

А. Ф. Евтихийев
Усмотрение (*das freie Ermessen*)
администрации (*Извлечение*)

Усмотрение вообще в юриспруденции противопоставляется деятельности, основывающейся на специальной правовой норме³. Оно имеет место в разных областях государственной жизни; в области законодательства, суда, администрации... Но в каждой из них оно носит своеобразный характер и допускается в различных пределах.

Усмотрением законодателей называется деятельность, определяемая не законом, а соображениями об общественном интересе. Его пределы широки, так как законодательная деятельность по своей природе имеет целью не столько выполнять, сколько издавать законы⁴.

Усмотрением судей называется свободно целесообразная оценка в применении, по указанным в законе основаниям, предоставленных судье полномочий. Его пределы очень ограничены⁵.

Усмотрение администрации считается в литературе административного права особенно трудным вопросом, как по своему характеру, так и по определению пределов, в которых оно допускается. Его называют дьявольским вопросом (*questio diabolica*) в немецкой литературе⁶.

Он рассматривается не столько как вопрос о свободе администрации от обязанности поступать по букве закона, сколько как вопрос о праве администрации, в отличие от высшего правительства⁷, на изъятие от юрисдикционного контроля, главным образом от контроля административных судов⁸.

Эти два по виду различных вопроса находятся между собою в тесной связи. Их связь закреплена историей преимущественно государств Западной Европы.

В XVIII и начале XIX в. администрация во Франции и Германии считалась деятельностью государства, основывающейся не на законе, а на благоразумном усмотрении (*pro prudenti imperantium arbitrio*)⁹. В этой области она была неподведомственной контролю судов.

С течением времени законодатель все больше и больше регламентировал различные административные службы и способы их отправления. Вместе с тем постепенно на них распространялся и контроль суда общего или административного.

В противовес этим тенденциям в западноевропейской литературе и было выдвинуто учение об особом административном усмотрении как субъективном

³ *Еллинек*. Право современного государства. С. 411.

⁴ *Duguit*. L'Etat, le droit politique la loi positive. 1901. S. 423.

⁵ *Люблинский П. И.* Усмотрение и произвол судьи // Судебное обозрение. 1905. № 8. С. 140 ; *Гольмстен*. Учебник русского гражданского судопроизводства. С. 125.

⁶ *Lemayer*. Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1896. С. 94.

⁷ Высшая правительственная деятельность нигде не подлежит контролю юрисдикционному, а только парламентскому.

⁸ *Tezner*. Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege. 1901. С. 215 и 217.

⁹ *Weiner*. Ueber Verwaltung und Justiz und über die Gränzlinie zwischen beider. 1830. S. 31.

праве государства в сфере администрации и его особой области, не подлежащей контролю ни судов общих, ни административных. По существу, это учение о субъективном праве государства первоначально было создано для подведения юридического фундамента под господство силы в государстве¹⁰.

Усмотрение администрации как особое субъективное право государства в начале истекшего столетия получило рельефную обрисовку преимущественно в сочинениях французских юристов. Для его конструкции они воспользовались формулами римского права, но наполнили их своеобразным содержанием¹¹.

По римскому праву было два вида субъективных прав: *imperium* — публичная власть и *dominium* — синтез прав личности. *Imperium* считалось субъективным правом государства и рассматривалось как право абсолютное и возникающее само собою¹². Оно подразделялось на два вида: *imperium aut merum aut mixtum est*. *Merum imperium... quod etiam potestas appellatur*. *Mixtum est imperium cui etiam jurisdiction inest* (Ульпиан. *De Jurisdictione*).

По этому образцу французские юристы в начале истекшего столетия подразделяли администрацию также на два вида: на чистую администрацию, или дискреционную (*pure administration*), и спорную администрацию (*administration contentieuse*)¹³.

Первый вид администрации и рассматривался как особый вид субъективного права администрации. В его пределах администрация не связана законами, она считалась в них автономным хозяином. В отношениях к индивидууму она выступает как дискреционная власть, а индивидуум в отношении нее является лишь просителем, имеющим тот или иной интерес в административной деятельности, но не имеет никаких прав на нее¹⁴.

Второй вид администрации (*administration contentieuse*) строго регламентирован законами, их исполнение для него обязательно. Его функции, по преимуществу судебные: рассмотрение жалоб, вызываемых столкновениями между чистой администрацией, когда она выступает за свои границы, и частным лицом, между интересом общественным и частным¹⁵. Дела этого второго вида администрации технически назывались административно-спорными (*contentieux administratif*)¹⁶.

Проведение границ между областями этих двух администраций с давних пор было предметом горячих споров. Они носили не чисто теоретический характер, а часто превращались в политические прения о расширении прав личности или об укреплении власти государства¹⁷.

