



АГАМБЕН. НОМО SACER

ЧРЕЗВЫЧАЙНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ

 европа.

ДЖОРДЖО АГАМБЕН

НОМО SACER
Чрезвычайное положение

Москва
Издательство «Европа»
2011

УДК 93/94
ББК 63/3(0)
А 93

Giorgio Agamben
HOMO SACER
Stato di esesione

Copyright © 2003 by Bollati Boringhieri editore s.r.l., Torino

Научный редактор *Людмила Воропай*

Перевод с итальянского:
Михаил Велижев, глава 1
Изабелла Левина, главы 2, 3
Ольга Дубицкая, глава 4
Павел Соколов, главы 5, 6

Джорджо Агамбен

А 93 Homo sacer. Чрезвычайное положение. – М.: Издательство
«Европа», 2011. – 148 с.

УДК 93/94
ББК 63/3(0)

ISBN 978-5-9739-0203-2

© Bollati Boringhieri editore s. r. l., 2003
© Велижев М., Дубицкая О., Левина И.,
Соколов П., перевод, 2011
© Издательство «Европа»,
издание на русском языке, 2011

Содержание

1. Чрезвычайное положение как управленческая парадигма	7
2. Сила закона	54
3. Iustitium	67
4. Гигантомахия вокруг пустоты	84
5. Праздник, траур, аномия	101
6. Auctoritas и potestas	115
Примечания	138

Чрезвычайное положение как управленческая парадигма

1.1.

Сущностное сходство между чрезвычайным положением и суверенитетом было установлено Карлом Шмиттом в «Политической теологии»¹. Хотя его знаменитое определение суверена как «того, кто принимает решение о чрезвычайном положении» широко комментировалось и обсуждалось, тем не менее в современном публичном праве все еще отсутствует теория чрезвычайного положения, а юристы и публицисты, кажется, рассматривают этот вопрос скорее как *quaestio facti*^{*}, нежели как подлинно юридическую проблему. Некоторые авторы отрицают легитимность подобной теории: отталкиваясь от древней максимы *necessitas legem non habet*^{**}, они утверждают, что ситуация крайней необходимости, на которой базируется чрезвычайное положение, не может иметь юридической формы. Кроме того, затруднено само определение термина, ибо он находится на границе между политикой и правом. Действительно, согласно распространенному мнению чрезвычайное положение является «точкой, в которой нарушается рав-

* Вопрос факта (лат.).

** Необходимость не знает закона (лат.).

новесие между публичным правом и политическим фактом»², которая располагается – подобно гражданской войне, восстанию и сопротивлению – в «двойственной и неясной зоне, на пересечении юридического и политического»³. Вопрос о границах становится, таким образом, еще более насущным: если чрезвычайные меры суть плод политического кризиса и как таковые должны осмысляться внутри политической, а не конституционно-правовой сферы⁴, то они оказываются в парадоксальной ситуации юридических процедур, которые не могут быть интерпретированы в рамках права. Одновременно чрезвычайное положение предстает здесь как правовая форма того, что правовой формы иметь не может. С другой стороны, если чрезвычайная ситуация – это изначальный диспозитив, с помощью которого право соотносит себя с жизнью и включает ее в себя путем упразднения собственного действия, то тогда теория чрезвычайного положения есть предварительное условие, позволяющее определить тип отношений, связывающих и одновременно разделяющих человека и право.

Именно на анализ этой «нейтральной полосы» между публичным правом и политическим фактом, между юридическим порядком и жизнью и нацелено настоящее исследование. Приблизиться к пониманию ставки в той игре, предметом которой является истинное или предполагаемое различие между политическим и юридическим, между правом и жизнью, мы сможем только тогда, когда спадет пелена, окутавшая эту непроясненную зону. Не исключено, что лишь в этом случае станет возможным ответ на вопрос, который красной нитью проходит через всю историю западной политики: что значит действовать политически?

1.2.

