъ, чѣмъ прежде.

Эти предположенія министерства не встрѣтили возраженій при обсужденіи проекта въ государственномъ совѣтѣ и вошли въ земское положеніе 1890 г. ст. 108—114.

Итакъ, по дѣйствующему праву, губернскому земскому собранію предоставляется составлять обязательныя для мѣстныхъ жителей постановленія: 1) о мѣрахъ предосторожности отъ

[1]) Стр. 174, 175.

пожаровъ и постройкахъ въ селеніяхъ, (ст. 108, п. 1, 10); 2) о мѣрахъ санитарныхъ (пп. 2, 5, 6, 7, 8, 11, 12); 3) объ устройствѣ, содержаніи и порядкѣ пользованія путями сообщенія, пристанями, переправами (п. 3); 4) о внутреннемъ распорядкѣ на ярмаркахъ, рынкахъ, базарахъ (п. 9); и 5) по дѣламъ о народномъ продовольствіи (ст. 109). Однако перечень этотъ не имѣетъ исчерпывающаго значенія: въ законѣ прямо оговорено, что то же право принадлежитъ губернскимъ собраніямъ и по всѣмъ прочимъ предметамъ, о которыхъ это особо указано въ существующихъ узаконеніяхъ (ст. 108, п. 13).

Постановленія эти могутъ быть составляемы какъ для цѣлой губерніи, такъ и для отдѣльныхъ ея мѣстностей, но въ послѣднемъ случаѣ, лишь для такихъ, которыя не состоятъ въ вѣдѣніи городского общественнаго управленія (ст. 108).

Починъ составленія можетъ исходить: 1) отъ губернатора, 2) отъ самого губернскаго собранія и 3) отъ надлежащихъ уѣздныхъ собраній и соединенныхъ собраній уѣздныхъ и городскихъ. Проектъ постановленій о санитарныхъ мѣрахъ разсматриваются при участіи губернскаго врачебнаго инспектора, а по народному продовольствію не иначе, какъ по истребованію заключенія уѣздныхъ съѣздовъ (ст. 110).

Составленныя собраніемъ постановленія представляются губернатору, который если не встрѣтитъ препятствій къ ихъ утвержденію, издаетъ ихъ тѣмъ же порядкомъ, какъ и собственныя свои постановленія. Если встрѣтятся затрудненія, дѣло передается на разсмотрѣніе губернскаго по земскимъ и городскимъ дѣламъ присутствія, а если губернаторъ не согласится и съ большинствомъ присутствія, дѣло на окончательное разрѣшеніе представляется министру внутреннихъ дѣлъ (ст. 111, 84).

Въ каждомъ постановленіи долженъ быть указанъ срокъ, съ котораго оно вступаетъ въ дѣйствіе, при чемъ срокъ этотъ не можетъ быть менѣе двухъ недѣль со времени объявленія постановленія въ каждой мѣстности уѣзда (ст. 112).

Наблюденіе за соблюденіемъ постановленій, касающихся

народнаго продовольствія возлагается на земскихъ начальниковъ; по всѣмъ прочимъ предметамъ—на полицію, земскія управы и особыхъ избираемыхъ земскими собраніями участковыхъ попечителей (ст. 113, 114). Съ своей стороны, заинтересованныя частныя лица могутъ приносить на изданныя постановленія жалобы въ сенатъ (ст. 111, прим.).

Въ совершенно тѣ же самыя условія ставитъ дѣйствующее городовое положеніе 1892 г. участіе городскихъ думъ въ изданіи мѣстныхъ указовъ. Нѣкоторыя различія замѣчаются въ опредѣленіи лишь круга предметовъ, которыхъ могутъ касаться составляемыя думами постановленія. Такъ, думы сверхъ того, что предоставлено и земскимъ собраніямъ, могутъ составлять постановленія: 1) о мѣрахъ къ охраненію цѣлости состоящихъ въ завѣдываніи общественнаго управленія сооруженій и памятниковъ и объ исправномъ ихъ содержаніи (ст. 108, п. 3). 2) о мѣрахъ безопасности противъ домашнихъ животныхъ (п. 10); 3) о порядкѣ движенія по улицамъ, каналамъ и о мѣрахъ противъ наводненій (п. 12) и 4) о принятіи для охраненія благочинія и порядка въ публичныхъ мѣстахъ мѣръ, сопряженныхъ съ расходами или ограниченіями въ производствѣ торговли и промысловъ (п. 13). Съ другой стороны, постановленія, составляемыя думами, не могутъ касаться: 1) народнаго продовольствія и 2) мѣръ противъ чумы рогатаго скота, а постановленія, касающія торговли крѣпкими напитками, издаются не иначе, какъ съ утвержденія губернскаго по питейнымъ дѣламъ присутствія.

3.

Ближайшимъ поводомъ къ возбужденію вопроса о предоставленіи права издавать указы мѣстнымъ правительственнымъ органамъ послужило введеніе въ дѣйствіе Судебныхъ Уставовъ.

Уже въ 1868 году вопросъ этотъ былъ возбужденъ петербургскимъ оберъ-полиціймейстеромъ Треповымъ по поводу встрѣченныхъ имъ затрудненій по введенію обязательнаго освѣщенія черныхъ лѣстницъ и поливки улицъ, такъ какъ

мировыя судебныя установленія не признавали законными его распоряженій [1]). Какъ мы уже знаемъ, онъ считалъ необходимымъ наибольшую и важнѣйшую часть мѣстныхъ указовъ издавать не иначе, какъ по соглашенію полиціи съ общественно-хозяйственнымъ управленіемъ. Когда вслѣдствіе сдѣланнаго Треповымъ представленія министерство внутреннихъ дѣлъ вошло по этому вопросу въ сношенія съ министерствомъ юстиціи, графъ Паленъ въ своемъ отзывѣ отъ 10 дек. 1868 г. также призналъ желательнымъ предоставленіе администраціи права издавать указы, при чемъ предполагалъ необходимымъ обставить это право слѣдующими условіями: 1) предоставить административнымъ властямъ право изданія постановленій и распоряженій, которыми бы присвоялась обязательная сила закона; 2) обязать означенныя власти представлять о своихъ распоряженіяхъ начальству, отъ котораго бы зависѣла отмѣна или измѣненіе постановленій, несоотвѣтствующихъ дѣйствующимъ законоположеніямъ или вообще неправильныхъ; 3) опредѣлить срокъ, съ котораго эти постановленія должны считаться вошедшими въ законную силу; 4) предоставить частнымъ лицамъ, права которыхъ могутъ быть нарушены этими постановленіями, жаловаться тѣмъ властямъ, отъ которыхъ зависитъ ихъ отмѣна; 5) установить, что предѣлы судебной власти относительно признанія законности постановленій при примѣненіи ст. 29 мир. уст. ограничиваются лишь правомъ удостовѣриться, исходятъ ли они отъ лицъ на то уполномоченныхъ, не отмѣнены ли подлежащимъ высшимъ начальствомъ и распубликованы ли въ надлежащемъ порядкѣ во всеобщее свѣдѣніе [2]).

