



ГЕРХАРТ БАУМ

СПАСТИ ПРАВА ГРАЖДАН

СВОБОДА ИЛИ БЕЗОПАСНОСТЬ
ПОЛЕМИЧЕСКИЕ ЗАМЕТКИ

Friedrich Naumann
STIFTUNG

FÜR DIE FREIHEIT

Герхарт Баум был министром внутренних дел ФРГ, когда в конце 1970-х ему пришлось почувствовать драматизм принятия решения в ситуации выбора между правом на свободу и манией безопасности.

В те годы немецкая террористическая организация РАФ, аналогичная итальянским «Красным бригадам», держала в страхе все население, независимо от статуса и положения. Но в то же время в кругах европейской интеллигенции присутствовал дух сочувствия и даже восхищения, иногда помощи первому поколению «левых террористов», лидеры которых вышли из рядов студенческого движения протеста 60-х годов. Нечто похожее было в России в конце 19-го века по отношению к «нечаевцам».

Трагизм выбора между свободой и безопасностью с фатальной неизбежностью около 20-ти лет назад возвратился как вызов сегодня. Теперь перед лицом новых, исламских террористов, взрывов и человеческих жертв в разных точках мира, включая США (11 сентября), Россию (Беслан), Францию (Шарли), возникает соблазн простых запретительных решений. Под угрозой оказывается право на личную свободу, сохранность индивидуальных данных, приватности. И вновь Герхарт Баум встает на защиту прав граждан...

Герхарт Рудольф Баум родился в 1932 году. Один из ведущих либералов-правоведов. С 1966 по 1998 год был членом Федерального правления СвДП, с 1982 по 1991 год — заместитель федерального председателя СвДП. В 1972 году по приглашению Ганса-Дитриха Геншера стал парламентским статс-секретарем в кабинете Вилли Брандта. С 1978 по 1982 был министром внутренних дел в правительстве Гельмута Шмидта. В 1978-1994 — член Бундестага, с 1992 занимается международной защитой прав человека. С 1994 года вернулся к адвокатской практике. В 2004 году вместе с Сабиной Лойтхойзер-Шнарренбергер и Буркхардом Хиршем провалил принятие закона о «большой прослушке», а в 2006 — закона «О безопасности воздушного пространства». Помимо того, он является автором успешной конституционной жалобы против тайных обысков. В 2008 году Герхарт Рудольф Баум стал обладателем премии Теодора Хойсса, в 2009 — премии Эриха Фромма.

ФОНД ФРИДРИХА НАУМАННА

Герхарт БАУМ

СПАСТИ ПРАВА ГРАЖДАН

Свобода или безопасность.

Полемические заметки

Москва **2015**

УДК 323.282:341.231.4
ББК 66.043.3
Б29

Перевод с немецкого М. Голубовской

Баум, Герхарт

Б29 Спаста права граждан / Г. Баум. — Москва : «Сектор», 2015. — 136 с.

ISBN 978-5-9905530-6-4

В бытность министром внутренних дел ФРГ Герхарту Бауму пришлось на собственном опыте убедиться, насколько сложно принять решение, когда на чаше весов с одной стороны лежит безопасность граждан, а с другой — выстраданные статьи Конституции Германии, касающиеся свобод и прав граждан.

Политический и личный опыт тех лет стали для него мерилom оценки государственной политики последующих лет, давая основание и для критической оценки действий некоторых нынешних европейских структур и политических деятелей.

В этой книге Герхарт Баум размышляет о том, что и сегодня, в ситуации новых террористических угроз, превентивные меры государств не могут огульно превращать каждого гражданина страны в «подозрительную личность». Что граждане должны и могут, преодолевая естественный страх, искать решения, не противоречащие фундаментальным правам человека.

УДК 323.282:341.231.4
ББК 66.043.3

ISBN 978-5-9905530-6-4

© Фонд Фридриха Науманна, 2015
© Издательство «Сектор», оформление, 2015
© М. Голубовская, перевод, 2015
Фото из архива семьи Герхарта Баума

СОДЕРЖАНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ К РУССКОМУ ИЗДАНИЮ	4
ОСНОВНОМУ ЗАКОНУ ШЕСТЬДЕСЯТ ЛЕТ	9
1. СВОБОДА КАК Я ЕЕ ПОНИМАЮ	
Об условиях сложившейся демократии и демократии под угрозой	11
2. ЧЕЛОВЕЧЕСКОЕ ДОСТОИНСТВО И МЕХАНИЗМЫ ТЕРРОРА	25
3. ПОПРАВКИ ИЗ КАРЛСРУЭ	
О роли Федерального конституционного суда	43
4. ГРАЖДАНИН ПОД НАБЛЮДЕНИЕМ	
Дискуссия о персональных данных	55
5. «МНЕ НЕЧЕГО СКРЫВАТЬ»	
Отказ от частной жизни	69
6. БОЛЬШОЙ БОСС СЛЕДИТ ЗА ТОБОЙ	
Защита данных для наемных работников	85
7. КОГДА ГОСУДАРСТВО ВЫХОДИТ ИЗ СЕБЯ — И ЗА РАМКИ ЗАКОНА	
Роль бундесвера во внутренних делах	93
8. «КАК ВСПОМНЮ К НОЧИ КРАЙ РОДНОЙ...»	
Свобода в искусстве и прессе	103
9. «ЧЕЛОВЕЧЕСКОЕ ДОСТОИНСТВО ЗЛЕЙШИХ ВРАГОВ»	
Имеет ли государство право на «вынужденные пытки»?	115
10. СВОБОДУ ЖЕРТВАМ ПРЕСЛЕДОВАНИЯ!	
Права человека во всем мире	125

ПРЕДИСЛОВИЕ К РУССКОМУ ИЗДАНИЮ

Нужны ли сегодня полемические заметки об основных правах, свободе, о частной жизни, правах личности, самоопределении? Сегодня, в XXI веке, в «цифровую» эпоху, эпоху прозрачности, радости от возможности пообщаться и поделиться самым сокровенным, которую миллионы людей делят с небожримым кругом своих «френдов»?

Разве во множестве стран свобода, обеспеченная Всеобщей декларацией прав человека и Европейской конвенцией по правам человека, не утвердилась столь прочно, что стала само собой разумеющейся и непреложной? И разве перед лицом разнообразных угроз, выходящих за границы отдельных стран, охраняемая правом свобода не представляется скорее чрезмерной, чем недостаточной? Разве Всеобщая декларация прав человека 1948 года и либеральные конституции не стали юридическим и политическим уроком, который мир извлек после падения национал-социалистического режима с его варварством, презрением к человеку и его правам?

На эти и множество других вопросов Герхарт Баум, исходя из своего многолетнего опыта работы во внутренней и внешней политике ФРГ, дает в этой книге ясный и однозначный ответ: неприкосновенность человеческого достоинства и после Второй мировой войны, и в XXI веке постоянно подвергается серьезным угрозам. И защищать его нужно последовательно и упорно. Организованная преступность, международный терроризм, движимый самыми разными мотивами и целями, а также гражданские войны приводят к нарушению элементарных прав и свобод человека. Однако покушаются на них отнюдь не только террористы, преступники, насильники-повстанцы, ополченцы и военные. Правительства многих стран реагируют на подобные угрозы жесткими ограничениями вплоть до демонтажа прав и свобод, затрагивающего миллионы граждан.

Цензура онлайн-овых и оффлайн-овых журналистских текстов, запрет открытой критики властей, тайное прослушивание телефонных разговоров «подозрительных лиц» и их широкого окружения, онлайн-обыски персональных компьютеров — таковы лишь некоторые формы ограничения прав и свобод. Оправдания национальных и европейских законодателей выглядят стереотипно: эта неуклонная экспансия государства необходима во имя большей безопасности граждан.

И в этой напряженной ситуации Герхарт Баум написал страстный текст в защиту гражданских прав и свобод пред лицом мании безопасности. Как правозащитник и бывший министр внутренних дел, он заслуживает доверия, по-

скольку, исполняя свои обязанности, не предался всеобщей слепой вере в безопасность. Он тщательно взвешивает, действительно ли угрозы для внутренней безопасности требуют серьезного вмешательства в права граждан и, как правило, приходит к обоснованному выводу в пользу укрепления основных прав и свобод. Своей деятельностью он придает каждому из нас силы и является собой пример политика и юриста, выступающего за базовые ценности демократии, за права и свободы граждан. Он показывает, что с помощью убеждения, правовых и политических методов можно и нужно бороться за самоопределение и свободное развитие личности. Он демонстрирует глубокое почтение и уважение к любому, кто, в меру своих возможностей, выступает за эти важнейшие свободы.

Герхарт Баум уделяет очень много внимания политике безопасности Германии последних десятилетий. Но ничуть не меньше волнует его Россия и люди, живущие в этой стране. Несправедливость и дискриминация побуждают его к заступничеству и незамедлительным действиям. Именно по этой причине в 1990-е годы он в качестве адвоката выступил на стороне российских властей, защищая перед правительством ФРГ права россиян, угнанных на принудительные работы в Германию в годы Второй мировой войны. Справедливость и признание ответственности — вот что было и остается для него важным независимо от авторитета и положения участников процесса.

Перед законом все равны, и любое правительство, как и любая корпорация, должны соотносить свою деятельность с элементарными правами человека. Эта универсальная обязанность не позволяет избежать ответственности ни одному государству независимо от формы правления, государственной идеологии и общественного устройства. И в этом Герхарт Баум как адвокат, защищающий человеческое достоинство, непреклонен и, при необходимости, строг ко всем, включая собственную страну.

Именно поэтому он так убедителен, когда пишет о гражданских свободах. Я рада, что у меня была возможность поддерживать его и бороться вместе с ним. Когда я занимала должность министра юстиции, на протяжении обоих сроков главным в моей политике была защита прав и свобод граждан, и я прилагала все усилия, чтобы отстаивать свободу вероисповедания, неподцензурную прессу, свободное развитие экономики и в особенности защиту персональных данных и право граждан как носителей этих данных на самоопределение. Ведь основные права проявляют свою действенность лишь в том случае, когда их отстаивают пред лицом подавляющего большинства в обществе или перед властью корпораций, обеспечивая защиту меньшинства.

Как член Парламентской ассамблеи Совета Европы, в которую входит и Российская Федерация, я имела возможность выступать за права граждан в 48 странах-участницах. Так я познакомилась с государственно-правовыми структурами разных стран и знаю, что от правительств стран-участниц неизменно требуется согласование политических целей с правами граждан. И если

это не получается внутривнутриполитическими средствами, нужны институции вроде Совета Европы, которые встанут на защиту прав человека и будут добиваться их реализации. Речь идет о взаимодействии, а не о противодействии.

Эта книга просвещает, будоражит, предлагает аргументы и дает элементарные познания для убедительной политики по защите прав человека. Своими полемическими заметками Герхарт Баум обеспечил гражданским правам гласность, которую они заслужили.

*Сабина Лойтхойзер-Шнарренбергер,
министр юстиции в отставке*

«Чтобы противостоять искушениям несвободы, необходимы: способность не отклоняться от собственного курса, даже если ты остаешься один; готовность жить с противоречиями и конфликтами человеческого мира; дисциплина ангажированного наблюдателя, не позволяющего себе собирать деньги; страстная приверженность разуму как инструменту познания и действия. Это и есть кардинальные добродетели свободы».

Ральф Дарендорф (1929–2009)

ОСНОВНОМУ ЗАКОНУ ШЕСТЬДЕСЯТ ЛЕТ

ВМЕСТО СЕРЕНАДЫ...

...книга. Ее нелегко будет встроить в ликующий хор, славящий круглую дату принятия Конституции. Эту книгу не получилось написать в чистом мажоре. Потому что есть нюансы. Разумеется, это будет выступление в защиту основных прав и свобод, гарантированных Конституцией. А еще анализ опасностей и ограничений, которым Основной закон подвергался и продолжает подвергаться в последние десятилетия. Например, после терактов 11 сентября 2001 года международный терроризм дал повод многим западным правительствам, в том числе и правительству Германии, предпринять экстраординарные внутривнутриполитические меры по обеспечению безопасности.

Свобода граждан все больше выхолащивается. Мы становимся свидетелями и, в то же время, жертвами ползучей эрозии основных прав. Тех прав, которые в последние шестьдесят лет даже в очень тяжелых ситуациях продемонстрировали свою пригодность для лучшей из немецких демократий. Нам не нужна новая Конституция, поскольку та, что у нас есть, в состоянии защитить наши гражданские права и наше государственно-правовое устройство. Мы просто должны снова и снова ее переосмысливать.

В этой книге я выступаю не только как юрист, но, прежде всего, как политик, которого уже много лет привлекает красота и мощь Конституции. Она — плод моих трудов в области гражданских прав и прав человека. На протяжении многих лет я принимал непосредственное участие в формировании политики Западной Германии. В качестве министра внутренних дел в тот непростой период конца 1970-х, когда активно действовала Фракция Красной армии (РАФ), мне пришлось лично испытать и выдержать всю остроту конфликта между главным правом человека — правом на свободу, и стремлением к безопасности. Этот личный опыт испытания демократией оказал на меня сильное влияние и вызвал желание поделиться своими критическими соображениями с теми, кто несет политическую ответственность сегодня. Моей главной задачей было и остается познакомить граждан с их основными правами. Демократия — это не бумажная декларация, с ней надо жить. Эти полемические заметки, как и все мои устные выступления, призваны способствовать публичному обсуждению проблемы. Мое со-

чинение — не труд по правоведению, поэтому здесь не будет сносок и примечаний, а лишь указания на те или иные источники.

МОЯ БЛАГОДАРНОСТЬ...

... всем, с кем мы вместе следим за этими политическими сюжетами и постоянно обмениваемся мнениями. Прежде всего упомяну моих давних соратников Буркхарда Хирша и Сабину Лойтхойзер-Шнарренбергер. Вместе мы смогли достичь значительных успехов в удовлетворении конституционных жалоб и вызвать общественную дискуссию. Я также благодарен нашей партии (СвДП. —Прим. перев.), которая уделяет этим темам все больше внимания. Недавно к нам присоединился мой племянник Петер Шанц, либеральный политик и блестящий знаток юриспруденции. Другим очень важным участником наших обсуждений являлся мой юный коллега и партнер адвокат Юлиус Райтер. Я очень признателен сотруднице нашего бюро Baum Reiter & Collegen Кристине Леллинг, которая долгими вечерами расшифровывала мои диктофонные записи. А без постоянной поддержки и критических замечаний моей жены Ренаты Лисманн-Баум этот замысел не был бы реализован. Особую благодарность я хочу выразить Сабине Кенигс. Мы вместе разработали структуру книги, во время наших многочисленных бесед она задавала мне каверзные вопросы и всячески стимулировала к размышлению. Именно она сидела напротив, когда я диктовал главы, устроенные как интервью. Она помогала мне облечь сложные материи в простые слова, привнося в мои рассуждения много собственного, то есть заботилась о том, чтобы текст, получившийся в результате кропотливой совместной редактуры, мог быть предъявлен широкому кругу читателей.

Руководству издательства Kierpeneuer & Witsch я признателен за возможность опубликовать книгу и проявленное терпение, а Штефани Кранц — за ее бережную редакторскую работу.

1

СВОБОДА КАК Я ЕЕ ПОНИМАЮ

Об условиях сложившейся демократии и демократии под угрозой

В те времена, когда Германия лежала в руинах Второй мировой войны, а в повседневной жизни царили бедность и нужда, разруха и борьба за выживание, на острове Херренхимзее встретились 33 человека — административные чиновники и посланники 11 западногерманских земель, чтобы провести Конституционное собрание. С 10 по 23 августа 1948 года они напряженно работали над выработкой «Рекомендаций к Основному закону» для Парламентского совета. Затем, после восьми месяцев работы над законопроектом, который выработало собрание, 8 мая 1949 года 65 членов Парламентского совета, среди которых были 4 женщины, 52 голосами против 12 приняли Основной закон страны. Через несколько дней, 23 мая 1949 года, об этом было торжественно объявлено в Бонне. Основной закон был подписан и вступил в силу на следующий день. Он проложил путь новой немецкой демократии. Путь к свободе.

СРЕДИ РУИН И СКОРБИ: УЧИТЬСЯ ДЕМОКРАТИИ

Первая статья Основного закона выглядит так же аскетично, как и время, когда она появилась на свет. Однако смысл ее абсолютно внятен: «Достоинство человека неприкосновенно. Уважать и защищать его — обязанность всей государственной власти».

Основные права могут быть реализованы через суд, но они не просто защищают гражданина от государства, а представляют собой объективную систему ценностей для всего общества.

Во время юбилейных торжеств по случаю 60-летия Основного закона, проходивших в мае 2009 года, речь шла исключительно о гордости за достигнутое. И это справедливо. Опасности, связанные с нарушением конституции, не были упомянуты даже в речи федерального президента. А это более чем прискорбно. Хватило бы и замечания о том, что Федеральному конституционному суду (ФКС) приходится то и дело исправлять нарушения Основного закона со стороны законодателей. И почему-то не было даже упоминания о попытках поста-

вить под сомнение сам принцип человеческого достоинства, попытках, которые нельзя оставлять без внимания.

Члены Парламентского совета, которые создавали Основной закон, в большинстве были людьми, состоявшими в политической оппозиции национал-социализму. И выводы из своего горького жизненного опыта они сделали без лишнего пафоса и эмоций. Сознательный отказ от варварства привел к тому, что впервые за всю историю существования немецкой конституции ее нравственным основанием стала защита человеческого достоинства.

Таков, собственно, главный образ нашей Конституции. Именно из него, в отличие от конституций других демократий, она черпает свою силу. И если в первые годы после ее принятия люди были, скорее, равнодушны к новому конституционному устройству, то сегодня они его приняли. Однако, хотя опросы свидетельствуют об обратном, распорядиться им всерьез граждане не хотят.

Шестьдесят лет назад, когда Основной закон был только принят, он должен был пробиться к людям, для которых был написан. Потому что в те времена немцев просто воротило от политики. Слишком глубоко въелась в них несвобода национал-социализма, слишком поглощены они были тяготами и будничными проблемами послевоенного времени. Нужно было разобрать руины, оставшиеся после войны, справиться со стыдом и онемением — наследием гитлеровского режима и его преступлений, и, кроме того, утолить банальный голод. В головах и сердцах были печаль по упущенным возможностям, надежда на возвращение пропавших отцов и сыновей и тихая меланхолия тех, кому удалось вернуться. Возможно, люди уже строили первые планы на новую или какую бы то ни было жизнь.

По словам журналиста Хериберта Прантля, демократия представлялась немцам «подозрительной, импортированной странами-победительницами». А только что принятую Конституцию они считали неким «бессмысленным наказанием, наложенным англичанами, французами и американцами». Немцы не сами себя освободили, они были освобождены. Вряд ли есть что-то более пассивное, чем быть освобожденным. Они еще только должны были научиться жить в условиях свободы и личной политической ответственности, в условиях демократии. Вообще жить по своему разумению.

СТРОИТЬ ДЕМОКРАТИЮ — ВОПРЕКИ ДОКТОРУ ФАУСТУСУ

Несмотря на разруху и травмы, многие в послевоенной Германии приняли этот вызов. Они были вдохновлены идеями новой Конституции, основанными на свободных принципах эпохи Просвещения, философии Локка, идеях и трудах Канта, Руссо и Вольтера. Они были воодушевлены новым образом государства, в котором не граждане служат его интересам, а государство действует во

благо граждан. «Уважать и защищать достоинство человека — обязанность всей государственной власти». Это право имеет силу закона. И осеняет всю Конституцию в целом.

Но не только благодаря этой формуле Основной закон был и остается внятым ответом на диктатуру национал-социализма. Страх задуматься о случившемся был очень велик, многим просто не хватало слов. Однако с появлением Конституции возникло нечто вроде символической самозащиты от прошлого, коллективное «Никогда больше!» и знак начала новой жизни. На этот текст можно было полагаться. Из него можно было черпать надежду, что катастрофа больше не повторится.

К счастью, были люди, которые хотели заниматься политикой, и занялись ей. Те, кто, подобно мне, в те давние времена пошел в политику, чтобы участвовать в построении молодой демократии и становлении свободы, были охвачены небывалым энтузиазмом, но, одновременно, терзались сомнениями и неуверенностью. Можно ли было, учитывая реальные, но труднодостижимые события, происходившие до 1945 года, рассчитывать на успех демократии, на то, что одна только воля к демократическому развитию станет гарантией ее возрождения и сохранения на долгие времена? По какому пути пойдет развитие? Кто поручится за устойчивость, за непрерывность, за чистоту? Нам, как впоследствии нашим потомкам, предстояло усвоить, что едва народившиеся конституционные права есть высшая ценность и благо.

В 1947 году в своем позднем романе «Доктор Фаустус» Томас Манн убедительно показал гибельную связь между стремлением к совершенству и утратой души, между жадной творчеством и вечным проклятием. В истории невероятно одаренного музыканта Адриана Левекюна, которая повествует отнюдь не только о жизни и творчестве художника, Манна занимают духовные и культурно-исторические корни национал-социализма и его сделка с дьяволом. На примере Доктора Фаустуса он продемонстрировал юному поколению двуличие немцев: сосуществование высокой культуры и преувеличенной склонности к разрушительным идеям или идеологиям, их сокровенную сущность, тяготеющую к радикализму и нетерпимости.

Я прочел роман Томаса Манна в 20 лет. Моя тогдашняя жизнь была отмечена потрясением от бомбардировки моего родного Дрездена, бегством и военным крахом. И в школе, и за ее пределами я то и дело наткнулся на старых нацистов. Почти ежедневно я ощущал тесную связь между уверенностью и сомнениями, политическим возрождением и препятствиями на его пути, перспективой самостоятельно распорядиться свободой и потребностью в безопасности.

Роман Томаса Манна говорит о том, что высокая духовность может сочетаться со стремлением к полному бесчувствию. Он показывает (и это неоднократно подтверждалось в истории Германии), что ответственность за свободу неотделима от потребности в безопасности и потому таит в себе соблазн несвобо-

ды. Порой кажется, что эти антагонистические позиции немислимы одна без другой, что искушение несвободой служит гарантией сохранения свободы, поскольку делает очевидной ее ценность. Что только риски, связанные со свободой, вызывают желание жить в безопасности.

Глубоко потрясенный романом «Доктор Фаустус», в 1953 году я написал письмо Томасу Манну и поделился с ним своими сомнениями относительно нашей способности вернуться «в настоящую, высокодуховную и гуманную Германию». В ответном письме он ободрил меня. Чтобы справиться с сомнениями, я решил принять участие в построении демократии и заняться партийной деятельностью. Моя вера в демократию окрепла — отныне моя рефлексия стала конструктивной.

«Мы можем вернуться в животное состояние, — предостерегал философ Карл Поппер. — Однако, если мы хотим остаться людьми, то перед нами только один путь — путь в открытое общество. Мы должны продолжать двигаться в неизвестность, неопределенность и опасность, используя имеющийся у нас разум, чтобы планировать, насколько возможно, нашу безопасность и одновременно нашу свободу».

В этих словах представителя критического рационализма Карла Поппера заключена самая суть созданной им мыслительной традиции: нужно действовать разумно, то есть обоснованно и рационально, не исключая при этом возможности ошибиться или потерпеть неудачу; нужно постоянно оценивать и перепроверять свои убеждения и отношение к тем или иным вещам, чтобы, при необходимости, суметь сделать оптимальный выбор. Поэтому для Поппера безопасность не является чем-то неизменным и гарантированным, это состояние относительное и переменчивое. Безопасность — не самодостаточная ценность, здесь нужен взвешенный и аргументированный подход. Короче говоря, безопасность требует политического и общественного оформления. Для Поппера, который принципиально считает нормой неопределенность, безопасность, выступающая как нечто раз и навсегда установленное, неизбежно несет в себе высокие риски, а именно, семя тоталитаризма.

ПРИ СОМНЕНИИ — В ПОЛЬЗУ СВОБОДЫ

Что касается раннего этапа общественно-политического развития ФРГ, здесь сочетание надежды и страха, стремления к свободе и сомнений в ее достижимости было вполне оправданно. Оглядываясь на пройденный путь, можно сказать, что, несмотря на все опасности, демократия победила. Но это не значит, что процесс завершен, этот более или менее хрупкий статус-кво нужно всякий раз по-новому отстаивать и защищать.

Приняв в 1971 году «Фрайбургские тезисы» в качестве своей политической платформы, Свободная демократическая партия (СвДП) предъявила единственную немецкую партийную программу, которая наследует главным завое-

ваниям демократических революций конца XVIII века, а именно американской Декларации независимости и Конституции Франции. «Кант возвращается» — так видел будущее один из главных авторов «Фрайбургских тезисов» Вернер Майхофер. СвДП выступает за то, чтобы по-новому определить пределы государственной власти, устройство государства и степень его допустимого вмешательства.

Целью этих тезисов была не формальная, а реальная, действенная свобода. «Свобода», «равенство» и «братство», позаимствованные из известного источника — таковы основополагающие принципы либеральной системы ценностей. Все они взаимообусловлены и неотделимы друг от друга, и все же главенствующей является свобода, по известной мудрости: «При сомнении — в пользу свободы». Основным ориентиром для «Фрайбургских тезисов» послужили два принципа, сформулированные либеральным мыслителем Фридрихом Намманом: «Государство может не все» и «Государство — это все мы».

Мы, реформаторы-либералы из СвДП, были частью протестного «поколения 1968-го», которое дало толчок демократической модернизации всех сфер политики. Конечно, отдельные начинания были отмечены политической горячностью и настойчивостью, порой чрезмерной, миссионерским ражем и известной склонностью к утопизму и нетерпимости. И тем не менее в этом поколении была особая сила: оно с какой-то звериной интуицией чувствовало, что право на свободу — главное, что нужно отстаивать и защищать. Именно эти «демократические рефлексы», привели, например, к отклонению законов о чрезвычайном положении.

«Эти чрезвычайные законы не были звездным часом в истории парламента. Они были первой серьезной попыткой консервативного и весьма самонадеянного правительства ограничить элементарные права и свободы граждан ради мнимой, но столь вожаделенной безопасности, — писал в еженедельнике *Die Zeit* мой друг Буркхард Хирш, бывший министр внутренних дел земли Северный Рейн–Вестфалия и вице-президент Бундестага. — Своей славой эти дебаты обязаны отчаянно защищавшемуся гражданскому обществу, парламентской оппозиции и немногим стойким депутатам от социал-демократической фракции Бундестага». И еще — хочу подчеркнуть это особо — Свободной демократической партии, которая, благодаря убедительной речи Вальтера Шееля, отклонила законопроект в Бундестаге.

Некоторая чрезмерность и максимализм в действиях «протестного поколения» конца 1960-х даже по прошествии лет выглядят лучше, чем кладбищенское спокойствие воспитанного в авторитаризме «поколения отцов», которое неизбежно приводит к стагнации.

ТЕРРОР И ОЩУЩЕНИЕ УГРОЗЫ

Долгое время население не ощущало террористической угрозы. Однако, по крайней мере с 11 сентября 2001 года, представления о безопасности не только в Германии, но и во всем западном мире серьезно изменились. Нападение арабской террористической группировки Аль-Каида на ВТЦ в Нью-Йорке привело к гибели почти трех тысяч человек за один день и разрушило представление о неуязвимости современного цивилизованного мира в самых его основах. Потребность в новой, усиленной безопасности возросла настолько, насколько террористам удалось поколебать чувство защищенности в повседневной жизни, то есть колоссально.

Более двадцати лет назад Германия уже сталкивалась с терроризмом. Трагической кульминацией стал 1977 год. Но в отличие от 2001 года, тогда речь шла не о гибели тысяч людей, а о целенаправленных убийствах политиков, крупных экономических деятелей (промышленников и банкиров), представителей государственной власти и их коллег. То же чувствительное потрясение, и с теми же последствиями — ужас, страх и чувство беспомощности.

Череда непредвиденных покушений со стороны РАФ (леворадикальная террористическая группировка Rote Armee Fraktion, Фракция Красной Армии. — *Прим. пер.*) вызвала у множества людей отчаяние и своего рода шок. За несколько месяцев, которые вошли в историю террора в Германии как «немецкая осень», жертвами покушений стали генеральный прокурор ФРГ Зигфрид Бубак и его сопровождающие, председатель совета директоров «Дрезденер банк» Юрген Понто и, наконец, президент Конфедерации Ассоциаций немецких работодателей Ганс Мартин Шлейер, а также его водитель и трое сотрудников службы безопасности. Захват и сенсационное освобождение самолета «Ландсхут», а также самоубийства заключенных членов РАФ в тюрьме Штутгарт-Штаммхайм, усиливали ощущение постоянной угрозы. Да и как еще могли чувствовать себя граждане в стране, чье правительство, казалось, действует не самостоятельно, а под влиянием шантажа? Больше безопасности, больше государства — казалось, этого хотело и ждало большинство людей. Именно тогда среди части населения возросла готовность обменять гражданские права и свободы на мнимые гарантии безопасности.

Государство, несомненно, должно было реагировать на новую угрозу, и хотя конституционных нарушений не было, кое в чем дело зашло слишком далеко: массированные розыскные мероприятия, ужесточившийся личный контроль и новые антитеррористические законы, в первую очередь, расширение полномочий следственных органов. Это было начало беспрецедентной внутриполитической мобилизации.

И одновременно это было началом своего рода общественно-политического «перпетуум мобиле», который в 1977 году, спустя несколько дней после убийства Зигфрида Бубака, Рудольф Аугштайн в своей колонке в журнале

Spiegel описал так: «После любого громкого и подлого преступления против общественной безопасности приходит время страшных упростиелей. Будь то давнее убийство русского царя или нынешнее покушение на главного прокурора страны, разум и самообладание отправляются напрямик в чулан. Но когда-нибудь они выберутся оттуда на божий свет».

Если обобщить прошлый опыт, можно отчетливо увидеть механизм, который проявляется в атмосфере страха, когда преступность или террор становятся ощутимыми (в реальности или в виде некоего ужасного сценария, сочиненного для немецкого зрителя, в том числе политиками, ответственными за безопасность) и воспроизводится по сей день по одной и той же схеме. Угроза свободе каждого отдельного человека со стороны преступников или террористов вызывает страх, за страхом следует призыв к укреплению безопасности, который, в свою очередь, усиливает позиции тех, кто эту безопасность обеспечивает, то есть исполнительных и законодательных органов власти. Они, получив такой стимул, изыскивают все новые возможности и средства, чтобы удовлетворить пожелания гражданина, который к тому же является еще и избирателем. К сожалению, все это происходит без оглядки на потери в степени свободы. И, говоря полемически, за увеличение безопасности мы платим уменьшением свободы, даже на этапе профилактики.

ПРЕДОТВРАЩАЕТ ТОТ, КТО КОНТРОЛИРУЕТ

Динамика этого однотипного развития событий понятна, но губительна. Ведь именно она привела к тому, что за прошедшие десятилетия правовое государство постепенно превратилось в превентивное. Предотвращение — так неизменно формулировалась цель, которая должна была оправдать все средства, от борьбы с глобальными рисками организованной преступности до терроризма, уже давно ставшего интернациональным. Но предотвратить может только тот, кто контролирует, анализирует, ведет наблюдение — не только за потенциальными преступниками, но за всеми гражданами. Граница между превентивным государством и государством-надзирателем очень зыбкая.

Ее можно незаметно перейти, и однажды население или — по потребности — множество отдельных граждан превратятся в некую совокупность потенциальных злодеев, пойманных государством при осмотре места преступления. Максимы Фридриха Науманна «Государство может не все» и «Государство — это все мы» больше не имеют веса. При заданных сценарием якобы превентивных мерах государству позволено все, что ему покажется необходимым, и в сферу его интересов попадаем мы все.

Этот процесс, начавшийся в 1970-х, и сегодня является испытанием для защитников Основного закона, поскольку в ходе превентивных мероприятий, предпринимаемых без особой нужды, незаметно демонтируются права и свободы граждан. Ведь государство, пытаясь обеспечить внутреннюю безопас-

ность перед лицом всевозможных угроз, превращает в чисто информационный объект, в мощный и управляемый источник информации не только предполагаемых преступников, но и законопослушных, невинных граждан. А это запрещено Конституцией.

Соблюдение конституционных прав, необходимость их защиты, равно как и идея предотвращения вовсе не ограничиваются территорией нашей страны. Основной закон изначально виделся как часть международного порядка, который следует совершенствовать и развивать. Поэтому в наших интересах — обеспечить нерушимость конституционных прав в ходе объединения Европы. Это объединение — процесс в высшей степени желательный. Согласно статье 23 Конституции Германия берет на себя обязательство содействовать интеграции, основанной на принципах демократии и законности. Если Европейский союз в целях борьбы с терроризмом начнет ограничивать демократические свободы, перед нами со всей очевидностью встает вопрос защиты прав в строгом соответствии с положениями об основных правах и свободах, закрепленными в Основном законе нашей страны.

ЗАКОНЫ О БЕЗОПАСНОСТИ И ЭРОЗИЯ ПРАВ И СВОБОД

Политическая мобилизация во имя укрепления внутренней безопасности началась с принятия ряда чрезвычайных законов для защиты от РАФ. Некоторые законы и положения, регламентирующие оперативно-розыскную деятельность, были затем пересмотрены, например, Закон о запрете на общение (для подследственных и заключенных) и включение в розыскные мероприятия на основании общих признаков людей, не находящихся под подозрением.

Если рассматривать 1990-е с точки зрения конфликта между свободой и безопасностью, они отмечены преувеличением угроз, связанных с организованной преступностью. Роковым результатом этого спора стала «большая прослушка». В свое время внедрение «жучков» в жилые помещения противники подобных мер считали циничным проявлением тотального контроля «прекрасного нового мира», от которого Олдос Хаксли предостерегал еще в 1932 году. И вот действительность догнала научную фантастику. Превентивное государство явилось к гражданам, так сказать, на дом — вместе с заботой об успехе розыскных мероприятий. Большой Брат, всевидящее око из романа Джорджа Оруэлла «1984», стал реальным синонимом контроля со стороны государства.

К сожалению, «большая прослушка» была одним из тех случаев, когда пределы допустимого в розыскной деятельности государства были определены решением Федерального конституционного суда. Это было сенсационное решение, которое СМИ приветствовали как запоздалое возвращение к основам

правового государства, но, вместе с тем, оно стало лишь точкой стабилизации на наклонной плоскости правового государства, где так трудно сохранить баланс между свободой и безопасностью, поскольку политика, ставящая целью профилактику и борьбу с преступностью, ущемляет права отдельного человека. С тех пор этот внутривнутриполитический ритуал, напоминающий государственно-правовую пьесу абсурда, повторяется вновь и вновь по схеме «раздражитель–реакция», которую прекрасно описал в своей колонке Хериберт Прантль: «Долгие годы Федеральный конституционный суд печется об основных правах и свободах граждан, а правительство и Бундестаг — об их ограничении».

Существует целый ряд заключений ФКС, которые убедительно демонстрируют политикам, что те перешли дозволенные Конституцией границы: вышеупомянутое прослушивание жилых помещений было ограничено решением судей из Карлсруэ (там находится Федеральный конституционный суд. — *Прим. пер.*). Нужно уважать сферу частной жизни. Доступ к персональным компьютерам, и, соответственно, онлайн-обыски (тайные обыски компьютеров подозреваемых с помощью троянских программ. — *Прим. пер.*) теперь регламентируются правовыми критериями. Запрещено сбивать пассажирские самолеты с невинными людьми на борту. В настоящее время поступают жалобы на Закон о хранении телекоммуникационных данных и Закон о федеральном ведомстве уголовной полиции.

Некоторых из этих решений мы добились совместно с моими соратниками и друзьями Буркхардом Киршем, Сабиной Лойтхойзер-Шнарренбергер и Петером Шанцем. И руководили нами отнюдь не личные амбиции или любовь к спорам. Мы защищали и продолжаем защищать Основной закон. Сохранение и упрочение демократии не допускает легкомысленного отношения к основам свободного демократического строя. По меткому выражению Карла Фридриха фон Вайцзеккера, «чтобы сохранить свободу, нужно в ней жить».

Но почему ФКС вынужден вновь и вновь обуздывать политиков? Почему важные для демократии решения принимаются судьями из Карлсруэ, а не законодателями? Порой кажется, что законодательная власть не думает о возможных последствиях собственных решений в надежде, что, при необходимости, судебная власть вмешается и все поправит. В прошлом ФКС неоднократно высказывал критические замечания в адрес политиков, отмечая, что они могли бы и сами озаботиться конституционностью своих решений.

Но, невзирая на все «поправки из Карлсруэ» (так в третьей главе я называю и описываю защиту нашей конституции уполномоченным судом), политики неуклонно и неумолимо продолжают работать над архитектурой безопасности, которую нынешний министр внутренних дел считает необходимой для защиты от организованной преступности и возможных атак со стороны международного терроризма, упорно игнорируя при этом основные права граждан.