Одной из причин, затрудняющих определение чрезвычайного положения, без сомнения, является его тесная связь с гражданской

войной, восстанием и сопротивлением. Поскольку гражданская война является чем-то противоположным нормальному общественному порядку, принятие решения о чрезвычайном положении как о непосредственном ответе государственной власти на самые острые внутренние конфликты оказывается в своеобразной зоне неразличимости. В течение XX века мы могли наблюдать парадоксальное явление, удачно названное «узаконенной гражданской войной»⁵. Возьмем случай нацистского государства. Сразу после того как Гитлер пришел к власти (или, точнее, сразу после того как власть была ему передана), он издал декрет «О защите народа и государства» (28 февраля 1933 года), приостановив действие тех статей Веймарской конституции, которые касались личных свобод. Декрет никогда не был отменен, что с юридической точки зрения позволяет считать Третий рейх чрезвычайным положением, длившимся 12 лет. В этом смысле современный тоталитаризм можно определить как режим узаконенной гражданской войны, введенный посредством чрезвычайного положения и сделавший возможным физическое уничтожение не только политических соперников, но и целых категорий граждан, которых по каким-либо причинам представлялось невозможным интегрировать в политическую систему. С тех пор осознанное использование вечного чрезвычайного положения (даже если оно и не было объявлено формально) стало одной из главных практик современных государств, включая и так называемые демократии.

На фоне неудержимого развития явления, названного «гражданской войной в мировом масштабе», чрезвычайное положение все более и более стремится стать доминирующей управленческой парадигмой современной политики. Превращение временной и исключительной меры в управленческую технологию угрожает радикально преобразовать – и фактически уже ощутимо преобразовало – структуру и смысл различных традиционных конституционных форм. В этой перспективе чрезвычайное положение является порогом, за которым стирается граница между демократией и абсолютизмом.

✎ Выражение «гражданская война в мировом масштабе» в одном и том же году (1961) фигурирует в книге Ханны Арендт «О революции» и в работе Карла Шмитта «Теория партизана». Напротив, различие между «действительным» и «фиктивным» чрезвычайным положением* (*état de siège effectif* и *état de siège fictif*) восходит, как мы увидим, к французской публицистике и отчетливо артикулировано уже в книге Теодора Рейнака «Об осадном положении. Историческое и юридическое исследование» (*De l'état de siège. Étude historique et juridique*, 1885), к которой восходит оппозиция между действительным и фиктивным чрезвычайным положением в трудах Шмитта и Бенямина. Англосаксонская юриспруденция предпочитает в этом случае говорить о выдуманном чрезвычайном положении (*fancied emergency*). Со своей стороны, нацистские юристы открыто рассуждали о преднамеренном чрезвычайном положении (*gewollte Ausnahmezustand*) «в свете установления национал-социалистского государства»⁶.

1.3.

Прямой биополитический смысл чрезвычайного положения как первоначальной структуры, в рамках которой право включает в себя самую человеческую жизнь путем временной приостановки своего же собственного действия, явственно проступает в военном приказе (*military order*), выпущенном президентом Соединенных Штатов 13 ноября 2001 года. Этим приказом президент санкционировал «задержание на неопределенный срок»

* Здесь Агамбен употребляет именно термин «чрезвычайное положение». О причинах этого – см. далее.

(*indefinite detention*), а также процессы в «военных комиссиях» (*military commissions*) (не путать с военными судами, предусмотренными законодательством военного времени) над гражданами других стран, подозреваемыми в причастности к террористической деятельности.

Уже «Патриотический акт»*, принятый Сенатом США 26 октября 2001 года, позволял генеральному прокурору (*attorney general*) «заключить в тюрьму» иностранца (*alien*), которого подозревают в деятельности, угрожающей «национальной безопасности Соединенных Штатов»; однако спустя неделю этот иностранец должен был быть либо выслан, либо обвинен в нарушении иммиграционного законодательства либо в любом другом преступлении. Новизна же «приказа» президента Буша заключается в том, что он радикальным образом упраздняет всякий правовой статус индивидуума, являя таким образом миру существо безымянное и не классифицируемое с юридической точки зрения. Захваченные в Афганистане в плен талибы не только не имеют статуса военнопленного согласно Женевской конвенции, но по американским законам, не считаются и обвиняемыми в каком бы то ни было преступлении. Не заключенные и не подсудимые, но лишь «задержанные» (*detainees*), в реальности они являются объектом чистого проявления власти. Они за-

* USA PATRIOT Act (англ.) – аббревиатура расшифровывается как *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* (Акт 2001 года, сплачивающий и укрепляющий Америку обеспечением надлежащими орудиями, требуемыми для пресечения терроризма и воспрепятствования ему) – Федеральный закон, принятый в США после террористического акта 11 сентября 2001 года, который значительно расширил права силовых ведомств и ограничил гражданские свободы в интересах борьбы с терроризмом. В частности, спецслужбы США получили возможность прослушивать телефонные переговоры подозреваемых в террористической деятельности, отслеживать передвижения иностранцев, предположительно связанных с террористами, а также получать доступ к деловым документам некоторых компаний.

