Йозеф Изензее,
доктор юриспруденции,
профессор публичного права
Боннского университета (ФРГ)

Конституция: слепость законов

Террор делает новый вызов всей западной правовой системе

В ударах терроризма проявилось то, насколько уязвимой является цивилизация. Несмотря на свою примитивность, он свел на нет все то, что может предложить современность в силовом отношении - техническое совершенство, экономическое богатство, военное превосходство. Террористические акты 11-го сентября 2001 года затронули архитектурные символы мировой державы. Но они также пошатнули здание правопорядка и поставили вопрос: смогут ли выстоять установившиеся понятия и правила перед лицом новых вызовов. Терроризм - это серьезная опасность для общества, которое настроилось и привыкло к ясной погоде на длительное время и которое интерпретирует свою конституцию как конституцию ясной погоды. Терроризм пишет с помощью кровавых чернил радикальное отрицание учения о государстве конституционного государства, которое не предается разрешением тонкостей и деталей, а обнажает свой фундамент. Попробуем расшифровать такой текст.

Первый тезис звучит так: свобода, составляющая сущность конституционного государства, обусловлена безопасностью. Именно на безопасность и нацелены удары, хотя их жертвы и могут быть незапланированными и случайными. Для терроризма не столь существенным является разрушение объективной безопасности общества (для этого у него не хватит сил), для него важнее разрушение чувства безопасности в обществе.

Терроризм порождает страх перед чужим, всестороннее подозрение и недоверие. Однако чувство безопасности относится к осуществлению свободы точно также как и дыхание для жизни. Это чувство руководит общественным дискурсом и заботится о том, чтобы споры, вызванные разными мнениями, и противоречия интересов, находились в цивилизованных рамках, и чтобы единство общества могло переносить нагрузки и выдерживать противоречия. Спокойствие, основанное на чувстве безопасности, является

условием того, что политический климат является отрегулированным, в рамках которого конституционное государство может процветать в качестве «государства меры».

1. Одной лишь либеральностью жертв не защитить

Согласно распространенному мнению, *свобода* и *безопасность* ведут борьбу друг против друга. Якобы безопасность является несовместимой со свободой, и даже - с правовым государством. Визитной карточкой «лево-либеральной» правовой политики является решительное отстаивание свободы и понимание безопасности как нечто противоположного и создающего угрозу свободе. И поэтому такая политика старается по возможности минимизировать государственные мероприятия относительно осуществления безопасности в соответствии с девизом: in dubio pro libertate [1].

С точки зрения конституционного права такой лозунг здесь не совсем уместен. Он подходит к дуальному отношению между индивидуумом и государством и означает здесь: как можно больше свободы и как можно меньше ограничения свободы со стороны законодательства - лишь настолько, насколько это необходимо. Но он не подходит к тройственному отношению: государство - нарушитель - жертва. Выступление за свободу в этом случае пошло бы в большей мере на пользу свободе в отношении правонарушения. Либеральная презумпция относительно свободы вмешивается только тогда, когда между имеющими свободу царит мир, который должно гарантировать государство.

Именно поэтому классическая теория либерализма, например, представленная Вильгельмом фон Гумбольдтом и Иммануилом Кантом, рассматривает гарантию безопасности как необходимую цель государства, и притом как единственно легитимную цель. Свобода как таковая не составляет для них государственной цели. Она явствует сама по себе, после того как закреплен её фундамент - безопасность, и когда гарантированы её правовые рамочные условия. Таким образом, свобода и безопасность находятся на разных уровнях.

Безопасность является *предпосылкой* свободы. Последняя развивается только в состоянии всеобщей цивилизованности. В «Status Naturalis» нет никаких основных прав граждан. Но для того, чтобы узнать, что же такое «Status Naturalis», сегодня вовсе не нужно перечитывать работы английских философов 17-го века. Для этого достаточно газетных сообщений об Ираке в период временного по-

ложения - между уже свергнутой диктатурой и еще не до конца установленным гражданским управлением. «Естественная» свобода, которая там царит, - это свобода убивать, грабить, но также - и свобода своими силами защищать свою жизнь и свои пожитки. Такого вида свободы вовсе не преследуют основные права гражданина. Они стают эффективными лишь тогда, когда частные лица отказываются от применения телесных принуждений и от их угрозы и тогда, когда одно лишь государство может использовать эти средства с целью обеспечения мира и осуществления права.

Взамен на отказ гражданина от применения силы и на его подчинение праву государство гарантирует гражданину государственную защиту его как лица и его прав и, тем самым, создает условие возможности свободы, а именно: чтобы, говоря по-кантовски, - свобода одного гражданина могла согласовываться со свободой другого согласно всеобщим критериям. В отличие от естественной свободы, свобода основных прав граждан является равномерной для каждого обладающего ею, независимо от его силы, находчивости и умственных способностей.

