

стремлений. Какая то тайная сила, действующая в современной жизни, стремится погубить идею права — и для выполнения этого она как бы ослепила современных юристов. Такой ослепленной юриспруденцией является господствующая ныне школа «объективного права».

Н. Н. Алексеев

ПРАВОМОЧИЕ И ЕГО ВИДЫ

До последнего времени в юридической литературе термины «право в субъективном смысле», «правомочие», «субъективное право» употреблялись как вполне тождественные, ибо все они одинаково обозначали предоставленную объективным правом возможность совершения действий. И то, что этими терминами обозначалось, представлялось также всем чем то единым, всегда себе равным и различий в нем никаких не усматривалось. С некоторыми оговорками к трем указанным терминам можно присоединить еще четвертый — «компетенция», место коему в теории права вообще еще не найдено. Если в отождествлении первых трех в науке царит полное единодушие, то в отношении термина «компетенция» этого сказать нельзя; одни авторы считают его совершенно лишним, так как слово это выражает будто бы то же понятие, что и правомочие или субъективное право, другие же, наоборот, настаивают на самостоятельной, резко отличной от субъективного права, природе того, что они называют компетенцией. В дальнейшем мы должны будем подробно остановиться на всех этих разногласиях, сейчас же заметим следующее. Конечно, можно условиться, пользуясь богатством языка, что одно понятие мы будем выражать несколькими словами; тогда замена одного термина другим не повлечет за собой недоразумений и неясности. Но недоразумения, неясность и споры появятся с необходимостью если то, что этими терминами обозначается, на самом деле не есть нечто единое, постоянно обладающее одними и теми же признаками. В последнем случае с неизбежностью одни авторы будут связывать один термин с наличием таких-то признаков, другие — с их отсутствием или наличием каких-либо иных признаков; наконец у третьих авторов связь будет как раз обратная.

Всеми этими рассуждениями мы хотели только дать схему разногласий и споров по интересующему нас вопросу, к иллюстрации и решению которого мы теперь и перейдем. Мы попытаемся показать, что то, что до настоящего времени называется

«субъективным правом», «правомочием» или «правом в субъективном смысле», а некоторыми еще и «компетенцией», не является на самом деле чем то единым, что в нем существуют весьма существенные различия, игнорирование которых лишает возможности решения многих основных вопросов теории права.

I.

Приступая к решению поставленной себе задачи, условимся что под правомочием мы будем понимать возможность совершения каких либо положительных или отрицательных действий предоставленную законом, обычаем или другим каким либо источником права, т. е. короче говоря — предоставленную тем, что называется объективным правом. *Но человек, субъект права, может действовать или в собственном, личном интересе, или же в интересе других лиц.* До настоящего времени эта возможность к совершению действий как в собственном интересе, так и в интересе других лиц одинаково называлась правомочием, субъективным правом или правом в субъективном смысле; все три термина употреблялись, как совершенно тождественные и противопоставлялись праву в объективном смысле, как совокупности норм. И то, что этими терминами обозначалось, казалось чем то единым, простым, никаких различий в нем не замечалось. На самом же деле, как мы попытаемся показать, это совершенно не верно. Уже в вышеприведенном определении правомочия нами указано, что субъект права может действовать либо в собственном интересе, либо в интересе других лиц.

Эта управомоченность, это предоставленное субъекту право в обоих случаях вовсе не одной природы; в каждом случае мы имеем нечто совершенно различное, и различие это легко усматривается. Возьмем несколько примеров для первого случая, т. е. для действий в собственном интересе. Каждое правоспособное лицо может, т. е. имеет право продать или не продать принадлежащую ему вещь, вступить в брак или не вступить, принять на себя представительство другого лица или не принять, получать от казны пенсию, если она ему полагается, или не получать, пользоваться пособием для безработных или отказаться от него, и т. п. При всех этих действиях никто не может потребовать от автора этих действий какого либо отчета, мотивов его поведения, за все эти действия он ни перед кем не отвечает. В совершении или не совершении таких действий субъект абсолютно свободен. Совершенно иной характер носят действия совершаемые в интересах других лиц. Так, представитель отвечает перед своим доверителем за все свои действия по представительству, он ему обязан отчетом, он должен мотивировать

свои действия; так, опекун несет ответственность и перед опекаемым и перед опекунским управлением, так судебный следователь, которому законом предоставлено право производить аресты, может напр. оставить на свободе обвиняемого, но такое свое постановление он должен мотивировать, с его мотивами суд может не согласиться и даже привлечь следователя к ответственности; так, член правления какого либо союза, совершая какие либо действия в интересах своего союза, должен доказать их целесообразность и отвечает за них перед общим собранием.

Как видим, управомоченность к совершению действий в собственном интересе характеризуется полной свободой усмотрения, осуществление такого права не подлежит контролю, мотивы действий здесь безразличны, и автор таких действий, совершая их за собственный риск и страх, ни перед кем не несет ответственности. Для управомоченности к действиям в интересах других лиц характерно как раз обратное: большая или меньшая связанность, подконтрольность, а потому должная мотивированность таких действий и ответственность за них. Мы видим, сколь разнятся между собою оба вида правомочия и потому считаем, что к обоим видам нельзя применять одну и ту же терминологию. Различие в существе изучаемого нами явления должно находить отражение и в словах.

Итак, мы пришли к различению двух видов права в субъективном смысле. Один вид права предоставлен субъекту для пользования в собственных интересах, другой для пользования в интересах не собственных. Первый вид характеризуется полной свободой, безотчетностью, безразличием мотивов и безответственностью; права второго вида — как раз обратными признаками.

Необходимо найти название для этих двух видов права. По смыслу наиболее правильным было бы назвать первый вид права — правом субъектным, так как действительно все эти права, как будет видно из дальнейшего, принадлежат субъекту, как таковому, вне зависимости от его особого юридического положения. Но необычность этого слова не позволяет рассчитывать на то, что термин этот получит общее признание. Можно было бы назвать такие права — правами личными. Но, во-первых, этот термин уже употребляется в отношении прав непередаваемых, а во-вторых, так называются некоторыми авторами права личности, не носящие имущественного характера и не вытекающие из семейственных отношений, как то право на жизнь, свободу передвижения, на личное имя, честь, на свободу веры, слова и т. п. Третья возможность назвать эти права — правами индивидуальными. Однако и это слово нельзя признать вполне соответствующим, так как оно обозначает нечто противное обратное коллективному; можно было бы ожидать, что если один

вид права называется индивидуальным, то другой с необходимостью должен называться коллективным. На самом же деле наше различие с таким противоположением дела не имеет.

Не остается ничего другого как назвать этот вид правомочия правами *лично-свободными*. В этом термине соединены наиболее характерные признаки прав, предоставленных субъекту для действий в собственном интересе, а именно связь их с лицом, как таковым, вне зависимости от его особого юридического положения, и свобода в их осуществлении.

Не менее труден вопрос с обозначением второго вида правомочия, т.е. права на совершение действий в интересах других лиц или вообще в несобственных интересах. Всего правильнее было бы назвать этот вид права правом функциональным, так как лицо, действуя в интересах другого, тем самым действительно выполняет функцию. Но хотелось бы избежать введения этого, из математики заимствованного, к тому же для юридической литературы совершенно нового слова, притом еще и иностранного. Назвать такие права правами должностными было бы неправильно, слишком узко, так как к этим правам безусловно относятся права родительские, права опекуна, попечителя, представителя; считать же родителей или представителя должностными лицами было бы по меньшей мере странно. Остается последняя возможность — называть второй вид правомочия — правами *служебными*, понимая под этим, конечно, не состояние на службе государственной, общественной или частной, а просто служебность, служение другому лицу.