Один из опасных шагов в направлении государства-надзирателя Германия сделала в 2001 году, по горячим следам терактов в Нью-Йорке. Под руковод-

ством тогдашнего федерального министра внутренних дел Отто Шили появились законы о борьбе с терроризмом (2002 и 2003 годов, а также Закон о пролонгации 2006 года), прозванные в народе «каталогом Отто» (игра слов, связанная с известной торговой фирмой OTTO. — *Прим. пер.*) или «Шили 1» и «Шили 2». Эти законы повлекли за собой существенные изменения в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве, а также в законодательстве о статусе иностранных граждан. Изменения эти были связаны с новыми широкими полномочиями служб безопасности, которые дают им право вмешиваться в личную жизнь граждан. Федеральные земли также расширили свой инструментарий. Намерения и тенденции, скрывающиеся за законами Шили, можно обнаружить при помощи простого контент-анализа: понятие «терроризм» встречается в них 37 раз, понятие «свобода» — ни разу.

В принципе, никто не спорит с тем, что новые угрозы требовали и продолжают требовать принятия новых контрмер. Этого не избежать ни одному министру внутренних дел. Но порой кажется, что терроризм служит всего лишь внешним поводом для превентивных действий. Последствие второго порядка заключается в том, что не только в Германии, но и в других западных демократиях разработка контрмер приводит к постепенному выхолащиванию прав и свобод граждан. Выигрыш в безопасности покупается ценой ограничения свободы, которую, собственно, и нужно защитить. Перед нами ползущая эрозия основных прав.

«В поле напряжения между свободой и безопасностью мы уже давно движемся к полюсу безопасности. И происходит это за счет свободы», — так описывает Винфрид Хассемер тенденцию, которую мы все уже давно ощущаем.

СТОРОННИКАМ ПРЕВЕНТИВНЫХ МЕР ВСЕГДА НЕ ХВАТАЕТ ИНФОРМАЦИИ

Мощным двигателем этого процесса является терроризм — не столько непосредственные теракты по всему миру, о которых мы ежедневно узнаем из СМИ, сколько регулярные заявления о возможном теракте в Германии, повторяемые как заклинания. Пользуясь авторитетом своего ведомства, министр внутренних дел Вольфганг Шойбле не боится ссылаться на некое тайное знание, на котором основаны его поистине апокалиптические «страшилки». И тут возникает дополнительная проблема: подобные заявления не поддаются публичной проверке. Сферы секретности не предполагают доказательств. Тот, кто утверждает, будто обладает неким тайным знанием, вправе претендовать на значимость своей позиции.

И здесь глава внутренней безопасности начинает играть какую-то почти дьявольскую двойную роль: с одной стороны, он официально берет на себя гарантии достаточной безопасности в государстве, а с другой — вызывает по-

требность в «достаточной» безопасности лишь тогда, когда, как некий государственный оракул, пытается предсказать, предположить, определить, насколько сильным может быть испуг. Так политика в сфере безопасности превращается в темное прозрение события, которое еще не случилось, но может случиться и требует серьезных превентивных мер. «Интеллектуальное удовлетворение от предугаданного чрезвычайного положения» — так называет это конституционный судья Удо ди Фабио.

К этому гипотетическому чрезвычайному положению ФРГ, по мнению тогдашнего министра внутренних дел, была недостаточно подготовлена. Но если министр, отвечающий за безопасность, создает впечатление, что он не в состоянии отразить угрозы наличными средствами, внутренней безопасности это только вредит. В этом случае было бы логичнее подать в отставку.

Превентивные меры необходимы, но они не должны приводить к возникновению превентивного государства «без границ». Сторонникам превентивных мер всегда не хватает информации. Контрмеры могут быть оправданы угрозами лишь в той степени, в какой они могут им успешно противодействовать. Все остальное — символические действия или «проявление избыточности законодательства по безопасности», как подытожил конституционный судья Вольфганг Хоффманн-Рим в своей прощальной речи перед Федеральным конституционным судом 14 июля 2008 года.

На самом деле, за прошедшие годы общественности было предъявлено немало символических действий, призванных ее успокоить.

Однако контроля качества этих мероприятий, который обычно проводит Stiftung Warentest (независимая организация, осуществляющая экспертизу и сравнительный анализ потребительских товаров. — *Прим. пер.*), для граждан, как потребителей, так и не последовало. Нам нужно создать аналог Союза работников технического надзора (TÜV) для правового государства.

Не обсуждается даже та простая истина, что невозможно принять превентивные меры против всех потенциальных угроз. Так же, как не обсуждается и заблуждение, что «опасности в обществе риска можно победить с помощью их криминализации», о чем писал берлинский журналист Кристиан Бомариус.

В ПОЛЕ НАПРЯЖЕНИЯ МЕЖДУ БЕЗОПАСНОСТЬЮ И СВОБОДОЙ

После всех этих наблюдений крепнет убеждение, что политики испытывают Конституцию на прочность. И прежде всех министр внутренних дел, который по долгу службы является защитником свободы и безопасности в государстве, но «при исполнении» постоянно выступает в двойной роли. Он — главный, кто отвечает за внутреннюю безопасность, то есть, в числе прочего, за борьбу с терроризмом. Но он же отвечает и за охрану сферы частной жизни, а защита

персональных данных имеет прямое отношение к правам и свободам. К тому же он, как конституционный министр, отвечает за соблюдение Основного закона страны. Таким образом, федеральный министр внутренних дел должен не только постоянно поддерживать правильный баланс свободы и безопасности в государстве, но и блюсти его лично для себя. Непростая задача.

Нынешний министр Вольфганг Шойбле, критикуя Федеральный конституционный суд, обнаруживает несколько иное представление о свободе, чем представление самого суда, подкрепленное практикой судопроизводства. В своей речи о конституционно-политических измерениях свободы и безопасности, произнесенной 30 мая 2008 года в Тутцинге, Шойбле отметил, что «конституционная свобода не исчерпывается выгораживанием некоего пространства по своему усмотрению», а предполагает «свободу, регулируемую правом». Судя по всему, регулировать ее он собирается сам. Напряженные отношения между свободой и безопасностью Шойбле вообще не обсуждает. Задача государства, по мнению министра внутренних дел, состоит в том, чтобы «защищать право, а с ним и безопасность». И где же место для свободы?

Речь Шойбле оставила впечатление, что нужно всего лишь следовать предложениям органов безопасности, которые вечно составляют огромные списки всевозможных мер, призванных обеспечить безопасность перед лицом тех или иных актуальных угроз. Но задача политика все же заключается в критическом разборе этих предложений.

Отказываясь от взвешенного подхода, министр приближается к идее государства по Томасу Гоббсу, который видел в нем надзирателя, претендующего на послушание граждан в обмен на их защиту. Но не Гоббс был отцом либерального конституционного государства, а Джон Локк. И у Локка гражданин платит за государственную защиту отказом от применения силы и законопослушностью, но вместе с тем он, как свободный гражданин, защищен от государства. Шойбле понимает безопасность как правовую ценность, равнозначную свободе. Более того, ради обеспечения максимальной безопасности он готов ограничить права и свободы граждан и по этой причине ставит под сомнение основополагающие правовые и конституционные принципы, например, политические и юридические различия между внутренней и внешней безопасностью, между преступлением и войной, между предупреждением и репрессией, между полицией и секретными службами, между полицией и армией.

Предшественником Вольфганга Шойбле в подходе «государство-это-я» был Отто Шили, который всегда утверждал, что существует конституционное право на внутреннюю безопасность. С этим заблуждением раз и навсегда покончил правовед Эрхард Деннингер. «Благоустроенное пространство свободы и права, — пишет он, — лишается своих прочных стен и границ в тот момент, когда на арену выходит безопасность как правовое благо, государственная цель или даже основное право. Безопасность — понятие, не поддающееся определению, и не надо пытаться его определить. Она безмерна и безгранична, это

недостижимый идеал».

Здесь Деннингер вступает в полемику еще и с конституционной судьей Хаас, которая считает, что в демократическом правовом государстве выигрыш в безопасности укрепляет свободу, то есть является выигрышем и в свободе. В этом утверждении Деннингер видит мыслительную ловушку («короткое замыкание»): из правильного посыла «нет свободы в отсутствие безопасности», по его мнению, вовсе не следует вывод «чем больше безопасности, тем больше свободы». Конституционный судья Удо ди Фабио указывает на то, что в утверждении «нет свободы в отсутствие безопасности» обе составляющие имеют равный вес. Свободолюбивое конституционное государство, по Фабио, хочет мира не любой ценой, «но мира, отвечающего нашей системе ценностей, мира для свободных людей». В «конституционном праве на безопасность» содержится неисполнимое обещание государства защищать своих граждан, которое предполагает его никогда не прекращающуюся деятельность в этом направлении.

Безопасность имеет ценность не сама по себе, а лишь как условие для осуществления свободы. У безопасности есть функция, которая служит свободе — «воспрепятствовать препятствию для свободы», как сформулировал ее Кант.

Мысль, которая в своей непреложности была ясной и однозначной тогда и остается поныне. Безопасность и свободу, как утверждает правовед Кристоф Меллерс, «в условиях демократии нельзя уравновесить, поскольку демократия стремится исключить несвободу. Свобода же всегда сопряжена с определенной степенью небезопасности. Если мы не хотим больше мириться с некоторыми опасностями — скажем, с угрозами для жизни — мы можем демократическим путем решить, что нам делать. Но при принятии этого решения на чашах весов будут не безопасность и свобода, а разные образы действия, дающие возможность жить свободно. Мы будем стремиться к безопасности не как к цели, а как к средству, которое обеспечит нам свободу».

Таким образом, невозможно поставить на одну доску риск и несвободу. Безопасность и свобода в условиях демократии несоизмеримы. Главной всегда остается свобода.

А ГДЕ ВОЗМУЩЕНИЕ?

Нам не нужна новая архитектура безопасности. Наша Конституция в состоянии справиться с новыми опасностями. Что нам нужно, так это особая чувствительность к политическим мерам, предпринимаемым якобы во имя безопасности, тревога по поводу связанной с ними эрозии основных прав. Где озабоченность гражданина новыми и новыми покушениями на его частную жизнь? Где возмущение все новыми фактами ущемления человеческого достоинства? Почему избиратели не сопротивляются тому, что государство собира-

ет их личные данные, а сами они в перспективе могут стать объектом тайного надзора и контроля?

Спокойствие населения, будь то результат безразличия, непонимания, завышенных требований или веры в авторитеты, поражает. Но, похоже, все же намечается некий поворот в сознании, вызванный информационными скандалами в крупных промышленных компаниях: защита персональных данных медленно, но верно перестает быть побочной темой. Теперь должны последовать действия.

Поэтому год 60-летнего юбилея Основного закона должен стать не только поводом для прославления демократии и возвышенных государственных речей, он должен быть использован для агитации — прежде всего тогда, когда возникают проблемы с основными правами, когда надвигается буря. Конституционные права драгоценны. Каждое поколение должно осваивать их по-новому. День рождения Конституции — идеальный повод освежить знания об основных правах и свободах. Этой цели и служит данная книга.

В 1977 году один из создателей Основного закона, Карло Шмид, так сформулировал общественные и политические задачи, стоящие перед каждым из нас с момента ее принятия: «Мы должны рассматривать это государство как наше государство, и не в смысле красивых слов о его созидании, но в том смысле, что мы в этом государстве отвечаем за все происходящее. Какой бы прекрасной ни была конституция, это всего лишь предложение воспользоваться ее возможностями. В наших руках сделать так, чтобы из конституции получилось государство. Мы можем этого добиться».

В этих словах содержится недвусмысленный призыв к гражданскому самосознанию, к ответственности каждого за сохранение в целом удавшейся демократии. Захватывающий и, вместе с тем, тревожный призыв, который в своей непреложности и необходимости актуален во все времена. Свобода не дается даром. И лучший способ ее защитить — жить в ней.

2

ЧЕЛОВЕЧЕСКОЕ ДОСТОИНСТВО И МЕХАНИЗМЫ ТЕРРОРА

ЧТО ПОЗВОЛЕНО ГОСУДАРСТВУ?

Председатель Федерального конституционного суда Ханс-Юрген Папир констатировал следующее: «При выборе средств для исполнения своих функций по защите граждан государство ограничено теми из них, применение которых не противоречит Конституции. Государственное посягательство на неприкосновенность чести и достоинства человека запрещено, вне зависимости от затронутых конституционных благ... Таким образом, для законодателя, ограниченного рамками основных прав и свобод, даже при исполнении обязанностей по защите прав личности, существуют, по сути, два конституционно-правовых ограничения. Первое, более узкое, вытекает из гарантий неприкосновенности человеческого достоинства, оно действует во всех случаях и не допускает исключений. Второе, более широкое, следует из принципа пропорциональности, оно допускает определение размера наказания и потому является относительным. Статья 1 Основного закона: "Человеческое достоинство неприкосновенно" не предусматривает никаких ограничений. Человеческое достоинство нельзя взвесить и, тем более, убрать с весов».

ДО СИХ ПОР И НЕ ДАЛЬШЕ: ДОСТОИНСТВО ЧЕЛОВЕКА

Гарантии соблюдения человеческого достоинства не могут быть ограничены даже путем изменения Конституции. Чисто теоретическим и очень далеким от нашей действительности случаем являются посягательства на основы свободного демократического строя. Но говорить о применении принципа пропорциональности можно только в том случае, если возникает угроза всему обществу. И этот случай никак не связан с террористической угрозой, которую мы здесь рассматриваем.

Идея человеческого достоинства имеет глубокие исторические корни — в античной философии, в христианстве, и, прежде всего, в Возрождении. Удивительно, но в Веймарской конституции нет признания достоинства личности,

сопоставимого с Основным законом ФРГ и Всеобщей декларацией прав человека 1948 года. В обоих документах это признание появилось как реакция на нечеловеческую жестокость первой половины XX века, когда была глубоко задета совесть человечества. Наша демократия стала жизнеспособной прежде всего благодаря сознательному отречению от неправового государства, с которым мы пытаемся разобраться по сей день, и этот критический подход способствует сохранению демократической идентичности. Разумеется, в послевоенные годы свою роль в приобщении людей к новому демократическому устройству сыграла модель всеобщего благополучия — важную, но не решающую.

Права человека неотчуждаемы. Отказываясь от них, человек перестает быть субъектом собственной ответственности. Поэтому Кант говорит о «неотъемлемых правах», «от которых человек не может отказаться, даже если бы и захотел». Таким образом, человеческое достоинство не может быть предметом обмена на безопасность.

Дадим слово ФКС. Суд много раз подчеркивал, что достоинство человека нельзя рассматривать как объект государственной власти. С преступником нельзя обращаться, нарушая его конституционное право на достоинство и социальную значимость, то есть воспринимать его просто как объект борьбы с преступностью и объект исполнения наказания. Человеческое достоинство ущемляется не тогда, когда некто становится объектом уголовного преследования, а когда выбор мер ставит под вопрос его субъектную ценность. Это тот случай, когда государственная власть обращается с человеком, не считаясь с ним как с личностью. Подобные меры не могут применяться ни в интересах более эффективного судопроизводства, ни ради установления истины.

О ПОПЫТКАХ УМАЛИТЬ ЧЕЛОВЕЧЕСКОЕ ДОСТОИНСТВО

Некоторые правоведы не согласны с приведенным выше решением ФКС и выступают за дифференцированный подход к защите человеческого достоинства. По их мнению, все зависит от ситуации и конкретных обстоятельств. Таким образом, они открывают широкие возможности для ситуативной дифференциации. Сторонники этой доктрины озабочены «самоутверждением правового государства». Так называется книга профессора права из Кельнского университета Отто Депенхойера, который выступает за эффективное «право на самооборону при враждебных угрозах». В его репертуаре есть такие средства, как противозаконное прослушивание квартир, интенсивное видеонаблюдение, растровый розыск (обработка различных баз персональных данных. — *Прим. пер.*), компьютерная слежка, превентивное содержание под стражей, высылка потенциально опасных личностей, а также «узаконенные» пытки.

Один из тезисов Депенхойера звучит так: «Конституция не приспособлена для исключительных обстоятельств при террористической угрозе». И эти «исключительные обстоятельства», оказывается, уже давно существуют: «Поскольку терроризм не локализован во времени и в пространстве, чрезвычайное положение должно быть перманентным». Именно чрезвычайное положение должно покончить с «конституционным аутизмом» либералов. В области права для таких «исключительных обстоятельств» предусмотрено «чрезвычайное право», «право против врага», которое заменяет собой Основной закон. На основании этого права государство может потребовать от населения «гражданских жертв», а в случае необходимости, и «жертвы жизнью».

Дискуссия о достоинстве человека в нашем государстве тесно связана с периодом национал-социалистической диктатуры. Вместо незыблемости человеческого достоинства тогда действовали принципы «справедливо все, что делается в интересах народа» и «фюрер защищает право». «Коронованным юристом Третьего Рейха» был правовед и философ Карл Шмитт, чьи идеи реанимируются сегодня причудливым и весьма тревожным образом с помощью его учеников, вроде Депенхойера, и других почтенных юристов. Например, в апологетической статье «Фюрер защищает право», написанной после «рёмовского путча», он оправдывал санкционированный Гитлером арест и убийство главы штурмовиков Эрнста Рёма и других членов СА.

В представлениях Шмитта государство главенствует над правом. Чтобы создать право, не нужно быть правым. Такой образ мыслей характерен для национал-социалистов и прочих антигуманных диктатур.

Исходным пунктом подобных радикальных рассуждений — будь то тогдашние, «от Шмитта», или нынешние, в духе Депенхойера и его единомышленников — является «чрезвычайное положение», которое оправдывает отступление, пусть даже временное, от государственно-правовых обязательств. Шмитт говорил: «Сувереном является тот, кто принимает решение о чрезвычайном положении».

Вроде бы в этой позиции есть взвешенность и своя, вполне убедительная, логика. Для большей убедительности Депенхойер приводит аргументы в духе, с позволения сказать, «пикейных жилетов», охотно рассуждающих в категориях черное-белое. И это делает его позицию столь опасной. А возмутительна она по другой причине: Депенхойер тривиализирует безусловную гарантию человеческого достоинства, представляя ее непродуманной и непригодной для реальной жизни. На самом деле верно обратное. Тот, кто объявляет «исключительные обстоятельства при террористической угрозе» (кто это определяет? на основании каких критериев?) поводом для «самоутверждения государства» и тут же предлагает «симметричный ответ» (например, «мертвые против мертвых», а это не что иное как арифметика самого террора), не укрепляет правовое государство, а нагружает его сверх меры. А неотъемлемое гарантированное право на уважение человеческого достоинства, напротив, защищает

государство от необходимости судить о том, что вообще не находится в человеческой компетенции. Государство не годится на роль «вершителя судеб», равно как и отдельный человек. Авторы античных трагедий понимали это лучше, чем иные современные правоведы.

Утверждение правового государства происходит исключительно через самое ценное из его правовых благ — гарантии человеческого достоинства. И ее релятивизация означала бы, что правовое государство демонтирует себя само.

Ученых, которые не являются сторонниками абсолютного приоритета защиты человеческого достоинства, не нужно упрекать в том, что они хотят диктатуры. Однако они ставят под сомнение основы конституции. Федеральному конституционному суду приписывают «либерально-индивидуалистическое мышление», которое не позволяет ему думать об «исключительных обстоятельствах при террористической угрозе». На самом деле, «чрезвычайное положение» — это связующее звено между Карлом Шмиттом и его сегодняшними последователями. В 1978 году, во времена террористической угрозы со стороны РАФ, Юрген Хабермас заметил: «Сегодня существует опасность, что теория Карла Шмитта о "внутренних врагах" станет рутиной». Рассуждения некоторых членов кризисного штаба, созданного после похищения Шлейера террористами из РАФ, шли в том же направлении.

Правовед Хорст Драйер, которого прочат в президенты ФКС, сетует, что человеческое достоинство находится под угрозой, поскольку его релятивизация наталкивается на общественную нетерпимость. Но никому не запрещено думать и никому не затыкают рот в дебатах о конституции. Тот, кто защищает достоинство человека, не занимается его сакрализацией. В такого рода интеллектуальных играх нужно осознавать, что рано или поздно придется столкнуться с действительностью, которая называется, например, «пытками». Даже при самых благих намерениях пытки остаются пытками и во всем мире считаются незаконными.

Террористическая угроза нашему обществу никак не подходит под понятие «чрезвычайного положения». Но даже если бы дело зашло так далеко, государство не может реагировать на нее поиском «внутренних врагов». Даже к преступнику, в данном случае террористу, нельзя относиться как к врагу, как к человеку, стоящему вне закона. Наш демократический строй силен именно тем, что и в обращении с противниками правового государства придерживается установленных правил.

ПРЕДОТВРАЩЕНИЕ. ГОСУДАРСТВО В РОЛИ ОТЦА И ЗАЩИТНИКА

Исламский терроризм создает для служб безопасности особые трудности. Он имеет гибкую организацию, террористов сложно инфильтрировать, признать подозреваемыми и абсолютно невозможно подсчитать их количество. СМИ почти каждый день сообщают о реальных или планируемых терактах, вы-

зывая в памяти страшные картины из Нью-Йорка, Мадрида, Лондона. И даже здесь, в Германии, мы постоянно узнаем из СМИ о заявлениях представителей различных террористических группировок, задержаниях подозреваемых в терроризме и потенциальной угрозе терактов. Страх перед террором разлит везде. Мы уже не в состоянии понять, где находится источник угрозы, кто террорист, каковы его мотивы. Порой мы не можем отличить запланированный теракт от свершившегося. Мы ощущаем постоянную опасность, и желание ее избежать в высшей степени понятно.

Одновременно растет стремление органов государственной безопасности к превентивной борьбе с рисками. Наряду с традиционным предотвращением опасности на передний план выходит профилактика рисков. То есть, происходит смена парадигмы — от экстремального случая предотвращения опасности к всеобъемлющему управлению рисками, которое противоречит Основному закону, поскольку ведет к утрате свободы.

Представление о необходимости профилактики и превентивных мер уже утвердилось во многих политических сферах. В качестве примера можно привести превентивную охрану окружающей среды. Мысль о защите естественных основ жизни абсолютно понятна, а необходимые ограничения, скажем, в сфере потребления, не нарушают никаких конституционных принципов.

Иное дело — сфера безопасности, где основные права и свободы граждан имеют особое значение. В деятельности органов безопасности нужно различать превентивные и репрессивные меры. Превентивным бывает предотвращение опасности. Оно предполагает наличие отдельной, так называемой конкретной угрозы общественной безопасности и порядку. А репрессивные действия, то есть уголовное преследование, связаны с предъявлением «начально-го подозрения» в совершении преступления.

ГОСУДАРСТВО НЕ ДОВЕРЯЕТ ГРАЖДДАНАМ

Сегодня предотвращение опасностей приобретает все большее значение. И одновременно мы можем наблюдать узаконенные посягательства на наши права, вызванные принципиальным недоверием государства к своим гражданам. Государство неумолимо собирает информацию о совершенно невинных людях: то в виде отпечатков пальцев для биометрических паспортов, то в виде хранения наших телекоммуникационных контактов в течение шести месяцев. «Хранение» в данном случае означает, что персональные данные собирают, не зная точно, понадобятся ли они когда-нибудь, разве что для следствия по уголовному делу. Достаточным основанием является предположение, что они вдруг могут оказаться полезными и будут предоставлены органам государственной безопасности.

Но государство позволяет себе вторгаться в основные права еще до этой возможной выдачи. Даже если эти данные никогда не будут использованы, поведение государства можно считать посягательством на основные права граждан. Собираются миллионы личных сведений. Применительно к отдельному человеку, например, можно узнать, кто с кем и когда общался. Что касается мобильной связи, то она позволяет выявить, где находится владелец телефона. Таким образом, все больше персональных данных ни в чем не повинных граждан попадает в государственные базы данных. Подозрение больше не является необходимым условием для докучливой расследовательской деятельности.

«Превентивное государство ненасытно», — так описывает Хериберт Прантль этот образ мышления. Особенно его занимают видеонаблюдение, биометрические паспорта, сбор обычных и оцифрованных отпечатков пальцев и многое другое. Даже если эти меры в отдельных случаях оправданны, проблема заключается в том, как государство распоряжается полученной информацией.

Отдельная видеочкамера еще не означает тотального наблюдения, и не стоит бить тревогу из-за одного анализа слюны, который поможет полиции расследовать убийство. «Но если за человеком повсюду следят видеочкамеры, — пишет Прантль, — если с помощью систем видеонаблюдения можно установить, когда и по какой улице он шел, если фиксируются данные о его полетах, если просматриваются его компьютеры и банковские счета, если можно централизованно запросить его персональные данные, сведения о его болезнях и физических недугах, то в итоге получается опасное целое».

Эти предполагаемые сценарии показывают, что использование информационных технологий — процесс динамичный. Судя по предыдущему опыту, технические возможности, единожды появившись, продолжают применяться и совершенствоваться. Что касается хранения персональных данных, то я отважусь уже сейчас сделать прогноз. Однажды этот срок будет продлен с обоснованием: то, что допустимо на протяжении шести месяцев, допустимо и целый год.

Следующей площадкой для экспертов по информационным технологиям в превентивном государстве станут таможенные данные, служащие для учета в дальних грузовых перевозках. Если соответствующее оборудование установлено вдоль трасс и функционирует, технически ничто не мешает регистрировать не только грузовики, но и любые проезжающие машины и хранить эту информацию некоторое время. Пока ФКС удалось воспрепятствовать архивному хранению такого рода данных. Но можно предположить, что в особом случае оно будет разрешено.

Сценарий тотального наблюдения можно легко домыслить: однажды съемки видеочкамер на вокзалах будут совмещены с биометрическими данными, и можно будет легко проследить, кто, в какое время и в чьем сопровождении посетил вокзал.

«Превенция — это не ожидание события, которое возникает исключительно в связи с политикой безопасности и поэтому может рассматриваться и обсуждаться только в ее контексте, — говорит юрист и эксперт по защите данных профессор Спирос Симитис. — Разногласия, вроде конфликта вокруг хранения данных, предложения, вроде инициативы выявлять криминогенные факторы путем постоянного наблюдения за детьми (чуть ли не с эмбрионального состояния), или комбинирование данных, вроде ставшего уже почти само собой разумеющимся сведения информации из разных баз, дают основания считать превенцию особым (если не единственным) признаком того, что нынешняя политика безопасности рассчитана на долгий срок». «То же самое относится и к сфере здравоохранения, — продолжает Симитис. — Уже сама дискуссия по поводу электронной медицинской карты и связанной с ней концентрации данных, которые можно использовать разным образом, позволяют распознать явные «превентивные устремления».

ГРАЖДАНЕ ПОД ПОДОЗРЕНИЕМ

В превентивном государстве стираются границы между виновными и невиновными, подозрительными и нет. Мы все становимся факторами риска. И генеральная линия ЕС на архивное хранение персональных данных, вне зависимости от подозрений, является выдающимся примером этой практики. Эта линия означает следующее: все телекоммуникационные данные граждан сохраняются без исключений и без указания конкретных причин. Таким образом, мы все считаемся потенциальными подозреваемыми. Подрывается наше конституционное право на то, чтобы нас не трогали, пока мы не даем следственным органам повода для беспокойства и вмешательства.

«Речь идет о том, чтобы создать систему раннего оповещения, — пишет Хериберт Прантль в одной из своих многочисленных статей, в которых он борется за сохранение правового государства. — Возникает единая разветвленная система безопасности, в которой методы тайного (то есть вряд ли соответствующего государственно-правовым нормам) сыска становятся всеобщим стандартом. Применяются (такова цена системы раннего оповещения) средства и методы — тайное прослушивание и другие методы тайного контроля, которые в уголовном праве можно применять только против подозреваемых. Превентивное государство, такова его логика, должно забирать у гражданина все больше свободы, чтобы давать ему взамен безопасность, и так может продолжаться до бесконечности, потому что безопасность всегда мало».

Если додумать до конца, подобная философия безопасности ведет к предупредительному аресту «опасных лиц», то есть людей, которые даже не подозреваются в совершении преступления. Представленный «большой коалицией» (блок ХДС/ХСС и СДПГ в Бундестаге. — *Прим. пер.*) закон «Об уголовном

преследовании за подготовку тяжких насильственных преступлений, угрожающих безопасности» касается наказуемости подготовительных действий. Эти действия так далеко отнесены от возможного преступления, что связь между ними почти невозможно обнаружить. Планируемый закон с громоздким названием принято называть Закон о террористических лагерях, поскольку он касается тех, кто за границей посещал так называемые лагеря подготовки. По данным правительства ФРГ, с 2001 года в террористических лагерях Пакистана побывали 140 немцев, и почти половина из них вернулись в Германию. С точки зрения сотрудников Федеральной службы защиты конституции, эти 70 человек представляют серьезную угрозу безопасности. Сомнений тут быть не может.

Но, согласно планируемому закону, преследуется не конкретное преступление, а лишь некая неконкретная его подготовка. Довольно абсурдное предписание. Получается, что нужно уличить некоего преступника в возможном умысле, то есть, в том, что он, предположительно, планировал теракт. Таким образом, на передний план в законопроекте выдвигается наказуемость. Но наказуемость предполагает, что правовое благо либо было нарушено, либо это нарушение вот-вот произойдет. Желание уличить посетителя террористического лагеря в подобном намерении граничит с подтасовкой. Или с поведением ясновидящего на ярмарке.

Закон предполагает преследование мнимого преступника в отсутствие уголовно наказуемого деяния. Однако еще до его принятия становится ясно, что он никогда не будет использован для наказания, а исключительно для преследования. За вынесением наказуемости на передний план стоит государственный расчет: понятно, что закон не связан с политикой в области уголовного права, а служит исключительно превенции. Он должен обеспечить органам уголовного преследования возможности для проведения различных следственных мероприятий. Уголовно-правовые нормы, непригодные для вынесения приговора в правовом государстве, создаются для того, чтобы в борьбе с подобными преступлениями государство могло использовать серьезный инструментарий уголовного судопроизводства: телекоммуникационное наблюдение и запись, прослушивание, обыски у контактных лиц, видеонаблюдение на улицах и площадях, конфискацию имущества, арест и предварительное заключение в случае угрозы повторения преступного деяния. Это очень рискованно, особенно ввиду применения самых жестких из возможных мер и посягательств на конституционные права граждан.

Нельзя позволять органам безопасности действовать наугад из одного лишь ужаса перед «самым страшным». Ведь «зауэрландские террористы» (четверо исламистов, планировавших осенью 2007 года атаку на ряд объектов ФРГ, протестуя таким образом против немецкого военного присутствия в Афганистане. — *Прим. пер.*) были арестованы в рамках существующих законов и розыскных возможностей.

БЕЗОПАСНОСТЬ — НЕ ЦЕЛЬ ГОСУДАРСТВА

Ограничение основных прав может быть оправдано лишь в том случае, когда предполагаемая опасность подтверждена конкретными фактами, то есть существует достаточная степень вероятности, что в обозримом времени правовому благу будет причинен ущерб. При несоблюдении этих границ под подозрение могут попасть целые группы населения. В этом случае деятельность государства будет невозможно ограничить, напротив, после каждого теракта, и вовсе не обязательно в Германии, а, допустим, в каком-нибудь из соседних государств, оно будет заходить дальше и дальше. И безопасность станет государственной целью!

Превентивным мерам нужно поставить границы, и не только с помощью ФКС. Здесь нужна политика. Политика, которая ориентируется на пределы допустимого по Конституции, означала бы банкротство свободной политической системы. Не все, что допустимо с точки зрения конституционных норм, должно быть воплощено на деле. Законодатель свободен действовать в этих рамках, исходя из собственных ценностных представлений. Но должна быть и возможность для разумного обсуждения баланса между свободой и безопасностью в рамках конституции, позволяющая не впадать в крайности.

Иной подход приведет к перегрузке ФКС. После решения, вынесенного судом, законодателю регулярно приходится вновь браться за работу. Так не лучше ли обдумать заранее, какие последствия будут иметь его планы и каковы их границы — хочет ли он доводить дело до крайностей? Конституционный судья Вольфганг Хоффман-Рим в конце своей службы, во время которой он как судья-докладчик отвечал за важные решения в области внутренней безопасности, был вынужден признать: «Соблюдения баланса между свободой и безопасностью пока не предвидится. И даже Конституционный суд с его отдельными решениями не смог изменить ситуацию».

Законодатель — тот, кто определяет нормы, контролирует управление и кого регулярно избирают граждане. В конце концов, он держит в руках бразды правления. Повторим еще раз: будет грубейшей ошибкой, если законодательная власть станет просто переписывать решения судебной. В заданных пределах должно оставаться место для собственных оценок.

Но и по сей день мы видим лишь череду точечных мер. Общей концепции безопасности, которая подверглась бы основательному обсуждению с учетом накопленного опыта, пока нет. Обсуждаются отдельные меры, хотя только из комплексного анализа можно понять, насколько нарушен баланс между безопасностью и свободой.

Этот баланс между осознанными рисками свободы, с одной стороны, и безопасностью, купленной ценой ее урезания, с другой, во времена международного терроризма удержать особенно трудно. Он постоянно грозит качнуться в направлении безопасности. Меня часто спрашивают, что побуждает министра

внутренних дел Вольфганга Шойбле так настойчиво проводить свою политику. Могу только высказать предположение. Его главный политический мотив — это усердное желание в случае возможного в любой момент теракта быть тем, кто предупреждал о такой ужасной возможности и кому было частично отказано в средствах, которые, с его точки зрения, могли быть эффективными в борьбе с терроризмом.

Разумеется, после первого потрясения от теракта будет трудно достучаться до людей при помощи аргументов, которые я отстаиваю. Во время похищения Шлейера до семидесяти процентов опрошенных выступали за смертную казнь для преступников из РАФ, хотя по конституции она однозначно запрещена. Шоковые реакции, психологические и эмоциональные стрессы приводят к «коротким замыканиям», как это случилось в США после 11 сентября.

Но как бы тяжело это ни было, особенно перед лицом страшных сцен, которые возникают в воображении, мы должны держаться в рамках в ситуациях, которые приводят нас и нашу демократическую систему на грань допустимого и возможного. Даже в экстремальных условиях мы должны бороться за наши убеждения — за неограниченное действие Основного закона. Правила и обязательства проверяются на прочность только в тяжелые времена.

И еще. Мой многолетний опыт говорит о том, что после каждого теракта ответственные за безопасность — во главе с министром — получают незаслуженные упреки. Начинаются дискуссии о неудачах в розыске, которые затевают люди, судящие о ситуации по информации после, а не до совершения преступления. И ответственным за безопасность нужно быть готовыми к такого рода обвинениям и упрекам.

«СИЛА ОРУЖИЯ» ИЛИ «СИЛА ИДЕЙ»? КАК БЫТЬ С ТЕРРОРОМ

Еще во времена РАФ мы рассуждали и действовали, исходя из того, что не можем противостоять террористическим угрозам только при помощи полиции, юстиции и армии. Наряду с *hard power*, «силой оружия», как принято говорить сегодня, непременно нужна и *soft power*, «сила идей». Дискуссия с инакомыслящими, носителями иных политических взглядов, даже с политическими соперниками, всегда предполагает диалог, агитацию за свои политические убеждения и цели.

Когда первые волны террора РАФ вызвали в Германии серьезное беспокойство, нам хотелось разобраться в причинах происходящего. Мы хотели узнать причины, породившие протестные настроения, понять, как дело могло дойти до преступных действий, совершенных меньшинством.

Прошло довольно много времени, пока нам стало ясно, что для победы над терроризмом недостаточно только полиции и юстиции. Нужны были дискус-

сии о причинах насилия. Почему сопротивление, поддержанное многими, у небольшой части вылилось в преступное насилие? Мы понимали, что находимся в конфронтации не только с активными боевиками, но и с людьми из их окружения, которые им симпатизировали и которые становились особо опасными, когда помогали террористам.

Уже в конце 1970-х известные ученые начали исследовать причины возникновения терроризма, его формы и последствия. Карл Кристиан фон Браунмюль, брат убитого дипломата Герольда фон Браунмюля, спустя годы дал следующий комментарий: «Мое возмущение убийцами неизменно сопровождается вопросом: они с неба упали или все-таки выросли из глубин этого общества?»

Чтобы это выяснить, мы предприняли попытку преодолеть заговор молчания общества в отношении протестных групп и наладить общение с теми, кто был нам доступен. Мы хотели показать им, что наше общество может быть реформировано в рамках парламентской системы. Такие аргументы я приводил в разговоре с бывшим террористом и адвокатом Хорстом Малером. Он открестился от своих деяний, но сегодня в политическом смысле его можно отнести к ультраправым. В прямом диалоге с ним я хотел понять, как он пришел к терроризму. Во время наших дискуссий я полностью осознал, что, как в свое время сформулировал ФКС, «непрерывная интеллектуальная полемика и борьба мнений являются неотъемлемым элементом демократического государственного устройства».