Безъ сомнѣнія, предположеніе о предоставленіи администраціи права издавать указы въ подобныхъ условіяхъ можетъ быть объяснено лишь совершенною новизною и невыясненностью вопроса. Такъ совершенно несообразнымъ представляется предположеніе о присвоеніи указамъ административ-

[1]) Матеріалы собр. комиссіей о губ. и уѣздн. учрежденіяхъ. Отдѣлъ административный. Ч. I, 1870. Отдѣленіе 10, стр. 166.

[2]) Ibidem, стр. 83.

ныхъ властей „обязательной силы закона“. Вѣроятно и самъ графъ Паленъ не думалъ дѣйствительно сказать того, что вытекаетъ, какъ необходимый выводъ, изъ такого опредѣленія. Вѣдь если постановленіямъ административныхъ властей „присвояется обязательная сила закона“, значитъ, ими могутъ быть и отмѣняемы законы. Однако, все-таки дѣло не сводилось тутъ только къ неудачному выраженію. Министерство юстиціи, очевидно, хотѣло дѣйствительно придать этимъ постановленіямъ въ отношеніи къ суду такую формальную силу, какую имѣютъ законы, не подлежащіе критикѣ суда по содержанію. Точно также и относительно административныхъ постановленій предѣлы судебной власти ограничивались лишь правомъ удостовѣриться надлежащимъ ли порядкомъ они изданы—и только. Судебный контроль содержанія указовъ тѣмъ самымъ совершенно устранялся. Судъ былъ бы обязанъ карать нарушителей всѣхъ, даже явно незаконныхъ указовъ, разъ они изданы надлежащимъ образомъ. По остроумному замѣчанію Градовскаго, при такихъ условіяхъ взаимное соотношеніе полиціи и суда выражалось бы въ формулѣ: „полиція указала, судъ приговорилъ“.

Впрочемъ, эти сношенія министра внутреннихъ дѣлъ и юстиціи не привели тогда къ общему разрѣшенію возбужденнаго вопроса. Дѣло ограничилось предоставленіемъ петербургскому оберъ-полиціймейстеру П. К. М. 13 августа 1869 г. въ видѣ временной мѣры права требовать отъ домовладѣльцевъ освѣщенія черныхъ лѣстницъ и поливки улицъ съ опредѣленіемъ отвѣтственности за неисполненіе такихъ требованій по 29 ст. мир. уст.

Но уже въ представленномъ Тимашевымъ въ комитетъ министровъ проектѣ основныхъ положеній административно-полицейской реформы 1870 г. [1]) въ ст. 7—10 предполагалось предоставить губернаторамъ право издавать постановленія и распоряженія въ развитіе дѣйствующихъ законоположеній о благоустройствѣ и благочиніи, а равно о предупреж-

[1]) Ibidem, стр. 67.

деніи и пресѣченіи преступленій. Предварительное обсужденіе постановленій возлагалось на предполагавшійся тогда образовать подъ предсѣдательствомъ губернатора губернскій совѣтъ изъ вице-губернатора, прокурора окружнаго суда и всѣхъ лицъ, завѣдывающихъ отдѣльными административными учрежденіями въ губерніи. О состоявшихся постановленіяхъ губернаторъ долженъ бы былъ доводить до свѣдѣнія министра внутреннихъ дѣлъ, въ лицѣ котораго сосредоточивается высшій въ этомъ отношеніи контроль. Частнымъ лицамъ предоставлялось право жалобы на постановленія губернатора высшему правительству [1]).

Въ самомъ проектѣ не были вовсе затронуты вопросы ни о предѣлахъ судебнаго контроля законности губернаторскихъ указовъ въ случаяхъ возбужденія обвиненія по ст. 29 мир. уст., ни объ отношеніяхъ въ этомъ дѣлѣ губернаторовъ къ земству. Но въ объяснительной запискѣ повторены были приведенныя выше соображенія графа Палена по первому изъ этихъ вопросовъ безъ всякихъ оговорокъ, а въ составленной въ февралѣ 1870 г. департаментомъ полиціи исполнительной запискѣ допускалась возможность для постановленій, распространяющихъ свое дѣйствіе на болѣе или менѣе продолжиное время, назначить срокъ, „въ теченіе котораго несогласное земство можетъ въ общемъ порядкѣ протестовать, какъ только оно найдетъ, что постановленіе администраціи идетъ въ разрѣзъ съ его собственнымъ“ [2]).

Эти предположенія вызвали, однако, весьма рѣшительныя возраженія со стороны почти всѣхъ тогдашнихъ министровъ [3]). Министръ двора, графъ Адлербергъ [4]) морской, Краббе и государственныхъ имуществъ Валуевъ [5]) усматривали въ нихъ

---

[1]) Ibidem, стр. 71, 72.

[2]) Ibidem, стр. 110.

[3]) Только главноуправляющій IV Отдѣленіемъ принцъ Ольденбурскій отнесся къ нимъ сочувственно (Ibidem, стр. 234), да министръ народнаго просвѣщенія, графъ Толстой, обошелъ ихъ молчаніемъ (стр. 174—177).

[4]) Ibidem, стр. 122.

[5]) Ibidem, стр. 253.

[6]) Ibidem, стр. 136, 144.

даже прямое противорѣчіе Основнымъ Законамъ. Другіе, допуская въ принципѣ возможность предоставленія губернаторамъ права издавать указы, находили все-таки, что это не можетъ быть допущено въ тѣхъ условіяхъ, какія намѣчены были въ Проектѣ 1870 г.