Для обозначения же родового понятия мы будем употреблять, как это было и до сих пор, термины «право в субъективном смысле» и «правомочие».

II.

Покончив с вопросом терминологическим, вернемся к существу дела. Мы конечно предвидим, что против выдвигаемого нами различия двух видов правомочия могут быть сделаны существенные возражения. Нам могут указать, что второй вид правомочия, называемый нами служебным или функциональным правом, на самом деле вообще не есть правомочие, а есть простая обязанность. Так, в отношении наших примеров из частного права будут утверждать, что представитель является просто обязанной стороной в отношении доверителя, опекун такой же стороной в отношении своего опекаемого и т. п., что во всех подобных случаях нужно различать не одно, а два правоотношения, а именно отношение представителя к своему доверителю и его отношения к другим лицам, с которыми доверитель вступает в какую либо сделку; отношение опекуна к опекаемому

и его отношение к посторонним. В одном правоотношении представитель, опекун являются лицами обязанными, в другом — управомоченными.

С примерами же из области публичного права дело обстоит еще проще: здесь, будто бы, вообще нет прав, а лишь одне обязанности. Известно, что такой точки зрения придерживался публичное и частное: по Шершеневичу частное правоотношение слагается из четырех элементов, субъекта, объекта, обязанности и права, а публично-правовое отношение всего из трех — субъекта, объекта и обязанности. Мы считаем эту точку зрения в корне неправильной и полностью присоединяемся к профессору Л. И. Петражицкому, указавшему, что правовое отношение тем и характеризуется, что в нем всегда имеется и правомочие и обязанность, что юридическая норма тем и отличается от всякой другой, что она всегда двусторонняя, императивно-аттрибутивная. Чтобы убедиться в этом возьмем любой пример — скажем действия сборщика податей. Что собирать налоги он обязан, в этом нет ни малейшего сомнения, но обязан он перед лицом, под начальством коего он находится, в отношении же плательщика он является лицом управомоченным. Плательщик обязан уплатить налог именно сборщику, а не полицейскому врачу, и при том сборщику именно данного участка, а не его сослуживцу из соседнего участка. И это потому, что ни полицейский врач, ни сборщик из другого участка не являются лицами управомоченными на взыскание налога с данного налогоплательщика. Совершенно то же можно сказать о действиях любых агентов государства.

Вся трудность признания в подобных отношениях наличия правомочия происходит по причине невыясненности и дефектности понятия субъективного права. В то время как для одних понятие это равнозначно правомочию, другие авторы стали придавать ему более узкое значение, понимая под ним только свободную возможность совершения каких-либо действий. А так как в действии агентов этой свободной возможности нет, ибо они обязаны совершать эти действия, то отсюда приходили к заключению, что в подобных отношениях нет вообще никакого права. Так, проф. Н. Н. Алексеев в своей «Общей теории государства» на стр. 446 пишет: «субъективное право» в подлинном смысле есть свободная возможность, в основании коей не лежит никакой обязанности. Поэтому субъективных прав в области государственных функций нет, но есть только компетенция свободная или связанная».

По нашему же мнению, в праве в субъективном смысле или правомочии вовсе не содержится указания на какую то степень связанности или свободы; оно означает лишь, что такое

то лицо, при таких-то условиях наделено возможностью, т. е. имеет право совершить какое-либо определенное действие, которое другое лицо, или то же, но при других обстоятельствах, совершить не может, т. е. не имеет права, если же это действие данным лицом будет все же совершено, то это будет не осуществлением права, а правонарушением. На нижеследующих примерах это обнаружится с полной отчетливостью.

Допустим, что кто либо, не зная, что какой нибудь налог уже отменен, вносит в покрытие этого налога определенную сумму в казначейство, выполняя тем самым свою обязанность налогоплательщика, правда в данном случае мнимую. Допустим также, что фининспектор, неправильно поняв закон о новом налоге, взыскивает с налогоплательщика неподлежащий уплате налог, полагая при этом, так же как и налогоплательщик, что выполняет свою обязанность. Квалификация действий того и другого будет однако совершенно различной. Налогоплательщик, уплатив непричитающееся, не совершил правонарушения; действие же инспектора должно рассматриваться, если не как преступление, так как не было умысла, то, по меньшей мере, как действие противоправное. Спрашивается, в чем же разница? Ведь оба они выполнили свою обязанность, хотя и мнимую. Разница конечно в том, что для уплаты налога не нужно никакой управомоченности, это есть чистая обязанность, а для взыскания налога необходимо правомочие. Инспектор не был управомочен на взыскание на самом деле не подлежащего взысканию налога, а потому, взыскав его, он совершил поступок противоправный. Для большей убедительности еще пример. Кто либо, не подлежа призыву, но желая поступить на военную службу, и скрыв с этой целью освобождающие его от призыва обстоятельства, зачисляется председателем призывной комиссии в армию. И наоборот, председатель такой комиссии из личной неприязни к кому либо, скрыв обстоятельства, по коим данное лицо не должно было бы призываться, зачисляет это лицо в армию. И наш доброволец и председатель не были обязаны к тем действиям, кои они совершили, но председатель не только не был обязан, а еще и не был управомочен зачислять в ряды армии данное лицо, а потому, зачислив его, он совершил преступление. Обобщая эти примеры, можно установить следующее: когда мы имеем дело с чистой обязанностью, то действия, совершенные в исполнении такой обязанности лицом, на самом деле к тому не обязаны, ни в коем случае не могут рассматриваться, как противоправные; когда же мы имеем дело с тем, что мы называем служебным, или функциональным правом, которое всегда есть вместе с тем и обязанность, то действие лица, на самом деле к подобному действию не обязанного, во исполнение такого рода «обязанности», — является правонарушением, так как лицо на это дей-

ствие не было управомочено. Если в первом случае можно сказать: не был обязан, но все же сделал, — тем лучше, тем достойнее, то во втором должно сказать: не был «обязан» — но сделал сам, тем самым совершил противоправный поступок.

После всех этих рассуждений и примеров должно стать ясным, что в осуществлении агентами и органами государства своих функций нельзя видеть только выполнение обязанности. Это всегда есть и осуществление правомочия, права, но конечно не того свободного права, о котором говорит проф. Алексеев, не лично-свободного, как предлагаем назвать его мы, а права второго вида — служебного или функционального. Не касаясь пока нашей новой терминологии, мы должны указать, что признавая в осуществлении агентами и органами государства своих функций осуществление права, мы сохраняем верность и юридической традиции и вошедшей уже в практику терминологии. И в научных трудах, и в учебниках, и в быту принято говорить о *правах* должностных лиц. Постоянно слышишь и читаешь «фининспектор имеет право», «имеет-ли право полиция» и т. д.

Защищаемая нами точка зрения — утверждение наличия в действиях агентов и органов государства элементов и права и обязанности, высказана была еще раньше проф. С. В. Завадским. В своем курсе гражданского права, касаясь вопроса о делении права на публичное и частное, проф. Завадский, возражая проф. Шершеневичу, усматривает отличительный признак публичного права как раз в том, что в отношениях публично-правных на одной стороне объединены и право и обязанность, тогда как в частных правоотношениях право и обязанность разобщены. Прав ли проф. Завадский в том, что наличие на одной стороне и права и обязанности встречается только в отношениях публично-правных, и что такое соединение может служить отличительным признаком публичного права, — вопрос иной, к решению коего мы вернемся в дальнейшем, но проф. Завадский безусловно прав в том, что в действиях агентов и органов государства нужно видеть сочетание и права и обязанности.

