

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.173.4.009-022

И. А. Исаев*

К виртуальным истокам публичного права¹

Аннотация. В статье дается анализ основных процессов, породивших такой феномен, как «публичное право». Проблема публичного права — одна из фундаментальных проблем юриспруденции. Классическая дихотомия публичного и частного права никогда не утратит своего значения, а поиск их гармоничного взаимодействия лишь подогревает интерес мыслителей к данному вопросу во всем мире. Стоит согласиться, что обращение к подобной проблематике всегда вне конкуренции, так как дает основание для выработки оптимального правового регулирования, приемлемого для того или иного социума.

Само понятие «публичности» проделало долгий путь, чтобы окончательно закрепиться в политическом и правовом лексиконе. В Дигестах Юстиниана знаменитый римский юрист Ульпиан пишет: «Публичное право, которое (относится) к положению римского государства, частное, которое (относится) к пользе отдельных лиц; существует полезное в общественном отношении и полезное в частном отношении. Публичное право включает в себя святыни (sacra), служение жрецов, положение магистратов» (Д.1.1.1.2). Таким образом, от древнеримского форума через средневековые корпорации к политическим партиям современности публичное пространство непременно в той или иной мере контролировалось государством. Именно вмешательство государства в частную сферу определило характер «публичного» вообще и публичного права в особенности. Эти процессы определили и современные политические ландшафты, и систему публично-правовых институций. Хотя в значительной мере мотивации, которые действовали на формирование публичного права, имели догматический формальный и виртуальный, воображаемый характер, их влияние принимало вполне реальные черты и вело к реальным политическим и юридическим последствиям.

Ключевые слова: право; легальность; революция; корпорация; организация; поведение; деятельность; активность; политика; полиция; законность; конституционность; институты; делегаты.

Для цитирования: Исаев И. А. К виртуальным истокам публичного права // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 4. — С. 9–22. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.173.4.009-022.

Virtual Origins of Public Law²

Igor A. Isaev, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of History of the State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honoured Scientist of the Russian Federation
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
iaisaev@msal.ru

Abstract. The paper analyzes the main processes that gave rise to such a phenomenon as “public law”. The problem of public law is one of the fundamental problems of jurisprudence. A classical dichotomy of public and

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16124.

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-16124.

© Исаев И. А., 2021

* Исаев Игорь Андреевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
iaisaev@msal.ru

private law will never lose its significance, and the search for their harmonious interaction only heightens the interest of thinkers around the world in this issue. We should agree that addressing such issues is always second-to-none, as it gives grounds for the development of the best legal regulation acceptable for a particular society. The very notion of “publicness” has gone a long way to finally gaining a foothold in the political and legal lexicon. In the Digests of Justinian, the famous Roman jurist Ulpian writes: “Public law, which (refers) to the position of the Roman state, private law, which (refers) to the benefit of individuals; there is the useful for the society and the useful for a private individual. Public law includes the sacreds (sacra), the ministry of priests, the position of magistrates” (D.1.1.1.2). Thus, from the ancient Roman forum through medieval corporations to the political parties of modern times, the public space was certainly controlled by the state in some way or another. It was the intervention of the state in the private sphere that determined the nature of “public” in general and public law in particular. These processes have defined both modern political landscapes and the system of public legal institutions. Although, to a large extent, the motivations that affected the formation of public law were dogmatic, formal and virtual, or imaginary in nature, their influence adopted quite real features and led to practical political and legal consequences.

Keywords: law; legality; revolution; corporation; organization; conduct; action; activity; politics; police; legality; constitutionality; institutions; delegates.

Cite as: Isaev IA. K virtualnym istokam publicnogo prava [Virtual Origins of Public Law]. *Lex russica*. 2021;74(4):9-22. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.173.4.009-022. (In Russ., abstract in Eng.).

Публичность как категория юриспруденции в ходе исторического процесса часто меняла свое содержание и значимость в зависимости от трансформации политического и социального контекста. Собственная для публичности сфера существования окончательно складывается только ко второй половине XVIII в., когда слово «публичный» приобретает значение «государственный» со всеми присущими ему признаками рационального толкования: это понятие стало настоящей находкой для интеллектуально-юридической парадигмы эпохи Просвещения.

Еще в античные времена область публичного оказалась наглядно противопоставленной частной сфере. Именно публичное с его ориентацией на государство очень скоро ассоциировалось и с собственно политическим: *res publica* — организационный принцип политического порядка, перешедший от греческой и римской правовой традиции через Средневековье в современность.

Затруднением на пути идеи стало весьма нечеткое и неопределенное разделение публичного и частного в средневековом феодальном праве. Поэтому Новое время обратилось через голову «темных веков» непосредственно к античной, преимущественно римской, традиции. Agora и форум долго оставались символами публичного политического пространства.

С уходом античной политической организации и само государство распадается как публичная корпорация, которая на несколько веков

сменяется федеральной организацией — разделение между публичной и частной сферами исчезает, на свет выходит раздробленная публичная власть.

Начиная с XIV в. государство как «публичная корпорация» одерживает в Европе верх над феодальной организацией. В сложившейся корпоративной социальной организации важную роль приобретал писанный закон, разрушивший систему институтов обычного права. Государство превращалось в юридическое олицетворение нации, государственное тело самоорганизовывалось как порядок вещей путем элементарной активности, стремясь при этом к персонификации³. Политическим средством для такой трансформации будет конституционный режим, где отдельные законы вполне сознательно предстанут выше всех остальных законов.

Средневековая сфера публичного имела определенно корпоративный характер, преимущественно концентрируясь либо в пространстве церковной власти («христианская республика»), либо вокруг центров княжеской юрисдикции. Единого публичного пространства не могло возникнуть в силу разного рода обстоятельств. Ситуация меняется на исходе Средневековья. Прежнее невятное различие между частной свободой распоряжения (*dominium*) и общественной автономией (*imperium*), когда иерархия властей была преимущественным порождением частноправовых статусов, смогло быть преодолено с появлением репрезентативной

³ Оруу М. Основы публичного права. М. : Издательство Коммунистической академии, 1929. С. 8–9.