Серьезная опасность террора делает свободным взгляд на *государство*. После 11-го сентября 2001 года закон действия находится не в руках всемирной Организации Объединенных Наций, а в руках мировой силы - США. С тех пор в качестве оборонительно-политических и внешнеполитических актеров в Европе проявляют себя не военный союз или, например, сообщество государств, а национальные государства. Именно к государству обращены всеобщие ожидания в час опасности. С целью государственной солидарности граждане США объединяются и перед лицом террора выступают единым фронтом как нация в непрекращающейся волне патриотизма в его первоначальном виде, который отличается от своего блеклого немецкого суррогата - от конституционного патриотизма. Государству брошен вызов как гаранту мира: здесь мир безо всяких претензий понимается в негативном смысле, а именно - как отсутствие физического принуждения.

При этом государству сделан одновременно вызов как *правовому государству* и как *силовому государству*. Оно должно в рамках права защищать право против неправа и обеспечить эффективность такой защиты. От него требуется не только правомерность, но и эффективность, не только усилия, но и успех. Для этого государству дан полный «карт-бланш» на деятельность и средства власти,

которые оно имеет в своем распоряжении. И все же цель оправдывает не любое средство, а лишь такое, которое соответствует стандартам конституции, гарантирующим свободу и уважающим достоинство человека.

2. У полиции и Бундесвера разные задачи

Вопрос теории государства заключается в том, сможет ли конституционное государство устоять перед лицом нового вызова. Его фундаментальная цель заключается в гарантировании внутренней и внешней безопасности своих граждан: безопасности от нападения частных лиц и безопасности от нападения внешних государств. В рамках первого аспекта в распоряжении государства находится инструментарий полиции и юстиции, а в рамках второго - армия. Для конституционного государства является существенной разницей - должно ли оно предотвращать внутреннюю опасность, или же внешнюю, которую создает враждебное государство. В этом различении заложен элемент государственно-правового и федеративного разделения властей. Вся мощь вооруженных сил служит внешнему самоутверждению государства и никогда не должна применяться для разрешения внутригосударственных проблем, чтобы не нарушать равновесия внутренних сил сообщества.

Как кажется, именно такое различие «внешний - внутренний» теряет свои очертания перед лицом терроризма - такого терроризма, каким он предстал 11 сентября 2001 года. Его исполнителями были не государства, а частные лица, то есть нарушители с точки зрения полицейского права. Однако они действовали за пределами государственных границ и использовали много территориальных государств для того, чтобы выбрать соответствующие удобные места для своих целей логистики, для тренировочных лагерей, а также финансовые центры, укромные места для рассредоточения «замаскированных до поры и времени потенциальных террористов». Но глобальной военщине нельзя противостоять только лишь средствами национально-государственной полиции, даже если она и координирует свою работу на международном уровне. Последствия террористических акций 11 сентября 2001 года были подобны последствиям тяжелой воздушной атаки. Они были делом рук негосударственной разветвленной сети, которая может наносить удары незаметно и неуловимо везде во всем мире.

Совет безопасности расценил эти удары как угрозу мировому порядку и международной безопасности. НАТО признало беспомощность своего союза. США избрали военный путь и объявили войну терроризму - войну против негосударственного мирового врага. Трудно себе представить более разных «военных участников», нежели они есть: с одной стороны, гигантская, громоздкая военная машина государств мира, а с другой - маленькая, виртуально вездесущая кучка бойцов без униформы, без имен и без лиц.

Но тем не менее, война настигла одно государство - Афганистан, в котором террористическая организация Аль-Каида обосновала свою центральную операционную базу. Государственная война превратила средство в цель обезвредить терроризм. Государство, на которое было произведено нападение, понесло ответственность за негосударственные акции, которые планировались на его территории и которыми руководили из его территории. Согласно международному праву ответственность государств на своей территории за акции частных лиц за пределами границ государства определяется теперь по-новому и более четко, нежели это было до сих пор. Даже согласно предыдущим нормам международного права государство несет ответственность перед международным сообществом за сохранение своей монополии на власть. Теперь же оно должно пресекать еще и те действия, которые как таковые не являются насильственными, но вплетены в сеть транснационального терроризма.

Однако не только государству, вступившему в тайный сговор, угрожает вторжение, но также и пессимистично-либеральному, совсем слабому и несостоятельному государству («failed state»). Международное право проникает теперь более глубже во внутреннее пространство государства, чем было до сих пор, и детерминирует его конституцию как в правовом, так и в социальном отношении. Таким образом, суверенитет государства (а тем самым и народа) в отношении своей конституции уменьшается.