Теперь вернемся несколько назад, к первой части предвидимого нами возражения, а именно к тем примерам из частного права, которые мы привели в доказательство того, что в частном праве нужно различать два вида правомочий — право лично-свободное и право служебное или функциональное. Мы предвидели, что нам может быть сделано указание, что в примерах наших с опекуном и представителем мы смешиваем два правоотношения, а потому и усматривали у опекуна и представителя какое то особое право с элементами обязанности, тогда на самом деле здесь два правоотношения, из коих одно слагается из субъективного права опекаемого или доверителя и обязан-

ности опекуна или представителя, а другое из субъективного права опекуна или представителя и обязанности тех лиц, с которыми он вступил в сделку по делам опеки или представительства. Так ли это? Что здесь два правоотношения мы не спорим так же, как и при действиях агентов и органов государства, но ведь не в этом вопрос. Необходимо выяснить, как должны мы рассматривать какое либо отдельное действие опекуна или представителя; как его право, или как обязанность, и если как право, то однородно-ли право опекаемого и опекуна, представляемого и представителя и можно ли права этих лиц одинаково называть субъективными. Попробуем разобраться опять на конкретном примере. Допустим, что одно лицо доверило другому, своему представителю, продать принадлежащее первому лицу имущество; представитель нашел покупателя и заключил договор купли-продажи. Не возникает сомнений, что собственник, продавая свое имущество, осуществляет свое право и при этом право лично-свободное, так как в распоряжении своей собственностью он вполне свободен: может продать, может не продать, может совершить сделку сам лично, может передать заключение ее своему представителю. Представитель, принимая на себя поручение, также осуществляет свое лично-свободное право, так как он также волен принять, волен и отказаться, и до мотивов принятия или отказа никому нет никакого дела, как и до мотивов продажи собственником своего имущества. Но, спрашивается, после того, как поручение принято и представитель для третьего лица стал лицом управомоченным, т.-е. получил право на осуществление чужого права, можно ли считать такое право представителя его лично-свободным правом. Не нелепостью ли было утверждение, что одному лицу может принадлежать совершенно такое же право распоряжения имуществом другого, как и собственнику данного имущества, что это чужое имущество данное лицо может продать за любую цену или вовсе не продать, кому либо подарить, пожертвовать, вообще распорядиться, как заблагорассудится. Очевидно, что право представителя коренным образом отличается от права лица представляемого, и если последнее называть лично-свободным, то применение этого же термина к праву представителя означало бы намеренное соединение несоединимого, неразличение по существу различного. Положение представителя, да и всякого лица в области частного права, поскольку такое лицо действует в чужих интересах, с формальной стороны вполне аналогично положению государственных агентов и органов, правомочия и тех и других совершенно одного порядка, являются теми правами, кои мы называем служебными или функциональными. Как представитель является лицом управомоченным по отношению к третьим лицам, так государственный агент —

таким же по отношению к определенному числу граждан; как представитель является стороной обязанной по отношению к своему представляемому, так такой же стороной является и государственный агент по отношению к лицам, выше его стоящим на служебной лестнице. Таким образом тот вид правомочия, который мы называем служебным или функциональным правом, находит себе место как в частном, так и в публичном праве. И потому не прав проф. Завадский считавший, что объединение на одной стороне элементов права и обязанности, что объединение личительным признаком для публично-правовых отношений. Усмотренное нами различие правомочий отнюдь не должно замечать деления объективного права на публичное и частное. Оба деления совершенно самостоятельны и необходимы. И не только основа деления в обоих случаях совершенно различна, но и предмет деления совершенно различен. Деление права на публичное и частное есть деление права в объективном смысле, тогда как деление права на лично-свободное и функциональное или служебное есть деление права в субъективном смысле или правомочия.

Еще одно возможное недоразумение хотелось бы нам предотвратить. А именно, не должно смешивать различие собственного и не собственного интереса с делением на частные и общие интересы. Как известно, на последнем различии думал построить проф. Коркунов свое деление права на публичное и частное. Кажется общепризнанным, что это ему не удалось, да и не могло удасться, так как невозможно определить, где кончается частный интерес и где начинается общий. Наше различие построено на совершенно ясном и отчетливом признаке. Если последствия действия возникают для лица действующего, то мы имеем дело с лично-свободным правом; если не для него, то перед нами служебное или функциональное право.

III.

В начале нашей работы мы вскользь заметили, что права родительские относятся нами также к служебным или функциональным правам, а не лично-свободным. С первого взгляда это может показаться весьма странным. Однако своеобразие семейного права было уже давно замечено многими. Свообразие это столь значительно, что проф. Петражицкий считал более правильным объединять в одну группу право семейственное и право публичное, а проф. Завадский в своем курсе гражданского права прямо говорит, что родительские права суть собственно публично-правовые обязанности, возложенные на родителей. И действительно, родительские права на самом деле являются сочетанием права и обязанности, т.-е. тем, что мы назы-

ваем служебным или функциональным правом. Совершенно очевидно, что родители имеют право, что они уполномочены к воспитанию детей; но вместе с тем они одновременно и обязаны их воспитывать; всякое вмешательство посторонних, помимо воли родителей, в дело воспитания есть нарушение их права, но также и отказ родителей от заботы о детях есть отказ от выполнения своей обязанности. Право родителей не может быть их лично-свободным правом, так как во всех действиях своих по воспитанию они обязаны руководствоваться не своими интересами, а интересами детей. Понятно в нормальной, хорошей семье интересы родителей и детей совпадают, да обычно никто лучше родителей и не может понимать и знать интересы ребенка; но в отдельных случаях такого совпадения может и не быть, и если при таком расхождении родители в своих личных интересах действуют против интересов детей, то они могут быть лишены своего права и даже понести наказание. Однако такое понимание взаимоотношений родителей и детей есть результат последнего времени, еще не везде нашедший себе полное отражение в положительном праве и в правосознании масс. Общеизвестно, что и в недалеком сравнительно прошлом и у древних народов отец имел над детьми почти такую же власть, как над вещами, и право его в то время нужно рассматривать, как его, отца, лично-свободное право. Да и вообще отдельные права с изменением правосознания могут переходить из разряда лично-свободных в разряд служебных или функциональных прав. Так, в настоящее время можно наблюдать изменения правосознания в отношении к хозяйственной деятельности. Даже в странах, социальный строй которых основан на частной собственности, руководство громадными предприятиями, в которых заняты несколько тысяч рабочих и которые обслуживают иногда громадное число потребителей, — воспринимается современным правосознанием как общественная функция, выполнение которой принято на себя собственником, а не как его лично-свободное право. Правда, в положительном праве большинства государств новое понимание не нашло себе еще почти никакого отражения. Однако, несмотря на это, нельзя не признать, что хозяйственная деятельность и при частно-хозяйственном строе с какого-то момента, при определенных условиях, становится функцией и потому перестает быть лично-свободным правом собственника.

Мы не закрываем глаз на трудности определения того момента и тех условий, с которого и при которых хозяйственная деятельность становится функцией. Но кое какие замечания по этому поводу могли быть все же сделаны. Во-первых, должно избегать смешения социологической и юридической точки зрения. Социологически всякая хозяйственная деятельность, кроме чистого типа хозяйствования потребительского, не состояще-

го в меновых отношениях с другими хозяйствами, есть деятельность функциональная. Для того же, чтобы и юридически хозяйственная деятельность стала функцией, необходимо или отделение собственника от его предприятия в смысле размежевания интересов собственника и интересов предприятия в смысле предоставления кому то права контроля и надзора за действиями собственника; таким контролирующим органом могли быть, скажем, объединение предпринимателей, союз потребителей, рабочие организации, наконец государственные органы; или же необходимо просто признание положительным правом, что хозяйствование должно быть осуществляемо в интересах потребителей и наделение, так же как и в первом случае, кого-то правом надзора и контроля. При таких условиях собственник будет обязан действовать или в интересах предприятия, или в интересах потребителей, а не в личном своем интересе и таким образом деятельность его из осуществления лично-свободного права превратится в осуществление служебного или функционального права. Положение такого функционального собственника очень напоминало бы положение тех лиц из недавнего прошлого Запада, которые занимая определенные государственные должности, имели право продавать, дарить, завещать их, короче говоря вполне ими распоряжаться при соблюдении одного лишь условия, чтобы деятельность, с этими должностями связанная, не прекращалась. Здесь не место обсуждать, поскольку все это выполнимо и желательно; в задачу себе мы ставили лишь указание тех условий, при коих и с юридической точки зрения хозяйствование становится функцией.