публичности. Согласно концепции, репрезентация может происходить в публичной сфере:

«...Важнейшим в юридическом (сакрально-правовом) понятии репрезентации является то, что хотя *persona representate* — это всего лишь только представление и изображаемое, но репрезентант, представитель, наделенный ее правами, находится от нее в реальной зависимости»⁴.

Незримое бытие делается здесь зримым, а происходит это благодаря публичному присутствию персоны «господина». Поэтому ничто «низкое» не могло уже стать объектом по-настоящему значимой репрезентации, и для этого вполне подходили только такие понятия, как:

- «величество»,
- «величие»,
- «слава»,
- «достоинство».

Репрезентативная публичность привязывалась к персоне властителя, придавая его авторитету некую ауру, и требовала наличия необходимых атрибутов или регалий (примером может служить рыцарский кодекс поведения). Сакрализация становилась одним из важнейших факторов формирования публичных пространств, сначала разобщенных, но постепенно стремящихся к единению. И решающая роль в этом процессе принадлежала христианской церкви. К. Шмитт подчеркивал: главной способностью к использованию юридической формы, которой всегда обладала церковь как юридическое лицо, она была обязана силе репрезентации. Именно в репрезентации заключается ее превосходство и над веком экономического мышления, техническая же точность экономики не имела ничего общего с репрезентацией.

На смену репрезентативным фигурам Средневековья — клирикам и рыцарям, папе, императору — в XVIII в. приходит новая сакральная фигура — «законодатель». Так, Р. Зом утверждал, что «*грехопадение совершилось в области юридического*». Законодатель — одновременно и творец, и легитимирующий авторитет: всеобщее действие правовой формулы отождествлялось здесь с неперменным действием законов природы⁵. Абсолютная монархия обосновывала государственное единство собственным решением, а затем «народный суверенитет» обращен к органическому единству. В обоих

случаях законодательствование оказывается формообразующей силой для публичности.

Политическое мышление уже по своей сути должно было быть публичным, устремляясь к целому полису, ко многим другим людям. Оно было коллективно. Уже в древнегреческом театральном-сакральном хоре публичность в своей правоте и бесспорности превалирует над индивидуальным пониманием справедливости у героя. В Средние века принцип соборности, хотя и допускает наличие корпоративизма и обособленности, все же главным образом обращен ко всему сообществу. На этом строилась общеобязательность и церковных, и королевско-императорских императивов и предписаний.

В Новое время сфера публичного перемещается в пространство вновь образовавшейся общности — «гражданского общества», что юридически сопровождается созданием особого корпуса норм, которым могло быть придано значение «публичного права». Выступление в качестве субъекта такого сконструированного политико-правовым мышлением образа, каким явился «народ», позволило связать стремление к массовому охвату регулируемой социальной сферы с категориями и техникой публичного права. Когда «народ» превратился в законодателя, тождество управляющих и управляемых окончательно состоялось.

Вместе с тем стремительное распространение в Европе политического мышления, совпавшее с такой трансформацией, привело к постепенному исчезновению вообще всякого рода репрезентаций. В XIX в. на фоне борьбы народных представителей с королевской властью «юриспруденция утерьяла смысл и специфическое понятие репрезентации»⁶: поскольку «целое» народа есть только идея, ее представление принимает на себя институт парламентаризма.

Институты представительства не имели того органического характера, которым обладали корпорации, ордена и даже отчасти политические партии. Принципы представительства — абстракция и обезличенность. Точнее, представительство создает новое лицо — продолжение других лиц, но обладающее почти полной автономией в отношении них. Представители обладают публичностью, которой лишаются их представляемые. Если «публика»

⁴ Гадамер Х.-Г. Истина и метод: основы философской герменевтики. М. : Прогресс, 1988. С. 181–191.

⁵ Шмитт К. Политическая теология : сборник. М. : Канон-Пресс-Ц, 2000. С. 73.

⁶ Шмитт К. Политическая теология. С. 135.

органична и субстанциональна, то представительство, созданное легальным разовым актом, напроочь отрывается от своей прежней субстанции. Оно — настоящий конструкт, рожденный техническим приемом. Для представительства репрезентативность необязательна.

Специфика парламентского репрезентативного принципа заключается в том, что депутаты — представители всего народа и потому самостоятельны относительно своих избирателей, отвечая *«только перед своей совестью»*: здесь *«персонификация народа [соединяется] с единством парламента как его репрезентанта»*⁷. Этот процесс проходит на фоне становления демократической системы, которая, по мнению К. Шмитта, вполне могла быть:

- как централистской, так и децентрализующей;
- как абсолютистской, так и либеральной;
- как консервативной, так и реакционной.

В принципе, безобразность современного «государства-машины» или «государства-предприятия» (М. Вебер) позволяла почти отождествлять демократию и диктатуру. В борьбе технизма (современного типа мышления) с политическим как пережитком либеральной эпохи второе явно уступало первому, воспроизводя при этом некую переходную форму «социального».

Но уже в XVIII в. «публичное» обозначает не только сферу действий государственной власти, но и социальное пространство, в пределах которого самой власти приходилось воспринимать критику со стороны общественности и публики и заниматься самолегитимизацией. Происхождение публичного порядка стали не только усматривать в активности правоустановлений со стороны государства, но и приписывать некоему праву. *«Общественная школа государей — это только мораль народов»*, — утверждал Дж. Вико. С появлением в политической среде понятия «общественное мнение» государственный интерес (столь значимый на этапе формирования абсолютистского государства) сужает сферу своего действия. Публичность всё более ассоциируется именно с «общественностью». Включение в правовое поле нового субъекта — «нация», «народ» — окончательно закрепляет эту связь. Смена суверенов произойдет уже в ситуации нового юридического оформления,

при котором конституционный акт превратится в настоящую базовую норму победившей публичности.

Конституция как высшая базовая норма представлялась значимым символом всего публичного права. Одновременно ориентируясь на неизменность системы (*constans*) и на процессы оформления, создания нового («конституирование»), данный акт диалектически соединял в себе множество тенденций и аспектов. Публичный характер конституции непоколебим, поэтому возможность и способы ее изменения также требовали публично-правовых решений. «Основная норма» жила в замкнутом мире публичных актов и действий.