держаны на неопределенный срок не только во временном, но и в сущностном смысле, будучи полностью выведенными из-под действия закона и правового контроля. Эту ситуацию можно сравнить лишь с юридическим положением евреев в нацистских лагерях, которые вместе с гражданством теряли и всякую правовую идентичность, кроме идентичности еврейской. Как убедительно показала Джудит Батлер, в лице *detainees* в Гуантанамо голая жизнь достигает максимальной степени неопределенности.

1.4.

Неопределенности самого понятия в точности соответствует и неопределенность терминологическая. В настоящем исследовании мы используем выражение «*чрезвычайное положение*» в качестве технического термина, обозначающего гармоничное сочетание тех юридических феноменов, которые предполагается определить. Этот термин, соответствующий в немецкой правовой системе как понятию *Ausnahmezustand*^{*}, так и понятию *Notstand*^{**}, итальянским и французским правовым доктринам не свойственен. В рамках последних предпочитают говорить о «неотложных указах», а также об «осадном положении» политическом, или фиктивном (*état de siège fictif*). В англосаксонской правовой доктрине превалируют, напротив, термины «военное право» (*martial law*) и «чрезвычайные полномочия» (*emergency powers*).

Если, как некогда было отмечено, терминология и есть тот самый поэтический момент мысли, то выбор понятийного аппарата никогда не может быть нейтральным. В этом смысле выбор термина «чрезвычайное положение» подразумевает определенную позицию

* Исключительное, чрезвычайное положение (нем.).

** Чрезвычайное, бедственное положение, крайняя необходимость (нем.).

как в отношении природы явления, которое предполагается исследовать, так и в отношении логики, наиболее адекватной для его понимания. Понятия «осадное положение» и «военное право» выражают связь с военным положением, в исторической перспективе решающую и ощутимую по сей день. Тем не менее эти термины оказываются неадекватными для определения собственной структуры феномена и поэтому требуют дополнительных эпитетов «политическое» или «фиктивное», в какой-то степени сбивающих нас с толку. Чрезвычайное положение – это не особого рода право (подобно праву военному); будучи временным упразднением самого юридического порядка, оно обозначает его предел, или понятие-границу.

✎ В этом смысле история термина «фиктивное, или политическое, осадное положение» весьма поучительна. Данный концепт восходит к французской правовой доктрине и связан с декретом Наполеона от 24 декабря 1811 года, предусматривавшим возможность осадного положения, объявить которое император мог без оглядки на реальную ситуацию в окруженном городе, которому к тому же угрожала непосредственная опасность от войск противника, «когда обстоятельства обязывают усилить действие военной полиции, не вводя осадное положение»⁷. Сам институт осадного положения берет свое начало в декрете французского Конституционного собрания от 8 июля 1791 года, которым была проведена граница между «состоянием мира» (*état de paix*), когда военная и гражданская власти действуют в рамках свойственных им компетенций, «состоянием войны» (*état de guerre*), когда гражданская власть должна действовать сообща с властью военной, и «осадным положением» (*état de siège*), когда «все функции, которыми наделена гражданская власть для поддержания порядка и внутренней безопасности, переходят к командующему армией, исполняющему их исключительно под свою ответственность»⁸. Декрет относился только к крепостям и военным портам; однако законом от 19 фрюктидо-

ра V года Директория уравнила в статусе с крепостями и коммунальной внутренней части страны, а законом от 18 фрюктидора того же года приписала себе право вводить осадное положение в городах. Последующая история осадного положения – это история его прогрессирующего дистанцирования от ситуации войны, к которой оно было изначально привязано в качестве экстраординарной полицейской меры против беспорядков и внутренних мятежей. Таким образом осадное положение превратилось из действительного (то есть военного) в фиктивное (то есть политическое). В любом случае важно помнить, что современное чрезвычайное положение – это порождение именно демократически-революционной, а не абсолютистской традиции.