Поскольку же собственник в своей хозяйственной деятельности руководствуется собственным, личным интересом и может юридически (в смысле требования положительного права) не считаться с интересами лиц, кои обслуживаются предприятием, то деятельность собственника при таких условиях остается формально его лично-свободным правом.

IV.

В учении об органах и агентах государства и юридической природы их функций с наибольшей ясностью обнаруживается тот тупик, в который зашла теория права благодаря неразличению двух видов правомочия. Было бы поэтому весьма поучительным и интересным провести подробный разбор весьма многочисленных теорий, касающихся этого вопроса. Однако в настоящей статье такой разбор кажется нам не уместным. Мы ограничимся поэтому передачей лишь самого существенного.

Прежде всего необходимо выяснить и определить понятие органа. Можно ли считать органы субъектами права? Известно,

что весьма многими учеными, вопрос этот решается отрицательно. Так проф. Еллинек в своем «Общем учении о Государстве» пишет: «Каждый союз нуждается в единой воле. Этой волей может быть только воля человеческих индивидов. Индивид, воля которого считается волею союза, должен быть рассматриваем — поскольку отношение касается союза — как орудие воли союза, как орган союза». И далее: «Чтобы выяснить правовое положение государственных органов, необходимо строго отличать органы от функционирующих в качестве этих органов людей. Орган, как таковой, не является по отношению к государству лицом. Не существует здесь поэтому двух лиц — личности государства и личности органа, которые находились бы друг к другу в каком бы то ни было правовом отношении, государство и орган образуют напротив единое целое. Государство может существовать только через посредство своих органов; если мыслить его без последних, то останется не государство, как носитель своих органов, а юридическое ничто. Этим отношение органа отличается от всякого рода представительства. Представляемый и представитель суть и всегда остаются двумя лицами; союз и орган всегда составляют одно лицо»... «Так как орган не имеет никаких индивидуальных прав, а только государственную компетенцию, то последняя не может быть также правом функционирующих в качестве органа лиц. Индивид, напротив того, может иметь право на положение органа, т. е. на признание его органом и допущение к отправлению его функций»... «Положение органа занимает всегда конечно индивид, юридически никогда вполне не сливающийся с органом. Государство и носитель органов являются поэтому двумя несовпадающими личностями, между которыми возможны и необходимы разнообразные юридические отношения; так напр., все права и обязанности чиновников по отношению к государству представляют собою права и обязанности не государственных органов, а носителей органов; жалование получает носитель органа, а не орган, и точно также дисциплинарное наказание постигает первого, а не последнего».

Все это учение Еллинека является сплошным противоречием. Действительно, орган здесь и лицо и вместе с тем не лицо, «носителем» органа является то индивид, то государство. И не в праве ли мы задать вопрос, что такое «индивидуальное» и «не индивидуальное» право, о котором говорит Еллинек. Как известно, в теории права такого различия до сего времени не проводилось. Да и сам Еллинек не указывает отличительных признаков этого нового вида прав, и не дает их характеристики.

Но конечно главной ошибкой Еллинека, из которой вытекают уже все остальные, является его требование отличать орган от «носителя органа». Требование это просто противно всякой

логике. Можно и должно действительно отличать должность от носителя должности, должностного лица. Ведь невозможно «быть должностью», должность можно только занимать; наоборот органом можно только быть, занимать же «орган» никак нельзя. И это потому, что должность означает только положение субъекта, тогда как орган — самого субъекта. Требование Еллинека отличать носителя органа от «органа, как такового», равносильно требованию отличать купца, как такового, от лица торгующего, мужа от лица состоящего в браке, отца от человека имеющего детей, чиновника от должностного лица.

Можно говорить об «органстве», если такое словообразование допустимо, а не об органе, как таковом. «Органство», отцовство, как и должность понятно не являются субъектами права, но орган, или носитель органства так же, как отец, так же как чиновник, носитель должности, или должностное лицо, всегда являются и не могут не быть субъектами права, просто уже в силу того, что органом всегда является либо отдельный человек, либо сведенная к какому то единству некоторая совокупность индивидуумов, которые в современном праве не могут не быть субъектами. Индивидуум, делаясь органом, не только не перестает быть субъектом, но наоборот получает новые права. Единственным отличием понятия органа от понятия агента, купца, председателя, чиновника и т. п. является то обстоятельство, что органом могут быть и юридические лица, а не только лица физические. И нет ровно никакого противоречия в том, что юридические лица, являясь органами другого юридического лица будут иметь свои органы. Могут же союзы, состоящие из членов, в свою очередь входить в качестве членов в высшие объединения, в союзы союзов.

Только если под «носителем органа» понимать государство, как случайно обмолвился сам Еллинек, выражение это получает свой смысл. Да, конечно, государство является носителем своих органов, так же как человек своих органов в физическом значении этого слова. Но как нелепо говорить о сердце, как таковом, в отличии от некоторых особых мускулов, функционирующих в качестве сердца, также нелепо различать «органы, как таковые, от людей в качестве этих органов функционирующих».

Но если нельзя отличать орган от его носителей, т. е. от индивидуума, функционирующего в качестве органа, то действительно необходимо различать те разнообразные юридические положения, в которых одновременно может находиться отдельный субъект права. Совершенно верно говорит пр. доц. Рождественский в своей книге «Теория субъективных и публичных прав» (стр. 174): «Носители органства могут быть носителями также и других юридических сфер, при чем и та и другая должны быть строго разграничиваемы друг от друга. Данный субъект

права может быть собственником, отцом семейства, предпринимателем и т. п., и в то же время органом союза, поскольку он всякий раз действует в пределах той или другой юридической сферы. Вот почему следует различать положение данного субъекта, как частного лица и его положение, как органа союза». И это как раз и означает ничто иное, как необходимость различать действия субъектов в собственных, личных интересах и действия их в интересах других лиц, т. е. необходимость различать по нашей терминологии лично-свободное и служебное право. Вплотную к этой мысли подходил и Еллинек, когда говорил об «индивидуальных» и «неиндивидуальных» правах. Но, к сожалению, он не дал ни ясного обоснования такого различения, ни характеристики этих двух видов права. И таким образом эта ценная и верная мысль затерялась в совершенно ошибочном учении об органах.

Итак, органы являются субъектами права. Но возникает новый вопрос: чем отличается орган от представителя? Не является ли лишним этот новый термин? И по этому пункту мнения диаметрально расходятся. Одни ученые отрицают совершенно самостоятельность этого понятия и утверждают, что юридическая природа органа совершенно тождественна с природой представителя, так как и тот и другой выражают волю другого лица. Другие авторы настаивают на резком различии этих двух понятий и указывают, что в случае представительства мы имеем дело с двумя лицами, лицом представляемым и его представителем, тогда как в институте органства мы имеем дело лишь с одним лицом, действующим через свои органы, кои сами не являются субъектами.