Процедура делегирования, механизмы плебисцитов и референдумов и другие публично-правовые и корпоративно-правовые техники постоянно расширяли сферу действия публично-правовых норм. Публичная сфера в XVIII в. уверенно берет на себя политические функции, став организационным принципом правового государства. Эта сфера получает нормативный статус самоподдержания общества государственной властью, соответствующей его потребностям.

Законодательство, соотносящееся с публичным мнением, должны было исключать господство как фактор. Предполагалось, что закон как нечто разумно-всеобщее имеет в качестве интенции исчезновение господства вообще. Любая государственная деятельность, будучи привлечена к целостной системе норм, легитимированных публичным мнением, кажется направленной на устранение государства как инструмента господства. Господство же публичности создает порядок, в котором господство вообще растворяется, а *«публичное мнение... не желает быть ни барьером для власти, ни самой властью, ни тем более источником всех властей»*⁸.

Частное право Нового времени уже имело за собой длительную историческую традицию. В условиях абсолютной монархии рецептированное римское право служило юридической техникой властям в качестве инструмента в их борьбе за централизацию и против партикуляризма сословий. На самом деле здесь проявились публичные административно-правовые функции правителей, преодолевающих власть корпоративных объединений: частное право в

⁷ Шмитт К. Политическая теология. С. 136.

⁸ Хабермас Ю. Структурное изменение публичной сферы: исследования относительно категории буржуазного общества. М. : Весь мир, 2016. С. 140–141.

этой ситуации ограничивалось даже в случаях, прямо не предусмотренных полицейскими распоряжениями. «Абстрактному, всеобщему и поэтому якобы свободному экономически-индивидуалистическому правопорядку противостоял почти удушающий набор административных, профессионально-сословных и корпоративных уз права»⁹, т.е. всех ключевых социальных и экономических областей частного права. Только со второй половины XVIII в. частное право сумеет встать на свой путь «от статуса к договору», по которому будет идти вплоть до конца XIX в.

Ж.-Ж. Руссо предложил гипотезу «общественного договора» (имея своими предшественниками Т. Гоббса и Дж. Локка), устанавливаемого действием индивидуальных договаривающихся волей. В гоббсовском «Левиафане» государство, не опиравшееся только на личную власть правителя и не зависевшее от убеждений и мнений подданных, исключало этих последних из сферы политики. Зато публичная сфера была объективирована лишь в государственном аппарате. И только уже Дж. Локк имел возможность говорить о «законе мнения» как соответствующем по рангу государственному закону и близкому к сфере суверенитета. В это время публичное мнение еще не господствует, но правитель уже должен был к нему прислушиваться.

Сувереном «закон мнения» становится благодаря «Общественному договору» Ж.-Ж. Руссо. Непубличное мнение в этой концепции поднимается до уровня законодателя — для того, чтобы понять «общую волю», достаточно обладать только здравым рассудком. Просвещение, отвергнув предрассудок как заблуждение, переклонило политическую мысль исключительно на рационализированные конструкции. Так прервалась античная традиция перехода этики в политику и искусство «правильного» законодательства. Просвещение окончательно закрепило примат абстракции и революционности¹⁰, тем более что интеллектуальные предпосылки для этого уже были подготовлены деятельностью так называемой «республики писателей».

Еще задолго до революции формируется такое явление, как «публика», — социальная организация, объединяющая людей определенных культурных, политических и эстетиче-

ских ориентаций. Мнение публики, бывшей частью рождающегося «гражданского общества», оказывало всё более заметное влияние на политическую жизнь. Особенно значимый вклад сделала «республика ученых и литераторов», представленная клубами, тайными обществами и знаменитой «Энциклопедией» XVIII в. Первоначальная фикция публики, вершившей свой суд, постепенно превращалась в реальность. Дальнейшей политизации весьма способствовала всё возрастающая власть прессы.

Появлению фиктивной публичной сферы предшествовала специфическая неполитическая публичность «литераторов». Объединение частных лиц в публику происходило закрыто, что придавало особую окраску самой политике просвещения. Публичность приобретала специфические черты в тайной деятельности клубов и лож, что происходило под давлением официальной государственной публичности. И как тайны («арканы») способствовали когда-то сохранению господства, опиравшегося на авторитарную волю властителя, так и гласность должна была способствовать проведению законодательства, основанного на рациональности, общем согласии и человеческом рассудке. «В течение XVIII в. публичное мнение потребует придать законодательную силу тем нормам, которые только благодаря ему и обзавелись политически рациональным понятием»¹¹ с характерными для него критериями всеобщности и абстрактности: публичное мнение должно было соответствовать «природе вещей».

Естественно-правовое воззрение на публичный порядок предполагало действенность не столько позитивного правоустановления со стороны государства, сколько врожденного природного влечения человека к общности: частные пороки превращались в общественные добродетели под воздействием провидения. У Дж. Вико добродетели получают статус «публичных» не только потому, что на них опирается государство, но и потому, что посредством них Провидение, демонстрируя наличие «общностного чувства», направляет историю человеческих общностей, следовавших не только истинным, но и правдоподобным соображениям.

Здравый смысл лежал в основе как морали, так и тех политических принципов, которыми может руководствоваться власть. У политиче-

⁹ Хабермас Ю. Указ. соч. С. 134.

¹⁰ Гадамер Х.-Г. Указ. соч. С. 333–334.

¹¹ Хабермас Ю. Указ. соч. С. 108–109.

ского тела — государства — также наличествует «естественная моральная общность», «тайная цепь между каждым человеком и человечеством» (Ф. Хатчесон), поэтому публичное стало выражать еще и некое моральное притязание, требующее легитимности самой политической публичной сферы¹².

Врожденная склонность человеческой психики к подражательности и ее податливость к внушению приводит к формированию установки, предпочитающей и оказывающей большее доверие мнению большинства при решении вопросов, когда мнение меньшинства выглядит как позиция неудачников и проигравших.

Именно массы легче всего приходят к согласию в отрицании. В массах тогда приобретают силу равнодушие и отторжение. То, что им непонятно, они просто отрицают:

*«С такого рода общественным мнением может спокойно сосуществовать глубокое отвращение к общественному порядку — отвращение к претензиям властей на превосходство, к фатальности политического»*¹³.