Идея временного приостановления действия конституционного порядка была впервые введена в Конституцию 22 фримера VIII года, 92-я статья которой гласила: «В случае вооруженного восстания или беспорядков, угрожающих безопасности Государства, закон может приостановить действие конституции в предусмотренных регионах и на определенный срок. Эта процедура в оговоренных случаях может быть временно осуществлена постановлением правительства, если представители законодательного органа находятся в отпуске, при условии, что данный орган будет как можно скорее созван согласно одной из статей того же постановления». Город или регион, о котором шла речь, объявлялся *hors la constitution**. При осадном положении парадигматическим являлось, с одной стороны, перенесение полномочий, в период боевых действий свойственных военной власти, на гражданскую сферу и, с другой – временное приостановление конституции (или тех конституционных норм, которые защищают личные свободы). Тем не менее обе модели со временем сливаются в единый юридический феномен, который мы называем чрезвычайным положением.

* Вне конституции (фр.).

✂ Выражение «абсолютные полномочия» (*pleins pouvoirs*), которым порой характеризуется чрезвычайное положение, связано с расширением правительственных полномочий, и в частности – с предоставлением исполнительной власти права издавать указы, имеющие силу закона. Это словосочетание возникло из понятия *plenitudo potestatis**, разработанного в той терминологической лаборатории современной правовой публицистики, каковой является каноническое право. Предпосылка здесь такова: чрезвычайное положение означает возвращение к тому плероматическому** первоначальному состоянию, в котором разделения властей (на законодательную, исполнительную и пр.) еще не произошло. Как мы увидим, чрезвычайное положение скорее схоже с кеноматическим*** состоянием, правовым вакуумом, а идею единства и начальной полноты власти следует считать юридической мифологемой, аналогичной идее естественного состояния (не случайно к этой мифологеме прибег именно Шмитт). В любом случае термин «абсолютные полномочия» определяет одну из возможных модальностей действия исполнительной власти в период чрезвычайного положения, однако не совпадает с ним.

1.5.

В период между 1934 и 1948 годами, на фоне крушения европейских демократий, теория чрезвычайного положения – впервые сформулированная в 1921 году в долго стоявшей особняком книге Шмитта «О диктатуре» – пережила крайне благоприятный период; в этой

* Полнота власти (*лат.*).

** От греч. πλήρης – полный, наполненный.

*** От греч. κενός – пустой, порожний.

связи важно отметить, что происходило это в форме своеобразной псевдодискуссии о так называемой конституционной диктатуре.

Этот термин – использовавшийся уже немецкими юристами для указания на чрезвычайные полномочия президента рейха согласно 48-й статье Веймарской конституции⁹ – был подхвачен и развит Фредериком М. Уоткинсом в статье «Проблемы конституционной диктатуры» (1940)¹⁰, Карлом Дж. Фридрихом в его книге «Конституционное правление и демократия» (1941)¹¹ и, наконец, Клинтоном Л. Росситером в его работе «Конституционная диктатура: правительственный кризис в современных демократиях» (1948)¹². До них необходимо по крайней мере упомянуть книгу шведского юриста Герберта Тингстена «Абсолютные полномочия. Расширение правительственных полномочий во время и после Великой войны» (1934)¹³. Эти работы, весьма отличные друг от друга и в целом более зависимые от теории Шмитта, чем это может показаться на первый взгляд, тем не менее в равной степени важны, ибо они впервые повествуют о трансформации демократических режимов вследствие постоянно растущего расширения полномочий исполнительной власти, а также о чрезвычайном положении во время и после двух мировых войн в целом. В какой-то мере они предвещают то, что сегодня мы наблюдаем со всей очевидностью: с того момента как «чрезвычайное положение ... стало правилом»¹⁴, оно все чаще и чаще оказывается управленческой технологией, а не вынужденной чрезвычайной мерой, и обнаруживает свою природу основополагающей парадигмы правового порядка.