Наша точка зрения предрешена всем предшествующим. Признав органы субъектами права, мы не можем уже слить их в субъектное единство с той организацией, органами коей они являются. Но это еще не означает, что мы отождествляем понятие органа и представителя. Понятие органа есть понятие внутри-организационное. Только не выходя из пределов организации можно говорить об органах. И тогда органы мы определим, как субъектов права, кои правом порядком (конституцией, уставом) наделены особыми правами, властью по отношению к другим членам данной организации. Оставаясь в пределах организации никак нельзя утверждать, что органы кого то перед кем то представляют. Ведь совершенной бессмыслицей было бы утверждение, что, напр., правление союза представляет союз перед общим собранием, т. е. что один орган представляет целое перед другим органом. Целое, организация, как таковая, здесь вообще не при чем, о ней вообще не может быть речи; организация ни непосредственно, ни через представителя ни в каких отношениях стороной не выступает. Поэтому органы выражают не чужую

волю, а свою собственную, ибо опять явной абсурдностью звучало бы мнение, что напр. правление и ревизионная комиссия, отстаивая разные точки зрения, одинаково выражали бы «единую» волю союза.

Но как только мы выходим из пределов данной организации, то при отношениях ее с внешним, в юридическом смысле, миром дело меняется. Действуя во вне, органы осуществляют функции представительства и являются представителями другого лица — именно той организации, от имени коей они действуют. Совершенно правильно пишет проф. Магазинер: «Орган есть лицо, имеющее правообязанность (служебное или функциональное право Н. Д.) действовать от имени общества и защищать интересы всех его членов... Но чиновник, имеющий право распоряжаться чужим правом при помощи чужих средств и от чужого имени есть не что иное, как представитель того лица, чьим правом он распоряжается. Если же он распоряжается этим правом не по личной воле обладателя права, а по безличному велению закона, то он является законным представителем того, чьи права он охраняет. Орган и есть законный представитель». (Лекции по госуд. праву. Петр. 1919, стр. 101). Ошибка Магазинера состоит лишь в том, что он, не различая внешней и внутренней стороны в действиях органов, делает тем самым это понятие совершенно излишним. Ошибку делает и Лабанд, но она приводит его не к отождествлению понятия органа и представителя, а наоборот к неправильному утверждению, что орган никогда не может быть представителем. «Когда, напр.», пишет Лабанд, «бургомистр какого либо города уполномочивает данного присяжного поверенного на совершение определенного юридического действия от имени города, то он действует как орган города, присяжный же поверенный — как его представитель. Правовое отношение того и другого к городской общине совершенно различно». (Arch. für die civ. Praxis, т. 73, стр. 188). На самом же деле разница та, что бургомистр, оставаясь органом городской общины и уполномочивая прис. поверенного, действует по отношению к нему как законный представитель, а прис. поверенный будет действовать, как представитель добровольный.

Остается заметить, что в государственном и особенно административном праве, как изучающих внутреннюю структуру государств, должно говорить об органах, а не о представителях государства. В международном же праве те же органы могут стать представителями государства, поскольку они вступают в отношения с другими государствами. А таковыми являются монарх, президент, министры, послы и консулы; парламент же никак нельзя назвать представителем, ибо до сего времени он ни в какие внешние отношения непосредственно не вступал.

Наоборот, в гражданском праве мы имеем дело почти исключительно с внешней стороной юридического бытия всяких союзов и организаций, и потому здесь вполне правильно считать органы этих союзов их представителями. Вряд ли возможен на практике случай обращения во вне к суду двух органов одной организации при споре их между собой, а ведь только при этом условии органы нельзя было бы назвать представителями. Вполне понятны поэтому следующие слова проф. Д. Д. Гримма: «Надо сказать, что во вне деятельность лиц, участвующих в жизни союзных образований, именуемых юридическими лицами, поскольку таковая деятельность проявляется в совершении юридических актов, как то в заключении договоров, принятии наследств и отказов, приобретении и отчуждении отдельных реальных объектов и т. д., всецело регулируется нормами о представительстве» (Догма римского права, Прага 1927, стр. 89).

Выяснив таким образом понятие органов мы можем теперь перейти к вопросу о природе их функций. В литературе, как известно, даны решения самые противоречивые. Обычно, сознательно или бессознательно, действия органов и агентов государства или какого-либо другого союза считают осуществленными ими своих прав, поэтому и принято говорить о правах должностных лиц. А так как все права до сего времени назывались субъективными правами, то и права органов должны были почитаться таковыми же. Это прямо и высказывалось многими юристами, напр., проф. Еллистратовым, Лазаревским. На это противники такой точки зрения возражали указанием, что собственно «права» эти только так называются, но что в действительности это суть обязанности, которые органы и агенты должны выполнять, в этом их смысл и назначение. Не может быть будто-бы права, осуществлени которого требуется и вынуждается. Но если это так, то в отношениях органов между собой, а также в отношениях между органами и частными лицами вообще не остается места для прав, отношения эти оказываются состоящими только из обязанностей, и становится совершенно непонятным, почему все-таки эти отношения называются правовыми? Выход думают найти в создании нового понятия «компетенции». У органов и агентов нет будто бы прав, а есть лишь компетенция, свободная, если органу дан некоторый выбор способов и приемов осуществления своих функций, и связанная, когда такого выбора нет.

Когда же дело доходит до определения этого нового понятия, то оказывается, что одни ученые определяют его через понятие права, другие считают компетенцию обязанностью, третьи наконец и правом и обязанностью. Как найти выход из этих противоречий? Только различение двух видов правомочий указы-

вает его. Мы уже раньше говорили и на нескольких примерах старались показать, что в действиях органов и агентов какого либо союза нельзя отрицать наличие элементов правомочия, что элементы эти вносятся отнюдь не возможностью выбора, а присущи действиям должностных лиц, как таковым. В этом мы, таким образом, согласны с первой точкой зрения и потому, следуя обычному словоупотреблению, будем говорить о правах органов и агентов. Но, само собой разумеется, для нас эти права не являются правами лично-свободными, а правами служебными, т. е. правами, предоставленными субъектам для действий не в собственных, личных интересах. Но так как служебные права являются одновременно и обязанностями, то это позволяет признать правоту и второго воззрения.

Как видно из всего изложенного оба направления, игнорируя различие двух видов правомочий, покоятся, собственно говоря, на чисто логической ошибке. Ошибка эта в учении сторонников признания функций органов и агентов их правами состоит в том, что к родовому понятию правомочия оказываются присоединенными признаки свойственные лишь одному виду, откуда и следовал тот вывод, что права органов и агентов суть такие же «субъективные» права, как и права, напр., вступить в брак, получить долг и т. д.

Ошибка противников этой точки зрения как раз обратная и заключается в отрицании наличия рода по отсутствию признаков, свойственных так же только одному виду. Подметив совершенно правильно, что в действиях органов и агентов нет свободы, безотчетности и безответственности, но ошибочно считая эти признаки свойственными всякому праву, направление это с необходимостью приходило к выводу, что действия органов и агентов нельзя рассматривать как осуществление ими прав.

Обычно такой взгляд на природу функций органов и агентов развивают юристы, которые признают государство юридическим лицом. Органы, согласно этому учению будто бы не имеют прав потому, что все действия их сводятся только к осуществлению чужого права, именно прав государства, единственного и подлинного субъекта. Оставляя в стороне вопрос, можно ли признавать государство юридическим лицом во внутригосударственных отношениях, мы не можем не указать, что учение это несколько не уясняет природы функции органов и агентов. Проблема эта им просто обходится. Действительно, даже допустив, что государство является лицом и что органы и агенты осуществляют не свое право, а право государства, все же остается не решенным вопрос о праве органов на осуществление ими права государства. Это-то право, т. е. право на осуществление чужого права, уже никак не может быть «чужим»

правом для органа. Какое же это право и право-ли вообще? Мы таким образом снова вернулись к исходному пункту.