Графъ Паленъ, заявилъ, что, высказываясь въ 1868 г. за предоставленіе административнымъ органамъ указной власти, онъ однако считалъ это возможнымъ лишь въ опредѣленныхъ закономъ предѣлахъ вѣдомства. „Предоставленіе административнымъ властямъ права издавать обязательныя постановленія, имѣетъ двѣ цѣли: 1) способствовать выдѣленію изъ Свода такихъ постановленій, которыя не имѣютъ значенія закона, и 2) предоставить администраціи необходимую ей самостоятельность въ регламентаціи по предметамъ, ввѣреннымъ ея попеченію. Для первой цѣли, очевидно, необходимо, чтобы были опредѣлены тѣ *предметы*, по которымъ достаточно административныхъ постановленій. Точно также и для достиженія второй цѣли необходимо только, чтобы административнымъ властямъ было предоставлено издавать постановленія по нѣкоторымъ лишь, спеціально ввѣреннымъ ихъ попеченію частямъ и притомъ въ томъ только, на что не заключается опредѣленія въ законѣ. Совершенно иное значеніе имѣетъ 7 ст. проекта. Даже бѣглый обзоръ тѣхъ разнообразныхъ постановленій, которыя содержатся въ нашемъ Сводѣ подъ общимъ заглавіемъ „законовъ о благоустройствѣ и благочиніи, а равно о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій“ показываетъ, что она имѣетъ такое широкое значеніе, которое, по всей вѣроятности, не имѣлось въ виду при составленіи проекта. Не говоря о томъ, что въ числѣ этихъ частей находятся такія, на которыхъ дѣйствіе административныхъ властей вовсе не распространяется, но и въ тѣхъ, которыя болѣе относятся къ вѣдѣнію администраціи, заключается множество такихъ постановленій, коихъ разъясненіе и развитіе должно быть непремѣнно общее и однообразное для всей Имперіи и должно исходить всегда отъ верховной законодательной власти. Съ другой стороны самое выраженіе „въ развитіе дѣй-

ствующихъ законоположеній“ невполнѣ правильно выражаетъ основный характеръ административныхъ постановленій, заключающійся вовсе не въ томъ, чтобы администраціи было предоставлено право развитія законовъ, принадлежащее только законодательной власти, но въ томъ, что законодательная власть, оставляя нѣкоторые частные вопросы по предметамъ, ближайшимъ образомъ относящимся къ вѣдомству администраціи, неопредѣленными, предоставляетъ ихъ разрѣшеніе этой послѣдней. Все это приводитъ къ убѣжденію, что для избѣжанія совершеннаго уничтоженія грани, отдѣляющей во всѣхъ благоустроенныхъ государствахъ власть законодательную отъ административной, необходимо установить, какъ основное начало, что губернаторы имѣтъ право издавать постановленія, имѣющія силу закона, *только въ указанныхъ въ законѣ случаяхъ*“ [1])

На необходимость точнаго опредѣленія предметовъ губернаторскихъ указовъ настаивали точно также Милютинъ Татариновъ, графъ Бобринскій, князь Урусовъ, Набоковъ, справедливо указывая, что „дѣла благоустройства и благочинія, а также предупрежденія и пресѣченія преступленій на самомъ дѣлѣ обнимаютъ, прямо или косвенно, всю мѣстную частную и общественную жизнь“ [2]).

Проектъ основныхъ началъ административно-полицейской реформы 1870 г. и независимо отъ вопроса объ указной власти губернаторовъ вызвалъ со всѣхъ сторонъ вѣскія возраженія и былъ комитетомъ министровъ возвращенъ безъ утвержденія. Вопросъ о предоставленіи губернаторамъ права издавать указы не былъ однако оставленъ министерствомъ внутреннихъ дѣлъ. Напротивъ, онъ былъ снова подвергнутъ подробному обсужденію въ 1872 г. въ Высочайше учрежденной при министерствѣ коммиссіи о губернскихъ и уѣздныхъ учрежденіяхъ, при чемъ коммиссія воспользовалась и посту-

[1]) Ibidem, стр. 192—195.

[2]) Слова гр. Милютина, Ibidem, стр. 247; смотри также стр. 203, 219, 225, 260.

пившими по проекту основныхъ началъ отзывами губернаторовъ [1]).

Коммиссія нашла, что въ проектѣ основныхъ началъ постановленіе о предоставленіи губернаторамъ указной власти имѣло неудачную и даже ошибочную редакцію. Не подлежитъ сомнѣнію, что губернаторамъ нельзя предоставить права издавать постановленія въ *развитіе* дѣйствующихъ узаконеній. Но съ другой стороны нельзя отвергать, что необходимость изданія административныхъ распоряженій не въ развитіе законовъ, а единственно къ непремѣнному ихъ соблюденію и исполненію вызывается у насъ новыми условіями государственной жизни. Поэтому коммиссія единогласно признала необходимость предоставленія губернской администраціи права издавать указы, но „лишь для опредѣленія мѣръ къ точному и успѣшному исполненію законовъ и потому лишь въ предѣлахъ закономъ опредѣленныхъ и по предметамъ, въ законѣ указаннымъ". Относительно порядка изданія указовъ губернаторами мнѣнія членовъ коммиссіи раздѣлились. Большинство полагало раздѣлить указы на двѣ категоріи: на касающіеся имущественныхъ правъ частныхъ лицъ и некасающіеся такихъ правъ. Для изданія указовъ первой категоріи большинство предполагало установить требованіе соглашенія съ органами самоуправленія; указы второй категоріи издавались бы по предварительному обсужденію только въ губернскомъ совѣтѣ. Меньшинство, исходя изъ того соображенія, что всѣ постановленія прямо или косвенно могутъ затрогивать интересы частныхъ лицъ и касаться ихъ имущественныхъ правъ, полагало для изданія всѣхъ указовъ безразлично установить требованіе предварительнаго соглашенія губернской администраціи съ органами самоуправленія. При этомъ было указано между прочимъ, что если и можетъ встрѣчаться необходимость такихъ мѣръ, которыя несогласны съ интересами об-

[1]) Они напечатаны въ Матеріалахъ ком. губ. и уѣздн. учр. т III. 1871. Отдѣленіе X, стр. 454—489. Всѣ губернаторы, кромѣ рязанскаго, Болдырева, и тверского, Сомова, высказались въ пользу предоставленія губернаторамъ права издавать указы.

щественными, а потому распоряженія о принятіи оныхъ должны исходить отъ администраціи непосредственно, то мѣры эти, по важности своей, должны быть опредѣляемы закономъ или высшимъ правительствомъ, но едва-ли могутъ быть принимаемы по постановленіямъ мѣстной администраціи. Относительно порядка надзора коммиссія единогласно постановила, что надзоръ сей долженъ въ одинаковой степени принадлежать всѣмъ министрамъ, по предметамъ вѣдомства каждаго.

Въ законодательномъ собственно порядкѣ право губернаторовъ издавать указъ не опредѣлено и до сихъ поръ. А дѣйствующее по этому вопросу положеніе комитета министровъ 13 іюля 1876 года (П. С. З. № 56,203.) довольно существенно уклоняется отъ предположеній коммиссіи. Прежде всего въ немъ вовсе не опредѣлены съ точностью предметы, которыхъ могутъ касаться указы, такъ какъ указаніе на „общественное благочиніе, порядокъ и безопасность“ представляется по своей широтѣ совершенно неопредѣленнымъ. За тѣмъ по общему правилу для изданія указовъ не требуется вовсе не только соглашенія съ органами самоуправленія, но и обсужденія хотя бы въ общемъ присутствіи губернскаго правленія. Обязательныя для мѣстныхъ жителей постановленія губернатора являются по общему правилу единоличными актами губернатора. Наконецъ, изданные указы сообщаются губернаторамъ не всѣмъ министрамъ по принадлежности, а одному министру внутреннихъ дѣлъ, который одинъ только и имѣетъ право ихъ отмѣнять и измѣнять.