В своем анализе Тингстен подробно останавливается на важнейшей технической проблеме, отчетливо маркирующей эволюцию современных демократических режимов – распространение полномочий исполнительной власти в пространство законотворчества посредством издания указов и реализации иных законодательных мер, а также вследствие делегирования власти, обусловленного законами «абсолютных полномочий». «Мы понимаем под законами абсолютных полномочий те, которые наделяют исполнительную власть исключительно широкими управленческими полномочия-

ми, в частности правом менять и упразднять действующие законы с помощью указов»¹⁵. Подобные законы, которые следует издавать перед лицом исключительных, требующих срочного решения обстоятельств крайней необходимости, противоречат иерархии закона и устава, лежащей в основе демократических конституций, и передают правительству законодательную власть, которая должна быть единственно прерогативой парламента. В связи с этим Тингстен ставит перед собой задачу проанализировать на примере ряда стран (Франции, Швейцарии, Бельгии, США, Англии, Италии, Австрии и Германии) ситуацию, вытекающую из систематического расширения правительственных полномочий во время Первой мировой войны, когда во многих из воюющих государств (или даже в нейтральных, таких как Швейцария) было объявлено осадное положение или появились законы об абсолютных полномочиях. Исследователь не идет далее фиксации большого числа отдельных случаев; тем не менее в заключении к своей книге автор, кажется, отдает себе отчет в следующем: хотя временное и подконтрольное использование абсолютных полномочий теоретически совместимо с конституционными демократиями, «систематическое и регулярное воспроизведение этого института необходимо ведет к ликвидации демократии»¹⁶. Действительно, постоянно растущая эрозия законодательных прав парламента, который и сегодня часто ограничивается ратификацией мер, предложенных в имеющих силу закона указах исполнительной власти, с того времени становится всеобщей практикой. С этой точки зрения Первая мировая война, как и последующий период, стали своего рода лабораторией, где проходили эксперименты по подгонке механизмов и функциональных диспозитивов чрезвычайного положения как управленческой парадигмы. Одно из важнейших свойств чрезвычайного положения – временное упразднение различия между законодательной, исполнительной и судебной властями – обнаруживает здесь тенденцию к превращению в длительную управленческую практику.

В книге Фридриха теория диктатуры Шмитта играет намного большую роль, чем это признает сам автор, который в одном из при-

мечаний называет работу Шмитта «тенденциозным трактатиком»¹⁷. Разграничение между комиссарской и суверенной диктатурой, проведенное Шмиттом, возникает здесь вновь – уже в виде оппозиции между диктатурой конституционной, заявляющей о желании защищать конституционный порядок, и ведущей к перевороту диктатурой неконституционной. Фундаментальная апория книги Фридриха, как в целом и всей теории конституционной диктатуры, заключена в неспособности распознать и нейтрализовать силы, предопределяющие переход от первой формы диктатуры ко второй (именно так случилось, например, в Германии). Диктатура оказывается внутри порочного круга, где исключительные меры, принятие которых оправданно в целях защиты демократической конституции, суть те же самые, что ведут к ее разрушению: «Нет никакой институциональной защиты, которая была бы в состоянии гарантировать, что чрезвычайные полномочия будут действительно использоваться в целях спасения конституции. Результат может обеспечить лишь решимость самого народа в стремлении проконтролировать, правильно ли используются эти полномочия... Почти диктаторские распоряжения современных конституционных систем – будь то военное право, осадное положение или конституционные чрезвычайные полномочия – не могут осуществлять эффективный надзор за концентрацией власти. Как следствие все эти институты – в случае благоприятных тому обстоятельств – рискуют превратиться в тоталитарные системы»¹⁸.

Однако наиболее очевидными эти противоречия становятся в книге Росситера. В отличие от Тингстена и Фридриха Росситер открыто намеревается с помощью обширного исторического анализа оправдать конституционную диктатуру. Его позиция заключается в следующем: поскольку демократическая форма правления с ее сложной и сбалансированной системой разделения властей создавалась для функционирования в обычных обстоятельствах, «в период кризиса конституционное правление следует изменить любым необходимым для этого образом, дабы нейтрализовать опасность и восстановить нормальную ситуацию. Эта трансформация неизбежно под-