Круг сторонников РАФ со временем утратил жизненную силу и в конце концов исчез. Отчуждение между поколениями было преодолено. Я тогда говорил: «Мы должны предложить молодым людям то, что сами искали за пределами этого общества — чувствительность, солидарность, общение и сосредоточенность на человеческих проблемах. Я убежден, что наше государство на это способно. В нем есть либеральность, толерантность и гуманизм, которые дают ему необходимые моральные силы. И самым сильным аргументом является его либеральный Основной закон».

У сегодняшнего терроризма иные мотивации и иной способ действий. Тогда мы имели дело с обозримым кругом активистов, на которых могли повлиять. Развешанные повсюду объявления о розыске свидетельствовали о том, что мы знаем имена террористов из РАФ и их лица. Исключение составляют так называемые террористы третьего поколения, которых мы не знаем до сих пор.

Сегодня мы имеем дело с несчетным количеством террористических группировок, действующих на международной арене, не различимых в лицо, за исключением отдельных лидеров. Это анонимные агрессоры из географически не локализованных групп с трудно определяемыми связями. В отличие от немецких террористов, некоторые из них вроде бы готовы жертвовать своими жизнями, то есть стать смертниками.

Поэтому один из главных вопросов сегодня: можно ли как-то воздействовать на сознание потенциальных преступников, чтобы искоренить исламский

терроризм? Это будет очень трудно, но я все же думаю, что мы не должны оставлять эту задачу.

Одним из условий, позволяющих говорить хоть о каких-то видах на успех, была бы попытка узнать, что происходит в головах этих чрезвычайно агрессивных и самоотверженных террористов. Они остаются для нас абсолютно чуждыми — в психологическом, ментальном и религиозном смысле. Однако один вопрос просто напрашивается: что движет людьми, которые их поддерживают, которые выросли среди нас, в нашем обществе?

НИКАКОГО «СТОЛКНОВЕНИЯ ЦИВИЛИЗАЦИЙ»

Главной движущей силой сегодняшнего терроризма является конфликт между Израилем и палестинцами. К мотивирующим факторам можно отнести вторжение Запада в Афганистан, международную поддержку Израиля и «предательство» истинного ислама в арабских странах. Большая часть терактов приходится на арабский мир. Все это мы знаем.

Но терроризм не является неизбежным следствием ислама. Мы не стоим перед неизбежным «столкновением культур», которое является питательной почвой фундаментализма. Этот тезис защищал политолог Самюэль Хантингтон, умерший в 2008 году. Хантингтон не признает, что конфликты вытекают из социальной или политической действительности и только в редких случаях бывают подлинно этническими или религиозными. Он противопоставляет «западной цивилизации» все другие цивилизации, в том числе, исламскую, и, таким образом, дает аргументы тем, кто считает идею прав человека продуктом исключительно западным, а не элементом глобального жизнеустройства, основанным на международном праве.

Многие в Германии несправедливо видят в усилении ислама угрозу нашему обществу или даже безопасности. Конечно, в исламе есть тенденции враждебности Западу. Многое кажется нам чуждым. Многие мусульмане чувствуют себя проигравшими в глобализации и не признают, что причина кроется в их собственных установках. Регулярно публикуемые отчеты Программы ООН по окружающей среде (ЮНЕП) о «положении в арабских государствах», составленные исключительно арабскими исследователями, раз за разом приходят к выводу, что причины экономического неблагополучия арабских государств кроются в бесхозяйственности, коррупции и дефиците демократии. Недавно умерший великий либерал Ральф Дарендорф справедливо утверждает: «Осталось показать, что исламский фундаментализм может предложить альтернативный образ будущего, который даст обездоленным всего мира, в том числе западного, альтернативу либеральному порядку. Но пока этого не происходит, проект «Джихад» остается тягостным эпизодом, а не угрозой свободе. Речь ведь идет о терроризме, а не о войне. И не о тоталитаризме».

Борьба с исламским терроризмом с помощью «силы идей» будет долгой и трудной, но эта задача должна оставаться в повестке дня. Чтобы решить ее, нужна не дискуссия, пронизанная исламофобией, а непредвзятый разговор с исламом, у которого много граней. И вести его нужно, исходя из общечеловеческих ценностей, как они записаны во Всеобщей декларации прав человека и во всех основных мировых религиях, в том числе и исламской.

Не существует никакой «ведущей культуры», немецкой или западной, которая не разделяла бы эти универсальные ценности. Начавшаяся было помпезная дискуссия о «ведущей немецкой культуре» заглохла, не дав никаких результатов.

Разумеется, мы должны твердо стоять на том, что исламское право, в любой интерпретации, не имеет приоритета перед правами человека. Мусульмане в Германии должны принять тот факт, что мы живем в мировоззренчески нейтральном государстве, которое придерживается принципа толерантности. Первая статья Конституции, провозглашающая приоритет человеческого достоинства, распространяется на всех людей, живущих в нашей стране. Конечно, в первую очередь, мы сами должны следовать этому принципу, что происходит далеко не всегда.

Недавний опрос американского Института Гэллапа показывает, что мусульмане, живущие в Германии, ассоциируют себя с нашим государством и его институтами порой даже больше, чем сами немцы. Это говорит о том, что у исламских фундаменталистов нет будущего. И нет опасного политического движения, которое бы серьезно угрожало Западу. Применительно к исламской угрозе речь идет о точечном воздействии — о «булавочных уколах», по меткому выражению Дарендорфа. Впрочем, популистски урезанные идеи Хантингтона о «столкновении цивилизаций» напоминают мне упрощенные (из тех же соображений) мысли Освальда Шпенглера о мнимом «закате Европы», которые были так популярны во времена моей юности.

С СЕТЬЮ И ДВОЙНЫМ ДНОМ. ГОТОВЫ ЛИ МЫ РИСКОВАТЬ?

Когда комплекс антитеррористических мероприятий представляется как забота государства о благополучии граждан, возникает вопрос, а просило ли общество о такой мощной опеке? Ведь безопасность — не самоцель, это обязательство государства перед гражданами с их потребностями, перед избирателями с их пожеланиями. И главная задача государства заключается не в отращивании возможных угроз, а в защите людей от реальных опасностей.

Речь идет о государстве, которому нравится роль защитника, которое, подобно Левиафану, в ответ на обеспечение безопасности и порядка требует от своих граждан послушания, а то и полного отказа от свободы. С философской

точки зрения — это модель Гоббса. С психологической — модель «золотой клетки». С педагогической — гиперопека.

Но речь идет и о гражданине, который культивирует, принимает, а то и провозирует такой образ действий, который готов за спокойную жизнь и порядок платить частичной утратой личных прав. О гражданине, который делегирует сильному государству-отцу ответственность за свою безопасную жизнь и иницирует эту, по словам Белля, «заботливую осаду». О гражданине, который из страха перед возможными опасностями охотно принимает роль нуждающегося в защите.

Я не критикую оправданные усилия следовать принципам социального государства, которые лежат в основе нашей конституции и отвечают базовым потребностям человека. Мне не нравится, что политики увлекаются посулами безопасности, не доводя до сознания людей, что опасность — это неотъемлемая часть свободы. Как мы обходимся с риском, угрозой, с «наихудшим, что может случиться»? Какова наша готовность рисковать? Можем ли мы противостоять угрозам, неопределенности?

Глобальный экономический кризис застал нас врасплох. Его последствия будут ужасны. Абсолютно реальные превентивные меры против такого рода угроз так и не были приняты, и теперь рушатся целые отрасли и рынки. Безработица уже давно не является проблемой людей с низкой квалификацией, она может затронуть любого — и рабочего, и менеджера. Пострадала не только профессиональная сфера, под угрозой оказалась частная жизнь человека — семья, досуг, потребление товаров и культуры, привычный уровень жизни.

В грозящих нам серьезных ограничениях обнаруживаются темные стороны глобальных экономических процессов. Если целью личного благоустройства было стирание границ через самореализацию и самоопределение в личных отношениях, досуге, профессиональной жизни, а для некоторых и в создании собственной идентичности, то теперь и оно воспринимается как угроза. В глобализирующемся мире вместе с национальными границами исчезли и социальные системы и структуры, позволявшие ориентироваться, причем исчезли навсегда. Родина везде и нигде, тот, кто привык говорить по-английски *all over the world*, рано или поздно утратит язык, обеспечивающий идентификацию, например, диалект, на котором говорили родители или бабушка с дедушкой. Национальные и культурные особенности, дававшие чувство защищенности, пропали. Мир без границ, безграничная свобода — это одновременно и утрата почвы под ногами, особенно там, где основой повседневной жизни была именно она. Стирание границ порождает не менее сильную потребность в точке опоры, в возможности рассчитать и исчислить, что абсолютно закономерно для области социальных отношений.

«Очевидно произошел решающий поворот в общественном сознании, вследствие которого не свобода, а безопасность стала считаться наивысшим благом и безусловной ценностью», — говорит психолог Райнер Функ, предсе-

датель Общества Эриха Фромма. Этот поворот наблюдается во всех общественных сферах, но особенно явно «в законодательстве по обеспечению безопасности государства и его граждан».

Он хорошо виден и в стремлении общества застраховать всех и каждого. По информации Союза страхователей, организации, занимающейся защитой прав потребителей, среднестатистический житель Германии тратит на различные страховки более 2 тыс. евро в год. Страхование багажа, страхование пассажиров от несчастного случая, страхование мобильных телефонов — неужели все это действительно нужно? На самом деле страхование не способно предотвратить «наихудшего». Но, тем не менее, застрахованные покупают иллюзию, будто это возможно. Договариваются: если случится (что весьма вероятно!) «самое страшное», последуют выплаты. Террористическая угроза — лишь один из индикаторов, свидетельствующих о наступлении «неспокойных времен», лишь одна из опасностей, вызывающих повышенную потребность в безопасности и делающих ее столь значимой.

НОВАЯ ПИЦЦА ДЛЯ «НЕМЕЦКОГО СТРАХА»

В книге «Общество риска», вышедшей в 1986 году, социолог Ульрих Бек описал понятие риска в современном мире. И почти одновременно реальность предложила свою дефиницию: в апреле 1986 года на атомной станции в Чернобыле взорвался реактор. Последствия радиоактивного заражения ощущались за тысячи километров, а в Германии еще долгие годы призывали не употреблять продукты с пострадавших полей и лесов.

Таким образом, книга Бека и его мысль о том, что в современных обществах речь идет о «проблемах, возникающих вследствие собственно технико-экономического развития», получили реальное подтверждение. Предостережение стало описанием повседневности. «Многое из того, что мне приходилось доказывать в своих работах с помощью аргументов, — невозможность воспринимать опасность органами чувств, ее зависимость от науки, ее наднациональность (...) — после Чернобыля читается как банальное описание реальных событий. Ах, если бы все это так и осталось заклинанием будущего, приходу которого следует помешать!» — писал Бек в предисловии ко второму изданию.

Мы живем в усложняющемся мире, в котором набор потенциальных угроз, как очевидных, так и незримых, не уменьшается, а растет. Климатические изменения, биржевые крахи, аварии на атомных подлодках и космических спутниках уже давно из кошмарных видений превратились в предсказанные и частично случившиеся события. И за ними последуют новые, будь то природные катастрофы или рукотворные.

А вот как они будут восприняты, напрямую зависит от средств массовой информации. С 1970-х в качестве классического примера неразличимости реальной опасности и мифической угрозы, объявленной средствами мас-

совой информации, принято приводить радиоспектакль Орсона Уэллса «Война миров». Его премьера, состоявшаяся 30 октября 1938 года, привела к панике, охватившей Нью-Йорк и ряд крупных американских городов. Люди действительно поверили в нашествие инопланетян и считали, что должны от них где-то спастись (интересно, где?). В размывании грани между вымыслом и действительностью с помощью масс-медиа наблюдается большой прогресс: перед камерами международных телеканалов ведутся целые войны (в Ираке, например), именно через СМИ террористы официально объявляют о все новых злодеяниях, а спецслужбы предупреждают о возможных терактах. Наряду с реальным террором и бесконечными «сенсационными» сообщениями о насилии и преступности, тема угрозы находит художественное воплощение в детективах, кинофильмах и компьютерных играх. «Криминальный» фактор — надежный гарант тиража и эфирного времени. Преступления хорошо продаются.

Когда риски и угрозы становятся повсеместными, наступает черед фатализма. «Когда все вокруг грозит опасностью, тогда уже как бы не существует никакой опасности», — пишет Ульрих Бек в книге «Общество риска». В итоге наступает безразличие.

При этом заклятый «немецкий страх» (german angst), эта маниакальная раздумчивость и нерешительность, клише, которое во всем мире так охотно навешивают на немцев как некую смирительную рубашку, получает новую пищу. Многие немцы полагают, что жизнь становится все опасней. И хотя уровень преступности в стране снижается, по опросам 2004 года 44 процента немцев не чувствовали себя в безопасности.

Этот страх имеет и политическое измерение. В сочетании с возможной террористической угрозой он легитимирует принятие государством все новых законов о безопасности — в ущерб основным правам. «Он угнездился в сердцах и головах людей», — говорит психолог Райнер Функ. И поясняет: «Когда множество людей, осознанно или нет, стремятся ко все большей безопасности, смиряясь с тем, что их права и свободы грубо нарушаются, эта базовая потребность закрепляется в характере». Люди начинают идентифицировать себя с этим стремлением, воспринимают его как социально одобренное и нормальное. Возможно, здесь кроется ключ к пониманию распространенного легкомысленного утверждения «мне нечего скрывать».

Множество исследований Эриха Фромма посвящено установкам и ориентации социальных характеров, особенно «авторитарному», который хочет установить господство над другими, чтобы сделать их податливыми, послушными и благодарными. Обратная сторона этого желания — быть покорным, готовым к страданиям и жертвам, то есть отказаться от личной свободы и подчиниться воле авторитета. Эта модель проясняет появление тоталитарных структур и систем. В книге «Бегство от свободы» (1941) Фромм задавался вопросом, что заставляет людей слепо подчиняться вождю.

Мне близка озабоченность Фромма тем, что безграничное стремление к безопасности делает нас безразличными к базовым ценностям свободного мира и представляет опасность как для полноценной жизни отдельного человека, так и для будущего демократии. Он говорил: «В нашей культуре существует тенденция превозносить людей, которые не обладают мужеством и не отваживаются жить полной и насыщенной жизнью. Нас настраивают на то, чтобы стремиться к безопасности как образу жизни. Но этого можно добиться только в том случае, если полностью приспособиться и стать абсолютно бесчувственным. С этой точки зрения радость и безопасность — полные противоположности, поскольку радость — это результат полной жизни».

Неуверенность и готовность рисковать составляют сущность свободного человека. «Свободный человек неизбежно лишен безопасности, мыслящий человек неизбежно лишен уверенности», — говорил Фромм в 1955 году. Вера в жизнь и созидательные силы, которые живут в каждом человеке, сопровождают его на пути к осознанному «я есмь я».

Из этой ключевой мысли Фромма исходит и его ученик Райнер Функ, когда описывает сегодняшнюю очевидную потребность в безопасности: «В основе современного стремления к безопасности лежит не желание доминировать или подчиняться», — говорит Функ. Скорее, это желание «все рассчитать, всем овладеть, все контролировать и сделать абсолютно надежным». Пугает то, что «все больше людей хотят, чтобы их контролировали, оценивали, оберегали и присматривали за ними. Они хотят действовать наверняка, потому не оказывают сопротивления государству-надзирателю и готовы поступиться своими правами и свободами».

Итак, найден, по крайней мере, один ответ на вопрос, могут ли люди своими личными установками содействовать государству в обеспечении внутренней безопасности. Остается вопрос об их безразличии к связанному с безопасностью урезанию прав и свобод.

И здесь Райнер Функ находит ответ у Фромма. В 1962 году, в разгар холодной войны и Карибского кризиса, в одном из писем он говорил: «Люди так пассивны перед лицом военной угрозы, потому что большинство просто не любит жизнь». Безразличие, как ощущал его тогда Фромм, связано с тем, что люди в глубине души уже не живы и не готовы жить по своей воле. Функ объяснял это тем, что «безжизненное, вещное, исчисленное, то есть абсолютно надежное привлекает их больше, чем живое, которое всегда ненадежно, которое нельзя взвесить и рассчитать».

Безопасность — удобная альтернатива жизни, чреватой непредсказуемостью. Но тот, кто поступает своими главными правами, рискует прогадать. Ведь непредсказуемость — это не только опасность, это и новые шансы и возможности. В этом смысле свобода действовать по собственному усмотрению обусловлена тем, что никто не знает наверняка, каковы будут последствия этого усмотрения. Как говорил Эрнх Кестнер: «Жизнь — смертельно опасная штука».

3

ПОПРАВКИ ИЗ КАРЛСРУЭ

О роли Федерального конституционного суда

За прошедшие годы Герхарт Баум неоднократно отмечал, что новые законы нарушают основные права граждан, и подавал соответствующие жалобы в Федеральный конституционный суд. И почти во всех случаях его труды были вознаграждены: высший суд Германии признавал правоту Баума и его соратников — Буркхарда Хирша, бывшего министра внутренних дел земли Северный Рейн – Вестфалия, бывшего федерального министра юстиции Сабины Лойтхойзер-Шнарренбергер и адвоката Петера Шанца.

В 2004 году на основе конституционной жалобы, поданной под руководством Буркхарда Хирша, судьи из Карлсруэ признали Закон о борьбе с организованной преступностью («большая прослушка») противоречащим конституции.

Через два года на основании ключевого пункта об убийстве невинных людей был отменен Закон о безопасности воздушного пространства, который позволял сбивать захваченные пассажирские самолеты.

В 2007 году по инициативе Герхарта Баума в ФКС была подана жалоба против Закона о хранении телекоммуникационных данных, которая была частично удовлетворена в марте 2008 года.

В феврале 2008 суд признал антиконституционными тайные онлайн-обыски, которые были предусмотрены в Законе о защите Конституции земли Северный Рейн — Вестфалия. Отныне они разрешены только при соблюдении строгих условий. Одновременно своим приговором судьи создали новое «право на обеспечение конфиденциальности и целостности информационно-технических систем» — своего рода юридический межсетевой экран («брандмауэр») для жесткого диска компьютера, который был признан неотъемлемым элементом сферы частной жизни человека и, следовательно, стал недоступен для любопытных глаз государства. Новое право распространяется и на обработку личных данных.

В начале 2009 года Герхарт Баум совместно с ходатаями от адвокатуры, врачебных и журналистских кругов (их представителями были его племянник и автор жалобы адвокат Петер Шанц и Буркхард Хирш), подали конституционную жалобу против «Закона о защите от опасности мирового терроризма

с помощью Федерального ведомства уголовной полиции» (BKA-Gesetz). Новая редакция закона была предметом ожесточенных споров, пока в ноябре 2008 года он не был принят Бундестагом и не вступил в действие 1 января 2009 года. Закон не в полной мере учитывает решение ФКС об онлайн-обысках, а также содержит иные положения, противоречащие Основному закону.

Критики могут возразить: парочка сварливых юристов из Карлсруэ занимаются самоутверждением. Что заставляет Вас бороться за соблюдение Основного закона с помощью высшего немецкого суда?

По крайней мере, с 11 сентября 2001 года центральный вопрос немецкой внутренней политики — это вопрос о том, отвечает ли наше право террористическим вызовам? Иными словами, будет ли и впредь гарантировано уважение человеческого достоинства, являющееся моральной основой нашей Конституции, если иметь в виду меры, которые федеральное правительство принимает в качестве необходимых?

На протяжении последних десятилетий мы наблюдаем неуклонное наращивание силы государства за счет наших прав и свобод. Это началось еще во времена РАФ и продолжилось в 1990-е в виде мероприятий по борьбе с организованной преступностью. А после событий в Нью-Йорке политики во главе с министром внутренних дел Шойбле рисуют страшные сценарии террористических атак, сея неуверенность и страх. Страх перед терроризмом может иметь худшие последствия, чем сам терроризм. Так, наряду с разумными предложениями мы, к сожалению, видим крайности новой «архитектуры безопасности», в которой борьба с терроризмом понимается как война в условиях чрезвычайного положения. А это предполагает выход за границы полицейского и уголовного административного права вплоть до применения вооруженных сил внутри страны как «замены полиции». Полицейская логика безопасности торжествует.

Подобное развитие событий я воспринимаю как вызов. Происходит наступление на права и свободы и их незаметный демонтаж. Причем без всякой необходимости.

Один из доводов — новые угрозы требуют особых мер безопасности.

Это правильно. Я не возражаю против того, чтобы государство настраивалось на новые угрозы. Но правовое государство подтверждает свой авторитет тем, что относится к террористам, как к уголовным преступникам. А Конституция Германии защищает человеческое достоинство всех, даже преступников, и задача ФКС — блюсти ее основы. Со времен основания ФРГ конституционный суд своими решениями содействовал развитию демократии. Он предоставил слово Конституции.

Стоит отметить и роль суда. Именно он поставил на место министра внутренних дел и генерального прокурора. В производстве уголовного дела против террористов коллегия по уголовным делам суда третьей инстанции исходила из того, что «для государственных судов борьба с терроризмом не может означать войну без правил».

Граждане осознают эту задачу ФКС? Или судьи в красных мантиях слишком далеки от их повседневных проблем?

Судя по опросам, Федеральный конституционный суд очень популярен в Германии. Он уникален. В других западных демократиях нет такой институции, куда бы граждане при определенных условиях могли обратиться лично. Любой, кто чувствует, что публичная власть ущемила его в основных правах, может подать конституционную жалобу — против действий какого-либо ведомства, против приговора суда или против некоего закона.

Степень доступности высшего суда страны для граждан хорошо иллюстрирует статистика: с 1951 по 2005 год в Федеральный конституционный суд поступило около 160 000 ходатайств, из которых почти 150 000 были конституционными жалобами. В подавляющем большинстве случаев они не были приняты к рассмотрению из-за того, что не были выполнены определенные условия. Но 4000 конституционных жалоб, то есть 2,5 процента, были рассмотрены.

На первый взгляд, эти цифры кажутся скромными, однако конституционная жалоба — очень эффективное средство. Если ее удовлетворяют, она может иметь последствия, далеко выходящие за рамки единичного случая. У нас был такой опыт с нашими жалобами, когда решения суда стали серьезным сигналом.

Говоря возвышенным языком, судьи из Карлсруэ — это такие хранители чаши Грааля, то есть нашего Основного закона?

Нужно отдавать себе отчет в том, что наш Основной закон тоже по-своему абстрактен. Лишь благодаря решениям ФКС, который конкретизировал 146 статью (ст. 146 предусматривала возможность выработки новой Конституции, принятой «свободным решением немецкого народа». — *Прим. пер.*), принимая при этом во внимание повседневные потребности граждан, она стала действенной и жизнеспособной. Журналист Хериберт Прантль совершенно прав в своей оценке Конституции, сделанной по случаю ее 60-летнего юбилея. Только судьи из Карлсруэ сделали ее «тем, чем она является — одной из самых, если не самой влиятельной конституцией в мире, карманной книгой граждан, сводом прав и гарантий, к которому охотно обращаются». В Карлсруэ, продолжает Прантль, позаботились о том, «чтобы положение статьи 1 Основного закона о неприкосновенности достоинства личности не осталось пустым звуком».

Существует ли опасность, что принятие «Лиссабонского договора о внесении изменений в Договор о Европейском союзе и Договор об учреждении Европейского сообщества» и связанная с этим конституционная дискуссия изменят отношение ФКС к нашим правам и свободам, которые он до сих пор неуклонно отстаивал?

Речь идет не только о Лиссабонском договоре, это один из этапов, пусть и важных, европейской интеграции. Я ничего не имею против дальнейшего развития европейского сообщества в направлении федерации государств. Европа идет сейчас по этому пути. Но для реализации этого плана не хватает нескольких важных элементов, прежде всего, прозрачности, повседневного публичности европейского гражданского общества и международного общественного мнения. Интеграция должна стать живым процессом, в ходе которого подтверждаются основные права и свободы граждан.

С моей точки зрения, здесь существует несколько вопросов. Например, перейдет ли в будущем защита прав и свобод частично или полностью под юрисдикцию Суда Европейского союза? Будет ли он стоять на страже наших основных прав и свобод? Сможет ли наш Федеральный конституционный суд, который по своим полномочиям занимает в Европе особое место, по-прежнему защищать наши права? Не пострадает ли при этом абсолютный приоритет защиты человеческого достоинства? Как повлияет Лиссабонский договор на сложный баланс свободы и безопасности, если решения по поводу внутренней безопасности и уголовного преследования будут приниматься на европейском уровне?

Появилась ли ясность после вердикта судей из Карлсруэ от 30 сентября 2009 года относительно противоречий между положениями Лиссабонского договора и Основным законом ФРГ?

Этот вердикт двуликий. С одной стороны, он усиливает роль Бундестага и Бундесрата, а также ФКС, так что в этом смысле мои опасения по поводу угрозы для наших конституционных прав и свобод весьма умеренны. С другой стороны, он очень сильно сосредоточен на национальном государстве и, тем самым, дистанцируется от реальных процессов европейской интеграции. В свете этого критика прежних форм интеграции, прозвучавшая в докладе убежденного европейца Юргена Хабермаса «Ах, Европа» в 2008 году, вновь становится актуальной.

Вернемся в Германию. Законы о внутренней безопасности, особенно те из них, что касаются борьбы с терроризмом и организованной преступностью, тоже постоянно нуждаются в поправках из Карлсруэ.

На сегодня вынесено 14 судебных решений, которые корректируют меры безопасности. Особое значение имеют пять из них, принятые ФКС с марта 2004 по сентябрь 2008 года. Конституционные судьи вводят законодателей в строгие рамки закона, поскольку инструменты и методы, к которым те прибегают в борьбе с организованной преступностью и терроризмом якобы для обеспечения большей безопасности, нарушают основные права.

Речь идет о «большой прослушке», о превентивном телекоммуникационном наблюдении, о праве сбивать захваченные самолеты, о превентивном полицейском растровом розыске и онлайн-обысках.

Количество жалоб в ФКС и качество результатов наводит на мысль, что Вам порой прямо-таки хотят доставить удовольствие, предоставляя возможность продемонстрировать правительству его беспечность в обхождении с Основным законом...

От такого удовольствия я бы легко отказался. Для меня было бы важнее, чтобы принимались законы, соответствующие конституции, более основательные и юридически выверенные. Подавая жалобу по поводу новой редакции «Закона о защите от опасности мирового терроризма с помощью Федерального ведомства уголовной полиции», я чувствовал себя обязанным это сделать, поскольку ранее нам только-только удалось использовать возможности ФКС, чтобы судебным путем защитить сферу частной жизни человека, одним из элементов которой является жесткий диск его компьютера. Теперь я позабочусь о том, чтобы эти возможности были использованы в полной мере.

Не слишком почтительно звучит прозвище «турист из Карлсруэ», которое дал Вам председатель профсоюза полицейских и которое в 2008 году вошло в список «антислов года»?

Победа в этом конкурсе немецких дураков, возможно, была очень кстати, поскольку этим окольным путем удалось привлечь всеобщее внимание к целям и задачам ФКС. Я всякий раз удивляюсь равнодушию людей, когда речь идет о фундаментальных принципах нашей демократии. Я лично испытываю настоящую ярость, когда вижу, что основные права и свободы, закрепленные в конституции, все еще не утвердились в сознании людей.

Как учитывается в решениях ФКС хрупкое равновесие безопасности и свободы?

Конституционный судья Вольфганг Хоффман-Рим, который отвечает за эту сферу, в одном из интервью так прокомментировал решения ФКС: «С 2003 года все они [решения] концептуально едины. После 11 сентября 2001 года я по-

нял: если перед лицом новых угроз мы не хотим поступаться качеством правового государства, нужно адаптировать их к новым условиям и инструментам, а не сдавать позиции. Вот философия, на которой основана наша судебная практика». И далее: «В основе каждого судебного решения лежала одна и та же государственно-правовая задача — соблюсти баланс между свободой и безопасностью, отвечающий букве и духу Основного закона... К требованиям, которые предъявляет правовое государство, относится достаточно обоснованная эффективность, то есть пригодность, необходимость и уместность нового инструмента».

То есть Хоффман-Рим признает, что политика должна реагировать на новые угрозы.

В принципе, да, но все хорошо взвесив и рассчитав. Новая ситуация, по его мнению, заключается в появлении более или менее смутных угроз, на которые нужно реагировать заранее, до наступления реальной опасности. «И здесь, — говорит он, — возникает риск размывания государственно-правовых стандартов. А они требуют по-настоящему обоснованных исходных данных об угрозе для существенных правовых благ». Есть риск нанести ущерб невинным людям и таким образом запугать население в целом. «Мы пытались ограничить риски от использования новых инструментов для свободы граждан», — объясняет Хоффман-Рим.

По мнению Хоффмана-Рима, нужно всякий раз спрашивать, почему прежних инструментов недостаточно, почему необходимы новые? Его коллега, конституционный судья Удо ди Фабио, был куда более резок, когда заявил, что это болезнь политики — «постоянно ставить под сомнение нашу систему».

Вопрос о том, почему недостаточно прежних инструментов, на протяжении последних десятилетий неизменно возникал в дискуссиях по поводу новых законов о безопасности. Да, бывали ситуации, когда розыск преступников оказывался успешным. Можно вспомнить, например, задержание «зауэрландских террористов». Но эти успехи воспринимались, главным образом, как подтверждение «террористического сценария», за которым следовали призывы к поиску новых инструментов, в данном случае, к введению онлайн-обсков.

И всякий раз партии начинали состязаться в превосходстве под лозунгом «Кто лучший в стране шериф?». А министру внутренних дел Германии, социал-демократу Отто Шили удалось на какое-то время перещеголять даже «черного шерифа» Баварии Бекштайна, причем без всякого противодействия со стороны «зеленых». В результате появился известный «Каталог Отто».

Немцы, верящие в силу закона, вновь и вновь сосредотачиваются на законодательных полномочиях, не изучив в достаточной степени, хватает ли уже существующего инструментария. Бурные дебаты по поводу отдельных мер, например, о запрете маскировки внешности в 1980-х, который ограничивал свободу действий полиции при принятии решений, необходимых в такого рода ситуациях, сошли на нет сразу же после принятия новой поправки к закону «О шествиях и демонстрациях». Удалось ли таким образом эффективно справиться с «замаскированными» демонстрантами, роли не играет. Причем и после вступления этой поправки в силу в 1985 году не было отмечено никакого существенного снижения количества демонстраций с участием замаскированных экстремистов.

То есть у нас есть куча новых законов о безопасности без повышения ее уровня, но с очевидными ограничениями свобод?

Довольно много законов носили характер символических действий, которые должны были создать впечатление, будто что-то действительно достигнуто. При этом по-настоящему эффективные меры, то же укомплектование сил безопасности кадрами и материальными средствами, отходили на второй план. К примеру, и в федеральном бюджете, и в бюджетах земель было гораздо сложнее добиться увеличения количества ставок и ассигнований на полицию, чем принятия таких символических законов.

В устных переговорах по поводу вышеназванных законов ФКС старался выработать основы принятия решений. Речь шла, прежде всего, о том, гарантирует ли спорная законодательная инициатива какой-либо выигрыш в безопасности. Много раз уполномоченные ведомства так и не давали убедительного ответа, как, например, в случае с онлайн-обысками. Да и практика растрового розыска, появившаяся после 11 сентября 2001 года, не принесла выигрыша в безопасности. «Кротов» выследить не получилось. В лучшем случае, удалось выйти на след парочки наркодилеров. Потому что этот закон не имел в виду конкретную опасность, скорее, некая общая угроза использовалась для дискриминации непричастных. А это антиконституционно.

С другой стороны, на слушаниях обсуждалось, соразмерен ли достигнутый выигрыш в безопасности понесенным потерям в свободе. Слушания в ФКС, с моей точки зрения, были куда более обстоятельны, чем совещания в Бундестаге и его комитетах. Иными словами, здесь суд проделал работу, которая должна была быть сделана политическими органами гораздо раньше. И этот вывод приходится делать с изрядной долей фатализма.

Критики упрекают ФКС в том, что слишком много полицейских оперативно-розыскных мероприятий являются, с его точки зрения, допустимыми.

Мне бы тоже порой хотелось большей четкости. Хотя не все из этих мероприятий сами по себе уязвимы, если только не выходят за рамки Конституции. Впрочем, то, что пока еще считается возможным, может и должно быть отвергнуто в конкретном случае. Так, например, я в принципе отвергаю онлайн-обыски, хотя суд при определенных условиях считает их допустимыми.

На этом фоне решения ФКС выглядят не просто поправками к «берлинской политике», но прямо-таки пощечинами ответственным политикам. Хватит материала для удаленного поединка между Берлином и Карлсруэ?

Конституционный суд знает, что может пользоваться своими полномочиями очень осторожно. В тех случаях, которые мы обсуждаем, сомневаться не приходится, поскольку здесь законодатели прямо-таки циничным образом испытывают на прочность Основной закон.

Тем не менее, суд обратил внимание на возражения Вольфганга Шойбле. По поводу Закона о безопасности воздушного пространства» он, например, заявил следующее: «Я понимаю, что некоторые конституционные судьи охотно дали бы мне совет. Но на это у них нет законных полномочий». Очень странно, когда министр внутренних дел, постоянно подчеркивающий, что справиться с террористическими вызовами можно только при взаимодействии всех органов государственной власти, яростно критикует три ключевых решения ФКС. Якобы они мешают ему выполнить обещания по обеспечению безопасности (что бы ни имелось в виду), которые он дал населению. Отважное заявление.

Сомнительными он считает и меры предосторожности в отношении вторжения в «сферу частной жизни» человека в его жилище, содержащиеся в решении ФКС по делу о «большой прослушке». Далее он раскритиковал как «малоприемлемый в государственно-правовом отношении и сомнительный с точки зрения конституционных норм» запрет ФКС на растровый розыск в отсутствие конкретного подозрения в совершении преступления, равно как и этически обоснованный запрет убивать невинных людей в угнанных пассажирских самолетах. Эту возможность он хочет обеспечить путем введения «крайней необходимости, обусловленной необходимой обороной» по праву военного времени.

Шойбле утверждает, что ни один из законов, за появление которых он несет ответственность, раньше не вызывал возражений. Формально это так, однако на деле он лукавит, поскольку в настоящий момент проходят проверку законы, за которые он отвечает полностью — Закон о защите от опасности мирового терроризма с помощью Федерального ведомства уголовной полиции и Закон о хранении телекоммуникационных данных.

Разве он не подвергал резкой критике другие решения, скажем, по поводу безопасности воздушного пространства, растрового розыска и прослушки? Разве в январе 2009 года в Карлсруэ он не призывал членов ФКС к большему «судейскому самоограничению»?

Да, эти дебаты были очень бурными. Не будет преувеличением говорить о кризисе в отношениях конституционных органов, по крайней мере между ответственным за соблюдение Основного закона министром Шойбле и ФКС. Давление на суд оказывает консервативный лагерь. Судей, в частности, критикуют как «конституционных аутистов» и «правовых олигархов».

Эскалация очевидна. Недавно в одном из интервью министр внутренних дел заявил: «Тот, кто хочет разрабатывать законы, должен постараться стать членом Бундестага». Председатель суда Ханс-Юрген Папир возразил, тоже публично: «Тот, кто хочет поставить под сомнение право ФКС на контроль, может сразу выбросить это из головы».

Тон Шойбле становится все более раздраженным. К сожалению, здесь у меня есть личный опыт. Так, после обнародования моей конституционной жалобы против Закона о федеральном ведомстве уголовной полиции, в одном из интервью на замечание модератора о том, что «бывший министр внутренних дел Герхарт-Рудольф Баум говорит о "нескончаемом наращивании силы в сфере безопасности" и едет в Карлсруэ», он ответил следующее: «Пусть едет. Для того у нас и существует конституционный суд, чтобы туда жаловаться. Господин Баум говорит много глупостей, и уже не в первый раз».

Это публичное оскорбление свидетельствует о том, сколь уязвленным он себя чувствует. Некоторое время тому назад Петер Мюллер написал в газете *Welt am Sonntag*: «Проблема с идеями Шойбле состоит в том, что министр путает безусловно разумное с чрезмерным. Он хочет защитить конституцию и, одновременно, беспощадно размывает ее границы. Он наносит мощные удары, но остается неконкретным в деталях. Шойбле хочет сделать страну более безопасной, но если он будет пускаться в такие крайности, то принесет своему замыслу больше вреда, чем пользы».

Неудивительно, что теперь и судьи из Карлсруэ перестали говорить обиняками, а обсуждают эти проблемы открыто и публично.

Очень необычно, чтобы конституционные судьи так много выступали на эту тему и давали интервью, причем энергично и настойчиво. Это показывает, насколько серьезно положение. Я бы хотел привести несколько примеров.