Итак, орган есть субъект права и осуществляет он свое, а не чужое право. Такова же точка зрения по этому вопросу и проф. Магазинера (Лекции по государственному праву, Петроград 1919, стр. 84-96). Отвечая на поставленный вопрос (т. е. на вопрос: чье право осуществляет орган), Магазинер пишет: «мы не можем, конечно, согласиться с тем, что орган имеет какое то собственное, вне правопорядка стоящее право, а думаем, напротив, что права органа даются ему правопорядком, единым, непрерывным и первоначальным источником всякой власти; этим правопорядком орган и создан, и руководим, и облечен властью. Но трудно вместе с тем согласиться, что эти права, полученные органом для исполнения во всеобщем интересе, являются не его правом, а чужим правом». Некоторая неуверенность, сказывающаяся в этих словах, проистекает конечно от того, что проф. Магазинер не мог не заметить разницы в характере двух видов правомочия, но ясно осознать это ему не удалось, и потому он предпочитает ближе не определять права органов, да и избегает называть их субъективными, так как, возможно даже не вполне сознательно, он этому термину придает более узкое значение, т. е. то значение, которое придаем мы термину «право лично-свободное», а не то общепринятое, при котором «субъективное право» тождественно с правом в субъективном смысле этого слова.

В вопросе о юридической природе функции государственных органов наиболее близкое нам учение было развито проф. Hanel'ем, изложенное в его книге «Deutsches Staatsrecht». Проф. Hanel, так же как и мы, различает сферу индивидуальных прав субъекта и сферу тех прав и обязанностей, которые составляют органскую компетенцию. «Права органов», пишет автор, — «не индивидуальные права, а их *органские, профессиональные или должностные*». Но нас отличает от проф. Hanel'я то, что мы считаем права органов только частью того класса или вида правомочий, кои предоставлены субъекту для использования им не в его личных интересах и целях, и тем самым даем и отличительный признак и основу деления правомочий на два вида. У проф. Hanel'я мы этого не найдем, он говорит лишь о правах органов, на что указывает уже его терминология, и не дает ни основания различения, ни характеристики «индивидуальных» и органских прав. Поэтому все учение автора теряет в значительной мере характер научного положения; совершенно верная по существу мысль, лишенная твердого обоснования, не могла получить должного признания.

Остается сказать несколько слов о «компетенции». По существу наиболее правильное определение этого понятия дано

проф. Мейером: «Компетенция есть право и обязанность чиновника или учреждения, в пределах определенного круга действий, осуществлять государственные функции». Сочетание же права и обязанности, как мы уже знаем, является характернейшей и главной особенностью того вида правомочия, который мы называем «служебным». Компетенция однако не совпадает с понятием служебного права, так как означает одновременно и способности к обладанию служебным правом и способность к их осуществлению. В нем таким образом слиты служебное право и дееспособность, которые вообще никогда не могут быть разобщены. Только в области лично-свободных прав право и дееспособность могут не совпадать. «Компетенция есть сфера специальной право идееспособности», как совершенно верно указывает пр. доц. Рождественский в своей, уже цитированной книге.

V.

Большие разногласия вызывает в литературе и вопрос о природе избирательного права. Попытаемся разобраться в них и, исходя из основной мысли всей настоящей работы — установленного нами различия двух видов правомочия, так или иначе решить этот вопрос.

Не может быть спора о том, что в недавнем прошлом европейских государств борьба за возможность участия в создании государственных органов, за влияние на законодательство, воспринималась именно как борьба за «право», а не как борьба за участие в несении государственных обязанностей, государственной повинности. Не говоря уже о том, что участие это было вполне добровольным, оно давало только выгоды и потому естественно не могло восприниматься как какая то обязанность. Поэтому и в науке до сего времени говорилось об избирательном «праве», а не об избирательной обязанности. И понятно, что право это считалось всеми правом «субъективным», во-первых потому, что никакого другого не знали, во-вторых и потому, что оно действительно весьма похоже на все лично-свободные права: гражданин мог и не воспользоваться этим правом, а если пользовался, то пользовался как хотел, свободно голосуя за того или иного кандидата.

И все же, несмотря на все изложенное, было высказано мнение, что участие в выборах есть по существу не право, а обязанность. Проф. Шершеневич в своей «Общей теории права» (стр. 617) пишет: «Правда, избирательное право, как результат борьбы населения за соучастие во властвовании, конструируется как право, но по существу это повинность. Гражданину дана возможность выбрать властвующих в интересах всего общества,

а не его лично, как это имеет место в праве собственности, в праве требования по обязательствам».

Мнение проф. Шершеневича после войны нашло себе и опытное подтверждение. Известно, что в Чехословакии, например, участие в выборах обязательно, и уклоняющиеся подвергаются штрафу.

С воззрениями Шершеневича вполне согласен и проф. Алексеев. На стр. 448-9 его, уже неоднократно цитированного труда, мы читаем: «На самом деле допустим, что «избирательное право» есть та сфера несвязанных возможностей, которая характеризует правомочия в частном праве. Такое допущение еще было бы возможным в конституционной монархии, так как последняя имеет некоторый постоянный двигательный центр власти в воле монарха. Здесь государственная жизнь не остановится от того, что ни один избиратель не придет к избирательным урнам. Такой факт будет обозначать смерть народного представительства, а не смерть государства, ибо жизнь последнего не зависит исключительно от народного голосования. Совсем иное дело в современных демократических государствах, где к народному голосованию сводятся главные организационные функции власти. Допустим, что германский народ не придет к избирательным урнам, не изберет ни парламента, ни президента, — где же тогда будет германская республика. Фактически такая возможность довольно невероятна, но теоретически она всецело вытекает из воззрения на голосование, как на субъективное право. Если голосование есть такое право, то каждый волен воспользоваться им и не воспользоваться, в конце концов все имеют право не голосовать, а следовательно граждане могут свободно умертвить государство, аннулировать его, как аннулируется просроченный вексель, — по частному усмотрению, по нежеланию делать то, что в конце концов можно и не делать, наконец, просто по небрежности»... «А если неиспользование его (избирательного права) ставится кому либо в вину, если манкирование голосованием порождает ответственность, — тогда это уже не право, но публичная служба», заканчивает проф. Алексеев.

Мы считаем, что в приведенном отрывке проф. Алексееву с исчерпывающей убедительностью удалось доказать, что участие в выборах есть государственная функция, выполнение же функции, как это и раньше нами утверждалось, никогда не может быть субъективным, личным или индивидуальным правом кого бы то ни было. Но отсюда вовсе не следует, чтобы голосование не было правом вообще, правомочием. Здесь опять все дело в том, что понятие правомочия или права в субъективном смысле подменяется понятием лично-свободного права, характерными признаками коего, как это нами уже указывалось, яв-

ляются полная свобода в его использовании, безответственность и бесконтрольность. Но остается еще второй вид права в субъективном смысле, тот, который мы называем служебным или функциональным, и именно к этому разряду права и принадлежит избирательное право. Этот второй вид права характеризуется сочетанием элементов права и обязанности, как это было показано нами ранее, оба эти элемента находим мы и в избирательной функции. Наличие здесь элемента обязанности доказано Алексеевым, и нам остается только присоединиться к нему. Наличие же элемента права легко усматривается из следующего. Чтобы принимать участие в голосовании, нужно быть не только к тому обязанным, но и управомоченным; поэтому то лицо, не достигшее совершеннолетия или возраста, с которым порядок связывает допущение к голосованию, добровольно принять участие в голосовании не может. Если бы голосование было только повинностью, только обязанностью, то было бы не понятно, почему к исполнению такой обязанности не допускаются и лица не обязанные; не запрещается же поступать добровольно на военную службу, вносить налоги тем, кто к этому на самом деле не обязан, участвовать добровольно в трудовой повинности и т. д. Почему же к избирательной повинности не допускаются те кто голосовать не обязан. Да потому, что для участия в голосовании нужно быть не только обязанным, но и управомоченным а правомочие это предоставляется далеко не всем.