Негоциям «общественного сознания» еще способно противостоять государство: свою «публичность» оно ставит непременно выше «публичности» общественного мнения.

У Г. Гегеля публичность оказывается этатистским, по сути, принципом государственно-гражданской интеграции сверху. Состояние «просвещенности», в котором народ выражает себя через публичное мнение, еще не обеспечивает согласия политики и морали: рационализация господства посредством публичности противопоставлялась всемирно-историческому экзистенциализму «народного духа». Очевидно, гражданское общество пока не могло обойтись без отношений господства.

Вместе с тем анархический, динамический характер «гражданского общества» как неуравновешенной системы потребностей разрушал либеральные фикции, на которых покоилось «самопонимание публичного мнения как явно-го разума»: гражданское общество не только не устраняло неравенства, установленного природой, но даже возводило его до уровня неравенства умений, имущества и моральной культуры. Результатом могла стать публичная сфера, где

господствует «неорганическое мнение и воление», «массовая сила, противостоящая государству». Для предотвращения такого исхода непременно требовались «полицейские меры предосторожности против грозящей дезорганизации и регуляция корпоративной деятельности»¹⁴.

С этого момента «полицейское право» (с достаточно широким объемом регулирующих полномочий) легко вписывается в систему публичного права, долго оставаясь в ней даже после рождения специализированного административного права. Не менее устойчивой была связь со сферой публичного права, которую демонстрировало право уголовное. Еще в Средние века возникла устойчивая парадигма: публично совершаемое преступником правонарушение, его публичное осуждение и наказание, а также публичное примирение с нарушенным правом замыкались в единый круг:

*«Публичность совершения — это то, чем преступление и наказание были сродни друг другу: ведь именно через свое публичное проявление они вступали в то пространство, где оба эти действия обретали принудительную юридическую силу»*¹⁵.

Только извлеченное на свет зло могло быть подвергнуто наказанию по заслугам. Только свет, при котором совершается признание и наказание, может стать противовесом ночи, породившей зло (все судебные действия осуществлялись только днем при свете солнца). Судебный процесс походил на поиск компромисса между тяжущимися сторонами.

Появление инквизиционного судебного процесса поменяло представление о публичности суда. Соединение функций обвинения и судопроизводства было произведено для более тщательного выявления обстоятельств дела и конкретной правды:

- с помощью пытки на свет публичности извлекалось тайное;
- добровольные публичные показания обесценивались, поскольку они представляли собой «лишь отблески объективной, но скрытой правды».

В XVIII в. суверенитет монархов распространяется на суды, рассматривавшие особо тяжкие

¹² Хельшер Л. Публичность, гласность, публичная сфера, общественность // Словарь основных исторических понятий : избранные статьи : в 2 т. М. : Новое литературное обозрение, 2014. Т. 1. С. 344–347.

¹³ Бодрийяр Ж. Прозрачность зла. М. : Добросвет, 2006. С. 107.

¹⁴ Хабермас Ю. Указ. соч. С. 181–182.

¹⁵ Хельшер Л. Указ. соч. С. 303.

преступления и называвшиеся «публичными судами»:

«Если при старом правовом порядке преступление и наказание своей публичностью свидетельствовали о законности процесса, то теперь установился новый правопорядок, в котором власти уже не просто руководили процессом, но и фигурировали как гарант его законности и в свете публичности демонстрировали не столько легитимность суда, сколько свою собственную»¹⁶.

Там, где публичность превращалась в принуждение (как при реализации избирательного права отдельным человеком, в точке перехода от частного к публичному), выступало требование тайны, тайны голосования. В парламентаризме вера в публичное мнение соединялась с другим институциональным представлением — уравниванием различных государственных деятельностей и институций. Свобода выражения мнений, частная свобода, оказывалась необходимой для конкуренции, из которой должна возникнуть предустановленная гармония¹⁷.

Начиная еще с XVI в. в политических теориях получила распространение идея о равновесии (властей, сил, страстей) и балансе. Органом, где устанавливалось это равновесие, стал представляться парламент. Являясь элементом общего политического равновесия, он еще должен был быть сбалансирован и как собственно законодательный орган. Так рождался образ мысли, повсюду пытавшийся породить множество, чтобы в системе опосредований на место абсолютного единства поместить равновесие — результат внутренней динамики. Отсюда возникла идея XVIII в., что конституция как главный закон тождественна прежде всего разделению властей. Статья 16 Декларации прав человека и гражданина 1789 г. прямо заявляла: *«Общество, где не обеспечена гарантия прав и нет разделения властей, не имеет Конституции»¹⁸*. Политическое мышление эпохи осознавало важность различения всеобщего (закона)

и единичного (приказа) и видело именно в первом высшую ценность:

- законодательство представлялось рассуждением, тогда как исполнительная власть — действием;
- в первом случае дискуссия и противоречие мнений могут быть благотворными, во втором случае они недопустимы.

Г. Гегель полагал, что публичность может служить превосходным «воспитывающим зрелищем» для граждан, которые будут лучше понимать, в чем «состоят их истинные интересы»: «Публичность — величайшее формирующее средство для государственных интересов вообще», некий «неорганический способ познания того, чего народ хочет и мнит»¹⁹.

Равновесие возникало при посредстве дискуссии и публичности. Результатом должно было стать рождение истины и справедливости (хотя оно вполне могло удовлетвориться и только «правильным»).

Для того чтобы сформировалась «воля народа», полагал И. Кант, было необходимо наличие еще одного тождества: отдельная личность должна была ориентировать свою волю на общественную (публичную) цель, а всеобщий, устанавливающий законы разум совпадал с ней. Цель можно было достичь через законодательное народное собрание. И это — идея разума. Разум налагает на законодателя обязанность «издавать» законы так, чтобы они *«исходили из единой воли народа»²⁰*, а каждый подданный дает свое согласие на эту волю. Это и был пробный камень правомерности всякого публичного закона. Разум включал в себя обязательство публичного его использования, а следующая затем поддержка закона гражданами формировала бы справедливость²¹. М. Ориу назвал эту воображаемую ситуацию *«юридическим присоединением»* и наделением граждан долей суверенитета: присоединение не господствует и не приказывает, но ограничивается приданием чему-то уже установленному силы единодушного согласия²².