Председатель ФКС Ханс-Юрген Папир недавно вновь публично высказался на тему «Баланс между свободой и безопасностью в условиях терроризма» и призвал к строгому соблюдению судебных решений. Как заметил его коллега Хоффман-Рим, законодатели должны следовать не только букве решений, но и

духу. Меж тем, на деле порой имеет место сдержанное сопротивление, а то и обструкция.

В одном из докладов, сделанных в Берлине, Папир подчеркнул, что решения суда обязательны не только для федеральных и земельных конституционных органов, но для всех судов и органов власти. Он особо остановился на решении суда по Закону о безопасности воздушного пространства и отметил, что любая попытка законодателей обойти решение ФКС опять закончится неудачей. В «уголовном праве для врагов» (Feindstrafrecht), то есть в законодательстве, которое отказывает определенным группам лиц в гражданских правах, Папир видит капитуляцию правового государства. А деятельность ФКС, связанную с защитой сферы личной жизни граждан, за пределами судебного зала председатель суда прокомментировал так: «Я не хочу жить в государстве, в котором нет места для приватности».

Его коллега, конституционный судья Удо ди Фабио, в одной из речей, также произнесенных в Берлине, напоминает о том, что общество не должно впадать в истерику и провозглашать наступление «новых чрезвычайных времен», когда для выживания все средства хороши. Винфрид Хассемер, бывший председатель Второго Сената ФКС, жалуется: «Даже если ведешь себя хорошо, невозможно держать государство на расстоянии». Судья Кристина Хофманн-Деннхард интересуется, «не становится ли человек более интересен как некая совокупность личных данных, или он все-таки будет и дальше пониматься как индивид с правом на частную жизнь».

По поводу нашей готовности жертвовать безопасностью ради свободы, поскольку у себя в стране мы, по большому счету, были избавлены от терактов, она говорит: «Такого рода претензии возмутительны. Ведь в них содержится упрек, что суд, невзирая на опасности, ставит во главу угла свободу и, тем самым, препятствует применению необходимых и эффективных средств, с помощью которых можно было бы уменьшить вероятность терактов. На это можно возразить, что ФКС прекрасно осознает все опасности, связанные с терроризмом, но, с другой стороны, видит и те, что угрожают свободе людей, если ее убрать на обочину, чтобы расчистить дорогу безопасности. Дать терроризму достойный отпор не значит поступаться правами и свободами и правовым устройством государства».

Здесь мне добавить нечего.

Похоже, наши сограждане в своем большинстве согласны с государством, ведь они молчат о роли ФКС и его борьбе за права и свободы.

Это вызывает большое удивление, тем более в нашем обществе, которое быстро возбуждается по самым разным поводам — от важных до второстепенных. С сожалением приходится признать, что широкую политическую общественность постепенно вытеснила общественность, озабоченная исключи-

тельно досугом, которая блокирует обсуждение важных вопросов. Германия больше не жаждет лучшего из возможных политических устройств, она жаждет только суперзвезд.

Где реакция лидеров общественного мнения на сигналы судей из Карлсруэ, которые трудно не услышать? Молчат даже те, кто в критических ситуациях всегда выступал в защиту свободы. Заметного общественного обсуждения этих проблем до сих пор так и нет. Увы.

Лучше, чем Кристиан Боммариус, автор недавно вышедшей книги «Конституция. Биография» (горячо ее рекомендую), пожалуй, не скажешь: «На протяжении многих лет законодатели осаждают, как вражескую крепость, Основной закон и его главного толкователя и верховного хранителя — Федеральный конституционный суд. Интервалы в канонах законов о безопасности, которыми они обстреливают ФКС, становятся все меньше, а бреши, пробитые законодателями за последние годы, все больше.

Осаждающие терпеливы. Время их лучший союзник. Не в этом, так в следующем году крепость падет. Она капитулирует, если не сегодня, то завтра, после какого-нибудь теракта, случившегося там или тут. На помощь извне она вряд ли может рассчитывать. Объявить об осадном положении, что могло бы облегчить положение обороняющихся и заметно улучшить виды на их освобождение, пока не удастся из-за носителей верховной власти, граждан Германии. После 60 совместных лет любовь немцев к Основному закону велика, но не настолько, чтобы поспешить на помощь ему и его хранителям, оказавшимся в бедственном положении. Но ведь на некоторое сочувствие граждан они все же могли бы рассчитывать».

4

ГРАЖДАНИН ПОД НАБЛЮДЕНИЕМ

Дискуссия о персональных данных

Клаус Траубе, долгие годы работавший менеджером в немецкой и американской атомной индустрии, в 1975-1976 годах стал жертвой нелегального прослушивания со стороны Федеральной службы защиты конституции. Подозрения в том, что у Траубе, якобы, были контакты с террористами из РАФ, оказались несостоятельными. Позднее Траубе стал противником использования атомной энергии в мирных целях и признанным экологом. В 2004 году в одном из интервью он рассказал об этой афере с прослушкой, последовавшем за ней правительственным кризисе и мощном резонансе в масс-медиа: «Разве стали бы сегодня так вопить по этому поводу? Разве стал бы сенсацией факт, что кого-то прослушивают дома? Боюсь, сегодня это уже считается почти нормой. Но я не огорчен. Страна развивается, скорее, в лучшую сторону... Хотя есть в нашем сегодняшнем образе жизни некоторая зыбкость».

Этот «зыбкий образ жизни», о котором бывший менеджер атомной отрасли Клаус Траубе говорит в своем интервью, может означать попустительство в обращении с современными информационными технологиями — и в том, что касается их возможностей и способов применения, и в том, как граждане к ним относятся. Сегодня принято мириться со многим. «Зыбкий образ жизни» подразумевает, в частности, такую важную и губительную малость, как тупое безразличие к реальным и потенциальным угрозам попрания основных прав и свобод.

Целью всех мероприятий, которые мы будем обсуждать далее, объявлена борьба с преступностью. Большинство граждан не считает, что она их как-то затронет. И тут есть два контраргумента: во-первых, под подозрение может попасть любой, даже невиновный — если он, например, был в квартире, за которой ведется наблюдение. Во-вторых, даже правонарушитель находится под защитой правовых норм. И если от них отступать, пострадает все общество. В качестве наглядного доказательства приведу слежку за сотрудниками крупных фирм со стороны работодателей, которая является прямым следствием изменений в сознании людей под влиянием деятельности государства, в частности, применения так называемого растрового розыска. Само по себе подозрение против отдельных лиц не может оправдать тотального наблюдения за огромным большинством ни в чем не подозреваемых, невинных людей.

«БОЛЬШАЯ ПРОСЛУШКА» — РЕТРОСПЕКЦИЯ

В своих судебных решениях, в основном начиная с 2004 года, ФКС признал, что ряд принципиальных мер, предпринятых федеральными и земельными законодательными органами, противоречат конституции. По сути, решения ФКС связаны с недостаточной определенностью и ясностью вводимых норм, несоблюдением принципа пропорциональности, недостаточной защитой «сферы частной жизни человека» и, в самом общем виде, с нарушением конституционного права на защиту жизни и достоинства личности.

Решение суда 2004 года по поводу «большой прослушки» имело для нас — тех, кто под руководством Буркхарда Хирша подавал конституционную жалобу — большое значение. В первой половине 1990-х политическая программа СвДП сузилась до промышленно-экономической. Политика защиты прав граждан, которую мы отстаивали, воспринималась как помеха. В деятельности партии она не должна была играть большой роли. Большинство членов партии отказались от этой, по сути, неотъемлемой составляющей подлинного либерализма.

В этой ситуации важная дискуссия по поводу «большой прослушки» стала инструментом внутрипартийной борьбы, главным образом, против решительно настроенной Сабины Лойтхойзер-Шнарренбергер — министра юстиции и нашей коллеги по партии. При выработке коллективного решения мы, как и следовало ожидать, потерпели поражение. Сабина Лойтхойзер-Шнарренбергер подала в отставку, поскольку не хотела нести за него ответственность. Убедительным подтверждением обоснованности, легитимности и безупречности ее решения об отставке стал вердикт ФКС от 2004 года. После того, как мы сыграли в Карлсруэ по всем принципиальным пунктам, руководство СвДП погрузилось в молчание. Как бы то ни было, но с 2005 года оно последовательно выступает за то, чтобы вновь отменить тайное прослушивание как инструмент расследования. В 2004-м в политическом проигрыше оказались и ХДС с ХСС, и СДПГ, в том числе, ее депутат Отто Шили, который тоже участвовал в изменении Основного закона.

В дискуссиях, которые шли внутри СвДП, речь шла о ее будущем позиционировании в партийной системе страны. В этих дебатах многие из партийных лидеров, в том числе Ханс-Дитрих Геншер, граф Отто Ламбсдорфф, Гюнтер Рексрот и Клаус Кинкель, были на нашей стороне. В тот день, когда стали известны результаты внутрипартийного голосования (в нем участвовали 43 процента членов партии, из которых почти 60 процентов высказались за «прослушку»), Сабина Лойтхойзер-Шнарренбергер объявила о своей отставке. И вскоре после этого Буркхард Хирш сложил с себя полномочия спикера нашей фракции по внутриполитическим вопросам. В то время я уже не был членом Бундестага.

«ЖУЧОК В КВАРТИРЕ»

Небольшое замечание относительно слова «прослушка», которое вошло в обиходную речь в качестве обозначения действий федерального правительства по подслушиванию граждан. Понятие «прослушка» появилось, самое позднее, в 1976 году, после противозаконной акции подслушивания инженера-физика доктора Клауса Траубе. Сторонники этого метода настаивают на употреблении термина «акустическое наблюдение за жилищем». Однако слово «прослушка» представляется здесь более точным. Ведь в нем есть и элемент тайного, даже запретного, и агрессия самого процесса. А об агрессии спорить не приходится: «прослушка» — это проникновение в частное пространство с помощью высокотехнологичного инструмента. Но еще более точным представляется образ «жучка в квартире», предложенный Буркхардом Хиршем. Кто же станет терпеть зловредное насекомое в своих четырех стенах?

Многочисленные бурные дебаты по поводу «большой прослушки» ничем не отличаются от прочих аналогичных споров. Как и в более позднем обсуждении онлайн-обысков спорный инструмент объявляется панацеей в борьбе с преступностью и рассматривается отдельно от прочих инструментов. При этом необходимость принятия той или иной меры не проверяется и не ставится под сомнение. Конституционный судья Вольфганг Хоффман-Рим, сравнивая дискуссии по поводу онлайн-обысков и «большой прослушки», замечает: «Оба они рекламируются как волшебное оружие, но когда встает вопрос о доказательствах их незаменимости, в ответ слышится либо что-то невнятное, либо какие-то заклинания». Буркхард Хирш, выступая перед ФКС, сказал: «Вряд ли можно говорить о том, что ввиду опасностей, связанных с организованной преступностью, мы находимся в ситуации самообороны. Умалчать их мы тоже не намерены. Однако федеральное правительство само говорит о том, что до сих пор нет убедительных материалов об эффективности «большой прослушки», даже спустя четыре года после ее введения».

Принимая этот закон, правительство планировало следующее. При предъявлении доказательств, подтверждающих подозрение (а не только при предъявлении обвинений в особо тяжких преступлениях), должна существовать возможность записывать и самого обвиняемого, и все разговоры, ведущиеся в квартире. При этом речь идет не только о его собственной квартире, но о любой, где он предположительно часто бывает. Таким образом, аудиозапись может включать разговоры с лицами из самого близкого круга, то есть с ближайшими родственниками — матерью, женой. При определенных обстоятельствах разрешается также запись разговоров с лицами, которые имеют право на отказ от дачи показаний, то есть врачом, адвокатом, священником.

В решении 2004 года ФКС исходил не из нашего аргумента о том, что связанное с законом изменение статьи 13 Конституции («неприкосновенность жили-

ща») является ее нарушением, а пришел к выводу, что сам закон серьезно нарушает основные права граждан.

К нашему мнению по поводу статьи 13 прислушались два, точнее, две из восьми судей Первого Сената, выразившие особое мнение. Они заявили: «Похоже, люди уже привыкли к мысли, что все более развитые технические средства предполагают ничем не ограниченные возможности их применения. Но когда перестает быть табу даже сфера частной жизни в личных четырех стенах, перед которыми стоило бы остановиться тем, кто жаждет безопасности, возникает законный, с точки зрения конституционного права, вопрос: каким представляется законодателю человек, провоцирующий его на подобные действия, и отвечает ли это представление о нем нашему свободному правовому демократическому строю? Вот почему статья 79 п. 3 («Изменения настоящего Основного закона, затрагивающие разделение Федерации на земли, принципы сотрудничества земель в законодательстве или принципы, установленные статьями 1 и 20, не допускаются». — *Прим. пер.*) должна толковаться строго и недвусмысленно». Примечательное мнение.

Обе судьи могут найти подтверждение своим словам в дальнейшем развитии законодательства о безопасности, в частности, в Законе о федеральном ведомстве уголовной полиции. Их предостережение не теряет актуальности. Я вспоминаю не удавшуюся пока попытку использовать Бундесвер в качестве замены полиции в антитеррористических операциях.

Хочу привести несколько ключевых цитат из решения ФКС: «К неприкосновенности человеческого достоинства... относится признание полностью защищенной сферы частной жизни человека. Здесь акустическое наблюдение жилого помещения с целью уголовного преследования недопустимо». То есть, речь не идет даже о справедливом равновесии в соответствии с принципом пропорциональности.

И далее: «Если акустическое наблюдение за жилым помещением, установленное на основании таких полномочий, все же приводит к получению информации, связанной со сферой частной жизни, оно должно быть прекращено, записи стерты, а любое использование этой информации исключено». Суд говорит не только о запрете на использование, но и куда более обширном запрете на сбор информации, и отмечает: «Раскрытие личности в сфере частной жизни подразумевает возможность проявлять свой внутренний мир, то есть ощущения и чувства, а также мысли, взгляды и переживания личного свойства, не испытывая страха перед тем, что государственные органы будут их контролировать. Защита распространяется также на проявления подсознательных переживаний и формы выражения сексуальности. Возможность соответствующего раскрытия личности предполагает, что у человека есть пригодное для этого пространство».

ФКС рассматривает также возможные контраргументы, поскольку порой уголовное правосудие как общественное благо представляется людям более

важным, чем защита человеческого достоинства, особенно в ситуациях, связанных с тяжкими преступлениями. И тем не менее суд настаивает на абсолютном приоритете защиты достоинства человека.

Решение ФКС по поводу «большой прослушки» Хериберт Прантль прокомментировал так: «Суд в Карлсруэ приручает «прослушку». Он ограничивает ее применение только случаями тяжких и особо тяжких преступлений и ставит высокие требования к ее назначению и процедуре выполнения. Он исключает наблюдение наугад. Он категорически запрещает «жучки», если они ставятся исключительно в надежде на приговор. Суд говорит об *ultima ratio*, «последнем доводе», и имеет в виду ровно это: «жучок» в квартире — это крайнее, последнее средство уголовного преследования». То есть речь идет о преследовании за совершенное преступление. Не всякое акустическое наблюдение задевает человеческое достоинство. В частности, при определенных условиях оно допустимо для защиты от реальной опасности ради ценных правовых благ.

ОНЛАЙН-ОБЫСКИ И РОЖДЕНИЕ НОВОГО КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

«Первый Сенат Федерального конституционного суда своим вердиктом от 27 февраля 2008 года объявляет положения о проведении онлайн-обысков неконституционными и недействительными».

Это первая фраза пресс-релиза ФКС, который был опубликован в тот же день. Речь шла о положениях Закона о защите Конституции земли Северный Рейн-Вестфалия, против которого мы подали жалобу вместе с адвокатом Петером Шанцем и моим партнером доктором Юлиусом Райтером. Составил ее Петер Шанц. Перед судом во время устного разбирательства 10 октября 2007 года я дал следующие обоснования:

«За последние годы компьютер превратился в воплощение приватности. Один доступ позволяет получить огромный массив данных, с помощью которых можно составить полный профиль пользователя. В связи с этим сейчас речь часто идет о «выгрузке мозгов» и «взгляде в душу человека». То есть о чрезвычайно серьезном посягательстве на основные права, о вмешательстве принципиально нового свойства, которое совсем не похоже на акустическое наблюдение за жилыми помещениями».

Затем я отметил, что со времен решения по поводу переписи населения ФКС неоднократно предостерегал от эффекта устрашения и запугивания, который часто производят на граждан меры, предпринимаемые государством, побуждая последних самостоятельно ограничивать собственную свободу и отказываться от действий, защищенных Основным законом. Когда этот процесс нарастает, искажаются общественные представления о свободе.

Я не спорю с тем, что органы безопасности должны получать доступ к новым средствам коммуникации, например, к интернету. Действующее право это разрешает. Я объяснил, что ссылка на ограниченный набор планируемых мер не может рассеять наши сомнения. Новые возможности доступа, единожды введенные, имеют тенденцию к расширению, как это случилось с прослушиванием телефонов. Быстрое развитие информационных технологий приводит к снижению расходов. Поэтому было бы неправильным «защищать конституционные права с помощью технических трудностей». Я высказал наши общие сомнения по поводу онлайн-обысков как уместной и пригодной процедуры и объяснил, почему мы против.

ФКС вынес судьбоносное решение, которое породило новое конституционное право, и это можно считать юридической и общественно-политической сенсацией. Во второй раз, после права граждан «на информационное самоопределение» (в рамках решения ФКС по делу о переписи населения), суд создал новое право со сложным названием «основное право на обеспечение конфиденциальности и целостности информационно-технических систем».

Это новое основное право — ответ ФКС на новые информационно-технические возможности. Оно защищает всю совокупность данных и информации, которая содержится в персональных компьютерах и иных информационно-технических системах, таких, как мобильные телефоны или ноутбуки. Эта информация до сих пор не была защищена ни правом на тайну телефонных переговоров, ни правом на неприкосновенность жилища, ни правом на информационное самоопределение.

Конституционный суд восполнил этот пробел. Он окончательно утвердился в новом веке информации и, говоря на языке этого века, подверг Основной закон столь насущному «апдейту». На это хочется указать скептикам, которые не устают озабоченно вопрошать, является ли наша конституция достаточно современной. Да, она современна — и останется впредь живой и современной, если мы об этом позаботимся.

ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В МОБИЛЬНЫХ ТЕЛЕФОНАХ, МР-3-ПЛЕЙЕРАХ И УСТРОЙСТВАХ GPS

Есть принципиальное различие между контролем интернета и интернет-коммуникации, с одной стороны, и доступом государства к отдельным данным, хранящимся в компьютере, с другой. В нашей повседневной жизни появился целый ряд устройств, основанных на принципе хранения данных, начиная с таких простых и практичных вещей, как цифровая камера. С ее помощью мы сохраняем прекраснейшие моменты и воспоминания или, войдя в интернет, в несколько касаний помещаем их в виртуальные альбомы наших бабушек, тетюшек или внуков. А еще есть мобильные телефоны, ноутбуки и столь любимые

юным поколением MP-3-плееры, которые хранят не только музыку, но фотографии и видео. Все они, подобно жесткому диску компьютера, являются проявлением нашей индивидуальности и относятся к сугубо приватной сфере.

Именно такие устройства и защищает новое конституционное право «на обеспечение конфиденциальности и целостности информационно-технических систем», созданное в рамках «онлайн»-решения ФКС. Привлекательность и технические возможности этих систем еще далеко не исчерпаны, они будут совершенствоваться, разрастаться, включая в себя все больше персональных данных.

Одна из таких информационно-технических систем (о чем многие пользователи не догадываются) — «умный автомобиль». Здесь применяется все больше информационных и телекоммуникационных технологий, которые используются для передачи информации и могут дать сведения о способе его эксплуатации. Для большинства владельцев новых автомобилей бортовые компьютеры это своего рода «вторые пилоты», готовые в любой момент дать полный отчет о количестве пройденных километров, скорости, необходимости технического обслуживания или использовании встроенного автотелефона. И не только водителю, но и, при необходимости, следственным органам. Это же относится и к навигационным системам, которые с помощью соответствующего программного обеспечения могут получать нужные обновления данных через компьютер и интернет. Раньше водитель решал сам, как документировать свои перемещения — с помощью тахографа или бортового журнала. Теперь такие протоколы составляются автоматически. И происходит это по умолчанию, пока некто (кто бы он ни был) не заставит их заговорить. А кто и за каким из наших шагов следит, мы, при невероятном многообразии сетевых соединений этих данных, контролировать не можем.

Вольфганг Хоффманн-Рим указывает на следующее: «Если в будущем, как ожидается, постоянно увеличивающееся количество интернет-приложений соединится с программным обеспечением компьютера, это приведет к росту их распространения и разнообразия и, соответственно, необозримости для пользователя. Потеря контроля неизбежна».

К обстоятельным и подробным слушаниям в ФКС по делу об онлайн-обысках был привлечен целый ряд экспертов в сфере компьютерных технологий. Они указали на риск практически нераспознаваемых фальсификаций отдельных данных, который может быть связан с потенциальным проникновением в систему. Существует опасность, что проникновение в систему со стороны государственных органов может быть использовано третьими лицами в своих целях. Само по себе проникновение связано с большими сложностями в идентификации целевого подключения. Чтобы их обойти, органы безопасности предложили разрешить тайное проникновение в квартиру для получения прямого доступа к компьютеру. А если это невозможно, государству следует запустить вирус «троян», то есть воспользоваться техническими методами, доступ к кото-

рым запрещен частным лицам. Оно должно, по возможности, добывать сведения о дырах в защите системы на черном рынке. И тут становится очевидна абсурдность подобных подходов к расследованию: государство должно прибегать к криминальным методам, чтобы выйти на возможный след преступников.

Напротив, преступники могут защититься от проникновения, используя другие коммуникационные возможности. Так, по мнению экспертов, достаточно выбрать операционные системы, которые запускаются с диска. Такие защищенные от записи носители информации делают бессмысленными любые попытки долговременного проникновения. Таким образом выяснилось, что защита основных прав тесно связана с возможностями и опасностями, тающимися в коммуникационных технологиях.

Что же означает это новое конституционное право? Принципиально недопустим сбор сведений, относящихся к сфере частной жизни, то есть сугубо личных данных. Лишь в случае, когда до или в ходе сбора данных невозможно определить их релевантность для сферы частной жизни, но при этом есть основания полагать, что существует предполагаемая угроза для чрезвычайно важного предмета правовой охраны, защита личных данных может быть перенесена на второй этап, а именно на анализ собранных данных. При этом соответствующие процессуальные нормы должны гарантировать, что вторжение в сферу частной жизни и степень его воздействия на личность и ее развитие будут минимальными.

Однако приоритетом является защита прав человека путем недопущения сбора личных данных. Суд ясно дал понять: он недопустим, если есть основания полагать, что затрагивается сфера частной жизни. Проблема, возникающая при досмотре компьютера или наблюдении за его использованием, состоит в невозможности отделить целевые данные от сугубо личных. Повторим для большей ясности: речь идет не об обыске, а о наблюдении в непрерывном режиме. Согласно новому Закону о федеральном ведомстве уголовной полиции сыщики хотят поймать потенциального преступника с поличным, то есть проследить с помощью спрятанной веб-камеры за использованием жесткого диска в нелегальных целях в режиме реального времени.

ФКС отметил, что новое конституционное право имеет свои границы. Меры, принимаемые в превентивных целях либо в рамках уголовного преследования, могут быть оправданы, но в границах, определенных конституцией. Тайный доступ — это посягательство на Основной закон особой глубины и тяжести. Вмешательство возможно, только если в конкретном случае существует опасность для чрезвычайно важного правового блага. В ситуациях, когда жизненно важной угрозы нет, такие меры считаются излишними. Поясню для тех, у кого нет юридического образования: в этом случае государство должно ограничиться другими следственными методами.

Мы, податели жалобы против онлайн-обысков, считаем, что даже если государство не переходит конституционные границы, такого рода посягательства

на Основной закон неприемлемы с политической точки зрения. Законодатели, утвердившие Закон о федеральном ведомстве уголовной полиции (вступил в силу с 1 января 2009 года), отчасти ориентировались на решение ФКС. Однако, поскольку в ряде важных пунктов они не учли его предписаний, мы были вынуждены обратиться в суд с повторной жалобой. 23 апреля мы подали конституционную жалобу в Карлсруэ против отдельных положений этого закона. И вот консервативные силы опять раскручивают спираль. Вызывает беспокойство тот факт, что разрешение проводить онлайн-обыски получит также Федеральная служба защиты Конституции, у которой свободы действий куда больше, чем у полиции.

ЗАКОН О ФЕДЕРАЛЬНОМ ВЕДОМСТВЕ УГОЛОВНОЙ ПОЛИЦИИ И СВЯЗАННЫЕ С НИМ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОД

Федеральный министр внутренних дел Шойбле и большинство членов Бундестага заверяли, что будут уважать решение ФКС об онлайн-обысках. Но по целому ряду важных пунктов этого не случилось.

Осенью 2008 года во время слушаний Комитета по внутренним делам Бундестага, посвященных Закону о федеральном ведомстве уголовной полиции, бывший глава БНД (Федеральная разведывательная служба Германии (Bundesnachrichtendienst, BND). — *Прим. пер.*) и бывший заместитель министра внутренних дел доктор Хансйорг Гайгер отдал должное законодателям в их усилиях учесть выводы ФКС: «Дело дошло до того, что одна фраза из мотивировочной части решения практически дословно вошла в текст закона». Однако он отметил, что это происходит «формально и касается отдельных мер и полномочий, в то время, как вся их совокупность уходит из вида, что не дает возможности учесть общий эффект от возможного кумулятивного применения этих мер. Получается, что положения закона стоят рядом как отдельные элементы конструкции, никак не связанные друг с другом... и свидетельствуют о том, что принципиальные решения ФКС во всей их совокупности не учтены и не оценены».

Другой эксперт, профессор Кристоф Меллерс, предостерег от чисто формального заполнения конституционно-правовых рамок. Он выразил сожаление по поводу того, что политической составляющей не было уделено должного внимания. «Учитывая тот факт, что конституционное право устанавливает лишь последний предел, в спорных случаях закон довольно односторонне ориентирован на интересы безопасности».

И даже если большую часть полномочий на проникновение (но отнюдь не все) можно найти в законах о полиции отдельных земель, собранные воедино в головном ведомстве они дают особое качество с точки зрения ограничения свободы.

Хочу быть правильно понятым: нам нужно Федеральное ведомство уголовной полиции, наделенное необходимыми полномочиями, как незаменимый инструмент для борьбы с преступностью в федеральном и международном масштабе. Его принципиальная модернизация началась в 1970-е под руководством тогдашнего министра внутренних дел Ганса-Дитриха Геншера и с тех пор не прекращалась. Разумеется, ведомство должно быть готово к эффективным действиям в условиях новых угроз. Однако нам с коллегами пришлось подать конституционную жалобу против нового Закона о федеральном ведомстве уголовной полиции — не против самой уголовной полиции, чью работу я, будучи министром, научился ценить в полной мере, а против новых полномочий и их оформления. Остановлюсь подробно на том, что именно нас не устраивает.

Данный закон, по-новому регламентирующий взаимодействие федерального центра и земель в вопросах уголовного розыска, оказывает серьезное влияние на всю немецкую архитектуру безопасности. Федеральное ведомство уголовной полиции становится немецким ФБР, наделенным обширными и мощными скрытыми методами расследования, которых становится все больше в преддверии конкретных опасностей. Эти новые правила демонстрируют пренебрежение к прежнему разделению задач между федеральным центром и землями и открывают путь для создания центрального федерального ведомства по борьбе с терроризмом. Таким образом, он последовательно продолжает тот путь развития, который наметился в неформальном сотрудничестве земельных и федеральных органов по созданию Единого центра защиты от терроризма и единой антитеррористической базы данных.

Однако ясности в распределении ролей между полицией и разведывательными службами по-прежнему нет. Напротив, наблюдается ползучее размывание границ между этими сферами. С обретением дополнительных полномочий Федеральное ведомство уголовной полиции получает особое место в архитектуре безопасности Германии, при том, что распределение задач между федеральным центром и землями по-прежнему неясно. В такого рода непроясненных компетенциях таится, например, прямая опасность параллельной деятельности.

Нет даже четкой дефиниции «международного терроризма» — центрального понятия закона, что делает сферу его применения практически безграничной. Ведь «международной» может считаться любая организация, действующая в Германии и связанная с распространенными в мире идеологическими течениями. Получается, что любое дело можно подвести под юрисдикцию Закона о федеральном ведомстве уголовной полиции.

Кроме того, полномочия ведомства по «предотвращению угроз» делают его недостижимым для Генеральной прокуратуры, одного из элементов внутреннего административного контроля. Министр внутренних дел становится кем-то вроде «верховного главнокомандующего».

Множество новых полномочий создает опасность так называемого повсеместного наблюдения. Ведь уголовная полиция имеет право не только на онлайн-обыски и онлайн-наблюдение, но и на аудио- и видеонаблюдение в жилищах, на длительное скрытое наблюдение при помощи тайных агентов и на сбор обширных сведений о лицах, с которыми контактировал подозреваемый, даже если они не имеют к нему прямого отношения. Основанием для вмешательства может быть угроза для «объекта значительной ценности, сохранение которого представляется необходимым в интересах общества». Слишком избыточное определение, чтобы ограничить детективов в их деятельности.

Чрезвычайно опасным представляется тот факт, что новый Закон о федеральном ведомстве уголовной полиции позволяет вовлекать в полицейские мероприятия многих непричастных лиц. В круг тех, к чьим персональным данным можно получить доступ, входят контактные и сопровождающие лица, не представляющие опасности сами по себе. Они становятся главной целью, отчего допустимый порог вмешательства со стороны государства явно снижается.

Особый вес при этом имеет принципиальное неуважение к конституционной защите сферы частной жизни, присущее законопроекту. Недостаточная ее защищенность обусловлена, в частности, отсутствием четких границ в скрытых и тайных следственных мероприятиях по прослушиванию и видеонаблюдению за квартирами. Комбинация акустического и оптического наблюдения превращает личную жизнь человека в объект тотальной слежки. Все, что происходит в приватном пространстве, может быть зафиксировано практически без изъятий.

Те же сомнения возникают и в отношении долговременного наблюдения службами безопасности. При наблюдении, которое длится днями или неделями, в поле зрения гарантированно попадают вещи, имеющие отношение к сфере частной жизни. Проблематичной представляется и предусмотренная нынешним законом регламентация так называемого «наблюдения за источником коммуникации», то есть всей интернет-телефонии. Ведь при этом нельзя исключить, что эта мера коснется данных, которые не были или еще не стали частью интернет-коммуникации. Здесь у нас возникают те же сомнения, что и по поводу онлайн-обысков в целом.

Подведем итог. Положения о защите частной сферы в новой версии Закона о федеральном ведомстве уголовной полиции во многом не согласуются с судебной практикой ФКС и нарушают ст.1 п.1 Основного закона, а именно, принцип главенства человеческого достоинства. В законе сказано, что «онлайн-наблюдение» недопустимо только в случае, если таким образом могут быть получены сведения «исключительно» из сферы частной жизни. Но ведь такую ситуацию практически невозможно себе представить. Получается, что требования ФКС превращаются в собственную противоположность, доводятся до абсурда.

Уязвимыми являются уже сами предпосылки для сбора данных. И еще в большей степени это относится к их оценке. Конституционный суд недвусмыс-

ленно заявил, что оценка должна проводиться только независимой инстанцией, однако теперь ее выполняет уполномоченный по защите информации Ведомства уголовной полиции и два сотрудника этого же ведомства под «руководством» уполномоченного суда. Этот регламент абсолютно неудовлетворителен. На случай конфликта предусмотрено, что судья «ведет дела», но не принимает решение. Сотрудники ведомства уголовной полиции не являются независимыми, они вообще не имеют права участвовать в этой процедуре.

ДОСТУП К ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ТАЙНЕ

Принцип правового государства нарушают также положения о так называемых носителях профессиональной тайны. Врачи, психологи, юристы и журналисты не так защищены, как другие носители профессиональной тайны, например, адвокаты, депутаты и священники признанных государством религиозных общин. В последнем случае провести это различие не так просто. Доверительные отношения с духовником не зависят от того, принадлежит ли он к государственно признанной религиозной общине. И в этом отношении закон отмечен общим недоверием к мусульманам. Скептическое отношение к адвокатам возникло во времена РАФ из предубеждения, что в некоторых случаях они бывали сообщниками преступников. Но совершенно невозможно отделить защиту в уголовном процессе от других видов юридического консультирования. Консультации с врачами относятся к сфере частной жизни. Очевидно, что при психотерапии доверительность — неперемное условие правильного диагноза и адекватного лечения.

Кроме вышеперечисленных в Законе о федеральном ведомстве уголовной полиции есть и другие существенные недостатки. Возможности использования и передачи данных слишком обширны. Примечательно, что законопроект, целью которого является борьба с международным терроризмом, не содержит положений об информационном сотрудничестве с иностранными ведомствами. Неполноценной представляется также процедура уведомления затронутых лиц по завершении мероприятий.

Кроме того, отсутствует общая концепция политики безопасности, которая включала бы в себя необходимое организационное разделение между разведывательными службами и полицией, а также разграничение полномочий. Четкая дифференциация и распределение задач между федеральным центром и землями являются гарантиями свободы: не у каждого ведомства есть возможность по собственному усмотрению получить доступ к якобы подозрительным лицам. Однако, вместо этого в законе говорится о мнимой эффективности, которая должна быть достигнута путем объединения информационных сетей и централизации за счет конституционных прав и свобод.

Над составлением жалобы (как и в случае с онлайн-обысками) работал адвокат Петер Шанц, мы с Буркхардом Хиршем его консультировали. Подателя-

ми жалобы, кроме меня и моей канцелярии, были представители заинтересованных профессиональных групп: от журналистов — д-р Михаэль Науманн (газета *Die Zeit*) и Кристоф Мария Фредер (объединение *Netzwerk Recherche*), от адвокатуры — президент Берлинской коллегии адвокатов Ульрих Шелленберг, от врачей — президент Союза немецких врачей д-р Йорг-Дитрих Хоппе и Юрген Хардт от психотерапевтов.

В конце апреля 2000 года Михаэль Науманн написал в *Die Zeit*: «Эта конституционная жалоба вовсе не является следствием "состояния возбуждения, которое мы периодически наблюдаем у нашей общественности", как выразился Вольфганг Шойбле по другому случаю. Это попытка защитить от государственного вмешательства основу основ человеческого достоинства, а именно, частную жизнь в условиях свободы».

5

«МНЕ НЕЧЕГО СКРЫВАТЬ»

Отказ от частной жизни

Пример из повседневной жизни бывшего министра внутренних дел: в ежедневнике за 2009 год стоит «просмотр» — предварительный показ фильма в Эссене с участием приглашенных знаменитостей. Герхарт Баум и его жена письменно подтвердили участие. Через несколько дней звонят из агентства, устраивающего просмотр, и просят сообщить место рождения жены. «Какое отношение имеет место рождения моей жены к премьере фильма?» — спрашивает изумленный политик. И узнает, что, поскольку свое участие подтвердил президент страны, в преддверии показа нужно собрать личные данные всех приглашенных — «на всякий случай, вдруг что случится».

Это маленькое происшествие из Вашей повседневной жизни напрямую связано с вопросом: что есть «частная жизнь»? Где она начинается?

В массовое сознание общества понятие «частная жизнь» вошло в связи с бурными спорами о переписи населения 1983 года. Той весной чиновники и государственные служащие должны были провести «сплошное наблюдение» с помощью опросов по месту жительства. Выяснялись такие данные, как имя, место жительства, способ заработка, профессия. Этот опрос вызвал у части населения невероятное возмущение, которое остается непонятным и по сей день, поскольку все данные должны были остаться анонимными.

Неврастенические настроения, порой переходившие в истерику, спровоцировали целый ряд жалоб в ФКС, и, наконец, в декабре 1983 года суд принял важное решение, согласно которому «право на информационное самоопределение» квалифицировалось как благо, находящееся под защитой Основного закона. ФКС усмотрел угрозу свободному демократическому строю, которая может возникнуть при современных информационных технологиях в отсутствие у гражданина контроля за сбором данных.

Эта сухая юридическая формулировка означает всего лишь следующее: человек, не знающий, какая информация о нем и его образе действий собирается и сохраняется, и не имеющий возможности на это повлиять, из осмотрительности станет следить за своим поведением, а это наносит ущерб не только индивидуальной свободе действий. Общественное благо — так постановил ФКС — нуждается в содействии

свободных, самоопределившихся граждан. Это решение нашло дальнейшее подтверждение в заключениях ФКС по поводу «большой прослушки» и онлайн-обысков.

То есть, через «информационное самоопределение» ФКС дал высокое судейское определение понятия «частная жизнь».