Отныне также обостряются тенденции, которые вступили в силу с тех пор, как международное право отождествляется с принципами прав человека и демократии, поскольку упраздняется его установленная ранее индифферентность в отношении внутренних дел государств, а для защиты мировых конституционных ценностей реактивируется гуманитарное вмешательство. Отныне нарушения прав человека считаются нарушениями мира, против которых выступают отдельные государства и группы государств в качестве мировой полиции, уполномоченные для этого Советом безопасности.

По мере того, как первоначально негативное понятие мира как отсутствия физического принуждения наполняется содержательными представлениями о справедливости, возрастает также и легитимация применения физического принуждения во благо справедливого дела.

Но поскольку представления о справедливости в одном государстве расходятся с таковыми в другом государстве, то принятое ранее международное право довольствовалось тем, что запрещало применение физической силы и разрешало самозащиту только против насильственных атак - подобно тому, как современное государство - согласно позиции, что в вопросах материальной справедливости нет никакого надежного консенсуса - довольствуется тем, что требует от своих граждан обязательного соблюдения запрета насилия, а разрешение проблемы справедливости предоставляет открытым дискуссиям и политическим решениям. Тот, кто как в международном, так и в государственном праве стремится достичь максимума мира и оптимальной справедливости, тот проводит их строгое различие в понятийном отношении, а мир определяет без довешивания к нему справедливости как отсутствие телесного насилия, говоря иначе - как безопасность.

Новый способ ведения войны не признает никаких правил международного права, которые соответствовали бы правилам войны между государствами. Враждующие государства взаимно признают себя участниками войны. Враг является возможным партнером будущего мирного договора. Как раз терроризм таковым и не является. Война против него нацелена на то, чтобы уничтожить его целиком и полностью. Террорист - это абсолютный враг. Поэтому он не является таким участником войны, который обретал бы статус военнопленного при взятии его в плен. Он даже не считается повстанцем или партизаном. Если терроризм преследуется как преступление против человечества, а террорист - как враг человечества, то это является лишь еще одним шагом на пути исключения его из человеческого сообщества и непризнания за ним человеческих прав. Тогда борьба за права человека становится борьбой, направленной против прав человека.

Терроризм, как он показал себя в трагиспектакле 11 сентября 2001 года, имеет еще одну особенность. В нем проявилась *борьба культур*, реальность которой, как считают в Германии, необходимо изгнать или не признавать - как показатель просвещенности, открытости миру и терпимости. Эта борьба направлена против

культуры Запада, в том числе против её космополитических претензий, которые олицетворены в принципах человеческого достоинства и демократии, несущих на себе отпечаток западного происхождения и которые на Востоке воспринимаются как нечто привнесенное из чужой культуры и как оскорбление своей культуры.

3. Культура и вера - это не правовые категории

Именно здесь проявляется принципиальная слабость либерализма, который находит олицетворение в конституционном государстве. Он предлагает признание только индивидуумов как лиц, а не как надиндивидуальных единиц, если они не организованы как государства или государственные объединения. Он признает государства, но не религии и не культуры. Он склоняется к тому, чтобы распылить их структуры - пока в конце не останутся лишь индивидуумы, которым он предоставляет на их усмотрение создавать новые структуры на основании их самоопределения. В своем качестве *правового* государства либеральное государство видит лишь свободных и равных индивидуумов. В своем качестве *социального* государства оно, кроме того, еще воспринимает общественно-экономические различия. Но для него очень сложно осознать культурные особенности, несмотря на то, что оно является *культурным* государством. В своем понимании основной правовой свободы оно именно таковым и является, то есть в существенно меньшей степени, нежели в качестве социального государства. Однако оно совсем не хочет быть *религиозным* государством. Даже если оно вообще и регистрирует религиозные феномены, то только лишь в их культурных, социальных и политических производных.

Государство склоняется к тому, чтобы не видеть действительность религии, поскольку ему нечего сказать об её истинности. То обстоятельство, что в начале Нового времени в Европе оно уменьшило потенциал гражданских войн из-за конфессиональных различий, заняв со своей стороны нейтральную позицию, еще ничего не говорит о том, что во всем мире религия была и может быть деполитизирована. До конца этого не удалось сделать даже на старом континенте, как это показывает пример с Северной Ирландией, не говоря уже о Боснии и Герцеговине. Церкви в Германии облегчают государству видение их как религиозных величин, поскольку они вписались в процесс самостоятельной секуляризации в рамках светского окружения и проявляют просветительскую приспособленность, так что от fascinosum et tremendum христианства ничего не остается.