Правила, установленныя означеннымъ положеніемъ комитета министровъ включены теперь и въ Сводъ Законовъ въ II томъ, составивъ тамъ ст. 421—428 общ. губ. учр. Согласно имъ, указная власть губернаторовъ, генералъ-губернаторовъ и градоначальниковъ представляется въ слѣдующемъ видѣ.

Предметомъ издаваемыхъ мѣстными властями обязательныхъ постановленій могутъ быть только *общественное благочиніе, порядокъ и безопасность*. Цѣлью ихъ изданія должно быть „*правильное и успѣшное исполненіе сообразно съ мѣстными условіями существующихъ узаконеній*. Поэтому своимъ

содержаніемъ они *не должны* противорѣчить существующимъ законамъ и карательнымъ постановленіямъ Улож. о нак. и Мир. уст., а также постановленіямъ высшихъ правительственныхъ лицъ и учрежденій". Наконецъ, они не могутъ распространяться на тѣ предметы городского благочинія и благоустройства, по которымъ участіе въ изданіи указовъ предоставлено думамъ. Относительно предметовъ, по которымъ участіе въ изданіи указовъ предоставлено земству, такой оговорки не сдѣлано. Когда состоялось Положеніе 1876 г., земство пользовалось правомъ участія въ изданіи указовъ лишь о мѣрахъ предосторожности отъ огня и этимъ вѣроятно объяснялось такое умолчаніе. Теперь права земства и городскихъ думъ въ этомъ отношеніи уравнены. Поэтому слѣдуетъ признать, что по предметамъ, указаннымъ въ ст. 108 земскаго положенія, соглашеніе съ земствомъ для губернатора обязательно тѣмъ болѣе, что земское положеніе утверждено въ законодательномъ порядкѣ, а ст. 421—428 общ. губ. учр. основаны на положеніи комитета министровъ.

Постановленія, издаваемыя мѣстными правительственными властями, троекратно публикуются по принадлежности въ мѣстныхъ вѣдомостяхъ и, сверхъ того, выставляются въ теченіе мѣсяца на опредѣленныхъ и видныхъ мѣстахъ площадей и главныхъ улицъ, а также въ полицейскихъ и волостныхъ правленіяхъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ о каждомъ новомъ такомъ постановленіи доводится немедленно до свѣдѣнія министра внутреннихъ дѣлъ съ объясненіемъ причинъ, ихъ вызвавшихъ. Министръ внутреннихъ дѣлъ, а гдѣ есть и генералъ-губернаторъ, можетъ по своему усмотрѣнію, дополнять, измѣнять и отмѣнять эти постановленія. Также и сама издавшая ихъ власть можетъ измѣнять и отмѣнять ихъ во всякое время, публикуя объ этомъ въ томъ же порядкѣ, какъ и о новыхъ обязательныхъ постановленіяхъ. Частныя лица могутъ приносить на издаваемыя обязательныя постановленія жалобы тѣмъ же порядкомъ, какъ и на всѣ другія постановленія мѣстныхъ властей. Принесеніе жалобы не освобождаетъ, однако, отъ обязанности соблюдать обжалованное постановленіе. Виновные

въ неисполненіи обязательныхъ постановленій подвергаются отвѣтственности въ судебномъ порядкѣ на основаніи ст. 29 мирового устава.

Таковы нормальныя полномочія губернаторовъ по изданію указовъ. При объявленіи мѣстности въ исключительномъ или военномъ положеніи они расширяются. При усиленной охранѣ генералъ-губернаторы и губернаторы могутъ сами установлять за неисполненіе ихъ указовъ взысканія не свыше трехмѣсячнаго ареста или штрафа не болѣе 500 р. и налагать ихъ въ административномъ порядкѣ. При чрезвычайной охранѣ и при военномъ положеніи, кромѣ того, главноначальствующему предоставляется установлять и налагать въ административномъ порядкѣ за неисполненіе его указовъ арестъ, заключеніе въ тюрьмѣ и крѣпости до трехъ мѣсяцевъ и штрафъ до 3000 р. (Уст. пред. и прес. прест. ст. 1, прилож. I; Собр. Узак. 1892 г. № 85, ст. 925).

Сверхъ этихъ полномочій, принадлежащихъ собственно самому губернатору, право изданія указовъ по нѣкоторымъ предметамъ предоставлено также и нѣкоторымъ мѣстнымъ присутствіямъ, состоящимъ подъ его предсѣдательствомъ. Наиболѣе общее значеніе имѣютъ такого рода полномочія, принадлежащія губернскимъ по питейнымъ дѣламъ присутствіямъ на изданіе указовъ о торговлѣ крѣпкими напитками. (Город. пол., ст. 108, прим. 3, Уст. акциза ст. 461, 479, прим. 1). Въ тѣхъ приморскихъ городахъ гдѣ существуютъ особыя по портовымъ дѣламъ присутствія [1]), ими издаются указы относительно: 1) благочинія, порядка и безопасности въ портѣ; 2) правильнаго и однообразнаго пользованія гаванью, пристанями, складочными магазинами, портовыми магазинами и при-

[1]) Подъ предсѣдательствомъ губернатора или градоначальника, а гдѣ ихъ нѣтъ одного изъ начальниковъ мѣстныхъ учрежденій по приглашенію министра внутреннихъ дѣлъ, изъ капитана надъ портомъ, начальниковъ мѣстныхъ, морскаго, таможеннаго и карантиннаго учрежденій, прокурора, инженера путей сообщенія, представителя желѣзнодорожной инспекціи или управленія казенной дороги, городского головы, предсѣдателей биржевого комитета и комитета мануфактуръ и торговли и двухъ членовъ по выбору купеческаго общества, а гдѣ его нѣтъ, городской думы, изъ владѣющихъ мореходными судами или ведущихъ отпускную морскую торговлю.

способленіями; 3) порядка производства въ портѣ промысловъ: рыболовнаго, буксирнаго, перевозочнаго для нагрузки и выгрузки судовъ и вообще промысла лодочниковъ, и 4) мѣръ къ предупрежденію наводненій и пожаровъ въ портѣ и къ уменьшенію происходящихъ отъ нихъ несчастныхъ послѣдствій, (Уст. торг., ст. 123, Прилож., ст. 26) [1]). Тамъ гдѣ, образованы губернскія по фабричнымъ дѣламъ присутствія [2]), имъ предоставлено издавать указы о мѣрахъ охраненія жизни, здоровья и нравственности рабочихъ во время работъ и при помѣщеніи ихъ въ фабричныхъ заведеніяхъ, а также о врачебной помощи рабочимъ (Уст. Пром., ст. 52). Указы такого же содержанія относительно горнозаводскихъ и горнопромысловыхъ рабочихъ (кромѣ золотыхъ промысловъ) издаются присутствіями по горнозаводскимъ дѣламъ. Присутствія эти тамъ, гдѣ существуютъ особыя горныя правленія, организуются при нихъ [3]), а для всѣхъ другихъ мѣстностей имѣется одно общее присутствіе [4]) при горномъ департаментѣ (Уставъ горный, ст. 166).