Информационное самоопределение означает власть человека над личной информацией. Любое ее использование и любые ограничения должны происходить исключительно на основе закона. Таким образом, информационное самоопределение — это когда человек сам принимает решение о разглашении и использовании своих личных данных. Ограничения этого права возможны только в случае преобладания общих интересов, то есть, там, где у отдельного человека есть обязанности и ответственность перед обществом. Например, когда он выступает в качестве налогоплательщика или в связи с борьбой с преступностью.

В действительности, решением об информационном самоопределении ФКС окружил сферу частной жизни высокой оградой закона и, если следовать этому образу, снабдил ее табличкой «вход воспрещен». Благодаря этому решению был отменен ряд положений закона о переписи, а его основные положения вошли в новую редакцию закона «Об усовершенствовании обработки данных и защите информации» от 1990 года.

Получается, что понятия «защита информации» и «сбор данных» и, соответственно, особая чувствительность к информации, понимаемой как частная, относительно молоды. Неужели только благодаря новым информационным технологиям государство стало серьезно интересоваться личной жизнью граждан? Как защищалась «частная жизнь» до 1983 года?

Нормы, защищавшие сферу частной жизни, существовали всегда. Это, к примеру, неприкосновенность жилища, тайна исповеди, врачебная тайна, тайна налогообложения и тайна переписки. Мысли о широкой защите личных данных появились вследствие развития компьютерных технологий и связанных с ним опасностей для сферы частной жизни. Стимулы к правовому регулированию исходили от США. Первой из немецких земель, поставившей тему защиты информации в политическую повестку, стал Гессен. Это было в 1970 году, а в 1977 году был принят федеральный закон «О защите персонализированной информации от противоправных действий в процессе обработки данных», который впоследствии часто обновлялся. С 1972 года я был парламентским статс-секретарем в МВД и курировал эту законодательную инициативу.

Как и многие другие, я тогда впервые узнал о проблемах защиты информации. Речь шла о законодательной целине, мы продвигались вперед медленно и на ощупь, тем более, что компьютерные технологии в те времена только за-

рождались. Управление осуществлялось с помощью гигантского главного компьютера, который был медленным и дорогим, к тому же, с ограниченными возможностями запоминания и хранения информации. Мы тогда и представить себе не могли грядущую революцию в компьютерных технологиях — множество мини-компьютеров, объединенных в сети, которые сегодня кажутся нам само собой разумеющимися. Нашей целью было защитить отдельного человека — как от ничем не ограниченной обработки данных со стороны государства, так и от сбора информации частными предприятиями.

Как мы и предполагали, сегодня посягательства на личные права граждан со стороны общественных и частных структур превосходят все мыслимые пределы. Тем удивительней, что до сих пор нет общественного протеста, сопоставимого с протестом времен переписи населения. А ведь сейчас, когда существуют огромные полномочия на доступ к личным данным, якобы в целях обеспечения внутренней безопасности, тогдашняя перепись населения представляется невинной шалостью. Подобные процессы происходят и в сфере частного предпринимательства, где усиливается тенденция к созданию «стеклянного покупателя», то есть информационного профиля потребителя через систему постоянной связи с клиентом, как при использовании карты Pay-back или покупках через интернет.

Можно себе представить, что было бы, если бы в протестном 1983 году речь зашла о введении для всех граждан идентификационного кода налогоплательщика, который присваивается на всю жизнь. А сегодня ситуация именно такая. С конституционно-правовой точки зрения она может быть оправдана тем, что этот номер используется исключительно для налоговых нужд. Но кто знает, во что выльется эта возможность идентификации, если к ней привыкнуть. Уверен, что со временем ее будут использовать и для других целей.

В общем и целом приходится констатировать, что границы сбора информации окончательно пали. Благодаря современным технологиям возникают предпосылки для многофункционального и систематизированного объединения в сети всех баз данных. К тому же, больше нет разделения между публичными и личными базами данных. Все мы день за днем оставляем в информационных сетях огромное количество нестираемых следов, от использования которых мы недостаточно защищены.

По словам конституционного судьи Вольфганга Хоффмана-Рима, «право на информационное самоопределение» стало Великой хартией вольностей (Magna Charta) немецкого законодательства о защите информации. Как оно согласуется с Основным законом?

Судьи опирались на статью 2 п.1 («Каждый имеет право на свободное развитие личности») и статью 1 п.1 («Достоинство человека неприкосновенно. Уважать и защищать его — обязанность всей государственной власти»). Привер-

женность защите человеческого достоинства — это ценностное основание конституции, ее основополагающий принцип. Человеческое достоинство — основа всех конституционных прав. И гарантировано оно не только немцам, но и всем людям, находящимся в сфере действия Основного закона. Именно оно обязывает ФРГ бороться за основные права и свободы по всему миру.

Прямое право на защиту информации не было закреплено в конституции, как того требовал уполномоченный федерального правительства по вопросам защиты данных Петер Шаар в конце 2008 года. Но, с моей точки зрения, при наличии внятных судебных решений ФКС это и необязательно. К тому же такое право таит в себе опасность новых толкований.

Меж тем, в феврале 2008 года, после вердикта об онлайн-обьсках право на информационное самоопределение обрело «младшую сестру» — право «на обеспечение конфиденциальности и целостности информационно-технических систем», то есть на защиту не отдельных данных, а целых систем. Таким образом, ФКС усилил защиту основных прав и окончательно утвердился в информационном веке.

Кроме того, защита конфиденциальности стала мощнее благодаря все более очевидному с годами стремлению ФКС защитить «сферу частной жизни», которое проистекает из гарантии человеческого достоинства. В решении суда о «большой прослушке» от марта 2004 года дано четкое определение защиты сферы частной жизни: «Личное жилище — это последнее убежище человека, средство сохранения человеческого достоинства. Здесь необходима не только полная защита собственно помещений, но и полная защита поведения человека в этих помещениях, поскольку последнее является формой раскрытия личности в сфере частной жизни».

Раскрытием личности суд считает, например, выражение ощущений и чувств, мыслей, взглядов, переживания личного свойства, проявления подсознательных переживаний и формы выражения сексуальности. К сфере частной жизни, по определению суда, относится пребывание человека в жилище одного или с лицами, с которыми он состоит в особо близких отношениях, например, с членами семьи и другими доверенными лицами, такими, как священник или адвокат.

Вы описали понятие «частной жизни» с точки зрения современного права как неотъемлемую составляющую человеческого достоинства. Но является ли приватность вневременным благом? Или это все же некая социокультурная конвенция, отношение к которой может меняться?

В былые времена, когда человек был сильно связан с семьей и жил в небольших сообществах, у него не было особой потребности в защите. Да и сегодня в деревенской общине каждый знает про каждого. Иное дело — анонимность большого города.

Режимы, стремившиеся контролировать своих граждан, такие, как национал-социалистический, а затем коммунистический, выстраивали целые системы слежки, чтобы взломать эту анонимность. Так диктатуры действуют по сей день.

Можно было бы предположить, что мы, с нашим опытом гестапо и Штази, должны быть очень восприимчивы к защите информации. Но это не так. Для многих безопасность важнее свободы. Вот им-то и подходит мощное информационное государство.

Но даже если не обвинять людей в ностальгии по временам Большого Брата, стоит вспомнить слова Себастьяна Хаффнера о национал-социализме, который возник не в последнюю очередь потому, что «целое поколение в Германии не знало, что делать со столь щедро подаренной ему частной жизнью».

Даже те, для кого приватность все еще важна, зачастую легкомысленно подвергают себя опасности, отказываясь от анонимности и конфиденциальности в процессе коммуникации. Прибавим к этому радость от успехов научно-технического прогресса, который несет с собой вовсе не только преимущества. В качестве примера можно привести геномные анализы. Они позволяют улучшить здравоохранение, но связаны с новыми опасностями, о которых люди предпочитают не задумываться. Использование таких анализов в отношениях работник-работодатель должно быть по-прежнему запрещено.

А почему должна быть защищена именно частная жизнь? Почему людям так необходимо приватное место для уединения? Давайте взглянем на эту сферу через призму социологии и философии.

Приватность — это сверхпотребность человека, которую следовало бы защищать даже в том случае, если бы подавляющее большинство от нее отказалось. Президент ФКС Ханс-Юрген Папир однажды сказал, что он не хотел бы жить «в государстве, не оставляющем места для уединения». Речь идет просто о праве остаться одному, если хочется. Впрочем, речь идет еще и о «праве на незнание» (право на информационное самоопределение подразумевает не только «право на знание», но и «право на незнание». — *Прим. пер.*).

Если посмотреть на историю права, понятие сферы частной жизни в его нынешнем виде — относительно новое достижение. «Существование пространства, закрытого от сообщества и его требований, неполитической, свободной от государства сферы, где человек может раскрыться, следуя своим правилам и своим целям, — все это абсолютно чуждо античному миру», — так Уве Фолькер, профессор философии права и публичного права из университета Майнца, описывает историческое развитие понятия «частная сфера». В античности «приватное» существует только как область для «подчинения необходимости удовлетворения потребностей и репродукции», говорит он далее. Напротив, «публичное» — это область, где «каждый обретает свою гражданскую идентич-

ность, то есть может быть свободным». Звучит как полная противоположность сегодняшней дефиниции, с которой мы живем.

Представление о приватности как непроницаемой для посторонних взглядов, уединенной сфере, то есть приватности в ее нынешнем понимании, по мнению Фолькмана, появляется только в буржуазном обществе, которое «возводит в принцип отказ от общественно-корпоративных связей», действовавших в Средневековье.

И тут на культурную сцену выходит индивидуум, личность. И вместе с ней в умах и действиях поселяется потребность в обособлении, тайном самовыражении в стороне от сообщества. Дом как архитектурное убежище социального конструкта «семья» оставляет для этой потребности место в буквальном смысле слова, то есть в виде возделенной отдельной комнаты. «Происходит полная переоценка уединения и одиночества, это больше не причуда отшельников, а общая базовая потребность», — пишет все тот же Уве Фолькман.

То есть, собственная комната, собственное уединенное пространство как убежище для обретения свободы воли. Иными словами, может ли человек в самом приспособленном пространстве чувствовать себя несвободным и испытывать тревогу, пусть даже и в мыслях?

Свободное общество может нормально функционировать при условии, что граждане могут и хотят воспользоваться своей свободой. Они должны быть уверены, что есть места, защищенные от наблюдения, где государству нечего искать. Если бы было иначе, люди стали бы бояться, и из-за этого каждый в отдельности, возможно, перестал бы пользоваться своими основными правами и свободами.

Я уже говорил о том, что защищенная сфера частной жизни нужна, например, для общения с духовником. Логика тайны исповеди заключается не в защите греха, а в защите грешника: он что-то рассказывает только потому, что может быть уверен — любопытствующий посторонний останется снаружи. На этом примере хорошо видно: для того, чтобы стало возможным глубоко личное общение — очень чувствительная область наших связей с внешним миром — нужны пространства с гарантированно свободным доступом. Но, чтобы оно произошло, нужно нечто вроде *conditio humana*, человеческого состояния. И здесь становится очевидным главный аргумент в пользу того, что самые интимные пространства нашего коммуникативного существования должны быть защищены от непрошенного яркого света, кто бы его ни включал — государство или просто посторонний человек.

Как Вы сами определяете и воспринимаете понятие «приватность»? Что Вы считаете глубоко личным?

Как я сам воспринимаю? Для меня глубоко личное — это дневник, потому что он отражает личные взгляды, там есть описание и оценка отношений, людей, собственных состояний, то есть пространство, где человек не обязан ни перед кем отчитываться, ни лично, ни публично. Один пример: Томас Манн распорядился, чтобы его сенсационные дневники, публикация которых добавила важные черты к его образу, были закрыты на двадцать лет. Он пережил страшные дни, когда существовала опасность, что часть его дневников может попасть в руки нацистов.

Но вернемся в современность. Мы живем во времена, когда огромное количество новых связей и отношений устанавливается через компьютер. Мы бродим по форумам социальных сетей (Social Networks по-новонемецки) и совершенно осознанно ищем контакты в надежде, что они помогут нам продвинуться в личной или профессиональной жизни. Неудивительно, что эти площадки давно попали в поле зрения хакеров и спамеров, которые надеются получить здесь ценную информацию для своих прицельных атак. Поэтому в 2008 году Фрауэнхофский институт безопасных информационных технологий (SIT) с штаб-квартирой в Дармштадте исследовал различные социальные сети на предмет того, хорошо ли они защищают сферу частной жизни пользователей. В частности, проверялись такие форумы, как facebook, studiVZ, myspace, Werkennt-wen, а также профессионально ориентированный портал XING. В результате с помощью ряда уловок проверяющие вышли на якобы защищенные данные пользователей, например, изображения, данные о политической ориентации или семейном положении. Ни на одном из порталов не обеспечена полноценная защита информации, ни одна из платформ не предоставляет полной защиты частной сферы.

В Сети ничего не исчезает, до всего можно добраться. Нужно повышать осведомленность молодых людей о рисках и разрабатывать новые стандарты для социальных сетей. Ответственный за связи с прессой Евангелической церкви говорит по этому поводу: «Если обращение с виртуальным миром, наряду с чтением, письмом и счетом, сегодня признается «четвертым культурным навыком», обществу стоит этим заняться».

Страшно, что почти четверть детей и подростков уже имеют негативный опыт кибермоббинга (оскорблений, угроз, диффамации и сообщения другим компрометирующих данных). И хотя в это трудно поверить, в Германии почти 33 миллиарда запросов в месяц приходятся на социальные сети.

Поэтому нам следует уяснить: для многих людей компьютер уже давно превратился в хранилище их мыслей и чувств. Мы живем во времена, когда формой ведения дневника стали блоги. Человек удобно устраивается в компьютере, пишет о своих предпочтениях, излагает соображения по разным поводам, хорошо понимая, что этот образ его внутреннего мира доступен другим чита-

телям, точнее, пользователям. Человек даже хочет, чтобы его прочли. При современных коммуникационных технологиях компьютер становится зеркалом души, ее хранилищем, цифровым воплощением приватности.

Однако, если его содержимое доступно онлайн, мы имеем дело не с высшим проявлением приватности, а с ее исчезновением. Возьмем в качестве примера блог, так называемый интернет-дневник. Эта личная запись в формате веб-2.0 строится как раз на оппозиции публичное-личное, сцена-каморка, выявляя и стирая различия между ними одновременно.

Есть много форм добровольного разглашения личной информации: активная, например, в блогах, пассивная — при использовании карт магазинов, онлайн-платежах или покупках через интернет. Защитой, как правило, служит позиция добропорядочного гражданина: «Мне нечего скрывать». Как Вы оцениваете такую установку с точки зрения развития нашей политической культуры?

На самом деле, нужно задаться вопросом, а есть ли у людей потребность в защите. Ведь теперь считается совершенно нормальным в поезде громко говорить по мобильному телефону о рабочих делах или обсуждать интимные отношения. Лишь немногие задумываются об информационных следах, которые они оставляют в интернете, например, общаясь в социальной сети StudiVZ. Совершая покупки, люди позволяют заманить себя бонусными пунктами в обмен на личную информацию. Доверие к технике сочетается с невежеством, а если человек кое-что и понимает, то реагирует фаталистически: «Да что со мной может случиться?!»

Личная информация всегда остается таковой даже там, где приватность вроде бы не так уж и важна. Да что с того, что другие знают, куда я езжу, какие у меня увлечения, какую еду я люблю. Закон о защите личных данных охраняет их все.

Удивительно всеобщее равнодушие к тому, что государство шаг за шагом расширяет доступ к личным данным ни в чем не повинных людей. Небольшой встряски можно добиться, скажем, вопросами: а ты хочешь, чтобы кто-нибудь знал, сколько ты получаешь? Какое у тебя имущество? Хочешь ли ты, чтобы потенциальный работодатель знал о твоём поведении на прежнем месте работы? Чем ты болеешь? Много ли ты отсутствуешь? Часто ли уходишь в отпуск по беременности?

Простодушный вопрос: в каких случаях и как информация о личных данных может навредить конкретному человеку?

Фраза «мне нечего скрывать», как правило, бывает опрометчивой. С одной стороны, она внушается обществом, которое через Всемирную сеть заявляет:

тому, кто настаивает на защите своей частной жизни и скрывает некоторые ее сферы от любопытных взглядов, на самом деле есть что скрывать. Для меня такая позиция есть вполне абсурдное извращение приватности и публичности.

С другой стороны, эта фраза может иметь смысл или нет — в зависимости от местоимения «кому». Есть такая личная информация, которая, попав в посторонние руки, может серьезно навредить человеку. Например, с помощью законно или незаконно собранных личных данных можно воспрепятствовать карьере человека.

После того, как в 1978 году я стал министром внутренних дел, я решительно выступил против «Указа о радикалах», то есть против запросов в Федеральную службу защиты конституции о тех, кто собирается поступить на госслужбу. С тех пор запрос посылается только при наличии конкретных оснований, например, если кто-либо хочет работать учителем, но при этом занимается деятельностью, «враждебной конституции». По моей инициативе в 1979 году указ был отменен решением Кабинета министров.

В 1960-е и 1970-е Федеральная служба защиты конституции планомерно собирала сведения об участии молодежи в акциях и объединениях, цели которых вступали в противоречие с Основным законом. Сами молодые люди об этом не знали и, соответственно, не могли проверить достоверность этих данных. И хотя перед Федеральной службой защиты конституции поныне стоит задача информировать нас о тех, кто против нее злоумышляет, в бурные времена реформ дело зашло слишком далеко. Эта мера породила огромное недоверие юного поколения к государству и органам безопасности. А ведь часто речь шла всего лишь о «грехах молодости».

После 11 сентября 2001 года полномочия Федеральной службы защиты конституции были вновь расширены и распространились на целые профессиональные группы. Например, служба контролирует штат уборщиков самолетов, чтобы предотвратить возможный пронос бомбы. Если на человека есть какая-то негативная информация, его отстраняют от данного вида деятельности, но, по крайней мере сегодня, с ним обсуждаются причины такой меры.

Может ли политическое просвещение помочь людям справиться с искушенностью в вопросах сбора и злоупотребления личной информацией. Может ли оно помочь им стать более чувствительными к нарушениям конституционного права на частную жизнь?

Вторжение в частную сферу не обязательно связано с имущественным или профессиональным ущербом. Достаточно простого ощущения, что происходит нарушение. И тут уместно спросить себя: а что же люди, собственно, чувствуют? Понимают ли они, что такое вторжение произошло? А не все ли им равно?

Безрассудство, с которым многие люди ведут себя в Сети, выкладывая личную информацию, фотографии и интимные подробности о себе и своих отношениях, говорит об одном — интернет сильно понизил порог стыдливости.

Под мнимой защитой виртуальной анонимности стыдиться, очевидно, больше нечего. Можно лишь удивляться, к примеру, бесстыдству, с которым отнюдь не только молодежь выкладывает на любимые форумы, вроде SchülerVZ, сугубо личную информацию об одноклассниках и учителях (разумеется, без всякого их согласия), чтобы их опорочить. В Средние века это называли «заклеймить позором» и приковывали к позорному столбу людей, которые в чем-то серьезно провинились. Сегодня мы называем это «троллингом».

Итак, важная цель политического просвещения заключается в том, чтобы довести до сознания людей простую мысль: там, где происходит вторжение в их частную жизнь, тем более со стороны государственных структур, речь идет об эрозии основных прав и, тем самым, о нарушении их кровных интересов, а именно прав, гарантированных конституцией.

Часто утверждение «мне нечего скрывать», произнесенное с боевым задором былых времен, свидетельствует о ложном сознании. В нем видится простодушие, произрастающее из слепого доверия, скорее даже не из доверия, а просто из слепоты. Защита конституции по долгу службы, необходимости которой я ни в коей мере не оспариваю, не может заменить подлинной веры в нее. Демократия живет благодаря тому, что граждане в нее верят.

Что же для укрепления этой веры делает министр внутренних дел, регулярно сообщающий нам в ежегодных отчетах о защите Конституции о попытках покуситься на нее? Ведь многие из принимаемых им мер приводят к внутренней неуверенности в том, чего стоят наши права и свободы. Активная защита Конституции может исходить только от самих граждан, которые готовы защищать свои права от любой попытки их нарушить.

Есть знаменитости, неизменно привлекающие внимание публики и СМИ. Можно ли уберечь их частную жизнь от общественного интереса?

Конечно. Например, когда встает вопрос о том, что именно позволено знать общественности о жизни известных людей. И здесь существует обширная немецкая и европейская судебная практика последних лет. Например, в Германии было известное «дело Каролины фон Ганновер» (принцессы Монако). В решениях по нему отразился конфликт между информационной потребностью общества, основанного на принципах свободы прессы, и защитой сферы частной жизни.

Именно эти судебные решения привели к тому, что серьезные журналисты, а не только представители «желтой прессы», чувствуют себя ущемленными в профессиональной деятельности. В итоге юридические отделы СМИ оказываются настоящими соавторами журналистских материалов. Бывают и случаи,

когда приходится отказываться от публикации. Идеального разрешения конфликта между частной жизнью знаменитости и информационными потребностями общества пока нет.

Звучит так, будто на частную жизнь селебрити не распространяются правила безусловной неприкосновенности и защиты, будто она является предметом тех или иных договоренностей. А вот каковы эти договоренности, решают сами заинтересованные лица в зависимости от личных интересов и потребностей в пиаре. Но не расторгается ли, таким образом, общественный договор по поводу сферы частной жизни? Сформулируем жестче: это сознательное предательство Основного закона?

Разумеется, общество должно иметь возможность составить представление о политике, которого оно выбирает. И границы приватности определяются в зависимости от обстоятельств. Если политик постоянно апеллирует к своей семье, он не может сетовать, что она оказывается предметом интереса СМИ. Если телеведущий как публичная фигура много зарабатывает на рекламе, он должен смириться с любопытством общества по поводу его личной жизни, скажем, в случае женитьбы.

Барак Обама использовал в предвыборной кампании в качестве «привлекательных лиц» не только свою жену, но и обоих детей. Согласно американской традиции, у него не было выбора. Если бы он повел себя иначе, люди стали бы спрашивать, почему он прячет своих детей? Это более или менее вынужденные добровольные спектакли, которые у нас в стране к тому же еще и подогреваются бульварными газетами и электронными СМИ. Телевидение всегда ищет яркую картинку, а желтая пресса делает ставку на любопытство публики, на ее вуайеризм.

Публика — вот ключевое слово. Но как зрители, слушатели, читатели должны различать частную жизнь как объект правовой защиты и частную жизнь как отчуждаемое благо, которое можно сделать публичным и заработать на нем?

Действительно, наблюдается тенденция к публичности и, соответственно, к отчуждению приватности и торговле частной жизнью. Как справедливо замечает философ права Уве Фолькманн, публике бывает трудно понять, «почему об интрижке или внебрачном ребенке одного политика надо скромно молчать, в то время как другой превратил свою свадьбу прямо-таки в дело государственной важности».

И все же публичный интерес к приватной сфере, публичный вуайеризм должен знать границы. Бывают ситуации, когда защита частной сферы является жизненно важной, даже если люди хотят принять в ней участие — больше из сострадания, чем из любопытства.

Приведу пример. Как адвокат я представлял в Париже интересы близких родственников людей, погибших при крушении Конкорда. Я занимался не только защитой их интересов, но, как часто бывает в таких случаях, оказывал им психологическую поддержку и старался препятствовать проникновению в их частную жизнь. Похороны их близких уже пробудили бесстыдное любопытство публики. Но еще ужасней была публикация одного иллюстрированного журнала с фотографиями обугленных обломков самолета и изувеченных трупов. Мои доверители не могли исключить, что там были их матери или отцы. Такое недопустимо.

Эта бессовестная публикация впоследствии, как это обычно бывает, подверглась критике Совета по прессе. Однако нарушение прав личности было уже не исправить, а добиваться других юридических санкций было бы очень затратно — и материально, и по времени. Ровно на это и рассчитывают подобные СМИ.

Очевидно, что личное может таковым и остаться, если у людей как бы нет никаких тайн, если они не боятся любопытства публики и готовы дать информацию о своей личной жизни. Опасный путь.

Согласен и даю циничный совет для таких случаев: идите сразу в газету «Бильд» и облегчите душу. Тогда, по крайней мере, есть шанс повлиять на способ подачи информации. Даже политики защищаются, упреждая события. Вспомним признание в гомосексуальности Клауса Воверайта. И Гидо Вестервелле, долгие годы страдавший от собственного молчания или от необходимости молчать, после публичного признания стал куда более свободным.

Предлагаю заглянуть за государственные границы. Какое место занимает защита частной жизни в международном праве?

Несмотря на существующие законы по защите данных, надо признать, что правовое регулирование не поспевает за бурным ростом международного информационного обмена. Таким образом, под угрозой оказывается защита наших основных прав. К примеру, в германо-американском правительственном соглашении есть серьезные пробелы в области информационной защиты. Однако многочисленные рекомендации, содержащиеся в последнем докладе по защите данных, не учтены.

В статье 12 Всеобщей декларации прав человека, принятой в 1948 году, говорится: «Никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным посягательствам на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции или на его честь и репутацию. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств».

Международная политика в области защиты прав человека еще не открыла для себя защиту личных данных. Опасности, угрожающие информационному

самоопределению, пока не стали темой для обсуждения. И здесь я вижу еще одну задачу, достойную внимания международных правозащитных организаций.

Вернемся к среднестатистическому жителю Германии. Может ли он защитить себя и свою частную жизнь от нежелательного любопытства и неправомерного использования личных данных, если минимизирует количество выдаваемой информации?

Возможно, но давайте договоримся о том, что такое «выдавать»? Например, когда я совершаю покупку, я выдаю за нее некоторую сумму. Я же не могу вообще отказаться что-либо покупать. К тому же мне удобно покупать через интернет. Я должен положиться на то, что существуют некие механизмы защиты, потому что в Сети я сам себя защитить не могу. Я больше не знаю, что обо мне известно и кому, что происходит с моими поисковыми запросами. Сколько лет они хранятся? Кому их, возможно, продают? Есть ли у американских или иных спецслужб доступ к большому международному банку данных?

Конечно, гражданам следует ответственно обращаться со своей личной информацией. Однажды в разговоре с молодыми людьми я в шутку предложил, по аналогии с надписью на сигаретах «Курение убивает!», снабжать компьютеры стикерами: «Данные, оставленные в Интернете, могут быть использованы против тебя». Но было бы в корне неверным отделиваться от простых обывателей аргументом, что все это — результат их добровольных решений. Государство играет все большую роль в информационной самозащите.

Недостаточно указать человеку на то, что он является хозяином своих данных и имеет право на информационное самоопределение. Проблема куда глубже. Мы привыкли к практически безразмерным хранилищам информации и повсеместному сбору данных. Можно утешать себя тем, что некоторые данные нельзя вычислить, их происхождение и контекст просто не позволяют этого сделать. Такое опасное заблуждение — результат серьезной недооценки современных технологических возможностей.

Нас так ослепили преимущества современных информационных технологий и скорости информационных магистралей, что мы забыли о необходимости защиты персональных данных?

Защита приватной информации долгое время не стояла в политической повестке, собственно, не стоит и сейчас. Однако случаи тяжелых злоупотреблений личной информацией привели к тому, что в 2008 году политики стали проявлять лихорадочную активность. Появился целый ряд предложений по изменению законодательства, которые касались торговли данными и добровольного аудита в этой сфере. То есть возникла возможность заработать здесь «сертификат качества».

Тем не менее, я с глубоким прискорбием замечаю, что защита данных так и не стала важной темой предвыборного 2009 года. За последние годы она не укреплялась, а становилась слабее. Отчасти потому, что не принимались в расчет стремительно совершенствующиеся коммуникационно-технические возможности. Защита информации и технологии шли не в ногу. И государство активно этому способствует, принимая, например, законы о безопасности, которые без нужды серьезно эту защиту ограничивают. В роли ее хранителей в последние годы выступают только ФКС, а также федеральные и земельные уполномоченные по защите данных. В общем, мы все больше приближаемся к «стеклянным людям», абсолютно доступным для поисковых машин.

Как можно остановить этот процесс? Какую ответственность несет государство за защиту персональных данных своих граждан?

Я хочу упомянуть два решения ФКС, в которых суд ясно показал законодателю, как ему надо действовать, в том числе и в области защиты данных. В 2006 году ФКС указал на то, что добровольность при указании данных зачастую является чисто декларативной, например, когда у человека нет альтернативы при взаимоотношениях со сберегательными кассами, банками и страховыми компаниями. Суд заключил: в случаях, когда информационная самозащита невозможна или недоступна, государство обязано гарантировать защиту прав личности.

Буквально это звучит так: «В этом случае обратившемуся не может быть отказано в государственной защите на основании мнимой добровольности при предоставлении им информации. Более того, обязанность государства защищать своих граждан, вытекающая из общих прав личности, требует от компетентных государственных инстанций подготовить правовые условия для эффективной информационной самозащиты».

Следующее руководство к действию вытекает из решения ФКС февраля 2008 года по онлайн-обыскам, о котором мы говорили выше. Суд анализирует не только возможности информационных технологий, но и создаваемые ими новые угрозы и постулирует новое «право на обеспечение конфиденциальности и целостности информационно-технических систем». Так судьи из Карлсруэ отреагировали на потенциальные угрозы проникновения и манипуляций, которые могут возникнуть с развитием компьютерных технологий и взаимодействия множества новых интернет-сервисов.

В новых условиях конфиденциальность и целостность систем, вызывающих доверие пользователей, должны быть защищены, невзирая на то, что человек, как правило, в состоянии защитить себя сам. Это новое конституционное право — не только право на самозащиту граждан от вторжений государства, таких, как например, онлайн-обыски. Оно обязывает государство защищать своих граждан от вторжения в их жизнь третьих лиц.

До сих пор непонятно, каким образом уполномоченные инстанции намерены реагировать на эти требования (примерно такая ситуация сложилась и после решения по переписи населения). Политической программы масштабного обновления законодательства о защите данных по-прежнему нет, хотя предложения экспертов уже давно представлены, в частности, в недавнем «Отчете о деятельности по защите данных за 2007 и 2008 годы» федерального уполномоченного по защите данных и свободе информации.

В отчете говорится, что, несмотря на широкое публичное обсуждение, раз-вернувшееся после информационных скандалов в сфере частного предпринимательства, ситуация с защитой данных не улучшилась. И далее: «Перед нами стоит задача основательного реформирования и последовательного улучшения систем защиты данных, вытекающая из злоупотребления данными и причин, его породивших». Принципиально важна «изначальная настройка технологических систем на защиту персональных данных, а именно на предотвращение и минимизацию их использования».

Где именно Вы видите законодательные дефициты? Что, с Вашей точки зрения, нужно сделать в первую очередь?

Нужно было бы проверить на пригодность государственные ограничения в сфере безопасности. Речь идет о том, перевешивает ли выигрыш в безопасности утраченную свободу, да и есть ли он вообще. В последние десятилетия безопасность и защиту данных постоянно противопоставляли друг другу. Как министр внутренних дел я отвечал и за то, и за другое, пытаюсь соблюсти баланс. В частности, в ходе борьбы с РАФ я строго контролировал привлечение контактных лиц, не внушавших подозрений по поводу террористической деятельности.

Нужно иметь в виду, что по мере совершенствования систем обработки данных механизмы контроля в частном секторе расширяются. Эксперты (назову здесь только Александра Росснагеля) представили предложения по системной модернизации всего законодательства по защите данных. Одной из новых стратегий является интеграция защиты информации в технологические системы и процессы, позволяющая обеспечить изначальное регулирование и контроль в соответствии с законодательством. То есть защита данных осуществляется преимущественно с помощью техники, а не через правовую регламентацию.

Необходимы также радикальная реформа систем контроля, приравнивание несоблюдения норм доступа к приватной информации к нарушениям правил конкуренции, концепция защиты личных данных наемного работника и многое другое.

И еще. В бытность мою министром я постоянно подвергался критике со стороны Франца-Йозефа Штрауса. В своих выступлениях на «политических пепельных средах» (традиция политических встреч в «пепельную среду», первый день пасхального поста, зародилась в 16 веке в Баварии. В 1950-х, во многом

благодаря риторическому таланту многолетнего председателя ХСС Франца-Йозефа Штрауса, на встречи в карнавальную среду обратили внимание и другие партии ФРГ. — *Прим. пер.*) он регулярно нападал на меня за то, что, занимаясь защитой персональных данных, я «защищаю преступников» и создаю угрозу безопасности. И хотя это было возмутительно и в корне неверно, как политику это пошло мне на пользу.

Если бы Вы сегодня занимали ответственный пост, как бы Вы разобрались в запутанной истории вокруг защиты данных?

Может быть это звучит наивно, но я уверен — люди осознают необходимость защиты данных, как в свое время осознали необходимость охраны окружающей среды.

Когда в 1972 году я пришел в МВД в качестве парламентского статс-секретаря, Ганс-Дитрих Геншер (он стал министром в 1969 году) начал заниматься охраной окружающей среды. Федеральный министр внутренних дел тогда был еще и министром экологии. На протяжении 16 лет либералы выполняли эту задачу. При Геншере впервые за всю историю ФРГ правительство разработало политику защиты окружающей среды, действительно заслуживающую этого названия. Были созданы необходимые законы и институции, причем, что в стране не было сколь-нибудь заметного экологического движения.

Хочу напомнить, что во Фрайбургской программе СвДП, принятой в 1971 году, был раздел, посвященный защите окружающей среды. Это была первая партийная программа такого рода. До этого в предвыборных кампаниях вопросы экологии не играли никакой роли. Людям было безразлично, насколько отравлены и загрязнены наши воды. Они строили ратуши, а не очистительные сооружения. Но сознание людей быстро изменилось не в последнюю очередь благодаря впечатляющим исследованиям Римского клуба. Возникло экологическое движение, была основана новая партия. Случилось то, что многие считали невозможным.

Разве что-то мешает аналогичному общественному и политическому движению по защите данных и сферы частной жизни?

Уже есть ряд сетей и публичных акций, которые борются за конфиденциальность и задают стандарты. Например, ежегодное вручение «Премии Большого Брата» позволяет выявить самые грубые нарушения в этой сфере.

Я хотел бы, чтобы молодежь участвовала в этой борьбе, как она участвует в деятельности правозащитных организаций. Необходимо использовать все возможности для того, чтобы сделать эту тему более общественно значимой.

Многотысячный протест против сомнительного с конституционной точки зрения закона о детской порнографии был воодушевляющим сигналом. А куда может привести протест, видно по успеху так называемой Пиратской партии, которая на выборах в Европарламент набрала в Швеции 7,1% голосов.

6

БОЛЬШОЙ БОСС СЛЕДИТ ЗА ТОБОЙ

Защита данных для наемных работников

То, что выглядит как материалы для выдуманного экономического детектива, на самом деле — факты. Они взяты из самого крупного в новейшей истории немецкого предпринимательства дела о наблюдении за сотрудниками.

В 2006 году корпорация Deutsche Telekom сравнила банковские реквизиты около 136 тыс. сотрудников с реквизитами поставщиков. В 2005 и 2006 она тайно контролировала телефонные разговоры около 60 лиц (в том числе членов наблюдательных и производственных советов, журналистов).

В 2005 году Deutsche Bahn сравнила данные примерно 190 тыс. сотрудников с данными поставщиков. А еще в 2002-2003 годах она тайно следила за 173 тыс. сотрудников.

В 500 филиалах сети супермаркетов Lidl в 2006-2007 годах за сотрудниками велось видеонаблюдение. До конца 2008 года предприятие вело тайные записи о состоянии здоровья работников.

В мае 2009 года стало известно, что с 2006 года служба безопасности Deutsche Bank с помощью частных детективов вела наблюдение за топ-менеджерами, членами их семей и даже посторонними людьми, критиковавшими банк.

Эти информационные скандалы — только вершина айсберга. Вместе с адвокатом и бывшим министром юстиции Гертой Дойблер-Гмелин Герхарт Баум принимал участие в специальном расследовании дел Deutsche Telekom и Deutsche Bank. У них сложилось впечатление, что у служб безопасности обоих концернов была общая сеть — «они немного помогали другу другу в служебном порядке». В обоих подразделениях были люди с опытом работы в службах безопасности, от Федерального ведомства по защите конституции до Федерального ведомства уголовной полиции. Можно предположить, что здесь концерны следуют логике государства — взять под контроль все и вся.

МАНИЯ КОНТРОЛЯ И ПРОТИВОПРАВНЫЕ МЕТОДЫ

За время многолетней адвокатской деятельности мне приходилось представлять очень разных доверителей. Среди них были родственники людей, погибших в авиакатастрофах (Локерби, Конкорд, Birgen Air), жертв и выживших во время катастрофы на авиашоу в Рамштайне, обманутых покупателей квартир у Schrott-Immobilien и русских, угнанных на принудительные работы во

время Второй мировой войны. Но я и представить не мог, что мне будет поручено расследовать два из крупнейших экономических дел в новейшей немецкой истории и вместе с коллегой Гертой Дойблер-Гмелин непосредственно работать над «шпионскими» скандалами в Deutsche Telekom и Deutsche Bahn.