¹⁰ *Duguit*. [Статья об административных актах] // *Revue de droit public et la science politique*. 1907. S. 428.

¹¹ *Serrigny*. *Trailé de l'organisation, de la compétence et de la procedure en matière contentieuse administrative dans leur rapports avec le droit civil*. 1842. P. 20.

¹² *Duguit*. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*. 1908. P. 19.

¹³ *Serrigny*. *Op. cit.* P. 21.

¹⁴ *Dufour*. *Traité générale de droit administratif appliqué*. 1843. P. 94.

¹⁵ Baron de Gerando *Institutes du droit administratif francais ou éléments du code administratif*. 1828. P. 98.

¹⁶ *Dufour*. *Op. cit.* P. 95 ; Larousse. *Grand dictionnaire*. 1869. Vol. 4. P. 1082.

¹⁷ *L. von Stein*. *Die Verwaltungslehre*. 1869. Vol. I. S. 408.



Наука иных народов заимствовала французское учение о видах администрации и приняла участие в разрешении вопроса о границах между ними. В особенности много места уделила ему немецкая теория. Многочисленные учения об этих границах немецкая литература группирует в двух теориях, в которые укладываются учения... первая теории определяет, что область чистой администрации, или административное усмотрение, имеет место там, где деятельность администрации не нарушает ничьих субъективных прав; вторая теория указывает, что административное усмотрение имеет место там, где деятельность администрации зависит не от правовых оснований, а от обстоятельств фактических¹⁸.

Учение о правах индивидуума как границах административного усмотрения было известно немецкой и французской литературе до первой Французской революции¹⁹, но особенно большой успех оно сделало во Франции в революционный период. Революционное законодательство, административные законы консульства, империи и в особенности Code civil придали правам индивидуума значение, какого они никогда прежде не имели²⁰.

Французская и немецкая теории в начале XIX века также были проникнуты индивидуалистическими тенденциями. Теория различала два вида прав индивидуума: первоначальные права (*droit primitif*) и приобретенные права (*droit acquis*, *erworbenen Rechte*). Наиболее видный представитель этой теории, француз Chaveau, проводил между ними в сфере администрации такое различие: первоначальные права присущи индивидууму как собственнику, французу и гражданину. Они обеспечивают ему определенную независимость в отношениях с государством и другими индивидуумами. Права приобретенные возникают, когда администрация оказывает индивидууму какое-либо одолжение, в котором она могла бы и отказать, например, дает концессию.

Оба вида этих прав индивидуумы сохраняют против притязаний администрации, и всякое посягательство на них, по мнению Claveau, должно подлежать судебной защите²¹.

С 1860-х годов в немецкой и французской литературе не встречается сочувствия теории первоначальных и приобретенных прав. Ее заменяет иная теория — о правах, как границах для административного усмотрения; но ее конструкция получает своеобразный характер в сочинениях немецких и французских ученых.

Немецкая теория остается верной индивидуалистическим принципам и продолжает противопоставлять государственной власти права индивидуума, подразделяя их на два вида: субъективные частные права и субъективные публичные права. Нарушение этих прав администрацией дает место судебному контролю: когда нарушаются субъективные частные права имеет место контроль общих

¹⁸ Tezner. Op. cit. s. 215, 217 ; Meyer G. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht. Teil 1. 1893. S. 47. Anmerkung.

¹⁹ Wolzendorff. Die Grenzen der Polizeigewalt. 1905. S. 34.

²⁰ Duguít. Op. cit. Le droit. P. 26.

²¹ Marie. Le Droit positif et la jurisdiction administrative. II. 1903. P. 318. изд. 1903 г. Журнал Министерства юстиции. Май 1910.

судов; когда нарушаются субъективные публичные права, тогда дела подведомственны судам административным²².

Субъективными частными правами в немецкой литературе называются права, вытекающие из частногражданских отношений индивидуумов, или индивидуума и государства, по поводу имущественных отношений, где государство выступает в качестве не власти, а фиска.

Теория субъективных публичных прав в немецкой литературе очень туманна. Для их определения предложено несколько формул. Наиболее простой и имевшей большое влияние на практику административных судов Пруссии было определение Sarwey'a²³.

Sarwey называет субъективными публичными правами интересы, признаваемые материальным правом, подлежащими правовой защите в административно-спорном процессе²⁴, или просто интересы, охраняемые иском в административном суде. Это определение так же, как и другие, вызывает очень много возражений. Немецкая теория пополняет недостатки определений понятия субъективных публичных прав перечислением тех групп отношений между личностью и государством, где допускается правовая защита в административном суде.