Любопытно при этомъ, что законъ предоставляетъ фабричнымъ присутствіямъ рѣшенія дѣлъ о нарушеніяхъ завѣдующими фабриками обязанностей, налагаемыхъ на нихъ прямыми

---

[1]) Въ дѣйствовавшемъ до 1891 г. частномъ положеніи объ управленіи одесскимъ портомъ была принята прусская система установленія взысканій за несоблюденіе указовъ портоваго присутствія. Присутствію предоставлялось самому опредѣлять по каждому виду нарушеній сумму денежнаго взысканія въ размѣрѣ не свыше 50 рублей (Врем. полож. 7 марта 1889 г., ст. 31). По дѣйствующимъ правиламъ денежное взысканіе по ст. 29 мир. уст. налагается властью капитана надъ портомъ, но если штрафъ въ 3 дня не будетъ уплаченъ, дѣло передается судебной власти, ст. 19.

[2]) Подъ предсѣдательствомъ губернатора, изъ вице-губернатора, прокурора окружнаго суда, начальника губернскаго жандармскаго управленія, окружнаго фабричнаго инспектора, предсѣдателя или члена губернской управы, губернскаго городскаго головы и члена мѣстной управы.

[3]) Подъ предсѣдательствомъ начальника горнаго управленія, изъ его помощника, представителя отъ министерства внутреннихъ дѣлъ, прокурора (оба по назначенію министровъ) и двухъ представителей частной горной промышленности по выбору мѣстныхъ съѣздовъ горнопромышленниковъ (ст. 162).

[4]) Изъ трехъ членовъ горнаго совѣта, изъ представителей (по одному) отъ министерства юстиціи и внутреннихъ дѣлъ и двухъ представителей отъ частной горной промышленности (ст. 163).

постановленіями закона, но не даетъ имъ права самимъ налагать взысканія за нарушеніе ихъ собственныхъ указовъ. Въ этомъ какъ бы выразилось совершенно правильное убѣжденіе въ неудобствѣ соединять въ рукахъ одного и того же учрежденія и установленіе юридическихъ нормъ, и обязательное разрѣшеніе споровъ, возникающихъ по примѣненію этихъ нормъ.

Обязательныя для населенія нижегородской ярмарки постановленія по предметамъ, относящимся до пожарной безопасности, наружнаго благоустройства, благочинія и общественнаго здравія составляются по соглашенію съ подлежащимъ полицейскимъ начальствомъ ярморочнымъ комитетомъ [1]) и издаются съ утвержденія губернатора. Правило это, какъ и весь вообще порядокъ завѣдыванія нижегородской ярмаркой, можетъ быть по соглашенію министровъ внутреннихъ дѣлъ и финансовъ, распространяемо и на другія ярмарки, если ежегодные обороты ихъ достигаютъ одного милліона рублей (Уст. торг. ст. воз. и прилож. къ ней, ст. 21).

Жалобы на указы, издаваемые фабричными и горнозаводскими присутствіями и ярморочными комитетами приносятся соотвѣтствующимъ министрамъ (уст. прим. ст. 53; уст. горн. ст. 167; уст. торг. ст. 600, прил., ст. 24), на всѣ другіе указы мѣстныхъ властей непосредственно первому департаменту сената. (Общ. губ. учр., ст. 427; уст. акцизн., ст. 475; уст. торг., ст. 123, прилож., ст. 32).

Въ законѣ нѣтъ прямого указанія относительно того долженъ ли сенатъ провѣрять только формальную, или и матеріальную, по содержанію, законность указовъ. Но на практикѣ установилось, что сенатъ входитъ въ повѣрку законности не только формальныхъ условій изданія указа, но и самого его содержанія. Такъ въ указѣ сената 25 іюля 1879 года по жалобѣ на постановленіе плоцкаго губернатора выражено, что губернаторы не имѣютъ права предписывать для дезинфекціи

---

[1]) Ярморочный комитетъ составляютъ подъ предсѣдательствомъ лица избираемаго собраніемъ уполномоченныхъ ярморочнаго купечества, три члена, избираемыхъ тѣмъ же порядкомъ, городской голова, старшина биржевого комитета и управляющій ярморочною конторой.

обязательнаго употребленія опредѣленныхъ химическихъ препаратовъ [1]).

4.

Кромѣ мѣстныхъ органовъ указною властью пользуются у насъ и министры и притомъ въ очень широкомъ объемѣ. Съ семидесятыхъ годовъ въ собраніи узаконеній появилась даже особая рубрика „распоряженія, объявленныя сенату министрами". Почти ни одинъ нумеръ не обходится теперь безъ такихъ распоряженій и число ихъ съ каждымъ годомъ все ростетъ и ростетъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ и содержаніе ихъ представляется очень разнообразнымъ, охватывая собою всевозможныя отрасли государственнаго управленія.

Между тѣмъ, сколько-нибудь общихъ опредѣленій указной власти министровъ въ нашемъ законодательствѣ вовсе нѣтъ. Имѣются только частныя, казуистическія постановленія, предоставляющія тому или другому министру право изданія указовъ по опредѣленнымъ отдѣльнымъ предметамъ. Правда, при опредѣленіи порядка изготовленія законопроектовъ, вносимыхъ министрами въ государственный совѣтъ, не разъ было постановляемо не вносить въ проекты законоположеній опредѣленія подробностей. Такъ, въ 1878 году всѣмъ вообще министрамъ, имѣющимъ въ своемъ завѣдываніи учебныя заведенія, предоставлено было въ проекты законовъ о новыхъ учебныхъ заведеніяхъ вносить одни лишь основныя правила ихъ, опредѣляющія: 1) цѣль и средства училища; 2) объемъ учебнаго курса; 3) права заведенія и должностныхъ лицъ и 4) проектируемый штатъ заведенія [2]). Точно также при обсужденіи въ 1884 г. проектированнаго тогда измѣненія табачнаго устава опредѣлено было „предоставить министрамъ при внесеніи ими на уваженіе государственнаго совѣта проектовъ законоположеній по предметамъ уставовъ казеннаго управленія наблюдать, чтобы изъ предположеній, подлежащихъ законодательному

[1]) Собр. узак., 1879 г., № 91, ст. 524.