И в том, и в другом деле речь шла о негласном наблюдении за множеством сотрудников и руководителей, которое порой затягивалось на годы. В обоих случаях всевластие влекло за собой противоправные действия под циничным лозунгом «Большой Босс следит за тобой».

Моя работа началась со скандала с Deutsche Telekom, который вскрылся в 2008 году. Мы получили полномочия от представителей наемных работников в наблюдательном совете компании, которые были объектом «шпионажа». По ходу дела к ним прибавились другие жертвы тайного наблюдения, прежде всего члены производственных советов. В общей сложности у нас было более пятидесяти доверителей. Они ждали, что мы выясним обстоятельства, защитим их интересы и добьемся от компании возмещения ущерба.

Целью «шпионской» акции внутри концерна было выявление слабых мест, то есть лиц, которые «нелегальным» образом передавали в прессу сведения о Telecom. Это свидетельствует об отсутствии у тогдашнего руководства концерна инстинкта самосохранения — ведь оно стало подозревать исключительно рабочих и служащих, что, очевидно, должно было привести к ослаблению неудобного подчас партнера по деятельности. То есть налицо полное отсутствие представлений о реальном социальном партнерстве. Члены наблюдательного совета крупного предприятия контролируют правление, но оно не вправе контролировать наблюдательный совет. Кроме того, такого рода «шпионаж» был покушением на свободу прессы: главными объектами были шесть журналистов из разных изданий.

Нет сомнений в том, что отслеживание телефонных номеров и продолжительности разговоров даже без доступа к их содержанию является преступлением, в частности, нарушением тайны телефонных переговоров. Поэтому следствие вела прокуратура Бонна. Особенно интересны роли тогдашнего председателя наблюдательного совета Цумвинкеля и председателя правления корпорации Рике. Согласно представленному решению суда можно предположить, что именно они давали указания по розыскам утечки «нелегальной» информации. Однако до сих пор нет доказательств того, что они знали о недопустимых методах, которые использовала служба безопасности компании.

Газета *Süddeutsche Zeitung* описывает ситуацию следующим образом: «Установлено, что на протяжении многих месяцев велась слежка за десятками сотрудников компании, профсоюзными деятелями и членами производственных советов. Не только после заседаний наблюдательного совета, но и перед их началом выяснялось, кто кому звонил. Мания преследования распространилась и на правление... Составлялись огромные списки возможных контактов. Паранойя».

Толчком к информационному скандалу в Deutsche Bahn стала борьба с коррупцией. Конечно, такая борьба на железной дороге была и остается очень важной. Ведь подряды там стоят очень дорого. Однако позднее к соответствующим проверкам прибавилось выявление контактов с прессой. Борьба с коррупцией стала предлогом для использования куда более изощренных «шпионских» методов. Журналист Ханс Лайендекер пишет: «Подозрение в коррупции стало для некоторых предприятий тем же, чем для государства подозрение в терроризме».

Так, например, проводились сопоставления данных почти всех сотрудников Deutsche Bahn с данными кредиторов. Кроме того, проводились отдельные мероприятия, в ходе которых осуществлялась целенаправленная слежка за руководством компании. Позднее было выявлено около 500 случаев, когда содержание сообщений и ящиков электронной почты сотрудников, а также данные, которые они хранили на серверах компании, устанавливались без их ведома и обрабатывались соответствующими инстанциями, занимавшимися расследованием. При этом обрабатывались электронные сообщения очевидно личного характера. В отдельных случаях через удаленный доступ копировалось содержание жестких дисков офисных компьютеров. Проверялась корреспонденция внешних адресов электронной почты, в том числе тех, кто критиковал работу компании, и журналистов. Массовый скрининг, который в данном случае был практически тотальным, по замыслу и методам напоминает растровый розыск, запрещенный ФКС в 2006 году.

Внутренние проверки концерна нарушают Закон о положении рабочих на предприятиях и коллективный договор — в большинстве случаев не были поставлены в известность ни совет предприятия, ни ответственный за защиту данных. К тому же были нарушены Федеральный закон о защите персональных данных и, возможно, акционерное право.

Подразделения службы безопасности жили по собственным правилам. Появились места, где не действовал закон. Сторонним детективным агентствам давались грязные поручения, и они нелегально добывали сведения о счетах. Судя по всему, это была очень распространенная практика.

ГОСУДАРСТВО ПОДАЕТ ПРИМЕР

Отчеты, составленные нами с коллегой Дойблер-Гмелин и аудиторской фирмой KPMG, вскрыли всю глубину и тяжесть нарушений, которые были допущены в Deutsche Bahn и привели к тому, что председатель правления компании, половина членов правления и другие руководители более низкого уровня потеряли свои посты.

Меж тем существуют доказательства того, что отделы безопасности обеих компаний тесно сотрудничали с отделами безопасности других концернов, например, Lufthansa. Складывается впечатление, что информационные сканда-

лы последнего времени, которые затронули также концерны Schlecker, EnBW, Airbus Deutschland и Deutsche Bank, это лишь вершина айсберга. Я бы не хотел ставить под подозрение всех, но, похоже, мания слежки распространилась на многие предприятия. Судя по всему, руководство и менеджмент компаний потеряли представление о том, что личная жизнь сотрудников и их основные права должны быть защищены. Принцип защиты сферы частной жизни распространяется и на наемного работника на его рабочем месте.

Очевидно, что наибольшую склонность к подобным практикам, наибольшую дерзость и высокомерие в своих действиях демонстрируют бывшие государственные компании. Наглостью является уже сам факт расследований без привлечения уполномоченных инстанций, то есть самосуд и полный юридический произвол.

Но такой образ мыслей и действий не берется ниоткуда. Его предложило само государство. Распространение деятельности служб безопасности на граждан, которые не давали никакого повода за ними следить, свидетельствует о пренебрежении конституционным правом на человеческое достоинство и много раз подвергалось критике ФКС. В качестве примера я уже приводил разrostовый метод розыска, когда множество ни в чем не повинных граждан без достаточных оснований попадали под уголовное преследование. Разrostовый розыск был запрещен как противоречащий конституции. Другие негативные примеры — архивное хранение персональных данных и новый Закон о федеральном ведомстве уголовной полиции, ставшие предметом конституционных жалоб.

КОНЦЕРНЫ ДОЛЖНЫ САМИ ЗАБОТИТЬСЯ О ЗАЩИТЕ ДАННЫХ СВОИХ СОТРУДНИКОВ

Частные предприятия могут и должны проявлять активность и без соответствующего законодательного регулирования. Будет правильно, если они сами, по доброй воле продемонстрируют законопослушное поведение.

Некоторые из возможных организационных мер, предложенные в нашем заключительном докладе концерну Deutsche Bahn, были реализованы. Среди них создание в правлении компании самостоятельного направления по защите данных, как это уже было сделано в Deutsche Telekom. Deutsche Bahn решила объединить разрозненные прежде сферы права, безопасности, защиты данных и комплаенса, то есть соблюдения выработанных в компании правил и норм корпоративной культуры. Наше предложение создать при наблюдательном совете особый контролирующий орган, если уже не реализовано, то, по крайней мере, запланировано. Еще один инструмент — это заключение соглашений между производственными советами и руководством компании. Такие соглашения существуют, их нужно просто расширить и углубить.

Одной из главных причин, вызвавших общественную критику и приведших в конце концов к кризису в Telekom и к отставке главы Deutsche Bahn Медорна, была недооценка, а то и прямое пренебрежение защитой данных. Мы рекомендовали наблюдательному совету Deutsche Bahn проверить руководящие органы предприятия на предмет соответствия их деятельности акционерному праву, чтобы выяснить, выполнялись ли обязанности по обеспечению соблюдения правовых норм. Такое могло случиться, если организационная структура компании не приспособлена для выполнения требований закона или деятельность организации контролируется ненадлежащим образом. В Deutsche Bahn работают примерно 230 000 человек, а отдел, занимающийся защитой данных, состоит из кучки сотрудников, что абсолютно недостаточно для концерна такого масштаба.

РЕФОРМА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПО ЗАЩИТЕ ДАННЫХ

Случаи с Deutsche Telekom и Deutsche Bahn, а также скандал с сетью магазинов Lidl, где без достаточных оснований выводились личные данные сотрудников вплоть до информации о болезнях, дают возможность взглянуть на необходимость совершенствования защиты личных данных наемных работников под иным углом зрения. Ведь современные коммуникационные технологии позволяют вести практически тотальное наблюдение за сотрудником на рабочем месте. Личные ящики электронной почты и жесткие диски находятся под угрозой. Вот почему необходимы специальные меры по защите от такого рода слежки.

В законодательстве существуют большие пробелы. Нужно, наконец, принять закон о защите персональных данных наемных работников. Он заявлен на следующий легислативный законодательный период, но одним лишь заявлением ограничиться нельзя. Фракция СвДП в Бундестаге представила свои концептуальные предложения. Спикеры других партий тоже объявили о своих инициативах. Но почему они раньше не предпринимали никаких действий?

О том, что может быть сделано законодателем для защиты данных наемного работника, говорил в своем последнем докладе федеральный уполномоченный по защите данных и свободе информации Петер Шаар — и уже не в первый раз. Вот как он видит ситуацию: «Стремительный рост массива данных наряду с их объединением в сети и высокой экономической стоимостью персональных данных умножают потенциальные опасности и возможности для злоупотреблений... Особое значение при обработке и использовании персональных данных работников имеет строгая целевая привязка». Шаар указывает на ущербность «правовой безопасности», поскольку Федеральный закон о защите персональных данных и нормы трудового законодательства, с его точ-

ки зрения, недостаточно защищают работника. Согласие работника на хранение его данных может быть оправданно лишь в том случае, если оно основано на его добровольном решении. Однако Шаар сомневается, что работники, в той или иной степени зависящие от работодателя, могут свободно принимать такие решения.

В новое законодательство о защите данных среди прочего следует ввести такие принципы:

- Недопустимость принуждения человека к отказу от его основных прав или их ограничению распространяется и на трудовые отношения.
- Руководство предприятий должно усвоить, что менталитет «хозяина в доме», наглядно проявившийся в «шпионских» скандалах последнего времени, является пережитком авторитарного мышления и не согласуется с подлинным пониманием конституционных свобод.
- В случае появления подозрений в совершении преступления следует противостоять искушению чинить самосуд вместо того, чтобы обратиться в государственные следственные органы.
- Принцип необходимой достаточности имеет чрезвычайное значение именно в отношениях, возникающих при работе по найму. Обработке могут подвергаться только те данные, которые необходимы для таких отношений. После завершения трудовых отношений данные должны быть уничтожены.

В предложениях по совершенствованию защиты данных наемных работников фракция СвДП среди прочего заявляет: «Надзор за использованием технических систем на рабочем месте при помощи учета и хранения обращений к определенным файлам, совместного доступа к сообщениям электронной почты или протоколирования вызванных интернет-страниц должен определяться его соразмерностью для конкретного случая. Недопустимо непрерывное протоколирование работы сотрудника в сети. Содержание электронной коммуникации должно быть доступно лишь в исключительных случаях. Это особо касается тех ситуаций, когда допускается личное пользование электронными средствами».

Наемные работники подвергаются невероятному количеству проверок на надежность и лояльность. Речь идет о серьезном государственном посягательстве на права личности. Полиции и разведывательным службам должно быть строго запрещено передавать частному работодателю личные данные работника, даже в случае согласия последнего. Ведь, как правило, такого рода решения не принимаются свободно.

Тот факт, что в последнее время «шпионские» скандалы, связанные с личными данными работников, и вызванное ими возмущение становятся все более публичными, свидетельствует о растущем понимании гражданами опасности злоупотреблений их личными данными на работе и, соответственно, о росте самосознания по поводу информационной безопасности в целом. В отличие

от многочисленных прошлых случаев вторжения государства в сферу частной жизни, эти недавние скандалы развязали общественную дискуссию, которая оказала давление на компании. Сперва образцово выступила Deutsche Telekom, за ней — Deutsche Bahn. Обе компании при содействии профсоюзов разобрались с нарушениями, в которых их упрекали. Можно ожидать, что возникнет новая культура защиты данных и новая корпоративная культура — с сигнальным эффектом.

В целом, компаниям дали хороший совет внимательнее относиться к деятельности служб безопасности и наладить контроль качества при защите данных. Следует иметь в виду, что надежная защита информации может стать важным общим показателем качества всего предприятия, поскольку включает в себя и защиту клиентов.

7

КОГДА ГОСУДАРСТВО ВЫХОДИТ ИЗ СЕБЯ — И ЗА РАМКИ ЗАКОНА

Роль бундесвера во внутренних делах

«Внутренние и внешние угрозы требуют... чтобы мы заново обдумали распределение задач внутри страны. Это касается разделения ответственности между армией и полицией. На некоторые угрозы можно отвечать только полицейскими средствами, на другие — военными. Но уже неправильно говорить, что разные угрозы разделяет государственная граница. Опыт показывает, что полиция наличными средствами не может справиться с некоторыми из них внутри страны. Теракт в ВТЦ — только один из многочисленных сценариев нападения на гражданское население с целью массового убийства. Из таких ситуаций, которые законодатель мог предвидеть только в случае классической обороны и ни в каком другом, невозможно выйти с помощью действующего конституционного права. Классическое понятие обороны не отвечает сегодняшним угрозам со стороны международного терроризма».

*Федеральный министр внутренних дел Вольфганг Шойбле
на конференции «Свобода и безопасность»
30 мая 2008 года, Тутцинг*

При первом чтении этот тезис Вольфганга Шойбле кажется очевидным. Однако к каким глубоким изменениям в государственно-правовой структуре он может привести, видно по запланированному на 2008 год изменению Основного закона.

В конце 2008-го Большая коалиция согласилась на конституционную поправку, которая — впервые после Второй мировой войны — позволяет широко применять вооруженные силы в собственной стране. Согласно пожеланиям министра Шойбле и Бригитты Циприс (министр юстиции. — *Прим. пер.*) было запланировано внести в статью 35 Основного закона следующее дополнение: «Если для защиты в случае особо тяжкой катастрофы полицейских средств недостаточно, федеральное правительство может отдать распоряжение о применении вооруженных сил с военными средствами».

То, что неочевидным образом следует из этого предложения, является краеугольным камнем в бастионе безопасности Вольфганга Шойбле — и следую-

щим шагом к размыванию границ между внутренней и внешней безопасностью в нашей стране. До сих пор эти области, за исключением редких пересечений полномочий, были четко разделены. За вопросы внутренней безопасности в ФРГ отвечает полиция. Применение бундесвера внутри страны запрещено. На вооруженные силы, в соответствии со статьей 87а Основного закона, возложена миссия обороны. Они привлекаются при угрозах для страны с земли, воздуха или моря.

Кроме того, Конституция разрешает привлекать военнослужащих в мирное время в рамках правовой и межведомственной помощи, а также в случае катастрофы. «Для оказания помощи в случае стихийного бедствия или особо тяжелой катастрофы земельное правительство может потребовать направления полицейских сил других земель, подразделений и служб других административных органов, а также подразделений Федеральной пограничной охраны и вооруженных сил», — говорится в статье 35.

Как выглядит такая мирная коллективная работа и взаимовыручка, можно увидеть на фотографиях наводнения на Одере 1977 года, когда полицейские и солдаты сообща строили дамбы для защиты от прибывающей воды и эвакуировали жителей затопленных городов и деревень. В этих случаях временно привлеченные солдаты и их коллеги из полиции подчиняются министру внутренних дел той или иной земли.

Еще одним примером совместных действий полиции, бундесвера и добровольцев была катастрофа, произошедшая летом 1975 года, когда горела Люнебургская пустошь. Для тушения этого самого большого на то время лесного пожара в истории ФРГ в землю Нижняя Саксония прибыли около 11 тыс. солдат бундесвера с тяжелым вооружением, прежде всего, с танками. Они прорубали в лесах просеки, чтобы предотвратить дальнейшее распространение огня.

Как изменился с тех пор менталитет, если речь идет о межведомственной помощи и поводах для ее оказания, обнаружилось при взаимодействии полиции и армии в Хайлигендамме во время саммита G8 в 2007 году. Военные самолеты-разведчики «Торнадо» не только осуществляли облеты лагерей демонстрантов-антиглобалистов, но и фотографировали их. Очень похоже на использование аналогичной техники в Афганистане.

Другим сомнительным случаем межведомственной помощи, гарантированной Конституцией, стало обеспечение безопасности большого мюнхенского отеля во время проведения там конференции по безопасности в 2007-м. Тогда министр внутренних дел Баварии привлек солдат бундесвера для охраны здания. Разумеется, как и следует в таких случаях, все происходило в соответствии с нормами полицейского права. Тем не менее напрашивается вопрос: когда именно здесь возникло «чрезвычайное положение», потребовавшее помощи бундесвера? Трудно представить, что баварская полиция была не в состоянии самостоятельно обеспечить безопасность отеля. Или объединенная мощь полиции и армии была призвана показать журналистам и общественности поли-

тическую силу и власть? Эдакий парад гарантов безопасности в разном обмундировании по подходящему случаю?

«СОЛДАТ — ТВОЙ ДРУГ И ПОМОЩНИК»

С помощью вышеупомянутого изменения статьи 35 Конституции блок ХДС/ХСС в федеральном правительстве преследует планы по дальнейшему использованию сил бундесвера в Германии в мирное время. Запланированное расширение статьи привело бы к уничтожению разделения между внутренней и внешней безопасностью. В процитированном дополнении к статье 35 скрывается конкретная опция использования бундесвера внутри страны как эрзац-полиции, оснащенной военными средствами. То есть, если полиция какой-либо из земель «в случае особо тяжелой катастрофы» вдруг не знает, что ей дальше делать, поскольку исчерпала пределы своего вооружения или компетенции, ей охотно помогут коллеги из бундесвера с их «военными средствами». «Солдат — твой друг и помощник», — так назвал Томас Дарнштедт в журнале Spiegel эту новоизобретенную идентичность вооруженных сил.

В будущем в статье 35 речь должна идти не только о межведомственной помощи при устранении последствий катастроф, например, о работах по расчистке завалов после землетрясений с помощью тяжелой техники, но и о военном присутствии при «отражении катастроф» — по собственному праву бундесвера. Федеральное правительство при определенных условиях может даже давать указания правительствам земель.

Проблематичным в такого рода планировании является уже вопрос, а что же такое «особо тяжкая катастрофа»? Похоже, здесь сознательно оставлена возможность широкой трактовки. Однозначным, напротив, выглядит тот факт, что в принятии столь серьезного решения Бундестаг не играет никакой роли. Только федеральное правительство, а при угрозе промедления — федеральный министр внутренних дел, решают, идет ли речь о непосредственной или надвигающейся «особо тяжелой катастрофе», представляет ли она угрозу для жизни людей и не будет ли применение военных средств опасным для людей, этой катастрофой не затронутых.

Решающим аргументом против расширения статьи 35 для меня является то, что военные средства принципиально иные, чем полицейские. В отличие от полицейских, они не ориентированы на защиту непричастных людей при любых обстоятельствах. К военным средствам относится оружие массового уничтожения. Если на федеральное правительство будет совершено нападение с воздуха или с моря, для его защиты будет применено оружие, которое не щадит никого. Борьба с терроризмом, а ведь речь идет именно о ней, становится войной, которая ведется, в том числе, с применением ракет. И тут мы имеем дело с особым случаем обороны — инородным для Конституции. Ведь для клас-

сической обороны в ней предусмотрены четкие правила, например, полномочия Бундестага по принятию решений и право федерального канцлера отдавать приказы.

«В новых положениях практически не регламентируется «в каком случае», и совсем не идет речь о том, «как» будут применяться вооруженные силы, — говорит Буркхард Хирш о планируемой поправке. — Это же наделение полномочиями. То есть, бундесвер должен иметь возможность действовать, не будучи связанным обременительными, подробно прописанными правовыми нормами. Полиция руководствуется полицейским правом, в котором четко определено, какие именно средства она может использовать и в каком случае может прибегать к огнестрельному оружию как последнему средству, в то время, как для боевого использования бундесвера внутри страны таких однозначных правил нет».

Поддержку своим планам Шойбле находит у пессимистов, вроде бывшего гарвардского профессора Майкла Игнатьева. Автор полемиического сочинения «Меньшее зло», опубликованного в Германии в 2005 году, предостерегает либеральных демократов от того, чтобы в борьбе со злом полагаться на привычные, испытанные методы. «Если у террористов есть химическое, радиологическое, бактериологическое или ядерное оружие, когда-нибудь они победят», — зловеще пророчествует он. Опять оно — вождление наибольшего из всех возможных ужасов.

Изменение Основного закона больше не стоит на повестке дня. Фракция СДПГ этому воспротивилась. Но решающим оказалось то, что СвДП недвусмысленно заявила: имея представительство в пяти правительствах федеральных земель, она не будет голосовать за одобрение поправки в Бундесрате. Блок ХДС/ХСС наверняка опять введет эту тему в игру. Дискуссия о применении бундесвера внутри страны будет сопровождать нас и далее.

Рассуждая о введении внутри страны права военного времени и вытекающих из него новых задачах бундесвера, министр Шойбле явно берет пример с бывшего президента США Буша и его «войны против терроризма». Планируемая поправка к статье 35 может означать, что в Германии появится «реверсивная полоса», то есть, регулирование в правовом пространстве, где кончается компетенция полиции, а компетенция военных еще не наступила.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО ДЛЯ ВРАГОВ. ПРАВИЛА ДЛЯ «РЕВЕРСИВНОЙ ПОЛОСЫ»?

Требование не проводить четкого различия между внутренней и внешней безопасностью подкрепляется заявлениями немецких юристов о том, что в борьбе с врагами-террористами не на жизнь, а на смерть, немецкое государство должно быть в состоянии при необходимости частично приостановить государственно-правовые обязательства, а в отдельных случаях и вообще от

них отказаться. Об этом рассуждает боннский юрист Гюнтер Якобс, который ввел в уголовное право новую категорию — «уголовное право для врагов».

Якобс проводит последовательное различие между «уголовным правом для граждан» и «уголовным правом для врагов». По его мнению, в рамках первого преступники или обвиняемые признаются членами правовой общности, которая борется с ними средствами уголовного права. Во втором — напротив, определенная группа людей вообще перестает рассматриваться как субъект права. Происходит это в случае, когда люди столь фундаментально противопоставляют себя правопорядку, что никакая правовая общность с ними невозможна. Не нужно объяснять, что здесь подразумевается и такая группа, как «террористы», нападение которых Якобс определяет как чрезвычайное положение. Перед таким «уголовным правом для врагов» далеко не все равны. Получается, что есть преступники «законные» и «внезаконные».

«Понятие уголовного права против врагов неслучайно отсылает к категории «незаконных вражеских комбатантов», которую администрация президента Буша-младшего изобрела для интернированных в Гуантанамо, чтобы лишить их как международного статуса военнопленных, так и возможности защиты в рамках уголовного или уголовно-административного права, и de facto поставить вне закона вообще», — пишет о типологии Якобса культуролог и эксперт по правам человека Хайнер Билефельд.

По словам Билефельда, Якобс решительно выступает за то, чтобы не использовать в борьбе с террористами и иными врагами государства средства уголовного права, поскольку таким образом «государство связывает себя обязательствами, а именно, необходимостью уважать преступника как личность, что совершенно неуместно в случае с террористом, который в принципе не заслуживает персонального отношения». В то время, как в «уголовном праве для граждан» и предполагаемый, и осужденный преступник в правовом отношении признается «личностью», в «уголовном праве для врагов», согласно Якобсу, ему в этом статусе отказано. И права человека, и, собственно, сами правовые основы он оставляет на усмотрение государства.

Подобная аргументация, идущая вразрез с линией абсолюта защиты человеческого достоинства, ставит под вопрос если не общественное устройство в целом, то, несомненно, фундаментальные конституционные основы. Якобс и ему подобные хотят поставить в зависимость от ситуации принцип неприкосновенности человеческого достоинства, то есть, оставить лазейку для дифференцированного и «взвешенного» подхода «в случае крайней необходимости». Но такие лазейки не предусмотрены ни в нашем Основном законе, ни в основных правах.

Буркхард Хирш сказал по этому поводу: «Преследование террористов — это не война. Террористы — не солдаты, а преступники». Именно поэтому с ними надо обращаться не как с военным противником, а как с уголовниками — в соответствии с уголовным правом, а не по законам военного времени. «Те, кто

кричит о чрезвычайном положении, пожнут войну. Внутренняя безопасность — не самоцель. Она должна служить установлению мира в обществе, а не ввергать его в перманентные чрезвычайные ситуации», — продолжает Хирш. Ввиду актуальных дебатов о роли бундесвера как помощника при чрезвычайных ситуациях внутри страны, приходится «с глубоким сожалением признать, что федеральному министру внутренних дел явно не хватает воли для защиты Конституции». Терроризм — всегда покушение на душу народа. В его неукротимой жажде разрушения таится призыв к саморазрушению. Буркхард Хирш заявляет: «Мы знаем, что терроризм существует. Но это не лишает нас самообладания. И мы не имеем права приносить ему в жертву наш Основной закон».

Получается, что попытка создать правила для «реверсивной полосы» пока не удалась.

НЕ УБИВАТЬ НЕВИННЫХ ЛЮДЕЙ: ДОЛОЙ ЗАКОН О БЕЗОПАСНОСТИ ВОЗДУШНОГО ПРОСТРАНСТВА

Непосредственное отношение к этой теме имеет дискуссия по поводу Закона о безопасности воздушного пространства. В 2005 году федеральное правительство предприняло попытку создать законодательную основу для использования бундесвера внутри страны. «Красно-зеленое» правительство под предводительством министра внутренних дел Отто Шили отреагировало на теракты в Нью-Йорке, представив закон, призванный предотвратить угоны самолетов и нападения с воздуха. В качестве крайней меры закон разрешал «непосредственное воздействие с применением оружия» в отношении воздушного средства «если обстоятельства позволяют заключить, что оно будет использовано против жизни людей», и эта мера «является единственным средством защиты от реально существующей опасности».

То есть если бы террористы в немецком воздушном пространстве угнали пассажирский самолет с явной целью использовать его, на манер боевиков из Аль-Каиды, как своего рода воздушную бомбу против некоего объекта в Германии, истребители «Фантом», находящиеся на вооружении бундесвера, могли бы начать воздушную охоту за этим «террористическим объектом». Они могли бы попытаться сбить подозрительную машину с предполагаемого террористического курса. Они могли бы произвести предупредительные выстрелы из бортовых орудий, и, в отсутствие какой-либо реакции, прицельно выпустить ракеты класса воздух-воздух, чтобы уничтожить угнанный самолет и его пассажиров.

Говоря открытым текстом, Закон о безопасности воздушного пространства разрешал атаковать пассажирский авиалайнер. Он давал правовому государству полномочия в борьбе с терроризмом прибегать к военным средствам с гарантированным «сопутствующим ущербом». Этот закон должен был открыть двери для введения права военного времени внутри страны.

После 11 сентября 2001 года мнимое всеисилие террористов способствовало готовому на крайности министру внутренних дел Отто Шиле в реализации его решительных планов по защите воздушного пространства над Германией. Дополнительным толчком стал угон одномоторного самолета, произошедший в начале 2003 года во Франкфурте-на-Майне. Явно неадекватный пилот, круживший над банковским кварталом города, угрожал направить самолет в одно из высотных зданий.

Казалось, нужно спешить с внятным правовым регулированием. И вот в 2005 году Закон о безопасности воздушного пространства вступил в силу, а с ним и разрешение сбивать невинных людей.

«Этот закон — преамбула к финальному смертельному удару во спасение. Государство наделяет себя правом убивать жертв преступления, если министр обороны сочтет, что так будет лучше для всех», — прокомментировал Буркхард Хирш. Под его руководством мы (он, я и еще четыре человека) подали против этого закона конституционную жалобу.

Обоснование нашей жалобы начинается так: «Закон, который мы собираемся опротестовать, позволяет государству преднамеренно убивать людей, являющихся не преступниками, а жертвами преступления... Пассажиры угнанного самолета и другие не участвовавшие в угоне жертвы атаки военно-воздушных сил, — всего лишь объекты действий со стороны государства...».

Заключение судей из Карлсруэ звучит яснее ясного. Дискуссия о том, можно ли, исходя из действующих правовых норм, использовать бундесвер для обеспечения безопасности внутри страны, закончилась их однозначным «нет». В решении четко сказано, что «при действии статьи 1 п.1 Основного закона решительно невозможно представить, чтобы на основании законных полномочий можно было преднамеренно убивать невинных людей, которые, подобно экипажу и пассажирам угнанного воздушного средства, находятся в безвыходном положении, тем более, принимая во внимание невозможность объективно взвесить обстоятельства».

В основе судебного заключения лежит право человека на жизнь и гарантия неприкосновенности человеческого достоинства. По мнению суда, абсолютно недопустимо — ни при каких обстоятельствах — беспринципно соотносить человеческие жизни по количеству или возможной продолжительности с жизнями других людей, которые, возможно, подвергаются опасности. Защита распространяется даже на жизнь потенциально обреченных. Государство не вправе требовать самопожертвования от своих граждан. В нашем праве до сих пор не бывало ситуаций, когда для отражения опасности можно было бы сознательно убивать невинных людей. Даже возможные конституционные поправки в отношении применения бундесвера внутри страны не дают права выходить за рамки, поставленные судом. Убийство невинных пассажиров в любом случае противоречит Конституции.

ИСТРЕБИТЕЛИ ВСЕГДА НА СТАРТЕ

В этом деле, помимо юридических проблем, стоявших перед ФКС, большую роль сыграли проблемы достоверности прогнозов. Можно ли знать наверняка, что самолет захвачен? Готовясь подать жалобу, мы использовали данные Национального центра защиты воздушного пространства (Silura), одной из структур НАТО, расположенной в Германии, точнее, в деревушке Юдем (Нижний Рейн).

Изо дня в день круглые сутки служащие полиции и бундесвера наблюдают за всеми передвижениями в небе от Северного моря до Балтийского. На радарх появляются не только авиалайнеры крупных пассажирских компаний, но и самолет федерального канцлера, а также нерегулярные рейсы, количество которых поразительно велико — примерно три в месяц. В случае отклонения самолета от заявленного курса или потери связи, военные могут поднять истребители в целях «обеспечения безопасности воздушного пространства».

В связи с этим стоит вспомнить «нерегулярный» самолет, который во время закрытия Олимпийских игр 1972 года приблизился к Мюнхену и тоже появился на экранах радаров службы воздушной безопасности. Тогдашнему министру обороны Леберу пришлось созывать срочные совещания, чтобы решить, нужно ли атаковать самолет и возможно ли это еще в принципе. В конце концов выяснилось, что это был самолет компании Finnair со 150 пассажирами на борту, не представлявший никакой угрозы. Повышенная нервозность и страх перед террористами были понятны, поскольку за несколько дней до этого в Олимпийской деревне было совершено покушение на израильскую команду. Этот пример показывает, как трудно бывает в случае опасности принять ответственное решение. И еще одно обстоятельство нельзя упускать из виду: при падении самолета не только гибнут пассажиры, он причиняет ущерб и на земле.

В случае с Мюнхеном террористическое предупреждение оказалось необоснованным. Однако, если самолет все же захвачен, как узнать, в чем цель преступников и какова потенциальная опасность?

Ситуация выглядит иначе, если известно, что на борту находятся только преступники. Они не так защищены. Но и в этом случае нужно учитывать, каковы будут последствия от падения сбитого самолета. Кроме того, времени для принятия столь ответственного решения всегда очень мало — в большинстве случаев слишком мало. Но обычно до атаки на самолет дело так и не доходит, как дал понять сам министр внутренних дел Шили на слушаниях в ФКС.

Дискуссия о том, как следует поступать с захваченными самолетами, неизменно подкрепляется впечатляющими кадрами атаки на «башни-близнецы», которые у каждого из нас и спустя годы стоят перед глазами. Три тысячи убитых за несколько часов — эта цифра и сегодня вызывает вопрос. Можно ли было не допустить терактов, своевременно сбив «машины смерти»? Такого рода

спекуляции не учитывают возможного ущерба, который мог быть причинен, если бы самолеты были сбиты до достижения ими своей цели в Нью-Йорке — если их вообще можно было своевременно сбить. И здесь возникает дилемма, связанная с выбором между разным количеством смертей, дилемма, которую ФКС решительно отверг.

Вывод однозначен: ничто и никто не может оправдать убийство невинных людей руками государства. Это всегда будет недопустимым посягательством на права человека. Конституционные судьи сознательно не занимаются оценкой такого рода решений с точки зрения уголовного права. Все остальное — на совести того, кто, принимая решение, считает, что нужно перейти красную черту. Возможно, последствия решения смягчат его вину, но само по себе оно в любом случае останется незаконным. Людей нельзя использовать как средство для достижения цели. Недопустимо обращаться с человеком, как с предметом, чье личное достоинство находится в твоём распоряжении. Хериберт Прантль описал эту дилемму так: «Право не должно уступать бесправию, но и не должно при этом превращаться в него».

ПРЕЦЕДЕНТ ДЛЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ВОЕННОГО ПРАВА?

Несмотря на однозначное заключение ФКС, история с Законом о безопасности воздушного пространства еще не завершена. И министр внутренних дел Шойбле, и министр обороны Франц-Йозеф Юнг открыто объявили, что не хотят подчиняться решению суда. По мнению Шойбле, угон самолета террористами в будущем должен трактоваться как случай, требующий принятия оборонительных мер, и на него должны распространяться законы международного военного права. Таким образом, борьба с терроризмом превращается в войну. Шойбле мыслит категориями войны.

Министр обороны Юнг зашел еще дальше. Он заявил, что, несмотря на недвусмысленное решение суда, «отдаст приказ» на поражение гражданского самолета с невинными пассажирами на борту. Вместе с командованием ВВС они постановили, что для этого будут задействованы только пилоты, готовые выполнить приказ. Тем самым член федерального правительства, действующего на основе Конституции, открыто пренебрегает обязательным решением другого конституционного органа, Федерального конституционного суда, и объявляет о том, что готов совершить уголовно наказуемое деяние — преднамеренное противозаконное убийство неопределенного числа невинных граждан, полагая, что это простительно.

Постоянные отсылки Шойбле и Юнга к праву на самооборону согласно Уставу ООН и исполнению союзнических обязательств в случае военного нападения (коллективная самооборона), прописанных в Уставе НАТО, не могут изме-

нить того факта, что у себя в стране вооруженные силы и даже федеральные министры связаны Конституцией. Ее нельзя отменить.

Консервативная *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)* критикует «красно-зеленое» правительство, ответственное за принятие этого закона. В случае, о котором идет речь, правительство получило поддержку оппозиционных ХДС/ХСС, а СДПГ закон отклонила. Газета пишет: «После такого сокрушительного решения высокого суда политически не может выстоять ни правительство, которое предложило неприемлемый закон, ни парламентское большинство, которое его приняло. Даже федеральный президент, который все же утвердил принятый закон, может выйти из этой ситуации без ущерба лишь потому, что в свое время подробно сформулировал свои юридические претензии и, таким образом, способствовал его проверке на предмет конституционности в ФКС».

Чрезвычайное положение, которым политики пытаются оправдать отказ от базовых ценностей как единственную возможность для правового государства защитить себя в случае теракта — это лишь фантом их сознания. К счастью, конституционный суд не принимает такого рода аргументы.

Планы федерального правительства по расширению законодательства о безопасности позволяют понять следующее: как сказал американский философ и литературовед Ричард Рорти на заседании Форума Эйнштейна в Потсдаме в 2004 году, наибольшее воздействие, которого террористы «добиваются при помощи своих адских машин и жестоких ударов, это не страдания и смерть». Самый разрушительный эффект, предупреждал он, вызовут меры, с помощью которых западные правительства будут реагировать на террор: «Война с терроризмом может стать более опасной, чем сам терроризм».

8

«КАК ВСПОМНЮ К НОЧИ КРАЙ РОДНОЙ...»¹

Свобода в искусстве и прессе

Немецкие цензоры
..... болваны.....
.....
.....

*Г. Гейне. Путевые картины. Часть вторая. Идеи. Книга Le Grand
(пер. Н. Касаткиной)*

Генрих Гейне в 1826 году не мог бы лучше — и точнее — описать свою встречу с ножницами цензора. XII глава второй части его «Путевых картин» состоит всего из трех слов — и множества прочерков, вернее, вычеркиваний. Ведь именно так во времена Гейне прусская цензура вымарывала негодные ей или начальству слова из текстов, готовившихся к публикации. Простая заповедь любой цензуры: что вычеркнуто, не попадет в печать.