Почти каждый немецкий ученый предлагает свою группировку их, отличную от других более формой, чем содержанием. В истории их заметна одна и та же тенденция: расширить размер публичных субъективных прав за счет административного усмотрения.

В 1875 г. Ulbrich отмечал три группы отношений между личностью и государством, где интересы охраняются иском: 1) интерес принадлежать к определенным административным организациям и осуществлять предоставляемые там права; 2) пользоваться общественными предметами, 3) интерес к деятельности администрации для индивидуума²⁵. В 1896 году проф. Stengel расширил несколько круг отношений, подлежащих защите иском в административном суде²⁶, а в 1901 году их еще более расширяет проф. Tezner²⁷ и т.д.

Французская теория в основных течениях под влиянием практики французского Государственного Совета, с 1860 годов постепенно оставляет индивидуалистические концепции и в большей мере проникается общественными началами: она оставляет прежнее учение о резком противопоставлении права и интереса и постепенно устанавливает принцип объективной обязанности государства поступать закономерно. Первоначально эта теория исходит из тех положений, что существуют правила, определяющие, что администрация вправе требовать от

²² Tezner. Op. cit. S. 1—23 ; Jellinek. System der subjectiven Öffentlichen Rechte. 1905. S. 4 ; Bornhak. Das Verwaltungsstreitverfahren nach preuss. Rechte (Annalen des Deutschen Reichs). 1899.

²³ Mueller. Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege. 1895. S. 145.

²⁴ Sarwey. Das Öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. 1880. S. 112.

²⁵ Ulbrich. Ueber öffentliche Rechte und Verwaltung. Gerichtsbarkeit. 1875. S. 31.

²⁶ Karl Freiherr von Stengel. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentliche Rechte (Verwaltungsarchiv. 3 Bd. S. 194).

²⁷ Tezner. Op. cit. s. 80.



лиц и каким способом она может это требовать. Нарушение этих правил и дает индивидууму право на иск в административном суде²⁸.

Теория объективной обязанности администрации поступать законно находит сторонников. Правда — немногочисленных, и в немецкой литературе. К числу их принадлежат проф. Laband, O. Mayer, Zorn, Bornhak и др.²⁹

Ими высказывается сомнение вообще в возможности противопоставлять субъективные публичные права индивидуума государственной власти. Противники публичных субъективных прав замечают, что у индивидуума нет средств отстоять свои права против государственной власти. Поэтому то, что называют субъективными правами, есть только рефлекс объективной обязанности государства поступать закономерно. Соответственно этому, и в органах административной юстиции они видят учреждения, призванные к разрешению споров не о правах борющихся субъектов — личности и государства, а органы, контролирующие выполнение администрацией объективных обязанностей³⁰.

Сторонники воззрений, что существует объективная обязанность для администрации поступать закономерно, не упраздняют сферы административного усмотрения. Ее отмежевывает вторая из упомянутых теорий, предоставляющая возможность присоединиться к ней как противникам, так и сторонникам субъективных публичных прав. В немецкой литературе ее представителями являются проф. Bernatzik, O. Mayer и др.³¹. По этой теории, административное усмотрение имеет место там, где дела решаются на основании не правовых, а фактических обстоятельств. Ее основанием служить воззрение, что административные суды должны осуществлять только правовой контроль (Rechtskontrolle). Такой контроль, по самой своей природе, должен опираться только на правовые основания, а не на фактические. Поэтому в тех случаях, когда решение зависит от оценки фактических обстоятельств или дело не регламентировано законом, оно и не подлежит компетенции административного суда, оставаясь в пределах усмотрения администрации³².

Из этого правила проф. Bernatzik и O. Mayer допускают одно исключение. По их мнению, где ясно видно, что администрация не исполняет своих обязанностей, там ее поведение может быть предметом проверки со стороны административного суда, хотя бы в данном случае ее деятельность и не была регламентирована законом³³.

²⁸ *Marie*. Op. cit. P. 326, 327 ; *Duguít*. L'Etat, les gouvernants et les agents. 1903. P. 535.

²⁹ *Laband*. Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 1901. S. 138 ; Zorn Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit (Verwaltungsarchiv. 1894. 2 kh. S. 38).

³⁰ *Bornhak*. Op. cit. S. 360.

³¹ *Mayer G*. Op. cit. S. 47. Anmerkung ; *Tezner*. Op. cit. S. 244.

³² *Bernatzik*. Rezension. Friedrich Tezner: zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte (Zeitschrift für das privat- und Öffentliche Recht. Bd. 18. S. 155).

³³ *Tezner*. Op. cit. S. 244.