¹⁶ Хёльшер Л. Указ. соч. С. 306–308.

¹⁷ Шмитт К. Политическая теология. С. 192–193.

¹⁸ Декларация прав человека и гражданина от 26 августа 1789 г. // Французская республика. Конституция и законодательные акты: сборник. М.: Прогресс, 1989. С. 26–29.

¹⁹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 192–193.

²⁰ Кант И. Сочинения: в 6 т. М.: Мысль, 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 237.

²¹ Хёльшер Л. Указ. соч. С. 350–351.

²² Ориу М. Указ. соч. С. 50.

Публичность нуждалась в стабилизации и более конкретно в институализации, что требовалось для оказания постоянного и эффективного воздействия. Современность выбрала для этого наиболее подходящую форму — парламентаризм. Притом что институты только опосредованно выражают «общественное мнение», они хотя бы проявляют склонность к этому, в отличие от персонифицированного суверена, заботившегося более всего о династических и дворцовых интригах и лишь в некоторой степени о мнении народа. Поначалу парламент возникал как орган, в задачу которого входило доведение до слуха властителя этого мнения. Позже он превращается в арену борьбы мнений, принимающих уже политический характер.

У И. Канта (а позже И. Фихте) публичность в качестве одновременно этического и юридического принципа непременно должна была гарантировать согласие политики и морали. Публичность же выступала в качестве критерия не только для оценки принятых политических решений, но и для ориентирования законодателя в процессе разработки законов. (И. Фихте подчеркивал, чтобы адекватное законодательствование и политические действия стали возможны, все совещания государственных органов власти, принимающих решения, должны иметь высшую степень публичности.) Последовательная институализация этой формы произойдет окончательно уже в эпоху революций и конституционного строительства, когда гласность явится одним из критериев конституционализма.

Сущность парламента заключена в публичном обсуждении аргументов и контраргументов, публичных дебатов, публичной дискуссии²³. Для либерального мышления вообще характерно наличие публичной дискуссии; истина как бы превращается в простую функцию вечного соревнования мнений. Ф. Гизо в качестве основных признаков парламентаризма называл наряду с дискуссией именно публичность. Здесь она как раз и выступает в форме общественного мнения, подкрепленного учением о разделении властей. Причем речь идет скорее не о самом общественном мнении как факторе воздействия, а о публичности мнения, свойстве, рожденном в дискуссиях XVI–XVII вв., предметом которых была противоположность

публичности — государственная тайна: в такой борьбе публичность и приобретала черты справедливой и законной политики.

В эпоху модерна публичность начинает отождествляться с массовостью. Статистика делает из массы новую добычу теории вероятностей, нередко искажающей политическую достоверность. Уверенные в непреклонной банальности цифр, массы сами начинают воплощать в себе принцип неопределенности. Если система власти организует статистический порядок, совпадающий с социальным порядком, то «массы втайне заботятся о статистическом беспорядке». Покушение на сам принцип реальности события — более серьезное нарушение, чем реальная агрессия²⁴. Достаточно того, что нарушение происходит в публичной сфере, где масса является и деятелем, и наблюдателем.

С развитием социальных коммуникаций и администрирования властное управленческое действие на расстоянии начинает преобладать над непосредственным участием управляющих субъектов в принятии решений. Декартовское жесткое деление на субъект и объект заметно смягчается. Происходит очевидное физическое отдаление коллективного мнения от его носителей: рождается опосредованная публичность индивидов, действий и событий, которая больше уже не связана общим «местом действия»²⁵. Менялась и сама «арена публичного», которая потребует значительного числа количественных изменений и значений. Статистика со временем — неотъемлемый инструмент публичности.

Вводя в теорию публичного права элемент «корпоративного института», М. Ориу призывал сосредоточить анализ на принципе равновесия, а не революционности, которую порождают силы динамические в ущерб силам устойчивости. Объективно основывающийся и самоуравновешивающий правопорядок должен был подчинить правительственные источники права праву, уже установившемуся в нации.

Идея же «корпоративного института» опиралась на постулат, что существует некое право, предшествующее праву, устанавливаемому национальным государством, являющееся только «реорганизованной нацией»:

²³ Шмитт К. Политическая теология.

²⁴ Бодрийяр Ж. Указ. соч. С. 61–63.

²⁵ Бауман З. Ретротопия. М. : ВЦИОМ, 2019. С. 3–40.

«Специальная сила установившегося правопорядка происходит материально из его приспособления к реальностям корпоративной структуры, а формально — из факта его мирного длительного существования, заставляющего предполагать его признание со стороны всех»²⁶.

Это и есть писаное право, сделавшееся обычным, ему подражают все писанные конституции, по сути — оно чуждо субъективной воле государства, но статическая необходимость принципа инерции и само «предправо» способно стать осуществлением единодушно-го согласия, используя принцип авторитета²⁷. «Предправо» или «глубинное право» может быть выражено с определенной степенью адекватности в «общественном мнении».

В публичном праве традиционно было принято рассуждать только об основном принципе — равенстве перед законом, не вникая во внутренний характер самого закона, где принцип уже проявлен как взаимоотношения «хорошо ассимилированных людей»²⁸. Закон же скреплял и централизовал общество, подобно тому, как это делает политический институт: законодательствовать — значило упорядочивать и кодифицировать всю уже существующую массу беспорядочно существовавших норм. Возникла аллюзия с платоновской древней максимой: *«Закон не изобретают, его открывают»*.

Устойчивость и постоянство правовых институтов, их единство обеспечивались фактической организацией, связанной с совокупностью политических и правовых обстоятельств, существовавших в обществе. Институты, подобно общим нормам, приобретали свое юридическое значение путем «освящения или узаконения», вытекающее из психологического присоединения и согласия граждан, а также под влиянием силы инерции. Публичное право тем самым возникало путем создания институтов и корпоративной персонификации политической организации, упорядочивая, в свою очередь, саму сферу фактических публичных отношений. С этим всегда была связана и проблема легитимации. Публичное право, утверждавшее свое присутствие и значимость с начала XIX в. и до

периода революций начала XX в., переориентировалось от принципа династической легитимности к легитимности демократической. В государственно-правовом отношении в то время, поясняет К. Шмитт, любое правительство считалось *«лишь временным, пока оно не санкционировано»* учредительным собранием, а *«каждая не основанная на этом фундаментальная власть представляется узурпацией»²⁹.*

Задача «учредительного собрания» — выбор формы власти. Заранее предполагается: народные представители, присутствующие на собрании, сделают наиболее верный выбор, что гарантируется масштабом самого представительства; в принятии решения участвует весь народ. В учредительном собрании власть еще не разделена, здесь она только явлена в своей потенциальной целостности. Что же касается «общественного мнения», то в данном случае оно формируется посредством той же парламентской техники, гарантирующей подчинение меньшинства представителей большинству.