Но Гейне говорить не запретишь. И писать тоже. Чувствуя угрозу своему творческому существованию, он бьет врага его же методами и прибегает к самому мощному своему оружию — перу и убийственной иронии. Результат: в главе, состоящей всего из трех слов и прочерков, все сказано. Гейне считает деятельность цензора ущербной и разрушительной. От нее не остается ничего, кроме словесных руин. И все, что из-под них можно извлечь — это сам цензор, отцензурированный до предела и выставленный на посмешище. В подтексте этой ироничной миниатюры он демонстрирует беспомощность власть имущих и абсолютную власть художника, пусть даже сиюминутную. Своей пародией Гейне отразил нападки цензуры — и нанес встречный удар!

Даже если поэту и было суждено всю свою жизнь оставаться выдающейся жертвой цензуры, этой блестящей словесной карикатурой он вернул себе творческую свободу. У Гейне свобода искусства неотделима от искусства свободы, всегда ему присущей.

¹ Г. Гейне. Ночные мысли. Пер. М.Л. Михайлова.

ИСКУССТВО — ТЕРРИТОРИЯ ДЕМОКРАТИИ

Сегодня свобода творчества гарантирована Конституцией. В третьем абзаце статьи 5 написано: «Искусство и наука, исследования и преподавание свободны». Свобода творчества, в отличие от свободы слова, не ограничена никакими законодательными рамками. И это прямой результат осмысления опыта времен нацизма. Никогда больше государство не должно присваивать себе права на качественную оценку искусства. Никто и никогда больше не сможет запрещать произведения искусства как «дегенеративные», преследовать художников и изгонять их из страны. Не должны повториться сожжения книг, эти исполненные презрения к культуре и человеку акты, которые, при взгляде из недалекого тогда еще 1949 года, были лишь началом цепи «коричневых» мерзостей. Генрих Гейне, чьи книги тоже пылали в кострах под знаком свастики, в 1822 году провидчески писал в пьесе «Альманзор»: «Это была лишь прелюдия, там, где сжигают книги, впоследствии сжигают и людей».

Все эти «никогда больше» означают, что свобода творчества находится под защитой Основного закона Германии.

В этой книге искусство и право на свободу творчества играют особую роль. Вроде бы такие сюжеты, как общественная забота о творческой элите, возможности для экспериментов и свободного самовыражения, имеют мало общего с темой защиты от терроризма и внутренней безопасности. Но это только на первый взгляд.

И все же: по тому, сколько внимания уделяет общество свободе и творческому потенциалу искусства и художников, можно судить о его внутренней зрелости. Иначе говоря, культурно-политическое позиционирование искусства и ожидания, связанные с его ролью и возможностями, всегда отражают, насколько самостоятельно данное общество в вопросах риска и безопасности. Свободное искусство — признак живой демократии.

При всех различиях способов самовыражения, есть то, что объединяет великого Гейне с бесчисленными известными и неизвестными поэтами, музыкантами, живописцами, скульпторами разных времен и поколений — потребность в творчестве, жажда созидания, желание разобраться с действительностью, описать, изобразить или дополнить ее художественными средствами, продемонстрировать, отразить, осмыслить субъективно эстетическое или осознанно неэстетическое. И, таким образом, дать публике — читателям, зрителям, слушателям — информацию и материал для дальнейших интерпретаций, импульс посмотреть на мир по-новому, задаться вопросами, подумать о будущем.

То есть, по сути, искусство нужно понимать как духовную пищу, которая эмоционально и интеллектуально способствует развитию индивидуума, формированию его личности, и, тем самым, развитию сообщества или, говоря языком политики, демократического общества.

«Демократия кажется мне достойной любви, достойной жизни, достойной, чтобы ее защищали и насаждали лишь в том случае, когда уже устоявшееся осознание общности соединяется с представлением о наших интеллектуальных возможностях, способностью к рефлексии, открытости, а также с готовностью к эстетическим приключениям». Здесь глубоко мной уважаемый Хельмут Лахенман указывает на связь между искусством и демократией.

Он продолжает: «Искусство в его ярчайших проявлениях обращается к тем интеллектуальным способностям людей, без которых демократия остается объектом подозрительных манипуляций. При этом, я не вижу другой серьезной возможности для искусства воздействовать на людей и общество, кроме как через его одухотворенно-чувственный радикализм, который должен напоминать, что мы созданы разумными существами и способны к рефлексии по поводу себя и окружающей действительности».

Что касается воздействия творчества, то здесь музыкант Лахенман проводит тонкое различие между тем, кто создает искусство, и собственно производением: «Художнику не надо ничего говорить, ему надо творить. И творение скажет больше, чем предполагает сам творец».

В обобщенном виде Лахенман сводит теорию искусства к формуле: «Искусство — мера демократического сознания». Еще короче: искусство — территория демократии. Объемную иллюстрацию этого тезиса предложил художник-концептуалист Йохен Герц, создавший в 2005 году в Карлсруэ «Площадь основных прав человека». В этом произведении сформулирован непростой вопрос: «Что значат право и справедливость для отдельного человека, и что они значат для нашей демократии?» Герц, родившийся в 1940 году, обратился с этим вопросом к юристам, ученым, интеллектуалам и обычным горожанам, художественно обработал ответы и представил их в виде табличек, расположенных на площадях и улицах одного из крупнейших городов земли Баден-Вюртенберг. Общественное пространство в центре города теперь представляет собой интерпретацию образа «резиденции права» (именно так позиционирует себя Карлсруэ) с точки зрения его жителей. Здесь наглядно представлена их вовлеченность в проблемы права, справедливости и несправедливости, их активное или пассивное отношение к тем законам, что созданы и применяются непосредственно для их защиты.

ИСКУССТВО СВОБОДНО. ВСЕ ЛИ ПОЗВОЛЕНО?

Только общества, которые гарантируют своим художникам и их произведениям свободу и защищают их, готовы к внутреннему развитию. Только они закупаются альтернативными способами мышления, интерпретации и описания действительности, мира и себя. Общество, предоставляющее искусству право на свободу, должно быть готово к рискам, связанным с самыми разнообразными способами художественного самовыражения — в музыке, живописи, лите-

ратуре или в области идей, которые в искусстве XXI века стали ядром художественного творчества.

«Единственное, в чем искусство нуждается, — это материал, только материал. Свобода ему не нужна. Оно само есть свобода. ... Искусство является единственной отчетливо распознаваемой формой проявления свободы на нашей земле», — заметил Генрих Белль. Для интересующихся искусством, этот тезис означает следующее: нужно быть готовым пострадать от искусства как воплощения свободы, нельзя зарекаться от неприятия и протеста. Художник любит быть в оппозиции.

И здесь в гораздо более концентрированном виде повторяется мысль, которую мы уже высказывали в связи с вопросами внутренней безопасности: защищать — это свобода для искусства, а не свобода от искусства в смысле ограждения от него. Это значит, что любое вмешательство, любое ограничение свободы творчества требует особых обоснований, ведь оно допустимо только в крайних случаях.

После всех этих слов в защиту конституционных гарантий для свободы творчества можно почти согласиться с тем, что искусству позволено все. Ведь здесь не может быть содержательных, формальных и идейных ограничений, напротив, непосредственная задача искусства — исследовать границы мышления и деятельности, обозначать их, ставить под сомнение, перекраивать, раздвигать, переходить. В общем, неограниченная свобода.

Однако само искусство, столь сильно тяготеющее к свободе, показывает нам, что любая попытка выйти за пределы предполагает наличие ограничителей. Для уяснения соотношения этих сил «искусство» должно ответить на несколько вопросов:

- Может ли, скажем, имя Чарльза Мэнсона, культовой фигуры американских хиппи конца 1960-х, предводителя коммуны «Семья», осужденного за зверское убийство беременной актрисы Шарон Тейт и еще шести людей, попасть в заглавие художественной выставки (“Man Son”, гамбургский Кунстхалле, 30.01–26.04.2009), посвященной «ситуационному ужасу», притягательности боли и экстремальному в искусстве?
- Как близко искусство может подходить к теме насилия и преступления?
- Может ли художественное изображение насилия задеть человеческое достоинство, если изображенные зверства направлены не против людей, а против человекоподобных существ, например, зомби?

Федеральный конституционный суд ответил на этот вопрос однозначно. В 1992 году своим «решением о зомби» он отменил запрет на сплэттер-фильмы. «Насилие в кино само по себе не оскорбляет человеческого достоинства», — недвусмысленно заключил суд. Не было установлено, «что зрителя побуждают сочувственно относиться к сценам ужаса». Судьи заявили следующее: «Если законодатель хотел ввести наказание за кинематографическое изображение насилия против... зомби, ему нужно было внести этот пункт в соответствующее

положение закона». Примечательное решение по 131 статье Уголовного кодекса (именно она в решении ФКС названа «положением»), в которой, среди прочего, речь идет о «прославлении насилия».

- Оскорбляет ли достоинство человека шоу пластифицированных трупов «Миры тела» анатома Гюнтера фон Хагенса, который ссылается на свободу науки и творчества?
- Можно ли позволить художнику-концептуалисту Грегору Шнайдеру выставить в музее умирающего человека?
- Чем является увековеченный Джеффом Кунсом в 1990-м в стекле и дереве половой акт с его тогдашней женой Илоной («Чиччолиной») Сталлер — музейным объектом или банальным автобиографическим порно?
- Если речь идет о пограничной зоне между свободой печати и творчества: может ли датская газета или другие европейские медиа печатать карикатуры на пророка Мухаммеда? Или наоборот: должна ли газета, имея в виду возможное возмущение и тяжелые политические последствия, от этого отказаться?
- Как быть с композитором Карлхайнцем Штокхаузеном, который назвал события 11 сентября 2001 «величайшим произведением искусства»? И пояснил при этом: «Иногда художники тоже пытаются выйти за рамки допустимого и разумного — чтобы разбудить нас, чтобы заставить увидеть другой мир».

Вот вопросы, возникающие по поводу пределов свободы творчества. А поскольку все вышеописанное происходило совсем недавно, то и обсуждение было публичным, порой очень эмоциональным и резким. Не в последнюю очередь потому, что современное искусство провокативно, а порой и разрушительно.

Конечно, можно не задаваться вопросами о свободе творчества и ее пределах. Ведь с точки зрения права важны лишь вопросы, возникающие при посягательстве искусства на основные права. Скажем, на права личности.

Если некто чувствует себя ущемленным в правах из-за произведения искусства, юристы и суды должны решать, какое из основных прав следует предпочесть. Может быть, в спорном случае права личности важнее, чем свобода творчества. С этой точки зрения, решение ФКС от 1971 года по «делу Мефисто», с которым в суд обратился приемный сын актера Густава Грюндгенса, привело к запрету публикации романа Клауса Манна «Мефисто» в Германии. (В 1930-х Клаус Манн опубликовал сатирический роман «Мефисто», описывающий его шурина, Густава Грюндгенса как человека, который продал свой талант для того, чтобы стать знаменитым и популярным в глазах руководителей нацистской партии. Суды Германии сочли, что этот роман порочит имя и память Грюндгенса, которого уже не было в живых. — *Прим. пер.*)

Здесь мы придерживаемся следующей позиции — художнику можно почти все. Ограничивать его свободу, ссылаясь на другие конституционные права, можно только при наличии серьезных аргументированных обоснований.

ВЕЧНЫЙ ВОПРОС О ЦЕНЕ ИСКУССТВА

Свобода творчества важна еще в одном правовом аспекте, о котором красноречиво — всего в трех словах — сказал Генрих Гейне (см. эпиграф). Речь идет о случаях, когда авторитеты присваивают себе право ее ограничивать. Во время моей работы в МВД произошло следующее.

В июле 1982 года уполномоченное мною жюри (во времена, когда я был министром внутренних дел, в компетенцию МВД входила федеральная культурная политика) присудило режиссеру Герберту Ахтернбушу приз за фильм «Призрак». Картина вызвала глубокое неудовольствие в католической Баварии, прежде всего у сторонников ХСС. Я, разумеется, принял решение профессионального жюри, но сменивший меня Фридрих Циммерман отменил его и довел дело до суда, который он предсказуемо проиграл. Свобода творчества была для него не так важна, как сохранение лица перед соратниками по партии.

Что касается цензуры в искусстве, то сегодня это редкость. Однако государство, финансирующее более 90 процентов изданий по культуре и искусству (система, которая себя хорошо зарекомендовала), принимая решения по бюджету, неизбежно оказывает влияние на искусство. Именно поэтому оно должно вести себя дружелюбно. Развитие культуры — это конституционный долг, даже в тяжелые в финансовом отношении времена.

Государственная поддержка искусства не может ориентироваться на создание культурных ценностей, стоимость которых определяется исключительно рыночной ценой или «рейтингом». Действуя так, государство не обеспечивает необходимого художественного разнообразия. «Если нет возможностей для развития искусства и культуры, это может отрицательно сказаться и на основных правах», — сказал композитор Вольфганг Рим в 2004 году во время нашей беседы, опубликованной в *Süddeutsche Zeitung*. В те времена «популярная и развлекательная музыка были бесспорными ценностями общества». Так выглядело тогдашнее современное государственное искусство, своего рода «капиталистический реализм», как назвал его Рим. Эту «культуру развлечений, одержавшую победу над всеми прочими явлениями культуры», эту «диктатуру рейтинга» следовало бы ограничить в пользу более разнообразного выбора. Потенциальная польза искусства, его ценность всегда проявляются лишь после того, как нечто уже создано.

Главное требование Рима сегодня по-прежнему актуально: «Я хочу, чтобы демократическое государство осознало свою благородную обязанность — оно должно поддерживать творчество и духовные ценности, и впоследствии, предъявленные публике, они могут даже принести доход».

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ УСЛОВИЯ И УГРОЗА СВОБОДЕ ПРЕССЫ

Статья 5 Основного закона гарантирует свободу не только творцам, но и представителям другой, менее креативной профессии — журналистам.

И здесь вновь уместно вспомнить Генриха Гейне. В Париже он как журналист, корреспондент газеты *Augsburger Allgemeine*, подвергался опасности попасть под нож цензора — в буквальном смысле слова. Реагировал на это он по-разному — то жаловался, то впадал в ярость, то воодушевлялся. И продолжал писать.

Цензура, которую пришлось испытать Гейне, уже давно стала историей. Сегодня журналист Гейне и его коллеги по профессии могли бы сослаться на статью 5, п. 1 Основного закона, в которой сказано: «Каждый имеет право свободно выражать и распространять свое мнение устно, письменно и посредством изображения, а также беспрепятственно получать информацию из общедоступных источников. Гарантируются свобода печати и свобода передачи информации посредством радио и кино. Цензуры не существует».

Что это значит, ФКС сформулировал так: «Свободная пресса, не направляемая публичной властью и не подлежащая никакой цензуре, является существенным элементом свободного государства. Невозможно представить себе современную демократию без свободной политической прессы». Свобода печати — не безусловное право. Она ограничена нормами общих законов и правами личности.

По мнению авторитетных комментаторов, свобода печати как основное право отличается от других основных прав тем, что его применение не зависит от желаний и настроений отдельных граждан, а является конституционным долгом, по крайней мере для тех, кто работает в СМИ. Короче говоря, свобода печати это фундаментальное право, служащее интересам демократии и целостности государства, его существование и осуществление принципиально важны для свободного демократического государственного устройства.

Карл-Германн Флах, выдающийся журналист из *Frankfurter Rundschau*, впоследствии генеральный секретарь СвДП, которому в этом году исполнилось 80 лет, в 1967-м писал: «Осуществление свободы печати для издателей и, прежде всего, для журналистов любого профиля — это не просто право или личная привилегия, а прямая конституционная обязанность». СМИ в государстве принято считать «четвертой властью», обеспечивающей контроль за другими тремя, — законодательной, исполнительной и судебной.

Однако и сегодня, спустя 60 лет после ее утверждения в Основном законе, свобода печати снова находится под угрозой. В частности, из-за существенно изменившихся экономических условий существования СМИ. Точнее, из-за сосредоточении исключительно на конкурентоспособности того или иного издания на рынке.

Один из наиболее известных примеров — продажа *Berliner Zeitung* ирландскому медиа-магнату Дэвиду Монтгомери. Он решительно взялся за дело, обещая большие инвестиции, и бесславно отступил — как инвестору ему не удалось ни повысить рентабельность издания, ни укрепить его репутацию. В историю современной публицистики он вошел как «газетное пугало», человек, который неправильно понимает связь между экономикой и журналистским качеством.

Этот случай доказывает следующее: когда главным в издательском деле становится стремление к прибыли, свобода печати внутри издания оказывается в опасности из-за бюджета и штатного расписания, а вовне — из-за упрощения и обеднения содержания.

Когда в 1972 году я вступил в должность парламентского статс-секретаря МВД, я отвечал за политику в области медиа. Мы были свидетелями бурного процесса концентрации печатных СМИ — закрытия и слияния головных редакций. Это процесс шел непрерывно. До 1989 года количество «публицистических единиц» (независимых головных редакций. — *Прим. пер.*) в Германии сократилось почти в половину. Попытки обеспечить плюрализм в освещении местных новостей с помощью региональных редакционных изданий удались лишь отчасти. Сегодня больше половины из всех 440 районов страны не имеют собственных конкурентоспособных местных изданий.

Актуальный и наглядный пример выравнивания газетного ландшафта можно увидеть сейчас в Рурской области. Из-за экономических проблем медиахолдинг WAZ отказался от своей традиционной и сознательно культивируемой модели существования. На протяжении десятилетий WAZ силами четырех независимых редакций выпускал конкурирующие между собой региональные газеты. Теперь же руководство инициировало так называемые процессы синергии, что для редакторов и других сотрудников четырех ежедневных газет означает: более 300 позиций будут сокращены, множество местных редакций ликвидированы, газеты станут гораздо интенсивнее брать друг у друга материалы — как местные, так и национальные. Что, безусловно, приведет к потере разнообразия «на местах».

Еще в 1970-х федеральное правительство, учитывая возможность подобного развития событий, выработало ряд мер. Мы исходили из того, что органы власти обязаны способствовать реализации свободы печати, и даже хотели субсидировать сильно подорожавшую газетную бумагу.

Тогда же, с учетом особой ответственности прессы, были заложены основы правового регулирования слияний в СМИ. В несколько измененном виде оно действует и сегодня. Но прежде всего, мы хотели упрочить «внутреннюю свободу печати» — путем введения обязательных редакционных уставов, соответствующих общему закону о правовом регулировании в сфере СМИ. До этого дело не дошло. Однако было заключено множество добровольных соглашений, которые сегодня, по большей части, уже не действуют. Проект «Общего закона о правовом регулировании в сфере СМИ», который мы планировали при-

нять, был отвергнут ведущими издателями и редакторами как угрожающий свободе печати. Попытка не удалась.

ЗАКОНЫ ОБ УКРЕПЛЕНИИ ВНУТРЕННЕЙ БЕЗОПАСНОСТИ И УГРОЗА СВОБОДЕ ПРЕССЫ

Свобода печати, как и другие основные права, также подвержена процессу эрозии. При помощи такого неотразимого аргумента, как защита от терроризма, и мантр об укреплении внутренней безопасности создаются законы, наносящие серьезный вред журналистской этике и препятствующие исполнению журналистами профессиональных обязанностей.

Один из примеров — уже упомянутые изменения в телекоммуникационном надзоре, известные как «архивное хранение персональных данных». Как уже говорилось, они позволяют до полугода хранить информацию о различных контактах пользователя, будь то стационарная, мобильная телефонная связь, связь по факсу, электронная почта или SMS. Это нововведение касается всех граждан, в том числе, и журналистов. Вся информация об их профессиональных контактах может быть сохранена, что делает представителей медиа очень уязвимыми. Ведь в основе их профессии лежит доверие, а главным принципом является защита источников информации, тем более, в расследовательской журналистике. Какой источник, особенно, если речь идет о таких чувствительных сферах, как органы власти или бизнес, будет добровольно делиться с прессой потенциально скандальной информацией, связанной с его служебной деятельностью, если он не может быть уверен, что за ним не следит его начальник или работодатель, имеющий возможность его идентифицировать? Могли бы мы узнать о противоправных действиях компании Volkswagen или Deutsche Bahn без защиты источников информации?

Следующая атака на свободу печати была предпринята с помощью Закона о Федеральном ведомстве уголовной полиции. Законодатели продолжили реализацию своего проекта по релятивизации защиты людей, которые, в силу специфики своей работы, обязаны хранить тайну. Эти планы, очевидно, вызваны недоверием к тем конфиденциальным областям, которые выпадают из сферы государственного надзора. Спрашивается, каким видит законодатель адвоката, журналиста или врача? Судя по всему, исключительно пособником террористов. От законодателя ускользает то обстоятельство, что граждане не зря оказывают столь высокое доверие представителям этих профессий и делятся с ними самыми интимными вещами — не менее интимными, чем открывают духовнику на исповеди. Законодатель разрушает это институциональное доверие с помощью норм, ставящих доверительность разговора адвоката с клиентом, врача с пациентом или журналиста с информантом в зависимость от того, важно содержание их разговора для некоего ведомства или нет.

Что должны ответить врач, адвокат или юрист на вопрос гражданина о том, останется ли сообщенная им информация строго между ними? Журналисты и адвокаты выполняют важную общественную задачу, помогая контролировать осуществление государством своей власти.

Государству не пристало ограничивать свободу тех, чья конституционная обязанность — держать его под контролем. И происходит это тогда, когда именно журналистам снова и снова удается обнаружить нарушения в деятельности разведывательных служб и в сфере борьбы с терроризмом, которые иначе так и остались бы неизвестными общественности.

Законодатели не говорят, в чем именно состоит эффективность принятых ими норм для обеспечения безопасности. Ведь если носитель профессиональной тайны находится в сговоре с террористами, он и так, на основании ограничений, содержащихся во всех законах, теряет право на защиту.

Михаэль Науманн, гамбургский журналист и соиздатель газеты *Die Zeit*, который был подателем жалобы в ФКС по поводу Закона о Федеральном ведомстве уголовной полиции, на примере этого закона критикует правительство за ограничение свободы печати: «Сначала это приводит к усилению власти государства, постепенной ликвидации свободы печати и раздуванию органов федеральной власти, — пишет Науманн в 2008 году в *Die Zeit*. — Теперь, введя превентивную слежку за чужими компьютерами, мобильными телефонами и квартирами, правительство фактически берет на себя функции секретных служб». Среди прочего, Науманн видит здесь угрозу для расследовательской журналистики: «Именно в тех регионах, где планируются террористические акции, источников информации становится все меньше, но это не самая большая из грозящих опасностей».

УГРОЗА СВОБОДЕ ПЕЧАТИ В ПОВСЕДНЕВНОЙ РАБОТЕ СМИ

Свободе печати угрожают не только новые законодательные ограничения, но и применение или нарушение существующих законов. Немецкий союз журналистов подсчитал, что в период с 1987 по 2005 год произошло более 190 покушений на свободу печати путем домашних обысков, арестов имущества и незаконных прослушиваний, причем без ведома самих журналистов. В 2005-м, якобы для обнаружения утечек секретной информации из Федеральной службы разведки и контрразведки, был проведен обыск в редакции журнала *Cicero* («Цицерон»). Громкий случай, но далеко не первый. За прошедшие годы прокуроры регулярно возбуждали дела против журналистов, вменяя им «пособничество в разглашении государственной тайны». Эти дела возбуждались не столько ради приговора, сколько ради того, чтобы иметь возможность провести обыски в редакциях и личных помещениях журналистов и беспрепятственно добыть материалы, позволяющие определить источник информации.

ФКС постановил: «Обыски и изъятия у сотрудников СМИ в ходе разбирательства запрещены Основным законом в том случае, если их целью является поиск информанта». Такова суть решения суда по делу о журнале «Цицерон». В своем решении судьи объявили обыски редакций и личных помещений недопустимыми. Более того, если журналисты отказываются называть источник информации, против них не могут применяться ни наказания, ни процессуальные меры принудительного характера. По этому решению, как уверенно предположила *Süddeutsche Zeitung*, «ни одна из полицейских облав на редакции не будет отвечать критериям, установленным судом в Карлсруэ».

Решением по делу журнала «Цицерон» в 2007 году ФКС упрочил пошатнувшуюся было (после почти шестидесятилетнего существования) свободу печати — не на бумаге, а в ежедневной журналистской практике. Такая поддержка однажды уже была нужна — полвека назад, в 1966 году, во время «дела журнала *Spiegel*», редактор и издатель которого Рудольф Аугштайн был арестован по обвинению в государственной измене, а в помещениях редакции прошли обыски. Тогда родилось новое понимание «свободы печати».

Закон о Федеральном ведомстве уголовной полиции, вступивший в силу в начале 2009 года, заставляет говорить о новой угрозе для профессиональной деятельности журналистов. Ведь он прямо позволяет детективам следить за журналистами, если возникает подозрение в совершении особо тяжкого преступления. При этом сам журналист может ни в чем конкретно не подозреваться, достаточно, если Федеральное ведомство уголовной полиции заинтересовалось его информантом. Таким образом, защита источников информации перестает существовать даже на бумаге.

Не удивительно, что эта недавняя акция федерального правительства была встречена в штыки журналистами всех изданий и мастей. Опрошенные журналом *Spiegel* издатели и главные редакторы говорили о новой волне запугивания журналистов, занимающихся расследованиями, о «покушении на свободу печати» и усилении власти государства.

Однако цель этих мер, за исключением еще одной попытки атаковать прессу, остается неясной. Укрепление внутренней безопасности можно поддерживать, если оно необходимо, последовательно и уместно. Но не меньшего уважения и поддержки заслуживает право на свободу слова — основополагающее для нашего государственного устройства. Говоря несколько высокопарно, борьба мнений жизненно необходима для демократии. К ограничению этого фундаментального права следует подходить очень взвешенно. Именно это соображение подвигло нас на новую жалобу в ФКС.

Внутреннюю безопасность следует рассматривать как условие для осуществления свободы, а не как конкурирующее с ней самостоятельное правовое благо. И тут мне хотелось бы опровергнуть Генриха Гейне, который, при всей его поразительной политической мудрости, говорил: «Государство не может давать, не беря чего-нибудь взамен».

9

«ЧЕЛОВЕЧЕСКОЕ ДОСТОИНСТВО ЗЛЕЙШИХ ВРАГОВ»

Имеет ли государство право на «вынужденные пытки»?

Все начинается безобидно. Почти минуту на черном фоне крупным планом нам показывают капли и фонтаны воды. Вода сверкает и переливается, как фейерверк. Так мог бы выглядеть рекламный ролик минеральной воды или какой-нибудь марки водки. Но затем камера идет вверх: рука в резиновой перчатке прижимает голову мужчины к кушетке. Вода из графина льется в рот и нос мужчины, он сопротивляется, начинает задыхаться, отчаянно пытается вдохнуть. Камера приближается к его привязанной руке, которая дрожит, как в агонии. Пытка водой. Начиная с будущего месяца этот полутораминутный ролик можно будет увидеть в 50 кинотеатрах, объявила в эту среду в британской газете Independent Кейт Аллен, глава британского отделения «Международной амнистии». «Наш фильм показывает именно то, что ЦРУ хотело бы сохранить в тайне: страшное зрелище — почти захлебнувшегося человека».

(Spiegel online от 23 апреля 2008 о кампании против пыток «Международной амнистии»)

БЕЗУСЛОВНЫЙ ЗАПРЕТ ПЫТОК

Тема пыток, по понятным причинам, приводит к поляризации. Под пытками обычно понимается целенаправленное применение насилия, причинение физических или психических мучений с целью принудить человека к признанию или запугать его. Пытки запрещены международным правом, в частности, Всеобщей декларацией прав человека и Конвенцией против пыток ООН; в Германии они считаются уголовным преступлением. Важнейший довод в пользу полного запрета пыток очевиден: пытки оскорбляют человеческое достоинство как жертв, так и тех, кто их применяет. Сторонникам пыток стоит задать себе неудобные вопросы: как далеко может зайти человек, пытающийся сломить волю другого путем причинения ему боли? Откуда ему известно, что жертва действительно что-то знает? Какую роль здесь играют личные склонности и

психопатологические мотивы, такие, как садизм, стремление к демонстрации власти, желание унижить? Кто назначает пытки? Кто их проводит? Кто осуществляет медицинское наблюдение?

Людям, которые считают, что бывают пограничные ситуации, когда пытки вполне допустимы, прежде чем стать на этот путь, стоит ознакомиться с соображениями Никласа Лумана. Свой доклад «Есть ли еще в нашем обществе непреложные нормы?» (1992) социолог начал со следующего мысленного эксперимента. Он предложил слушателям представить себя в стране, раздираемой различными террористическими группировками, на месте высокого полицейского чина, который поймал предводителя одной из них. «Если Вы подвергнете его пыткам, то, возможно, спасете жизнь многим людям — десяти, ста, тысяче, возможны разные варианты. Вы пойдете на это?» — спросил Луман. Он не сказал, что стал бы делать сам — и заключил: «Здесь невозможно поступить правильно».

Мысленный эксперимент социолога может свестись к дилемме — в отличие от реальности. Каким бы понятным ни было стремление спасти жизнь любой ценой и всеми доступными средствами, применение такого средства, которое затрагивает самого человека, разрушает основы государства.

И все же, несмотря на запрет, пытки практикуются во всем мире. В качестве аргумента в защиту «жестких методов допроса», как их порой называют, страны, в том числе и демократические, приводят борьбу с терроризмом. Бывший министр обороны США Рамсфельд разрешал применение так называемых спорных методов допроса к предполагаемым членам террористической группы Аль-Каида или афганским талибам в лагере военнопленных Гуантанамо. К разрешенным администрацией Буша методам относилась и подробно описанная выше «пытка водой».

ПРЕЗИДЕНТ ОБАМА И ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ США

Еще задолго до перемен в вашингтонском Белом доме из бесчисленных публикаций в прессе и оценок политологов-американистов стало ясно, сколь насущной является потребность в переменах — как внутри, так и за пределами США. Надежды связаны, прежде всего, с выходом из тяжелой экономической ситуации; однако в поле зрения остается и позиционирование США как правового государства, построенного на принципах демократии, которые во времена президентства Буша иногда трактовались произвольно, а то и волюнтаристски. С личностью нового президента (Барак Обама — *Прим. пер.*) вновь связывают надежды на улучшение. Американская мечта о безграничных возможностях, известное “I have a dream” Мартина Лютера Кинга, превращается в кредо целой нации, правда, в новой интерпретации — “Yes, we can”. Утопическую мечту сменил политический лозунг реального выбора, призывающий к совместным действиям, и не только самих американцев.

Соответственно, и ожидания, связанные с президентом Обамой были и остаются высокими. Ожидания, которым 47-летний политик пытается соответствовать, уверенно и смело исполняя свои обязанности. Например, в своей инаугурационной речи 20 января 2009 года молодой президент возродил государственно-правовую традицию США. В последние годы многие из тех, кто критиковал США, приравнивали страну к администрации Буша и выводили из этого общую, прямо-таки обязательную тенденцию к антиамериканизму. Что было и остается в корне неверным.

При всех недостатках, Америка — это сильная и жизнеспособная демократия, которая является нашим естественным союзником в деле защиты общих ценностей. Декларация независимости 1776 года — одна из основ нашего демократического строя.

В инаугурационной речи Барак Обама сказал: «Что касается нашей общей обороны, мы отвергаем выбор между нашей безопасностью и нашими идеалами, называя его неверным. Отцы-основатели, лицом к лицу сталкивавшиеся с такими бедами и опасностями, которые нам трудно даже представить, составили хартию для утверждения власти закона и прав человека, хартию, которая прирастала кровью многих поколений. Эти идеалы по-прежнему освещают мир, и мы не откажемся от них ради сиюминутных выгод».

Мне хотелось бы услышать столь же убедительное заявление в наших дебатах по поводу внутренней безопасности Германии.

Мы тоже не должны выбирать между нашей безопасностью и нашими идеалами, которые изложены в Основном законе. Обама подал сигнал, и за его словами немедленно последовали дела: он ликвидировал Гуантанамо и отменил пытки, которые применялись при допросах террористов. Я надеюсь, что вскоре мы увидим дальнейшие решения и меры. Мне, к примеру, представляется необходимой основательная проверка на соответствие законодательству «Патриотического акта» (*«Акт «О сплочении и укреплении Америки путем обеспечения надлежащими средствами, требуемыми для пресечения и воспрепятствования терроризму».* — Прим. пер.), принятого после терактов в Нью-Йорке.

Документ появился через пять недель после 11 сентября 2001 года. Он существенно ограничил гражданские права: упростил отслеживание телефонных разговоров, банковских счетов и медицинских данных. Прослушивание телефонных разговоров велось без судебных решений. В марте 2003-го, после бурных обсуждений, акт был подвергнут частичной ревизии, но в целом остался без изменений. Демократы заявили, что будут бороться за дальнейшее его совершенствование.

В борьбе с терроризмом нам необходимо тесное сотрудничество с США. При этом надо иметь в виду, что немецкие спецслужбы иногда используют информацию, полученную при сомнительных обстоятельствах, читай — с применением пыток. Тогдашний министр внутренних дел Шили тесно сотрудничал с администрацией Буша, ничем не обнаруживая своего желанного дистанцироваться от подобных методов наших ближайших союзников.

КРЕАТИВНЫЕ МЕТОДЫ ДОПРОСА ЦРУ

В книге «Ложь ЦРУ: пытки во имя демократии» Эгмонт Р. Кох путем скрупулезной работы с источниками доказал, что пытки в Абу-Грейбе и Гуантанамо не были отдельными досадными исключениями и промахами. Худшие методы допроса, которые администрация Буша цинично называла «креативными», применялись еще во времена шпионских войн с СССР, а также в Корее и Вьетнаме. В каталоге одобренных государством мучений, среди прочих, есть уже упомянутая «пытка водой» — имитация утопления, которая повергает заключенных в ужас, а также полная изоляция, лишение сна, подвешивание и использование наркотиков. ЦРУ даже разработало для исполнителей специальное руководство по пыткам, так сказать, методичку по истязаниям с подробной классификацией. Потрясает тот факт, что после Второй мировой войны американцы привлекали нацистских палачей, чтобы использовать их ноу-хау.

Особо циничным выглядит использование механизмов обслуживающей экономики для «аутсорсинга» пыток. Это происходит через насильственные перемещения в «пыточные» государства, осуществляемые спецслужбами США. Там жертв допрашивают с помощью методов, запрещенных в самих Соединенных Штатах.

Оправданием и защитой этих средств является сохранение безопасности США с формулировкой, мол, борьба с терроризмом — это война (“war on terror”). И эта «новая война», якобы, требует жестких методов допроса и отмены строгих ограничений, налагаемых Женевской конвенцией. Таким образом, администрация Буша сознательно и целенаправленно запустила процесс эрозии запрета на пытки и ушла от ответственности за свои экстерриториальные действия. То есть вместо того, чтобы выступать в роли «мирового полицейского» и утверждать западные стандарты демократии и права в других регионах, она охотно воспользовалась понятием «ось зла». Так с помощью аутсорсинга борьба против безграничного террора стала борьбой с террором поверх границ. Стирание границ превращается в свою противоположность.

Сейчас обсуждается, могли ли агенты ЦРУ, применявшие пытки, полагаться на разрешение, данное юристами из администрации Буша? Никто в США не имеет права преступать право и закон. Нет никакого исключительного права, дающего возможность нарушать абсолютный запрет на пытки, записанный в американской Конституции. Это грозит лишением свободы на срок до двадцати лет. В директивах для вооруженных сил, как и в инструкциях для Бундесвера написано, что никто не вправе ссылаться на приказ, «зная, что последний был противозаконным или если обычный здравомыслящий человек мог распознать его противозаконность».

США должны помнить о том, что на Нюрнбергском процессе отказывали обвиняемым, когда те ссылались на противоправные приказы как основание

крайней необходимости. И те, кто применял пытки, и те, кто отдавал им приказы (в первую очередь), должны быть привлечены к ответственности, даже если половина опрошенных американцев придерживается иного мнения.

ДИСКУССИЯ О ПЫТКАХ В ГЕРМАНИИ

Пытки запрещены для всех и без исключения — этот абсолютный запрет содержится во всех международных соглашениях, касающихся прав человека. В нашей Конституции запрет на пытки является составной частью принципа неприкосновенности человеческого достоинства. ФКС всегда недвусмысленно подчеркивает это в своих решениях. Однако и у нас в стране никак не прекращается дискуссия о допустимости «пытков во спасение».

Толчком к этой дискуссии послужила не тотальная борьба с терроризмом, как в Америке, а случай из уголовной практики. В 2002 году был похищен Якоб фон Метцлер, сын франкфуртского банкира. Этот случай тогда потряс страну и вызвал бурю эмоций. После того, как похититель одиннадцатилетнего мальчика был схвачен и отказался называть место, где тот находится, тогдашний вице-президент управления полиции Франкфурта-на-Майне Вольфганг Дашнер пригрозил ему пытками, в надежде найти мальчика живым.

Поднявшиеся волны возмущения и сочувствия были чрезвычайно высоки, что более чем объяснимо в случае, когда ребенок становится жертвой хладнокровного преступления. В одном из опросов более 60 процентов из тысячи респондентов высказались в пользу действий Дашнера и за пытки. Их аргументация основывалась на том, что существует некая моральная лакуна, которую можно заполнить, лишь пересмотрев жесткий запрет на пытки.