разумеает более сильное правление: то есть правительство будет обладать в этом случае большими полномочиями, а граждане – меньшими правами»¹⁹. Росситер осознает, что конституционная диктатура (то есть чрезвычайное положение) фактически стала управленческой парадигмой (*a well established principle of constitutional government*)²⁰ и что как таковая она таит в себе массу опасностей. Несмотря на это, именно ее крайнюю необходимость и стремится доказать Росситер, запутываясь при этом в неразрешимых противоречиях. Он оценивает как «новаторский, хотя и несколько случайный» (*trail-blazing, if somewhat occasional*)²¹ и собирается скорректировать диспозитив Шмитта, в котором различие между комиссарской и суверенной диктатурами является не сущностным, а, так сказать, градуальным, количественным, и решающая роль здесь, без сомнения, принадлежит последней. Подобный диспозитив не поддается, однако, столь легкому устранению. Хотя Росситер и приводит целых одиннадцать критериев для различения конституционной и неконституционной диктатуры, ни один из них не способен ни определить основное различие между ними, ни исключить перехода одной в другую. Дело в том, что оба важнейших критерия – абсолютная необходимость и временный характер, – к которым сводятся в конце концов все остальные, противоречат тому, что Росситеру прекрасно известно, а именно что чрезвычайное положение уже стало нормой: «Мир входит в атомный век, когда использование чрезвычайных конституционных полномочий, вероятно, станет правилом, а не исключением»²²; или еще более явно в конце книги: «Описывая чрезвычайные правительства в западных демократиях, эта книга может создать впечатление, что управленческие технологии, подобные диктатуре исполнительной власти и делегированию законодательных полномочий административным решениям, по природе своей чисто преходящи и временны. Подобное впечатление было бы, конечно, заблуждением... Описанные здесь управленческие инструменты, например недолговечные кризисные диспозитивы, в ряде стран уже стали, а во всех государствах могут стать постоянными институциями, в том числе и в мирные времена»²³. Прогноз, сделанный восьмью

годами позже появления формулировки Беньямина в восьмом тезисе «О понятии истории», был, без сомнения, точен; однако тем более гротескно звучат слова, завершающие книгу: «Ради нашей демократии можно принести любую жертву, тем более временно пожертвовать самой демократией»²⁴.

1.6.

Анализ ситуации чрезвычайного положения в правовых традициях стран Запада свидетельствует о разделении – чистом в теории, но более размытом в реальности – между правовыми системами, регулирующими чрезвычайное положение в тексте конституции или в рамках какого-либо одного закона, и системами, предпочитающими не регламентировать проблему открыто и напрямую. К первой группе стран принадлежат Франция (где современное чрезвычайное положение возникло в эпоху революции) и Германия; ко второй – Италия, Швейцария, Англия и Соединенные Штаты. Теоретики соответственно делятся на тех, кто поддерживает возможность конституционно или законодательно предусмотреть чрезвычайное положение, и тех (с Карлом Шмиттом во главе), кто подвергает дотошной критике претензию урегулировать законом то, что по определению не может быть сведено к норме. Хотя с теоретико-конституционной точки зрения различие, без сомнения, важно (поскольку предполагает, что во втором случае действия, совершенные правительством вне или против закона, могут теоретически считаться противозаконными и должны быть поэтому отменены специальным *bill of indemnity**, на практике, однако, нечто вроде чрезвычайного положения существует во всех упомянутых правовых системах. История этого института, по крайней мере начиная с Первой мировой войны, показывает, что его

* Парламентский закон об освобождении от ответственности (англ.).

развитие шло независимо от процесса его конституционной или законодательной формализации. В Веймарской республике, 48-я статья конституции которой разграничивала полномочия президента рейха в ситуациях, когда «общественная безопасность и порядок» (*die öffentliche Sicherheit und Ordnung*) оказывались под угрозой, чрезвычайное положение сыграло, несомненно, более важную роль, чем в Италии, где этот институт открыто предусмотрен не был, или во Франции, где он регулировался в рамках одного из законов и где, к тому же, на каждом шагу активно прибегали к «осадному положению» (*état de siège*) и к законотворчеству через указы.

1.7.

Проблема чрезвычайного положения вызывает очевидные аналогии с проблемой права на сопротивление. Возможность включить право на сопротивление в текст конституции широко обсуждалась, особенно в ходе работы учредительных собраний. В проект современной итальянской конституции была внесена статья, гласившая: «Когда государственная власть нарушает фундаментальные свободы и права, гарантированные Конституцией, сопротивление гнету есть право и долг гражданина». Инициатива, воспроизводившая предложение Джузеппе Доссетти, одного из наиболее авторитетных представителей католического лагеря, вызвала живейшие возражения. В ходе дискуссии верх взяло мнение, согласно которому урегулировать юридически нечто, что по природе своей выходит за пределы позитивного права, невозможно, и статья не была одобрена. Однако при этом в Конституции ФРГ фигурирует статья (20-я), полностью легализующая право на сопротивление, утверждающая, что «в отношении любого человека, который попытается уничтожить этот порядок [демократическую конституцию], каждый немец имеет право на сопротивление, если другие способы исправить ситуацию недостижимы».