Идеалу власти как политической техники (идущему еще от Н. Макиавелли) противопоставлялись уже новые понятия права и справедливости. Просвещение XVIII в. придало публичности абсолютный характер, представив ее как сам «свет просвещения», освобождающий от предрассудков, фанатизма и властных интриг. Впрочем, за этим следовала идея замены абсолютистской концентрации власти системой разделения властей: публичность в форме общественного мнения сама должна была стать высшим контролирующим органом и абсолютным коррективом. Просвещение желало сделать любое злоупотребление властью невозможным. Однако в складывающейся системе «просвещенного деспотизма» распространение просвещения к тому же увеличивало власть деспота, кем бы он ни являлся³⁰ — королем, президентом или «народом».

Общественное мнение как признак и основа публичности рождалось еще в концепции физиократов, заявлявших об автономии гражданского общества от государства, но благожелательно относившихся к типу абсолютной власти просвещенного правителя. Определенную роль должна была играть критически действенная публичная

²⁶ Ору М. О Указ. соч. С. 13–14.

²⁷ Ору М. Указ. соч. С. 13–14.

²⁸ Ору М. Указ. соч. С. 15–16, 25.

²⁹ См.: Шмитт К. Понятие политического. СПб.: Наука, 2016. 568 с.

³⁰ Шмитт К. Политическая теология. С. 189.

сфера. Ж.-Ж. Руссо пошел значительно дальше, предложив «*демократию без публичной дискуссии*», и это уже был шаг по направлению к политическому якобинству. Исторически демократия оказалась бессильной перед якобинским аргументом («*решением отождествить меньшинства с народом*»). Вера в то, что источник всякой власти — народ, приобретает значение, «*подобное вере в то, что всякая начальственная власть исходит от Бога*»³¹. Если от имени народа решения принимают его доверенные лица или парламент, существует вероятность, что такие решения может принимать и один доверенный человек: здесь-то и лежала мотивация и источник «цезаризма или бонапартизма как власти демократического режима».

Понятие и термин «общественное мнение» как составная часть состояния публичности окончательно закрепляется в политической и правовой терминологии со времен Французской революции. Правда, еще Д. Дидро незадолго до революции высказывался об общественном мнении как о «машине», вся сила которой способна творить и добро, и зло. Общественное мнение рассматривалось духовной силой с большой действенностью, его появление превращало нацию в отдельный политический фактор: теперь и «общественное мнение», служащее рупором совести, и политические институты мыслились как изменчивые силы, неравномерный прогресс которых приводит к доселе неведомой разновидности революций. Особые революции возникают из изменившихся мнений и понятий, они неизбежны и особо опасны и длительны. Революции можно избежать, только если идти в ногу с моральным прогрессом. Вопрос об истинно «общественном мнении» как бы оттеснялся на второй план³².

В процессе конституционно-правовой институализации «общественное мнение» приобрело амбивалентное значение как внутри, так и вне сферы государственного устройства. Предполагалось, что оно имеет только совещательный голос в политике, тогда как мнение большинства, определяемое выборами, имеет голос решающий: в любом случае публичность была необходима для полноты политического действия. Превозносимый как «оплот всякой

конституции» принцип гласности успешно конкурировал с монархическим принципом, утвержденным на Венском конгрессе 1815 г. Конституционность начала ассоциироваться с публичностью: только явленность закона делает его законом, обладающим общезначимостью. Публикация закона становится важной стадией процесса законотворчества.

И. Кант называл гласность единственным принципом, способным обеспечить некое единодушие политики и морали. Перед лицом публичности все политические действия должны сводиться к основе законов, удостоверяемых перед публичным мнением в качестве разумных и общих:

*«В рамках состояния всеобщей нормированности (которая объединяет гражданское устройство и вечный мир в совершенно справедливый порядок) природный закон господства уступает место господству правового закона, а политику в принципе можно перевести в мораль»*³³.

В ситуации же такой всеобщей нормированности природный закон господства должен будет уступить место господству правового закона, а политика будет готова превратиться в мораль³⁴. Мефистофельская апория, когда частные и негативные устремления парадоксальным образом превращаются в позитивные результаты, сохраняется, но имеет место уже в публичном пространстве: «*Частные пороки — общественные выгоды*». Противопоставляя естественное и гражданское право, И. Кант связывал первое со сферой частных, а второе — со сферой публичных отношений. Во втором случае право выступает уже не только как «государственное», но и как обусловленное необходимой публичностью, что вообще свойственно закону и политическому как таковому.

В отличие от кантовского рационалистического деления права на естественное и гражданское, романтики сводили деление права на публичное и частное к дихотомии, заложенной в основании самого права: наряду с отдельным лицом они считали источником права народ. Государство же как незримое природное целое «является телесной формой духовной народной общности» (К. Савиньи)³⁵.

³¹ См.: Шмитт К. Понятие политического.

³² Хёльшер Л. Указ. соч. С. 361–362.

³³ Цит. по: Хабермас Ю. Указ. соч. С. 172.

³⁴ Хабермас Ю. С Указ. соч. С. 173.

³⁵ Цит. по: Хёльшер Л. Указ. соч. С. 323–324.

Романтизм как реакция на Просвещение сумел достаточно удачно соединить либеральную идею публичности с формой «органического» мышления и историческим методом исследования. То, что было освящено преданием и обычаем, обладало непререкаемым авторитетом. В основании нравов и права лежит традиция, противоположная разумной свободе и представляющая собой историческую ценность, подобную данностям природы: традиция оказывается точкой пересечения свободы и истории как таковых³⁶.