Терроризм живет благодаря власти *идеи.* Идея устойчива против физической силы. Недостаточно разрушить организацию Аль-Каида - только лишь своеобразно соединенную сеть. И уж совсем недостаточно просто уничтожить её руководителя. Мертвый Осама бен Ладен может быть опаснее, чем живой. Как новый Магди, исламский мессия. И тут возникает дилемма: Запад должен защищаться с помощью эффективной контр-силы против силы терроризма. Но таким образом он не в состоянии устранить движущие силы насилия. Напротив, любое военное поражение терроризма может придать ему новую энергию, с большей силой разжечь огонь фанатизма и рекрутировать на фронт терроризма новые войска. Если гидре будет отрублена голова, на ее месте могут вырасти много новых.

Борьба против терроризма решается на уровне идей. По одну сторону находятся идеи Запада с их претензией на универсальность, а по другую сторону - идеи исламистского протеста, ненависти к Америке и её союзникам, не только против её политики, но именно против её политических ценностей, против её культуры и способа жизни. Ненависть глубоко укоренена в массах, в то время как самые просвещенные среди авторитарных руководителей склонны к западным ценностям, конечно больше к экономическим, нежели к политическим. Ненависть произрастает из религии ислама. Исламизм еще не тождественен исламу и может истолковываться как безобразная выходка, как заблуждение или извращение. Но остается открытым вопрос - не возвысится ли он в дальнейшем к авангардному течению или к представителю ислама.

Конечно, тогда борьба культур стала бы реальностью. Еще раз следует подчеркнуть - необходимо проводить различие между исламом и исламизмом. Тем не менее, необходимо указать и на то, что следует также серьезно воспринимать религиозно-культурные отличия между Востоком и Западом и не сводить их лишь к безобидному фольклористскому украшению космополитического единства. В Германии склоняются к тому, чтобы из него сделать однобокую просветительско-привлекательную картину, в духе того, как, например, изобразил Лессинг султана Саладина в «Натане Мудром». Однако современная реальность так же отдалена от этого идеала 18-го века, как Багдад от творческой обители Лессинга - Вольфенбюттеля.

Борьба культур - это конечно лишь один из образцов истолкования, который не исчерпывает реальность терроризма. Но в рамках тех границ, до которых этот образец доходит, проявляется то, что полицейские и военные средства могут лечить лишь симпто-

мы. Здесь должны быть найдены другие пути. Я не знаю никакого решения. Но первым шагом стал бы тот, если бы Запад в целом, если бы Европа или, в частности, если бы Германия осознали религиозно-культурную обусловленность правовых принципов, универсальную значимость которых они так стремятся доказать [2]. Может быть такое осознание продвинуло бы немцев к признанию их собственной культуры, из которой быть может произрастет и самосознание и умеренность в отношении чужих культур. Государственное право могло бы поразмышлять о том, находятся ли, и если да, то в какой мере находятся отдельные гарантии конституции в зависимости от культурных условий - к примеру, государственно-церковное право, несущее на себе отпечаток исторического развития Германии.

Если государство является гарантом мира в поле зрения рассматриваемой темы, то все же нельзя забывать о том, что речь идет о *деле граждан*. В конце концов в их руках находится то, будет ли сохранен или нарушен мир. Правда в распоряжении государства есть специфические и исключительные средства для защиты от опасностей. Но их достаточно лишь для того, чтобы принимать меры против отдельных нарушителей, а не против граждан вообще, если они расторгнут мир по всему фронту. Между всеохватывающей обязанностью государства как гаранта и его ограниченными средствами существует разрыв, который является неизбежным во имя свободы.

Последний сглаживается не с помощью правового принуждения, а только лишь путем конституционного ожидания того, что граждане будут следовать априорному основному долгу, принимая во внимание все целое. Государство не может требовать выполнения этого основного долга с применением силы, а только лишь настойчиво добиваться его выполнения.

Примечания переводчика:

1) «В случае сомнения - в пользу свободы» (из лат.).

2) См. в отношении этого вопроса: Вельш, Вольфганг (Йена, ФРГ), *Евроцентричны ли права человека?* / Перевёл с немецкого языка Владимир Абашник // Демократичні цінності, громадянське суспільство і держава / Матеріали XIII Харківських міжнародних Сковородинівських читань (30 вересня - 1 жовтня 2005 р.). - Харків: Прометей-Прес, 2005. – С. 30-38.

С немецкого языка перевёл Владимир Абашник
Публикуется с согласия автора