Среди юристов случай Дашнера, который закончился для него обвинительным приговором и сравнительно небольшим штрафом, вызвал бурную дискуссию. Группа ученых и сейчас полагает, что есть ситуации, когда пытки могут быть оправданы, например, если достоинство одного человека противопоставляется достоинству другого.

Основания для ревизии после стирания границ правового государства, которой требуют, в числе прочих, кельнский правовед Отто Депенхойер и боннский специалист по международному праву Маттиас Хердеген, весьма разнообразны — от известной беспомощности, когда испытанные законные средства оказываются ограниченными, как в случае с похищением ребенка во Франкфурте, до страсти к «интеллектуальным провокациям», как назвал это журналист Генрих Вефинг. Что бы ни было причиной подобных спекуляций, бросается в глаза тот факт, что немецкие юристы явно усвоили американский подход к возможностям правового государства во времена терроризма.

Эту тенденцию нужно иметь в виду, поскольку она говорит о состоянии умов. Ее влияние на происходящее в немецкой правовой системе пока незначительно. Признания, полученные с помощью пыток или угроз применения

пытков, в немецком судопроизводстве не могут быть использованы ни против того, кто им подвергся, ни против других. Запрет на пытки действует, разумеется, и для наших спецслужб, которые не должны способствовать тому, чтобы подозреваемые в терроризме подвергались допросам с применением пыток в других странах.

Весьма спорным является вопрос о том, имеют ли наши спецслужбы право использовать в борьбе с терроризмом информацию, которая была получена при помощи пыток, но без их участия. Я считаю, что в отдельных случаях это допустимо. Кто возьмет на себя ответственность за непредотвращение теракта, о котором стало известно из показаний, выбитых под пытками в другой стране? А то, что это является косвенной поддержкой практики пыток, оказывается чудовищным, но неизбежным следствием такого рода чрезвычайных положений.

И все же страх и истерия не должны играть в нашем законодательстве ни главной, ни какой иной роли. Это легкий путь — постоянно выдумывать страшные сценарии, которые должны впоследствии послужить оправданием для ужесточения законов. Однако приходится снова и снова констатировать: не для каждого сценария есть подходящее правовое решение. Главным основанием для его принятия оказывается уважение прежде всего основополагающих принципов правового государства. Процитируем еще раз Генриха Вефинга. Он утверждает, что государство меняет свою сущность, «когда оскорбляет человеческое достоинство, даже будь это достоинство его злейшего врага. Представим себе, что в 1977 году правительство допустило бы пытки заключенных членов РАФ, чтобы вызволить Ганса Мартина Шлейера. Жизнь похищенного председателя Конфедерации ассоциаций немецких работодателей это бы не спасло, а моральный авторитет ФРГ разрушило бы навсегда. Государство, применяющее пытки, не может называться правовым».

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ ИЗМЕРЕНИЕ ЗАПРЕТА ПЫТОК

В немецкой дискуссии о допустимости пыток международно-правовое измерение до сих пор незаслуженно игнорировалось. Небольшая часть немецких специалистов в области государственного права рассуждает о пытках так, будто мы живем на острове, в отрыве от международных отношений и международно-правовых обязательств. Мы обсуждаем, возможно ли допускать пытки в чрезвычайных ситуациях, например, при расследовании киднеппинга. В исключительных случаях те, кто стремится к релятивизации основы нашей Конституции, — прав человека — одобряют их, ссылаясь на «конечную цель, обусловленную спасением жизни». Другие сторонники пыток хотят заменить само понятие «пытка» формулировкой «допрос с пристрастием по вине подо-

зреваемого». Они полагают, что бывают ситуации, когда пытки ради спасения потенциальных жертв могут быть обязательными. Эта понятийная конструкция напоминает «последний спасительный выстрел» (полицейские имеют право стрелять на поражение в том случае, если жизни заложников угрожает опасность. — *Прим. пер.*), разрешение на который также связано с чрезвычайными обстоятельствами.

Все это не имеет отношения к нормам международного права, основанного на Всеобщей декларации прав человека, принятой в 1948 году. В те времена, когда содружество народов еще не было расколото на разные лагеря из-за «холодной войны», Декларация стала отражением общей реакции на ужасы нацистских преступлений, на то, что в преамбуле называется «варварскими актами, которые возмущают совесть человечества».

Это основополагающее соглашение запрещает «любое действие, которым какому-либо лицу умышленно причиняется сильная боль или страдание, физическое или нравственное, чтобы получить от него или от третьего лица сведения или признания, наказать его за действие, которое совершило оно или третье лицо или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо». Так в статье 1 Конвенции ООН против пыток описывается, что такое «пытка» и причины, по которым людей все еще продолжают пытаться.

Безусловный запрет пыток является обязательным в международном праве. И его осуществление регулируется международно-правовыми нормами и подзаконными актами. Насколько действенен этот запрет, можно узнать из статуты Международного трибунала по Руанде (МТР) и Международного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ), более известных как Трибунал ООН по военным преступлениям. Созданный в 1998 году Международный уголовный суд (ИСС) в Гааге в своих статутах расценивает применение пыток как военное преступление и преступление против человечности.

ЕСЛИ ДВЕРЬ ПРИОТКРЫТА...

В дискуссиях последнего времени, развернувшихся у нас в стране, сторонники пыток вовсе не выступают за то, чтобы их разрешить. Дело тут сложнее. Их рассуждения касаются, прежде всего, принципиального смягчения запрета на пытки. Их девиз: если дверь приоткрыта, однажды мы сможем ее распахнуть. С одной стороны, увидеть этот процесс развития событий в пользу уважения достоинства другого человека можно по уже упомянутым экстремальным случаям. Но, кроме того, обсуждается вопрос, возможно ли перед лицом террористической угрозы, чтобы террористы, действующие вне правового поля, находились под защитой правовых норм. То есть по этой логике к ним нужно относиться как к военным противникам, а не как к преступникам. А в этом случае пытки допустимы, что и продемонстрировали американцы, приняв реше-

ние в пользу разрешения «пытках во спасение» (например, имитации утопления), которое впоследствии отменил Обама.

Для обоснования возможности пыток должна сохраняться фикция «чрезвычайного положения». Я уже писал выше, что в новейшей истории Германии оно однажды уже сыграло свою роковую роль в государственном праве. Карл Шмитт пытался оправдать преступления национал-социалистов возникновением некоей особой угрозы для государства. И графине Марион Денхофф делает честь то, что она покинула редакцию еженедельника *Zeit*, когда в 1954 году тогдашний главный редактор Рихард Тюнгель опубликовал статью Карла Шмитта. Сама идея поощрять публикации Шмитта, которого она называла «открытым противником либерально-буржуазного, рационального правового государства», была для нее невыносима. Сегодня немецкие правоведы вновь ссылаются на Шмитта.

ЗАПРЕТ НА ПЫТКИ «УСТОЙЧИВ К ЧРЕЗВЫЧАЙНОМУ ПОЛОЖЕНИЮ»

Современная террористическая угроза не влечет за собой введения чрезвычайного положения. Но даже если бы это случилось, международное право не оставляет возможности для отступления от основных прав человека. И даже пресловутая «война против терроризма» здесь не помогает. Права человека соблюдаются не только в мирное, но и в военное время. В Конвенции ООН против пыток сказано: «Никакие исключительные обстоятельства, какими бы они ни были, будь то состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием пыток».

То есть запрет на пытки «устойчив к чрезвычайному положению». Он претендует на абсолютное действие, без всяких исключений. Подобно свободе слова и свободе митингов и собраний, он также относится к основным правам человека, но отличается от них тем, что продолжает действовать и в экстремальных ситуациях. Таким образом, практикуемые в США «пытках во спасение» несостоятельны с точки зрения международного права. Это относится ко всей «системе Гуантанамо» и к размещению пленных в экстерриториальных пыточных пространствах.

Исполнители особенно любят прибегать к симуляции утопления или казни, а также другим методам психологического давления, поскольку они не оставляют видимых следов. Поэтому зачастую такие истязания объявляют «легкими пытками», цинично извращая их воздействие на человека. Эта беззастенчивая манипуляция словами в надежде, что переименование сделает такие пытки более «сносными» и даже приемлемыми, демонстрирует полное презрение к людям. Соответственно, решения международных организаций, чья деятельность связана с пыточными практиками, выглядят однозначно. Вся юридиче-

ская практика последних десятилетий демонстрирует, что они категорически исключают подобные методы.

Что касается темы пыток, мы здесь ведем не абстрактную дискуссию, полностью оторванную от реальности. За время моей многолетней практики в качестве руководителя немецкой делегации при Комиссии по правам человека ООН я успел очень хорошо познакомиться с отчетами специального докладчика по вопросам пыток. В тюрьмах мировых диктатур, и не только там, заключенных пытают изо дня в день. Было бы абсолютно губительным последовать советам немецкого профессора права Винфрида Брюггера, который считает, что международные запреты пыток направлены, в первую очередь, против тоталитарных режимов. Брюггер хочет провести различие между плохими, безответственными пытками и пытками пристойными, ответственными, которые применяются в демократических государствах. Интересно, кто может это сделать с точки зрения обязательных норм международного права? И не воспользуются ли этой «пыточной привилегией» именно те государства, которые попирают человеческое достоинство?

Тому, кого в вопросе полного запрета на пытки не убеждают этические аргументы, основанные на уважении человеческого достоинства, стоит задуматься о серьезной угрозе для прав человека. Мировые диктатуры, без сомнения, воспользуются любой возможностью, чтобы найти оправдание своим действиям. Единственное эффективное средство во всемирной борьбе против пыток — строгий их запрет.

Мы должны смотреть на мир шире. Любая дискуссия о возможности исключений приводит к ослаблению доверия и наших позиций во всемирной борьбе за полный запрет пыток. Мы уже вступили на этот опасный путь, когда отменили важнейшие положения наших западных демократических конституций перед лицом террористической угрозы. Наибольший вред здесь причинила администрация Буша. Мы не должны идти по американскому пути.

Столь же абсурдным является представление, что запрет на выдачу, предусмотренный Конвенцией против пыток, может быть использован против Германии. Очевидно, что люди, подвергающиеся политическим преследованиям и ищущие убежища в Германии, не могут быть выданы или выдворены в те страны, где им угрожают пытки. Здесь не может быть никаких сомнений и исключений. Если победят сторонники пыток, значит, и в Германию нельзя будет никого выдавать.

Одно правило должно быть для нас непреложным. То, что запрещено международным правом (а Германия после войны внесла большой вклад в развитие международно-правовых норм), не может быть разрешено внутри страны.

10

СВОБОДУ ЖЕРТВАМ ПРЕСЛЕДОВАНИЯ!

Права человека во всем мире

Прага, 1980-е. Депутаты Бундестага от СвДП Герхард Баум и Буркхард Хирш посещают Градчаны — архиепископский дворец, расположенный напротив резиденции правительства. По плану должен состояться разговор с пражским архиепископом на тему прав человека, а именно о репрессивных механизмах в повседневной жизни тогдашней Чехословакии. Перед началом беседы архиепископ показывает на транзисторный радиоприемник, который передает легкую музыку, и делает однозначный предупреждающий жест: «Нас подслушивают». Прощаясь, он провожает гостей вниз по лестнице до входа во дворец. И тут, по воспоминаниям Герхарта Баума, его взору открывается удручающая картина: «Напротив, в пределах прямой слышимости и видимости, располагалась резиденция правительства, то есть государство. А прямо перед ней, как темные стражи, стояли шпики». Это было то самое чувство угнетенности, которое всегда возникает в странах с авторитарными режимами: «Мы возвращались домой, к свободной жизни, туда, где можно свободно перемещаться и выразить свое мнение. И мы оставляли людей, которые ничего этого не могли».

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ НЕМЦЕВ ЗА ПОЛИТИКУ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Международная политика в области прав человека тесно связана с нашим Основным законом: статья 1 обязывает нас выступать за этот основополагающий конституционный принцип по всему миру. Если бы мне пришлось говорить о моем личном вкладе в дело международной борьбы за права человека в цифрах и датах, он выглядел бы так: шесть лет, с 1992 по 1998-й, я возглавлял немецкую делегацию в Комиссии ООН по правам человека — главной организации, которая занимается правами человека во всем мире. В 1993 году я к тому же возглавлял немецкую делегацию на последней Всемирной конференции по правам человека в Вене, а с 2000 по 2003 годы был специальным докладчиком ООН по правам человека в Судане.

Но все это лишь реперные точки. Тема прав человека стала занимать меня намного раньше. В 1966 году как глава немецких «молодых демократов» я ездил в качестве руководителя делегации в СССР, где мы выступали за освобождение диссидентов. В бытность мою министром внутренних дел я занимался теми, кто бежал к нам от диктатур, например, из Чили, устанавливал связи с диссидентами из стран восточного блока, таких, как ГДР и Чехословакия. Все эти усилия были продиктованы желанием узнать как можно больше о положении людей и о том, что им угрожает, дать им почувствовать, что мы рядом и готовы им помочь по мере наших сил — хотя бы поддержать морально.

Именно с этой целью в 1982 году, после ухода из министерства, я начал много ездить по миру. Вместе с моим другом Буркхардом Хиршем мы в качестве депутатов Бундестага неоднократно бывали в Южной Африке и Намибии, чтобы оказать поддержку людям, борющимся с режимами апартеида. Мы делали это, не будучи официально уполномочены правительством, но с согласия и при поддержке тогдашнего министра иностранных дел Ганса-Дитриха Геншера. Мы побывали в Турции во времена военного режима, в Израиле и на оккупированных территориях. Позднее я ездил в Кашмир, Восточный Тимор, Южную Корею и другие страны.

Репрессивные механизмы тоталитарных систем одинаковы везде и во все времена — идет ли речь о методах слежки, запрете на свободу слова или заключении в тюрьму политических оппонентов. И всякий раз, когда мне пришлось видеть это по всему миру, я приходил в ярость от бесконечного повторения одних и тех же практик. Мне и самому пришлось пережить их во времена нацизма.

Права человека — одна их главных тем моей жизни, я и поныне сотрудничаю с Amnesty International и Human Rights Watch. Всеобщая декларация прав человека и Основной закон, сохранение и поддержание которых были главным стимулом на протяжении всей моей политической жизни, тесно связаны друг с другом — и взаимообусловлены. С одной стороны, они появились почти одновременно: Всеобщая декларация была принята 10 декабря 1948 года в Париже тогдашней Генеральной ассамблеей ООН, 48 голосами за при 8 воздержавшихся (это были представители коммунистических государств, а также Саудовской Аравии и Южной Африки). Как видно из протоколов совещаний, она повлияла не только на Основной закон ФРГ, принятый 9 месяцев спустя, но и на конституции многих стран мира.

Кроме того, оба документа имеют общие исторические корни, их авторов объединял страшный опыт предшествующих десятилетий. Одно из доказательств тому — частично совпадающие по словам и близкие по смыслу формулировки. Исходя из важнейшей цели — «чтобы права человека охранялись властью закона в целях обеспечения того, чтобы человек не был вынужден прибегать, в качестве последнего средства, к восстанию против тирании и угнетения... Народы Объединенных Наций подтвердили в Уставе свою веру в ос-

новые права человека, в достоинство и ценность человеческой личности и в равноправие мужчин и женщин и решили содействовать социальному прогрессу и улучшению условий жизни при большей свободе» — Генеральная Ассамблея ООН приняла Декларацию, которая в тридцати статьях утверждает фундаментальные права и свободы.

В первую очередь, к ним относятся уважение человеческого достоинства и право на жизнь, а также — назовем лишь некоторые — свобода совести и вероисповедания, свобода слова и информации. В Декларации сформулированы также социальные и экономические права. Цели Декларации были закреплены рядом международных договоров по правам человека, которые подписали почти все страны мира.

Оглядываясь назад, можно сказать, что после Второй мировой войны идея прав и свобод человека одержала триумфальную победу в международном праве. А вот положение с самими правами человека, несмотря на отдельные выдающиеся успехи, в целом не улучшилось. Однако следует иметь в виду, что иного документа, сопоставимого со Всеобщей декларацией прав человека, который объединял бы мировое сообщество в достижении этих целей, прежде не существовало.

Юрген Хабермас в сборнике эссе «Расколотивший Запад» (2004) показывает развитие международного права, прежде всего, с точки зрения «кантианского проекта». Кант стремился к созданию всемирно-гражданской конституции, «объединению всех народов под эгидой публичных законов», к отмене войны как к велению разума. Публичное международное право должно быть отделено от конституции международного сообщества государств. Как Хабермас сформулировал позднее, принципиальным является шаг «от государственного права к праву гражданина мира».

Новизна этой идеи заключается в том, что международное право трансформируется из права государств в право граждан мира, иными словами, в право индивидуумов. Которые уже не только граждане того или иного государства, но также и члены «всемирно-гражданского общежития под руководством верховного главы». Такова основная идея Канта.

«ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗАЩИЩАТЬ»

За прошедшие годы эта мысль приобретала все большее значение. Но концептуально она оформилась в 2005 году, в итоговом документе Всемирного саммита ООН под названием «Ответственность защищать» (Responsibility to protect). Концепция «ответственности за защиту» обращена ко всем государствам, которые должны обеспечить защиту там, где грубо нарушаются права человека и совершаются военные преступления. Государственный суверенитет рассматривается, в первую очередь, не как защита от вмешательства во внутренние дела, а как ответственность, которую несет каждое отдельное го-

сударство за защиту своего населения от гуманитарных катастроф и грубых нарушений прав человека, которые можно предотвратить. Если само государство не в состоянии нести эту ответственность, она переходит к международному сообществу.

Руководствуясь «ответственностью защищать», международное сообщество принимает на себя коллективную ответственность за защиту людей от геноцида, военных преступлений, этнических чисток и преступлений против человечности. Эта концепция пока не подразумевает каких-либо конкретных прав или обязательств, но является важным сигналом и, возможно, сыграет большую роль в дальнейшем развитии международного права. В таких ситуациях обращаться можно, прежде всего, к Совету Безопасности ООН. Ведь если не брать в расчет право государств на самооборону, это единственная международно-правовая инстанция, уполномоченная разрешать применение силы в качестве последнего средства.

Если классическое международное право служило, главным образом, интересам государств, а люди получали защиту не непосредственно, а через государство, то теперь индивидуум становится непосредственным объектом международно-правовой защиты. Тем большее сожаление вызывает тот факт, что «ответственность защищать» сегодня так слабо влияет на политику в области прав человека. Вмешательства такого рода, то есть при необходимости насильственное изменение внутренних отношений в суверенном или распавшемся государстве, по-прежнему подчинены политическим и экономическим интересам. Но тут нужны терпение и выдержка. Разве мог кто-то в 1948 году предположить, что международное право будет развиваться в столь позитивном направлении?

Мои ожидания от немецкого правительства связаны с тем, что оно сделает «ответственность за защиту» составной частью нашей внешней политики. Пока еще мы идем на большое количество компромиссов. Скажем, немецкие спецслужбы в рамках выявления возможных атак со стороны исламских террористов сотрудничают со спецслужбами Узбекистана. Эта страна входит в число беднейших государств Центральной Азии, и, по сообщениям Amnesty International и Human Rights Watch, правящий авторитарный режим преследует и угнетает оппозиционно настроенных граждан. Несмотря на въездные санкции, в 2005 году министр внутренних дел Узбекистана Алматов получил немецкую визу для лечения в одной из клиник. После того, как представители неправительственных организаций потребовали его ареста, он быстро покинул Германию. А генеральный прокурор ФРГ отказался от предварительного расследования ввиду «недостаточной надежды на успех». И где же здесь решимость следовать нормам международного уголовного права?

МЕЖДУНАРОДНОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРИКАЗ ОБ АРЕСТЕ ГЛАВЫ ГОСУДАРСТВА

Несмотря на медленный прогресс и долгие периоды удручающей стагнации, взоры международной политики в области прав человека все больше обращаются на виновников преступлений; можно сказать, что здесь наблюдается некоторая персонификация. Долгое время им удавалось уходить безнаказанными, ответственных за нарушения прав человека не привлекали к суду. Так что на протяжении долгих лет самоуправство и волюнтаризм диктаторов оставались безнаказанными. Но в XXI веке все изменилось.

В 2002 году Международный уголовный суд в Гааге наконец начал работать. Этому предшествовали многолетние переговоры, завершившиеся признанием суда со стороны 160 государств. Некоторые из них, в том числе, США, Россия, Китай и Иран, по разным причинам отказывались признавать юридическую основу Международного уголовного суда — Римский статут. Решающим стало создание Международных трибуналов — по бывшей Югославии и по Руанде. Главным международным успехом — и стимулом — стало уголовное преследование преступников из бывшей Югославии, арест Слободана Милошевича и Радована Караджича, одного из предполагаемых организаторов массовых убийств в Сребренице. Создание уголовных трибуналов стало важным шагом в борьбе против безнаказанности не только тех, кто несет политическую ответственность, но и конкретных виновников преступлений.

Исторической вехой в практике Международного уголовного суда стал приказ об аресте главы одного из государств, президента Судана Омара аль-Башира, отданный весной 2009 года. Его обвинили в преступлениях против человечности, военных преступлениях, убийствах и изгнании жителей провинции Дарфур.

Преступлениями такого рода занимаются не только международные суды. Отдельные страны, например, Германия, также могут преследовать преступников, особенно, если на их родине не предпринимаются активные действия. С 2002 года в Германии существует международно-правовой Уголовный кодекс, который, впрочем, до сих пор еще ни разу не применялся. Была громкая попытка привлечь к ответственности за пытки министра обороны США Дональда Рамсфельда, но под политическим давлением Соединенных Штатов дело было прекращено.

И хотя задача побудить немецкие следственные органы начать его применять — не из легких, борьба с безнаказанностью должна оставаться в повестке национальных судов по всему миру.

ДЕФИЦИТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ: КАТАСТРОФА В ДАРФУРЕ

Приведенный выше пример Судана иллюстрирует всю сложность международной политики в области прав человека, обязательства государств и народов по вмешательству и драматические последствия невыполнения этих обязательств. Я много лет занимался этой большой африканской страной с очень разными регионами, историей, симпатичными людьми из разных родов и племен и ее потенциально богатыми возможностями. Но во времена волнений и беспорядков порой казалось, что страна обречена на развал. С 2000 по 2003 год я был специальным докладчиком ООН по правам человека в Судане, и мои доклады и рекомендации тех времен были основаны на разнообразных личных контактах. Я и сегодня много занимаюсь этой ситуацией.

Мирный договор 2003 года положил конец кровавому конфликту между Севером и Югом страны. Но о других регионах, в частности, о Дарфуре, речи не было, и они почувствовали себя ущемленными. В 2003 году так называемые повстанцы подняли вооруженное восстание, чтобы отстоять свою долю богатства и власти в стране. С самого начала мы совместно с неправительственными организациями выступали за мирное разрешение конфликта, однако успеха так и не добились.

Я регулярно излагал свою позицию по Судану. И, в отличие от постоянно ухудшающегося положения в этой стране, за все эти годы она не изменилась. Это просто ад. Свыше 300 тысяч человек убиты, более трех миллионов бежали и живут в чудовищных условиях в лагерях беженцев. Они стали жертвами мародеров из арабских вооруженных отрядов «Джанджавид», правительственных войск, разрозненных повстанческих групп и бесплодной пустыни. Мировое сообщество оставило их в беде, перспектив мирного урегулирования нет. Бесконечные конференции, мирные договоры и соглашения о прекращении огня не дают никаких результатов, равно как и бесчисленные резолюции Совета безопасности ООН. Войска Африканского союза мало на что влияют, в частности потому, что при впечатляющей численности в 20 тыс. человек, они плохо вооружены.

С самого начала было ясно: ключ к изменению ситуации находится у правительства в Хартуме, именно оно несет главную ответственность. Мировое сообщество повинно в том, что за все эти годы не смогло оказать на Хартум необходимого давления. В объяснениях недостатка не было, одни только европейские министры иностранных дел высказались по этому поводу в общей сложности 26 раз. Однако у них не хватило сил на то, чтобы продлить санкции и сделать их более действенными. До сих пор не достигнута согласованность действий. Хартум постоянно пользовался отсутствием единства в мировом сообществе, опираясь, прежде всего, на поддержку Китая и России.

По-настоящему исторический шаг был сделан в 2004 году, когда Совет Безопасности ООН дал Международному уголовному суду мандат по делам Судана. Именно на основе этого мандата сейчас отдан приказ об аресте президента

аль-Башира. Но, как я писал недавно в *Süddeutsche Zeitung*, решить чудовищные проблемы в стране этот приказ не способен, к миру он не приведет. Однако на сегодняшний момент это единственный шанс создать предпосылки для долгожданного мира. Речь идет об эффективности суда и об испытании на прочность стран-участниц, среди которых 30 африканских. Три из них — Конго, Уганда и Центрально-Африканская республика — в последнее время обращались в Международный уголовный суд за помощью в разрешении внутренних конфликтов. Архиепископ Туту недавно призвал африканских лидеров стать на сторону права и прекратить кампанию против суда. При этом сам Хартум до сих пор отказывается сотрудничать с судом и игнорирует приказы об аресте доверенных лиц аль-Башира.

Ордер на арест президента приведет к еще большему обострению ситуации в стране, о чем свидетельствует первая реакция аль-Башара — высылка из страны международных благотворительных организаций. Но поднимается протест. Нынешнее положение таково, что мирным переговорам, заслуживающим этого названия, помешать невозможно — их просто нет. Дело, разумеется, не в аресте аль-Башира. Решение суда не может заменить собой политику, но может запустить определенные политические процессы. И если Китай и Россия обратятся в Совет Безопасности с требованием отложить приказ об аресте на год, Запад, если он на это готов, может поставить свои условия. Китаю и России следует решительно возразить, что они с помощью регулярных поставок оружия подогревали конфликт, и именно Китай сейчас играет ключевую роль в его разрешении. Ведь у него самые тесные экономические отношения с Суданом.

Судану нужен всеобъемлющий мир, во всех регионах этой большой страны. Ведь кризисные процессы идут не только в Дарфуре. Процесс примирения между Севером и Югом должен быть, наконец, завершен. В любом случае, нельзя рассчитывать на то, что выборы, запланированные на 2009 год, состоятся. Как смогут участвовать в них миллионы беженцев? Мир должен устанавливаться снизу, путем примирения разных племен, оседлых и кочевых. Ни одна сторона не одержит победу силой оружия, и повстанцы — тоже.

Решение Международного уголовного суда дает новый шанс для политических инициатив. Ответственность за злодеяния в Дарфуре теперь обрела имя — Омар аль-Башир.

НОВОЕ ПОКОЛЕНИЕ МИРНЫХ ИНИЦИАТИВ

Законодательные основы защиты прав человека в мировом сообществе создавались десятилетиями. Особое значение здесь имеют два документа, принятые ООН в 1966 году — Международный пакт о гражданских и политических правах и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. Члены Совета Европы еще в 1950 году подписали Европейскую конвенцию по правам человека.

Весной 2009 года в речи на вручении премии Вальтера Ратенау Ганс-Дитрих Геншер выступил за новый миропорядок, в котором действует сила права, а не право силы. Он вспомнил Заключительный акт Хельсинкского совещания, когда даже несвободные государства, живущие в условиях коммунистической диктатуры, взяли на себя обязательства по защите прав человека. «Хельсинкский процесс» оказал заметное влияние на польское освободительное движение под руководством профсоюза «Солидарность». Помимо «мира» и «экономического сотрудничества», которые должны были определять отношения между государствами, одной из главных задач стала защита прав человека.

Я считаю Хельсинкское соглашение важнейшим историческим документом, мерилom отношений между народами, какими мы должны видеть их сегодня. Политика в области прав человека — не единственный инструмент внешней политики, но ее нельзя подчинять другим целям. Геншер последовательно выступает за создание новой мировой архитектуры безопасности, построенной на принципах Заключительного акта ОБСЕ. И тут следует подумать о Ближнем Востоке и государствах Азии.

Ранее ООН занималась, в основном, межгосударственными конфликтами, но теперь на первый план выходят гражданские войны и распад государственной власти. Согласно Уставу ООН, изменилось само понятие угрозы миру. Появилось больше возможностей невоенного вмешательства, например, через уголовные трибуналы или правила урегулирования ущерба. Еще в конце 1980-х возникло новое поколение мирных инициатив, направленных на разрешение политических, экономических и социальных конфликтов. ООН признала, что недостаточно просто остановить конфликт, нужно создать условия, которые позволят обеспечить устойчивый мир.

Инструментарий ООН серьезно усовершенствовался. Было создано Управление Верховного комиссара ООН по правам человека. Суды и трибуналы по военным преступлениям в бывшей Югославии, Руанде и Камбодже, а также Международный уголовный суд пытаются привлечь преступников к ответственности. Права человека стали сквозной темой международной политики и играют большую роль на всемирных конференциях последних лет, скажем, на Всемирной женской конференции в Пекине (2005). Совет Безопасности, пусть и медленно, переходит к политике вмешательства. В Германии появились новые институты, укрепившие политику в области прав человека, такие, как Комитет Бундестага по правам человека и гуманитарной помощи.

Все эти достижения последних десятилетий стоили большого труда и усилий. Много не удалось, но есть и некоторые успехи. Например, демократизация восточноевропейских и южноамериканских стран и ликвидация режима апартеида в ЮАР. Нет причин впадать в уныние. Мы многого добились, хотя в успех порой верилось с трудом.

И все же решающими являются не институты, договоры, резолюции и протоколы. Важно, удается ли действительно улучшить положение людей, страда-

ющих от нарушений прав. Во многих странах мира людей лишают свободы, преследуют, если они выступают за принципы Всеобщей декларации прав человека, оскорбляют их человеческое достоинство, пытаются.

До успокоенности еще очень далеко. Мировое сообщество не смогло предотвратить ни предсказуемый геноцид в Руанде, ни резню в боснийском городе Сребреница. И это только два примера. Катастрофу в суданской провинции Дарфур тоже можно было предвидеть, но до сих пор не удалось улучшить там положение людей. Новый Совет ООН по правам человека, который должен следить за их соблюдением, это довольно грубый инструмент. Важно, чтобы угнетенные люди знали, что об их положении известно, что их не забыли. И здесь, как ни в какой другой сфере, огромную роль играют так называемые НКО, неправительственные организации, вроде Amnesty International и Human Rights Watch, которые предупреждают и вскрывают серьезные нарушения прав человека.

Поборниками прав человека в международных структурах являются и демократические государства. Порой они действуют выборочно, исходя из собственных внешнеполитических интересов, но их роль нельзя недооценивать. В частности, благодаря им мы можем наблюдать самую большую в истории численность «голубых касок», то есть солдат разных национальностей, которые помогают обеспечивать мир в зонах конфликтов по всему миру.

Создано уже более шестидесяти миротворческих миссий ООН, причем большая их часть — в последние годы. В них задействованы силы армии и полиции. Основная часть мероприятий приходится на Африку. Сначала это были просто военные наблюдательные миссии, но постепенно «голубые каски» стали выполнять все больше задач по поддержанию, а также «установлению прочного мира». Таким образом, применение силы теперь разрешено не только для самообороны войск, но и для утверждения международного права. При этом в Сребренице войскам ООН не удалось предотвратить массовые убийства.

ПРОТИВ «ИСКУШЕНИЙ НЕСВОБОДЫ»

Существует серьезная связь между тем, как мы относимся к нашим основным правам и свободам, и верой в борьбу за права человека во всем мире. В «глобальной войне против терроризма» нарушения прав человека на отдельных территориях приводят к ослаблению западных демократий в их борьбе за стандарты соблюдения этих прав. Генеральный секретарь Международной комиссии юристов (МКЮ) Николас Хауэн считает, что законы и меры, принятые многими государствами в целях борьбы с терроризмом после 11 сентября 2001 года, представляют собой «худшее посягательство на права человека за последние десятилетия».

И тут, когда диктатуры могут упрекнуть нас в том, что мы сами нарушаем фундаментальные принципы правового государства, например, условия заключения или даже запрет на пытки, мы начинаем обороняться и искать аргументы. Но не стоит ли признать, что исламский терроризм нанес столь чувствительный удар по моральным и правовым устоям западного мира, что мы (в том числе и здесь, в Германии) поступились принципами, о защите которых, собственно, и идет речь?

Размышляя о свободе и несвободе Ральф Дарендорф говорит, что после конца тоталитаризма возникают новые «искушения несвободы», которые он называет «новым Антипросвещением». В международной борьбе с терроризмом государства-деспотии начинают восприниматься как союзники и, таким образом, получают некую «скидку». Это относится, например, к Ливии и Судану, а уже упомянутый Узбекистан нужен немецкому правительству как база для самолетов Бундесвера по пути в Афганистан. И это не искупается тем, что демократии, в отличие от диктатур, в своей внешней политике в целом ориентированы на защиту прав человека.

Тем более нужно вновь и вновь защищать универсальность и неделимость прав человека, которые были убедительно подтверждены на Всемирной конференции по правам человека в Вене (1993). Однако в практической политике в области прав человека постоянно слышны голоса скептиков, которые отрицают их универсализм, ссылаясь, применительно к случаю, на разные культуры или религии. По их мнению, права человека — продукт западного Просвещения. Человек, приводящий подобные аргументы, отказывается видеть тот факт, что все главные мировые религии чтут человеческое достоинство. И поэтому мы не можем допустить, чтобы на этом основании где-нибудь в мире основные права и свободы ставились под сомнение. Это наш долг перед теми, кто страдает и борется за свою свободу.

Позитивным в мировом развитии является то, что сегодня обеспечение мира тесно связано с политикой защиты прав человека. Такой подход должен распространяться и на экономическое развитие, даже если авторитарные государства считают, что могут успешно развивать экономику. Плохо, когда нет уважения к стандартам в области прав человека.

В целом, глобализация улучшила условия для борьбы за права человека. Усилилось влияние неправительственных организаций, с помощью глобальных сетей люди могут общаться и обмениваться информацией, даже если диктатуры пытаются частично заблокировать выход в интернет (мировое сообщество могло наблюдать это во время Олимпийских игр в Пекине). В Иране люди с помощью интернета взяли в свои руки право на свободу слова. Юрген Хаберман говорит с осторожной уверенностью: «Глобализация экономики и общества имеет тот укладывающийся контекст, который Кант в свое время рассматривал как идею всемирно-гражданского состояния; в условиях современности этот контекст сгустился до постнационального положения дел».

ПРИВЕРЖЕННОСТЬ ДЕМОКРАТИИ КАК МОТИВАЦИЯ ПОМОГАТЬ ДРУГИМ

За последние десятилетия я побывал в разных странах мира, где нарушаются права человека. Впечатления, которые я получил, разговоры, которые я вел, укрепили меня во мнении, что везде есть люди, которые хотят жить свободно и борются, порой с риском для жизни, за осуществление основных прав и свобод. И для них очень важно чувствовать, что мы — их союзники. Мы освободились от преступного нацистского режима и получили шанс построить демократию. Немцы в ГДР путем мирной революции свергли преступный режим СЕПГ. Воля к демократии должна побуждать нас помогать тем, кто живет в условиях несвободы.

Я считаю, что в мире нет альтернативы основным принципам демократического устройства — в том виде, как они изложены во Всеобщей декларации прав человека 1948 года. Но даже если придется преодолевать большое сопротивление и собственное уныние, связанное с ожиданием неудач, эту борьбу стоит продолжать. Мы уже добились многого, хотя и мечтать не могли, что это когда-нибудь случится. Я имею в виду крах диктатур в Восточной Европе.

Но многое еще нужно сделать. Без создания необходимых материальных основ для борьбы с голодом и нуждой нельзя обеспечить прочный мир. И, в первую очередь, нужно понять, что защита прав человека и сохранение мира или, как сегодня принято говорить, обеспечение безопасности людей, неотделимы друг от друга. Обе эти задачи определяют направление нашей деятельности, хотя найти их окончательные решения вряд ли удастся.

Покорность и смирение с судьбой — плохие советчики. Весь опыт человечества показывает: за свободу стоит бороться!

Герхарт БАУМ

СПАСТИ ПРАВА ГРАЖДАН
Свобода или безопасность. Полемические заметки

Ответственный за выпуск — Михаил Ледовский

Дизайн — Мария Ратинова

Верстка — Ксения Бибо

Подписано в печать 10.08.2015

Отпечатано в типографии издательства «Сектор»

Тираж 1000 экз.

«Право на безопасность» и конец свободы:
как превентивные меры превращают любого гражданина в подозрительную личность

Миф о чрезвычайном положении:
когда страх перед терроризмом берет верх над правами человека

«Солдат — твой друг и помощник»:
как политика постепенно размывает границы между полицией, секретными службами и армией

«Мне нечего скрывать!»:
о фатальном отсутствии у граждан интереса к своим правам