Политическое представительство под натиском нарастающего социального (такую же жесткую атаку осуществляла против него и политически нейтральная хозяйственная идеология) готово было превратиться в «диалектическую фикцию», скрывающую только голую борьбу за власть, дуэль «между стремящимися к тоталитарному самоуправлению инстанциями и ироничной, строптивой, агностической инфантильной массой»³⁷. Государство теряет свою социальную сущность: оно только изобретает политику, которой присущи безразличие и отсутствие эмоций. На горизонте, пусть еще отдаленном, вставала реальность трансполитического, когда за общенациональной политикой маячит «циничное упорство, порожденное исчезновением социального»³⁸...

Политическое не исчезает вовсе, продолжая лишь менять формы своего проявления, и именно публичность оказывает влияние на характер этих форм. Публичность государства, общества или народа остается одинаково действенной.

В демократической системе принимаемые решения бывают значимы только для самих решающих, и этот принцип порождал целый ряд воображаемых тождеств. Так, воля меньшинства, уступившего большинству голосов, неожиданно оказывается тождественной воле большинства. Закон, принимаемый помимо воли отдельного гражданина, обязателен для его исполнения как символ реальной «общей воли». Не имеет значения конкретное содержание закона — абстрактно одобряется лишь результат, возникающий благодаря голосова-

нию: тождество выражено здесь только как предполагаемое единство закона и народной воли и воспринимается как реальность.

На этом же основывалось парадоксальное тождество правящих и управляемых, господина и подданных, субъекта и объекта государственного авторитета, народа и его репрезентации в лице парламента, государства и закона:

*«Все подобные тождества не являются осязаемой действительностью, но покоятся исключительно на признании... И юридически, и политически, и социологически речь идет не о чем-то реально одинаковом, но об отождествлениях»*³⁹.

Общая предпосылка о «тождестве воли народа» оставляет открытым вопрос о формах и средствах отождествления.

Революционное по своей сути определение «закон есть выражение общей воли» подразумевало императивный нормативный характер закона. Закон рассматривался как общая и законодательствующая воля, господствующая и управляющая. Эта воля проявлена в парламенте или в избирательном корпусе и выступает волей большинства, но никак не общей волей. Идея же большинства становится только идеей меньшинства, а вследствие этого и «единодушной идеей, а единодушная идея членов какой-либо группы по вопросу о норме, затрагивающей общие интересы, не может быть ложной»⁴⁰:

«...Вслед за Руссо здесь осуществилась подмена воли к совместной жизни, которая вполне может существовать и без общих идей, общей волей в отношении этих общих идей»⁴¹.

Превращение идей большинства в закон еще не говорит о непогрешимости закона. Меньшинство ведь может иметь и другое мнение и идеи, не менее определенные. Непогрешимость закона так и останется иллюзией революционной теории общей воли.

Г. Гегель осторожно предупреждал об откровенно утопических элементах в теории гласности и публичности общественного мнения. Общественность, по его мнению, может нормально развиваться только из государства как «высшей конкретной всеобщности» и только

³⁶ Гадамер Х.-Г. Указ. соч. С. 334.

³⁷ Бодрийяр Ж. Указ. соч. С. 116–117.

³⁸ Бодрийяр Ж. Указ. соч. С. 116–117.

³⁹ Шмитт К. Политическая теология. С. 172–173.

⁴⁰ Шмитт К. Политическая теология. С. 179.

⁴¹ Оруу М. Указ. соч. С. 227–229.

в сфере права. Народ же за пределами гражданского общества — лишь «неорганическое множество», бесформенная масса, движения и действия которой стихийны: только «через публичность законов, судопроизводства и сословных собраний государство позволяет субъективному сознанию народа принимать участие в государственных делах»⁴². Поскольку в общественном мнении соединяются истина и заблуждение, всеобщее, субстанциональное и истинное в нем сопрягаются с особенным мнением многих, что есть противоречие само по себе. Во всяком случае, публичность всё еще оставалась социально-психологической природной необходимостью, стоящей выше любого произвола законодателей.

Для послереволюционного (не обязательно демократического) либерализма идея политически действующей публичной сферы состояла уже не в упразднении власти как таковой, а в способствовании ее разделению: теперь публичное мнение просто ограничитель власти. Д. С. Милль был озабочен видимой опасностью, когда власть публичного мнения готова была поглотить всю власть вообще. За ним и А. Токвиль считал, что публичное мнение, определяемое страстями толпы, нуждается в мерах сдерживающего благоразумия, обеспечиваемых представительными правлениями, в основе которых лежит социальная иерархия. Опыт представительных правлений вполне мог представлять промежуточные, посредствующие власти по типу дореволюционного сословного общества («старого режима»)⁴³.

Отсутствие каких-либо промежуточных звеньев между властью и индивидом всегда чревато искажением социальных коммуникаций. Надежды на «прямое действие» массы на власть не оправдались; продолжал действовать и «железный закон олигархии»...

В XIX в. наряду с тиранией «общественного мнения» возрастала и опасность другой, уже бюрократической государственной тирании. А. Токвиль дал впечатляющую картину возрастания новой общественно-государственной власти:

«Над всеми этими толпами возвышается гигантская охранительная власть, обеспечивающая всех удовольствиями и следящая за

судьбой каждого в толпе. Власть эта абсолютна, дотошна, справедлива, предусмотрительна и ласкова... Власть эта стремится к тому, чтобы сохранять людей в их младенческом состоянии. Она охотно работает для общего блага, но при этом желает быть единственным уполномоченным и арбитром»⁴⁴.

Не произошло и перехода от управления людьми к принципу «управления вещами». Оказалось, людьми в их массе даже проще управлять...

Ю. Хабермас в своем фундаментальном труде о структурировании публичной сферы отметил тенденции к формированию манипулятивно созданной публичной сферы и «необщественного мнения», в начале XX в. свидетельствовавшие об утрате «критической общественности» в мире, где начинали господствовать социальные технологии. Публичная сфера потеряла свое значение кантовской рациональной дискуссии. Рождалась такая форма выражения мнения, которая исключала всякую активность гражданской позиции, суммированные и предопределенные техникой опроса мнения многих превращались в политические инструменты для достижения разных партийных и корпоративных интересов.