Таким образом и в случае голосования мы имеем полную аналогию с любыми действиями органов и агентов государства, анализу коих были посвящены предыдущие страницы. Иначе и быть не может, так как во всех случаях мы имеем дело с государственными функциями, юридическая природа коих всегда одна и та же. Участвуя же в голосовании, избиратель действует в качестве органа.

И действительно, гражданам предоставляется возможность участвовать в голосовании не для осуществления, конечно своих личных интересов; выбирая, он должен действовать в интересах всеобщих, правда руководствуясь при этом собственным пониманием и личной оценкой этих интересов. Поэтому напр., продажа своего голоса, т. е. использование своего права явно в личном интересе и может рассматриваться как преступление. Если же видеть в избирательной функции лично-свободное право, как это делалось до сих пор, то остается совершенно непонятным, почему собственно нельзя продавать свой голос, и почему продажа его считается преступлением. С нашей точки зрения ответ ясен: потому, что участие в голосовании не есть право лично-свободное, подлежащее бесконтрольному распоряжению субъекта этого права.

Перейдем теперь из области государственных функций в область частного права. Несмотря на то, что частное право гораздо тщательнее разработано, все же в нем есть много отделов, можно сказать, совершенно не освоенных теорий. К числу таких принадлежит, напр., и институт так называемых «пожертвованных с определенной целью», по французски «la fondation».

Известно, что до сего времени не дана никем более или менее удовлетворительная конструкция этого института. В отношениях, возникающих в связи с таким пожертвованием, никак не удается указать субъекта, коему принадлежало бы право собственности на пожертвованное имущество. Таковыми, конечно, не являются лица, которые этим имуществом так или иначе пользуются (теория дестинатариев Иеринга и др.). Больница ведь не принадлежит больным, школа учащимся, музей посетителям. Не принадлежат эти имущества и лицам, ими управляющим, как не принадлежит, напр., пожертвованный и предназначенный на стипендию студентам университета капитал ректору этого университета, как больница не принадлежит старшему врачу и т. д.

В поисках выхода из создавшегося положения было даже высказано мнение, что такие имущества следует считать самостоятельными субъектами права. Это уже полная бессмыслица: как известно, имущество есть совокупность прав и обязанностей; поэтому утверждения, что имущество может быть субъектом означает ничто иное, как признание того, что право может быть субъектом самого себя.

Не спасает положения и выдвинутое проф. Бринцем понятие «целевого имущества». Бринц различает два вида имуществ, именно: имущества личные и имущества целевые, т. е. предназначенные на особые цели; первое имеет своим субъектом определенное лицо, принадлежит ему; второе — не принадлежит никому, оно бессубъектно. И эту теорию нужно признать несостоятельной: бессубъектное имущество также невозможно, как невозможно бессубъектное право или обязанность; это логический и юридический «nonsens».

Причина всех этих неудач нам совершенно ясна; она все та же — неразличение двух видов права. Все изложенные теории с поразительной настойчивостью ищут субъекта, который был бы носителем лично-свободного права, права собственности на пожертвованное с определенной целью имущество. И конечно не находят просто потому, что здесь нет лично-свободного права, а потому не может быть и его носителя. Во всех подобных случаях мы имеем дело исключительно со служебным правом. Все такие имущества действительно на праве собственности,

т. е. лично-свободном праве никому не принадлежат; Бринц в этом совершенно прав, но это отнюдь не означает, что они вообще бессубъектны. Субъектами служебного права на такие имущества и будут те лица или учреждения, которые по завещанию или закону управомочены в указанных пределах ими распоряжаться, не изменяя их назначения, их цели. Лица эти могут после смерти имущества, могут, напр., заменить особый комитет по распределению стипендий из завещенного капитала, или вновь созданное правление музея, если капитал был завещан на устройство такового и т. д. Но ни на один момент имущество это не делается бессубъектным. Прекратившееся со смертью завещателя лично-свободное право заменяется вновь возникшим у другого лица служебным правом на то же имущество.

Поэтому мы принимаем выдвинутое Бринцем понятие целевого имущества и условимся под ним понимать имущества, на лично-свободном праве определенными лицам физическим и юридическим не принадлежащие. У Бринца, как известно, деление имуществ на личные или целевые было предназначено для замены деления субъектов на лиц физических и юридических, так как последние им не признавались. В этом мы за ним не последуем; понятие юридического лица мы считаем нужным и законным и подлежащим сохранению, так как признание целевого имущества в значительной мере освобождает проблему юридических лиц от тех трудностей, с которыми проблема эта была до сих пор связана.

Произведенный анализ еще раз показывает, к каким невероятным трудностям приводит невыдержанность и сбивчивость терминологии. Все дело сводится, как видим, опять к подмене родового понятия правомочия видовым понятием так наз. «субъективного права».

VII. *)

Переходим к вопросу о делении права на публичное и частное. Не излагая всех существующих по этому поводу воззрений, мы прямо выскажем нашу точку зрения. К публичному праву мы относим, во-первых, нормы, регулирующие отношения между государствами, во-вторых, нормы, определяющие взаимоотношения между государственными органами и агентами,

*) Глава о юридической природе государства не могла быть помещена по причинам техническим в настоящем сборнике. Но во избежание недоразумений считаем необходимым дать основные положения этой главы.

Государство является бесспорно субъектом права в международных отношениях. Но во внутрисударственных отношениях

и, наконец, в-третьих, нормы, регулирующие отношения между частными лицами с одной стороны и государственными органами или агентами с другой, когда последние выступают в качестве носителей власти и когда права и обязанности сторон предусмотрены непосредственно правопорядком, или, короче говоря, отношения власти и подчинения.

К частному же праву будут нами отнесены во-первых, все нормы, касающиеся отношений между частными лицами, а во-вторых, нормы, регулирующие отношения частных лиц и государственных агентов, когда отношения эти вытекают не в силу требования непосредственно правопорядка, а из договора между агентами и частными лицами и когда, следовательно, отношения эти лишены характера властных отношений.

Предлагаемое деление отнюдь не претендует на новизну. Наоборот, можно сказать, что в данном случае наша точка зрения полностью совпадает с воззрениями большинства теоретиков, так и с делением, принятым на практике.

Еще в начале нашей работы мы указали, что деление норм на публичные и частные не должно смешивать с делением правомочия или права в субъективном смысле на право лично-свободное и право служебное или функциональное. Это даже, так сказать, «терминологически» невозможно, ибо что могло бы означать такое словосочетание, как напр. «лично-свободная норма» и «служебная или функциональная норма». Оба деления совершенно самостоятельны, в них различны как предмет, так и основание деления. Поэтому одна и та же норма, не меняя своего характера, может определять правоотношения, в которых мы будем иметь то личное, то служебное право в зависимости от того, в собственном или не в собственном интересе действует активный субъект.