Аргументация в данном случае оказывается прямо симметричной той, которую сторонники легализации чрезвычайного положения в тексте конституции или в каком-либо специальном законе противопоставляют юристам, считающим абсолютно неуместным его нормативную регламентацию. В любом случае очевидно, что если бы сопротивление стало правилом или даже долгом (неисполнение которого может быть наказано), то, во-первых, не только конституция перестала бы быть абсолютно неприкосновенной и всеобъемлющей ценностью, но и, во-вторых, все политические решения граждан оказались бы законодательно регламентированными. Дело в том, что как в случае права на сопротивление, так и в случае чрезвычайного положения возникает проблема юридического смысла той сферы действия, которая сама по себе находится за пределами правовой системы. Здесь сталкиваются тезис, согласно которому право должно совпадать с нормой, и тезис, по которому сфера действия права, напротив, должна превосходить сферу действия нормы. В конце концов обе эти позиции объединяются в стремлении исключить существование сферы человеческого действия, полностью выходящего за рамки правового поля.

✂ **Краткая история чрезвычайного положения.** Как мы уже упоминали, осадное положение возникает в революционной Франции. После его учреждения декретом Учредительного собрания от 8 июля 1791 года осадное положение обретает свойственный ему вид *état de siège fictif* или *politique* в законе Директории от 27 августа 1797 года, а затем в декрете Наполеона от 24 декабря 1811 года. Мысль о временном приостановлении действия Конституции (*de l'empire de la constitution*) была при этом реализована, как мы уже упоминали, в Конституции 22 февраля VIII года. 14-я статья Хартии 1814 года приписывала суверену право «издавать указы и необходимые распоряжения ради исполнения законов и безопасности государства»; исходя из неопределенности самой формулы, Шатобриан замечал, что

«возможно, одним прекрасным утром в силу 14-й статьи будет целиком изъята сама Хартия» (*qu'il est possible qu'un beau matin toute la Charte soit confisqué au profit de l'art. 14*). Осадное положение прямо упоминалось в одном из «дополнительных актов» (*acte additionnel*) к Конституции от 22 апреля 1815 года. С этих пор и до конца XX века законодательство об осадном положении неизбежно маркирует конституционные кризисы во Франции. После падения Июльской монархии 24 июня 1848 года Учредительное собрание объявило осадное положение в Париже и поручило генералу Кавеньяку восстановить порядок в городе. Поэтому в новую Конституцию 4 ноября 1848 года была включена статья, которая определяла, что условия, формы и следствия осадного положения устанавливаются соответствующим законом. Начиная с этого момента доминирующим принципом (как мы увидим, не без исключений) французской традиции становится следующий: полномочия по приостановлению действия законов принадлежат лишь той власти, которая их издает, то есть парламенту (в отличие от традиции немецкой, доверяющей эту процедуру главе государства). Закон от 9 августа 1849 года (частично измененный законом от 4 апреля 1879 года, вносившим дополнительные ограничения) устанавливал, что осадное положение может быть объявлено парламентом (или, как дополнение, главой государства) в случае неминуемой угрозы для внешней или внутренней безопасности страны. Наполеон III многократно прибегал к этому закону и, придя к власти, в январской Конституции 1852 года передал главе государства исключительную возможность объявлять осадное положение. Франко-прусская война и восстание Коммуны совпали с беспрецедентным распространением чрезвычайного положения, провозглашенного в сорока департаментах и продлившегося в некоторых из них до 1876 года. На основе этого опыта и после неудавшегося государственного переворо-

та маршала Макмахона в мае 1877 года закон, изданный в 1849 году, был изменен: отныне осадное положение могло быть объявлено только соответствующим законодательным актом (или, в том случае если не удавалось собрать депутатов, главой государства, обязанного в течение двух дней созвать палаты парламента) ввиду «неминуемой угрозы внешней войны или вооруженного восстания» (закон от 4 апреля 1878 года, статья 1).