[2]) Собр. Узак. 1878, № 73, ст. 270. Смотри также, Собр. Узак. 1884. № 43, ст. 336.

утвержденію, устраняемо было все то, что не относится до существенныхъ сторонъ проектированнаго закона и не клонится къ ограниченію правъ, присвоенныхъ обществамъ, сословіямъ и частнымъ лицамъ [1]). Но въ этихъ постановленіяхъ рѣчь идетъ собственно о содержаніи законопроектовъ, а не о прямомъ предоставленіи министрамъ указной власти. Опредѣленіе подробностей организаціи учебныхъ заведеній или казеннаго управленія дѣлается министрами по полномочію каждаго отдѣльнаго устава.

Насколько отсутствіе общаго полномочія на изданіе указовъ признается безспорнымъ и самими министрами можно убѣдиться изъ слѣдующаго примѣра.

Неоднократныя заявленія С.-Петербургскаго биржевого комитета и мѣстнаго судоходнаго начальства о необходимости принять мѣры къ устраненію скопленія судовъ въ устьяхъ канала Императора Александра II и къ ускоренію хода ихъ по самому каналу побудили министра путей сообщенія въ 1876 г. въ виду настоятельной необходимости, какъ можно скорѣе водворить порядокъ на каналѣ, издать дополнительныя къ существующимъ узаконеніямъ правила, дѣйствіе которыхъ сохранено было и на навигацію 1877 года. Но такъ какъ на практикѣ были возбуждены сомнѣнія относительно обязательной ихъ силы, то министръ испрашивалъ Высочайшаго разрѣшенія на введеніе означенныхъ правилъ въ дѣйствіе. Покойный Государь повелѣлъ передать этотъ вопросъ на обсужденіе комитета министровъ. Докладывая объ этомъ дѣлѣ комитету, товарищъ министра, Селифонтовъ, объяснилъ, что изданныя правила были введены въ дѣйствіе министромъ собственною властью *„примѣняясь къ праву губернаторовъ издавать обязательныя постановленія“* [2]).

Конечно, нельзя найти болѣе рѣзкаго выраженія недостатка общаго понятія указной власти министровъ, если министръ, подъ давленіемъ настоятельной практической потреб-

---

[1]) Собр. Узак. 1884 г. № 76, ст. 555. М. Г. С. 22 мая 1884 г.
[2]) П. С. З. № 37, 690, П. К. М. 3 сент. 1877 г.

ности издавать общія правила о судоходствѣ, ищетъ юридическое основаніе своему распоряженію въ законѣ, опредѣляющемъ распорядительную власть губернаторовъ и градоначальниковъ.

Сколько мнѣ извѣстно, вопросъ объ общемъ опредѣленіи предметовъ и предѣловъ указной власти министровъ никогда не былъ и возбуждаемъ и потому не было вовсе намѣчено въ этомъ отношеніи какой-либо общей руководящей идеи. Всѣ постановленія нашего законодательства по этому вопросу представляются отдѣльными, казуистическими опредѣленіями. Во многихъ случаяхъ предоставленіе указной власти допускалось первоначально лишь въ видѣ временной мѣры, до выработки законодательныхъ постановленій, на опредѣленный срокъ, но затѣмъ срокъ этотъ все удлинялся и удлинялся, и временная мѣра превращалась незамѣтно въ постоянное правило. Особенно типичнымъ примѣромъ такого рода служитъ предоставленіе въ 1870 году министру внутреннихъ дѣлъ срокомъ на три года права своею властью измѣнять дѣйствующія правила по почтовой и телеграфной части съ тѣмъ, чтобы въ теченіе 1874 года окончательно выработать почтовый и телеграфный уставъ [1]). Но затѣмъ срокъ этого временного полномочія все возобновлялся, и еще въ 1890 году онъ былъ снова продолженъ до 6 декабря 1895 года. (Уст. почт. ст. 190, прим. 2; уст. телегр., ст. 7, прим.). Подобнымъ же образомъ въ 1877 году министру путей сообщенія было предоставлено „впредь до общаго пересмотра дѣйствующихъ постановленій о судоходствѣ по внутреннимъ водянымъ сообщеніямъ, установлять обязательныя къ исполненію правила о порядкѣ и условіяхъ слѣдованія судовъ, разстановки въ мѣстахъ стоянокъ и пропуска чрезъ искусственныя сооруженія (уст. пут. сообщ. ст. 86, прим. 3).

Предоставленіе министрамъ указной власти лишь въ видѣ временныхъ, переходныхъ мѣръ, впредь до изданія по тому или другому предмету законодательныхъ опредѣленій, слу-

[1]) П. С. З. № 48, 837.

житъ основаніемъ не придавать такимъ полномочіямъ особеннаго значенія и допускать ихъ установленіе не законодательнымъ путемъ, а въ порядкѣ управленія, положеніями комитета министровъ. Между тѣмъ, многіе изъ указовъ, на изданіе которыхъ оказываются такимъ образомъ уполномочены министры весьма существенно затрогиваютъ права частныхъ лицъ.

Нерѣдко министры получаютъ право издавать совершенно самостоятельно обязательныя для частныхъ лицъ правила. Такъ, безъ всякаго ограниченія ихъ содержанія, министръ путей сообщенія издаетъ обязательныя правила о сплавѣ лѣса и дровъ (Уст. пут. сообщ. ст. 89, прим. 2) и, по соглашенію съ министрами внутреннихъ дѣлъ, финансовъ, государственныхъ имуществъ и военнымъ, объ условіяхъ перевозки тяжестей по шоссейнымъ дорогамъ (ст. 568, прим.); министръ государственныхъ имуществъ по соглашенію съ министромъ внутреннихъ дѣлъ—о мѣрахъ, которыя должны быть соблюдаемы въ предѣлахъ округа охраны для правильнаго содержанія источниковъ минеральныхъ водъ и благоустройства, въ санитарномъ отношеніи, находящихся при нихъ лечебныхъ заведеній (уст. врач. ст. 360); министръ внутреннихъ дѣлъ—правила по строительной части для купальныхъ мѣстъ прибрежья Рижскаго залива (уст. строит., ст. 416, прим. 5).

Въ другихъ случаяхъ предоставляется собственною властью министровъ распространять дѣйствіе законовъ на новыя мѣстности [1]) или даже измѣнять по соображеніямъ практическаго удобства постановленія закона: такъ, министръ финансовъ имѣетъ право измѣнять своею властью таможенныя обрядности (уст. там. ст. 5, прим. 2), и всѣ вообще таможенныя постановленія относительно торговли съ Китаемъ, только „не отступая отъ общихъ началъ изложенныхъ въ таможенномъ уставѣ“ (ст. 1353); а также примѣнять табачный уставъ къ Сибири, Туркестанскому краю, къ Семирѣченской и Закаспійской областямъ „съ необходимыми по мѣстнымъ условіямъ измѣненіями и отступленіями“ (уст. акц. ст. 618, прим. 1—3).