«Общественное мнение» контролируется лишь как среднестатистическое значение мнения всех индивидов. В эту среднюю цифру всегда нужно включать «иррациональности этого мнения, момент его произвольности и объективной необязательности», поэтому «общественное мнение» уже не может являться объективной интенцией, на роль которого оно претендует, чтобы корректировать отдельные политические действия⁴⁵.

Универсальность и истинность законов могли быть гарантированы до тех пор, пока действующая частная сфера еще позволяла исключать специальные частные групповые интересы из законодательной материи, понуждая интересы к уравниванию друг друга. Публичная же сфера в лице парламента путем публичной дискуссии могла бы установить, что именно можно было бы осуществить на практике ради сохранения общего интереса. Реалии, требующие нормирования, становились бы тогда

⁴² Гегель Г. В. Ф. Указ. соч. С. 343.

⁴³ Токвиль А. Демократия в Америке. М. : Прогресс, 1992. 554 с.

⁴⁴ Токвиль А. Указ. соч. С. 497.

⁴⁵ Хёльшер Л. Указ. соч. С. 386–387.

социальными и привязанными к конкретным ситуациям. Различие между законом и административной методой теряло бы четкость.

Взаимопроникновение государства и общества разрушало частную сферу, чья автономия как раз и обеспечивала универсальность законов. Консенсус, возникающий в результате непубличного или навязанного посредством процедур делегирования или непубличного обсуждения (в кабинетах и парламентских фракциях), ставил под вопрос «истинность» принимаемых законов, порождая теорию «двойственного понятия закона» (в материальном и формальном смысле слова):

- от принципа гласности уже не ожидали необходимого эффекта и рационализации политического господства;
- для медиатизирования публики больше подходил метод аккламации, квазидобровольное выражение всеобщего одобрения.

Сфера публичной жизни безмерно разрасталась. Однако *«она настолько оказывалась далека от процессов реализации власти и*

*балансировки власти, что их рационализация с помощью принципа публичности уже не могла быть затребована, а тем более обеспечена»*⁴⁶. Иррациональное вновь выглядит из-за спины публичного. Эпоха либерального модерна завершалась...

Публичное право не рождалось в борьбе с частным правом, оно из него вырастало. Частноправовые сферы, будь то общинная организация, семья, торговый оборот, постепенно и неохотно отдавали часть своих прерогатив государству и связанным с ним корпорациям, в правовом поле которых формировалось публичное право с его абстракциями и императивностью. Договор был готов вновь уступить свое место статусу, но изменились масштабы экспансии. Государственное (конституционное), административное, уголовное и многие другие новые отрасли права оказались либо в зоне публичного права, либо под сильным его воздействием. Эпоха модерна добавила к этой тенденции еще один ускоряющий процессы фактор — научно-технический прогресс.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бауман З. Ретротопия. — М. : ВЦИОМ, 2019. — 160 с.
2. Бодрийяр Ж. Прозрачность зла. — М. : Добросвет, 2006. — 257 с.
3. Гадамер Х.-Г. Истина и метод: основы философской герменевтики. — М. : Прогресс, 1988. — 704 с.
4. Гегель Г. В. Ф. Философия права. — М. : Мысль, 1990. — 524 с.
5. Кант И. Сочинения : в 6 т. — М. : Мысль, 1965. — Т. 4. — Ч. 2. — 478 с.
6. Ориу М. Основы публичного права. — М. : Издательство Коммунистической академии, 1929. — 759 с.
7. Токвиль А. Демократия в Америке. — М. : Прогресс, 1992. — 554 с.
8. Хабермас Ю. Структурное изменение публичной сферы: исследования относительно категории буржуазного общества. — М. : Весь мир, 2016. — 342 с.
9. Хёльшер Л. Публичность, гласность, публичная сфера, общественность // Словарь основных исторических понятий : избранные статьи : в 2 т. — М. : Новое литературное обозрение, 2014. — Т. 1. — 728 с.
10. Шмитт К. Политическая теология : сборник. — М. : Канон-Пресс-Ц, 2000. — 336 с.
11. Шмитт К. Понятие политического. — СПб. : Наука, 2016. — 568 с.

Материал поступил в редакцию 26 января 2021 г.

REFERENCES

1. Bauman Z. Retrotopia. Moscow: VTSIOM Publ; 2019 (In Russ.).
2. Bodriyyar Zh. Prozhrachnost zla [Transparency of the Evil]. Moscow: Dobrosvet Publ.; 2006 (In Russ.).
3. Gadamer Kh-G. Istina i metod: osnovy filosofskoy germeneyvtiki [The truth and method: foundations of philosophical hermeneutics]. Moscow: Progress Publ., 1988 (in Russ.).
4. Hegel GVF. Filosofiya prava [Philosophy of Law]. Moscow: Mysl Publ.; 1990 (In Russ.).
5. Kant I. Sochineniya: v 6 t. [Works: in 6 vol]. Vol. 4. Moscow: Mysl Publ.; 1965 (In Russ.).

⁴⁶ Хабермас Ю. Указ. соч. С. 252–253.

6. Oriu M. Osnovy publichnogo prava [Fundamentals of Public Law]. Moscow: Publishing House of the Communist Academy; 1929 (In Russ.).
7. Tokvil A. Demokratiya v Amerike [Democracy in America]. Moscow: Progress Publ.; 1992 (In Russ.).
8. Habermas Yu. Strukturnoe izmenenie publichnoy sfery: issledovaniya otnositelno kategorii burzhuaznogo obshchestva [Structural change of the public sphere: research on the category of bourgeois society]. Moscow: Ves mir Publ.; 2016 (In Russ.).
9. Khelsher L. Publichnost, glasnost, publichnaya sfera, obshchestvennost [Publicness, publicity, public sphere, the public]. In: Dictionary of Basic Historical Concepts: Selected Articles: in 2 vols. Moscow: Novoe literaturnoe obozrenie Publ.; 2014 (In Russ.).
10. Shmitt K. Politicheskaya teologiya : sbornik [Political theology: collection]. Moscow: Kanon-Press-Ts Publ.; 2000 (In Russ.).
11. Shmitt K. Ponyatie politicheskogo [The concept of the political]. St. Petersburg: Nauka Publ.; 2016 (In Russ.).