Правда, в области публичного права мы весьма редко встретим тот вид правомочия, который мы называем лично-свободным. Пожалуй, кроме права на получение пенсий и всякого рода пособий из государственных средств, сюда ничего больше не может быть отнесено. И это потому, что те многочисленные «основные права граждан» обычно считавшиеся главными «пуб-

оно субъектом быть не может, как не может быть субъектом собственного устава любая организация, любое юридическое лицо частного или публичного права. Кроме того, если признано, что органы государства являются субъектами права, то государство уже тем самым не может мыслиться как лицо во внутритригосударственных отношениях. И в имущественных, частно-правных отношениях государство не является лицом, субъектом имущественных прав. Так называемое «казенное» имущество, не есть имущество принадлежащее особому субъекту «казне», а является тем, что мы называем «целевым имуществом», к управлению коим призваны органы государства, и которые распоряжаются этим имуществом по предоставленному им служебному праву.

личными субъективными правами», как то право на всякого рода свободу, новейшими теоретиками (проф. Завадский, Алексеев) совершенно справедливо относятся к частным правам, а не публичным. Единственным основанием причислять их к публичным являлось то обстоятельство, что права эти нарушались большей частью органами и агентами государства, да пожалуй еще тот факт, что декларировались они в первых разделах государственной конституции. О достаточности такого основания распространяться не приходится.

Но малочисленность публичных лично-свободных прав не должны служить оправданием к смещению обоих делений.

* * *

В заключении нашей работы мы хотели бы еще указать как близки были к нашей точке зрения некоторые авторы. Близость эта послужит лучшим доказательством тому, что отстаиваемая нами точка зрения не есть только проявление желания сказать новое слово, выдумать что-либо свое, оригинальное, а является наоборот попыткой синтеза и логического завершения мыслей, высказанных ранее другими авторами.

В основной нашей установке, в различии нами двух видов правомочия, мы стоим, пожалуй, ближе всего к Л. И. Петражицкому. Близость эта обнаруживается даже в терминологии. Как известно проф. Петражицкий предложил новое деление права на право лично-свободное и социально-служебное или на право децентрализованное и право централизованное. К этому делению он пришел путем анализа характера властных отношений. Проф. Л. И. Петражицкий различает два вида этих отношений, а именно: власти хозяйския и власти социальные. Под первыми он понимает, «подлежащие свободному пользованию со стороны господина для своих личных имущественных или других целей или интересов»; под социально-служебными же такие «с которыми сочетаются обязанности заботиться о благе подвластных или об общем благе известного общественного союза (семьи, рода, племени и т. п.) и которые подлежат осуществлению в пределах этой обязанности и как средство ее исполнения» (Теория права и Государства, т. I, стр. 200).

Может показаться с первого взгляда, что в этих суждениях сказывается полное совпадение точки зрения проф. Петражицкого и нашей. На самом же деле это не так. Мы исходим во-первых не из характера власти, а из характера правомочия, что конечно не одно и то же и что позволяет нам распространить наше деление и на отношения, лишенные властного характера; во-вторых, мы говорим не о социальном служении, а просто о служеб-

ности, и благодаря тому признак совершения действий в собственном и не в собственном интересе становится действительно ясным отличительным признаком двух видов правомочия, в то время, как понятие «социальности» характеризующее социально-служебное право проф. Петражицкого, необходимой ясностью и отчетливостью не обладает. В силу этого и приложение обеих схем, проф. Петражицкого и нашей, не дает тождественных результатов.

При нашем делении, напр., правомочие представителя попадает в разряд служебных или функциональных прав, тогда как по схеме проф. Петражицкого оно должно быть отнесено к правам лично-свободным, ибо действия в интересах отдельного, частного лица вряд-ли можно считать действиями социальными.

И, наконец, третьим и пожалуй наиболее важным отличием служит то обстоятельство, что наше различие двух видов правомочия не заменяет деления норм на публичные и частные, тогда как проф. Петражицкий именно взамен этого деления, не выдерживающего по его мнению критики, и создал свое новое деление права на лично-свободное и социально-служебное. Но переход от различия двух видов властных отношений к различию двух видов норм является, по нашему мнению, логически неоправданным скачком с одного объекта деления на другой, т. е. с деления права в субъективном смысле к делению права в смысле объективном.

И поневоле встает вопрос, не является-ли этот переход главной причиной тому, что схема проф. Петражицкого не была принята другими авторами и не нашла последователей.

Наше деление полностью совпадает с различием, которое устанавливает проф. Н. Н. Алексеев в очерке своем «Обязанность и право», помещенном в X номере «Евразийской хроники».

Н. Н. Алексеев указывает, что имеются два типа правоотношений; один тип, в котором наблюдается «случайное, внешнее, механическое сочетание прав и обязанностей», и второй, — в коем мы имеем «внутреннее, органическое сочетание прав и обязанностей», в котором собственно «право превратилось в правообязанности».

Примерами первого могут служить большинство отношений из области частного права. Так собственник управомочен к совершению всякого рода действий по отношению к своей собственности, но он обязан уважать такое же право других собственников; так продавец имеет право на получение установленной цены за проданную вещь и в то же время обязан передать эту вещь и т. д. Здесь собственно право и обязанность касаются не одного действия, а двух или нескольких, при чем совершение или несвершение одного действия рассматривается как право, а совершение или несвершение других, как обязанность. Примеры

рами второго вида правоотношений являются многие отношения из области публично-правовой. Здесь одно действие является одновременно и правом и обязанностью. О том, что такое соединенные права и обязанности возможно, мы уже много говорили в начале этой работы. Мысль эта высказывалась уже многими авторами. Таково было мнение проф. Петражицкого, Завадского, Магазинера и др. Для большей убедительности сошлемся еще на проф. Д. Д. Гримма. В своих лекциях по догме римского права (стр. 132), проф. Гримм пишет: «Необходимо иметь в виду, что противоположение общих форм и конкретных отношений управомоченности и долженствования и корреспонденции ему противоположения субъективных прав и субъективных обязанностей или повинностей не имеет абсолютное, а только относительное значение. Ибо на практике не существует ни абсолютных прав, не сопровождающихся никакими обязанностями, ни абсолютных обязанностей, без всяких прав. Вопрос лишь в том, какой из этих элементов в данной комбинации преобладает. В одних случаях, напр., в праве собственности преобладает элемент управомоченности, факультативности совершения соответствующих действий, по сравнению с которым момент долженствования, обличительности, обязательности совершения (или несвершения) известных действий, отступает как бы на задний план, намечая лишь пределы, которыми ограничивается управомоченность или субъективное право лица. Наоборот в других случаях (напр., в институте воинской повинности или налоговой и в соответствующих конкретных отношениях) выдвигается как раз момент долженствования, а момент управомоченности или субъективного права в свою очередь играет лишь второстепенную роль, определяя пределы, где кончается долженствование и вновь признается встречное право обязанного лица — Бывают и такие случаи, в которых оба момента являются равнозначными, в которых субъективные права и обязанности так тесно переплетаются и взаимно обуславливают друг друга, что отдавать предпочтение одному из означенных моментов перед другим представляется затруднительным». К сожалению проф. Гримм не использовал эту мысль для установления определенных типов правоотношений, ограничившись лишь примерами и общими замечаниями. От его взгляда ускользнуло и то обстоятельство, что важен не момент преобладания, а способ сочетания права и обязанности, т. е. как раз то, что так удачно подметил проф. Алексеев. Наше разделение является только дальнейшим развитием его схемы. Мы не могли не заметить, что при «случайном, внешнем, механическом» сочетании права и обязанности мы имеем дело с несколькими действиями, из которых совершение одних является правом действующего, совершение других — его обязанностью, тогда как при органическом сочетании перед

нами одно или несколько действий, при чем осуществление каждого из них является одновременно правом и обязанностью. В этом собственно и состоит «органичность». Нужно-ли добавлять, что «органическое» сочетание права и обязанности и есть как раз тот вид права, который мы называем служебным или функциональным и что механическое соединение их на одной стороне возможно лишь в отношении права лично-свободного.

Н. Дунаев

ПРИЛОЖЕНИЕ