[1]) Уст. акц. ст. 203, прим., ст. 432, прим.; Уст. горн. ст. 662; Уст. там. ст. 1421, прим.

Министерскими указами, далѣе, опредѣляется порядокъ выполненія установленныхъ закономъ обязанностей: указывается распредѣленіе мѣстностей на разряды по размѣру платежей налоговъ [1]); опредѣляется раіонъ взиманія сборовъ [2]); опредѣляется ближайшимъ образомъ объемъ или расширяются указанныя въ законѣ льготы по платежу налоговъ [3]); опредѣляется точнѣйшимъ образомъ кругъ предметовъ, подлежащихъ оплатѣ налогами [4]). Иногда самостоятельно установляются таксы, напр. министромъ внутреннихъ дѣлъ аптекарская такса (уст. врач. ст. 550); министромъ путей сообщенія—такса сборовъ за пользованіе плавучими мостами и перевозами (уст. пут. сообщ. ст. 843). Бываетъ и такъ, что министры уполномочиваются налагать на гражданъ новыя обязанности; такъ министру внутреннихъ дѣлъ предоставлено установлять обязательное для хозяевъ домовъ объявленіе полиціи о прибывшихъ и выбывшихъ во всѣхъ штатныхъ городахъ, а также въ тѣхъ заштатныхъ городахъ, посадахъ и мѣстечкахъ, гдѣ имѣются чиновники полиціи (уст. пасп. ст. 199); тому же министру по соглашенію съ министромъ путей сообщенія, предоставлено вводить обязательный провозъ гуртовъ крупнаго рогатаго скота по желѣзнымъ дорогамъ (уст. врач. ст. 1264, прим. 2); министръ финансовъ по соглашенію съ мѣстнымъ генералъ-губернаторомъ можетъ запретить ввозъ въ туркестанскій край иностранныхъ товаровъ и установлять на нихъ пошлины (уст. там. ст. 1340).

Но этого мало. Можно привести примѣры такихъ министерскихъ указовъ, которые прямо установляютъ нормы гражданскаго права и карательныя постановленія.

Въ 1879 году министру внутреннихъ дѣлъ по соглашенію съ министромъ юстиціи предоставлено издать временныя правила о веденіи метрическихъ записей браковъ, рожденія и

---

[1]) Уст. прям. налог. ст. 242, прим.; Уст. пошл. ст. 177, прим.

[2]) Уст. прям. налог. ст. 65, 453.

[3]) Уст. акцизн. ст. 128, 402, 408, 433, 438; Уст. прям. налог. ст. 217. 261; Уст. гербов. ст. 94; Уст. тамож. ст. 310, 552, 1344.

[4]) Уст. прям. налог, ст. 239; Уст. герб. ст. 7.

смерти баптистовъ (уст. ин. испов. ст. 903 прим., Прилож. ст. 3 прим.). Въ исполненіе этого въ томъ же году [1]) имъ были изданы правила (Собр. узак. 1879 г. № 112, ст. 716), которыми, между прочимъ, установленъ срокъ записи (для рожденія не позже 14, для смерти не позже 8 дней) и требованіе для удостовѣренія совершенія брака и законности рожденія подтвержденія двухъ свидѣтелей.

Карательныя постановленія издаются министромъ государственныхъ имуществъ и министромъ финансовъ.

Министру государственныхъ имуществъ было въ 1880 г. предоставлено положеніемъ комитета министровъ 22 февраля 1880 г., состоявшимся въ присутствіи графа Лориса-Меликова „утвердить временныя правила объ употребленіи взрывчатыхъ составовъ при горныхъ работахъ, съ установленіемъ притомъ самыхъ наказаній за нарушеніе оныхъ, примѣнительно къ Высочайше утвержденнымъ, 6 мая 1874 г., правиламъ объ охотничьемъ порохѣ“ (уст. горн. ст. 37 прим.). Правила эти не только были утверждены министромъ въ томъ же году (Собр. узак. 1880 г. № 68, ст. 485) но и измѣнялись имъ затѣмъ нѣсколько разъ [2]). Установленныя этими правилами карательныя мѣры доходятъ до 8 мѣсяцевъ тюремнаго заключенія. Между тѣмъ правила объ охотничьемъ порохѣ 1874 г. „примѣнительно“ къ которымъ министру было предоставлено составить свой указъ, установляютъ наказанія не выше 4 мѣсяцевъ тюремнаго заключенія (улож. о нак. ст. 986^1 и 986^2). Любопытна также диспозитивная часть этихъ карательныхъ постановленій. За нарушеніе правилъ храненія взрывчатыхъ веществъ, нормальнымъ наказаніемъ опредѣленъ арестъ до 3 мѣсяцевъ. Если же послѣдствіемъ сего были кражи, то хозяинъ похищенныхъ веществъ подлежитъ тюремному заключенію до 8 мѣсяцевъ. Такъ какъ кража этихъ веществъ не составляетъ квалифицифированнаго вида кражи,

[1]) Дополненіе этихъ правилъ для баптистовъ Царства Польскаго по соглашенію съ варшавскимъ генералъ-губернаторомъ изданы въ 1880 г. Собр. Узак. 1880 г. № 53, ст. 252.

[2]) Собр. Узак. 1884 г. № 3, ст. 34; 1887 г. № 92, ст. 855.

то въ данномъ случаѣ, потерпѣвшій, плохо хранившій похищенное, наказывается строже похитителя.

Подобныя же карательныя постановленія издаются министромъ финансовъ по соглашенію съ министрами военнымъ и внутреннихъ дѣлъ, относительно устройства и содержанія частныхъ капсюльныхъ заведеній (уст. пром. ст. 274). Въ изданныхъ по этому предмету въ 1884 г. правилахъ (Собр. узак. 1884 г. № 84, ст. 660) санкціей является арестъ до 3 мѣсяцевъ или денежный штрафъ до 300 рублей; если же послѣдствіемъ несоблюденія правилъ будетъ пожаръ, взрывъ, раны, увѣчье, смерть—то тюрьма отъ 2 до 8 мѣсяцевъ.

Для изданія подобныхъ указовъ, прямо затрогивающихъ и опредѣляющихъ права и обязанности гражданъ, министры, какъ я уже говорилъ, совершенно неподходящіе органы. Представители исключительныхъ интересовъ отдѣльнаго вѣдомства, одной опредѣленной задачи управленія, они не могутъ съ должной объективностью опредѣлить взаимное соотношеніе подлежащихъ разграниченію юридическими нормами интересовъ государства и частныхъ лицъ. Это дѣло требуетъ непремѣнно соображенія со всѣми разнообразными задачами государственной дѣятельности и потому должно быть возлагаемо на такія учрежденія, которыя являются представителями государственнаго управленія въ его цѣломъ, во всей его совокупности.

Повидимому, непригодность отдѣльныхъ министровъ, какъ представителей спеціальныхъ задачъ управленія, къ выработкѣ юридическихъ нормъ, даетъ себя чувствовать уже и на практикѣ. По крайней мѣрѣ въ нашемъ законодательствѣ можно замѣтить наклонность изданіе большей части юридическихъ указовъ предоставлять взаимному соглашенію нѣсколькихъ министровъ. Это уже представляетъ переходъ къ признанію того начала, чтобы изданіе юридическихъ, общеобязательныхъ указовъ допускать не иначе, какъ по обсужденію въ комитетѣ министровъ, съ Высочайшаго утвержденія. Въ самомъ дѣлѣ, если соглашенія между министрами относительно содержанія предполагаемаго къ изданію указа не

состоится, дѣло не можетъ быть разрѣшено иначе какъ внесеніемъ его въ комитетъ министровъ. Ст. 24 учрежденія комитета министровъ относитъ къ его вѣдѣнію „дѣла, разрѣшеніе коихъ превышаетъ предѣлы власти, ввѣренной въ особенности каждому министру".

При изданіи указовъ по нѣкоторымъ предметамъ участіе представителей различныхъ отраслей государственнаго управленія установляется путемъ предварительнаго обсужденія проекта указовъ въ совѣщательныхъ учрежденіяхъ, составленныхъ изъ представителей различныхъ вѣдомствъ. Такъ аптекарская такса установляется министромъ внутреннихъ дѣлъ не иначе какъ по предварительномъ ея обсужденіи въ медицинскомъ совѣтѣ (учрежд. мин. ст. 396), въ составъ котораго входятъ члены отъ всѣхъ вѣдомствъ, имѣющихъ въ своемъ составѣ медицинскую часть (ст. 388). Но особенное значеніе имѣетъ участіе въ изданіи указовъ по желѣзнодорожному управленію совѣта по желѣзнодорожнымъ дѣламъ и совѣта по тарифнымъ дѣламъ, такъ какъ изъ этихъ совѣтовъ, въ случаѣ несогласія предсѣдательствующаго въ нихъ министра съ представителями другихъ вѣдомствъ дѣло, переносится на обсужденіе комитета министровъ. (Учрежд. мин., ст. 495, 732).

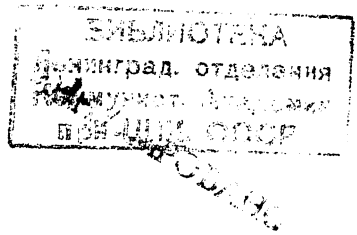
Прямой контроль законности издаваемыхъ министрами указовъ осуществляется сенатомъ и притомъ въ двоякой формѣ. Общеобязательные указы представляются при самомъ ихъ изданіи сенату для обнародованіи въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства. Въ большинствѣ случаевъ въ постановленіяхъ, предоставляющихъ министрамъ указную власть, прямо бываетъ оговорено требованіе представленія издаваемыхъ указовъ сенату для обнародованія. Но и независимо отъ такихъ спеціальныхъ оговорокъ, обязанность представленія сенату для обнародованія общеобязательныхъ указовъ основывается на общемъ постановленіи учрежд. мин. ст. 176, п. 6, что министры представляютъ „дѣла общія исполнительныя на разрѣшеніе сената — когда предстанетъ нужда сдѣлать общее (циркулярное) предписаніе". Такъ какъ законъ требуетъ въ этихъ случаяхъ представленіе дѣла „на

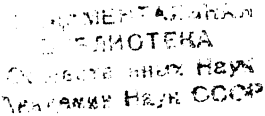
разрѣшеніе сената", то сенатъ и не считаетъ себя обязаннымъ обнародовать всякій указъ министра. Напротивъ, онъ признаетъ за собой право предварительной повѣрки законности полученнаго отъ министра указа. И бывали случаи, что сенатъ, найдя указъ въ чемъ-либо незаконнымъ, возвращалъ его министру для согласованія съ существующими законами. Такъ, было напримѣръ, сдѣлано съ первоначальнымъ проектомъ правилъ о судоходствѣ по рѣкѣ Кальміусу. (Собр. Узак. 1885, № 5, ст. 492).

Но и послѣ того, какъ указъ обнародованъ, частныя лица и общественныя установленія, считающія нарушенными свои права указомъ, могутъ, на общемъ основаніи, приносить жалобы на издавшаго указъ министра первому департаменту сената (учр. сената, ст. 1, 19, п. 3), такъ какъ нигдѣ въ законѣ не установлено въ этомъ отношеніи особаго изъятія для издаваемыхъ министрами указовъ. Это право обжалованія заинтересованными въ томъ лицами министерскихъ указовъ и дѣйствительно признается и сенатомъ, и государственнымъ совѣтомъ.

Въ 1872 году въ сенатъ была подана жалоба нѣкоторыми товарохозяевами на министра финансовъ по поводу изданнаго имъ положенія о таможенныхъ артеляхъ, которымъ, между прочимъ, предоставлялось артели исключительное производство всѣхъ работъ по таможнѣ съ воспрещеніемъ торгующимъ употреблять работниковъ безъ вѣдома артели. Жалоба была принята сенатомъ, но за состоявшимся въ первомъ департаментѣ разногласіи и за не составленіемъ въ общемъ собраніи узаконеннаго большинства дѣло перешло въ государственный совѣтъ. Въ состоявшемся по этому дѣлу Высочайше утвержденномъ 20 февр. 1873 года мнѣніи совѣта съ одной стороны было признано „и въ тѣхъ случаяхъ, на кои нѣтъ отдѣльнаго предписанія закона, право административныхъ властей, особенно высшихъ, опредѣлять подробности, ускользающія отъ законодательства", но вмѣстѣ съ тѣмъ прямо указано, что „если изданное въ административномъ порядкѣ постановленіе находится въ противорѣчіи съ дѣйствующими

законами, или по самому существу предмета подлежало утвержденію власти законодательной, то всѣмъ тѣмъ, чьи права и интересы отъ примѣненія онаго терпятъ ущербъ, несомнѣнно принадлежитъ право возражать противъ обязательной силы онаго“ [1]).


БИБЛІОТЕКА
Ленинград. отделения
Коммунист. Академіи


БИБЛІОТЕКА
Академіи Наукъ СССР

[1]) Сборникъ рѣшеній общаго собранія 1-хъ 3-хъ д-товъ и д-та герольдіи правительствующаго сената. Т. V. 1876 г., № 1010, стр 178—182.