Первая мировая война совпала с постоянным чрезвычайным положением в большинстве воюющих стран. 2 августа 1914 года президент Пуанкаре выпустил указ, по которому по всей стране вводилось осадное положение и который по решению парламента спустя два дня стал законом. Осадное положение оставалось в силе вплоть до 12 октября 1919 года. Хотя деятельность парламента, приостановленная на время первых шести месяцев войны, возобновилась в январе 1915 года, многие из одобренных законов в действительности просто-напросто передавали законодательные функции исполнительной власти (например, закон от 10 февраля 1918 года, который наделял правительство практически абсолютным правом регулировать посредством указов производство и торговлю продовольственными товарами). Тингстен в своей книге заметил, что таким образом исполнительная власть фактически превратилась в законодательный орган²⁵. В любом случае именно в этот период чрезвычайное законодательство посредством правительственных указов (прекрасно знакомое нам сегодня) становится в европейских демократиях общепринятой практикой.

Как можно было предвидеть, расширение полномочий исполнительной власти в сфере законодательства продолжилось и после окончания военных действий. Весьма показательно, что чрезвычайная военная ситуация сменилась теперь чрезвычайной ситуацией в экономике, что имплицитно сближало экономику и войну. В январе 1924 года, в мо-

мент тяжелого кризиса, угрожавшего стабильности франка, правительство Пуанкаре запросило абсолютные полномочия в финансовой сфере. 22 марта, после острых дискуссий, во время которых оппозиция заявила, что это действие приравнивается к отказу парламента от собственных конституционных прав, закон был одобрен, но при этом особые полномочия правительства были ограничены четырьмя месяцами. Аналогичные меры были приняты в 1935 году правительством Пьера Лавала, издавшим более пятисот указов, «имеющих силу закона», дабы избежать девальвации франка. Возглавляемая Леоном Блюмом левая оппозиция энергично противодействовала этой «фашистской» практике; показательно, однако, что, уже находясь у власти вместе с Народным фронтом, в июне 1937 года левые испросили у парламента абсолютные полномочия, чтобы девальвировать франк, установить контроль за курсами и ввести новые налоги. Это означало, что подобная практика законотворчества посредством правительственных указов, начало которой было положено во время войны, стала применяться всеми политическими силами²⁶. 30 июня 1937 года полномочия, в которых было отказано Леону Блюму, были переданы правительству Камиля Шотана, несколько ключевых министерств которого были доверены несоциалистам. 10 апреля 1938 года Эдуард Даладье просил и получил от парламента исключительные законодательные полномочия по изданию указов для того, чтобы противостоять угрозе со стороны нацистской Германии и экономическому кризису. Таким образом, можно сказать, что до конца Третьей республики во Франции «обычные процедуры, принятые в парламентской демократии, были временно приостановлены»²⁷. Когда мы изучаем возникновение так называемых диктаторских режимов в Италии и Германии, важно не забывать об этом параллельном процессе трансформации демократических конституций в пе-

риод между Первой и Второй мировыми войнами. Под давлением парадигмы чрезвычайного положения сама политико-конституционная жизнь западных обществ начинает все больше и больше принимать новые формы, которые, возможно, лишь сегодня достигли своего полного расцвета. В декабре 1939 года, после начала войны, правительство добилось права принимать посредством указов любые меры, необходимые для гарантий защиты нации. Парламент продолжал работать (за исключением месячного перерыва в его деятельности с целью лишения депутатов-коммунистов их неприкосновенности), однако вся законодательная работа стабильно оставалась в руках исполнительной власти. Когда маршал Петен пришел к власти, французский парламент был уже тенью самого себя. Как бы то ни было, но конституционный акт от 11 июля 1940 года передавал главе государства право объявлять осадное положение на всей территории страны (частично уже оккупированной немецкими войсками). В нынешней Конституции чрезвычайное положение регулируется статьей 16, согласно пожеланию де Голля гласящей, что президент республики обязан принять необходимые меры, «когда республиканским институтам, независимости нации, цельности ее территории или осуществлению ее международных обязательств угрожает серьезная и непосредственная опасность, а нормальное функционирование конституционных органов государственной власти прервано». В апреле 1961 года, во время алжирского кризиса, де Голль прибег к 16-й статье, хотя деятельность органов государственной власти прервана не была. С того времени статья 16 больше не использовалась, однако все чаще всем западным демократиям присуще стремление заменять объявление чрезвычайного положения беспрецедентным распространением парадигмы безопасности как обычной управленческой технологии.

История 48-й статьи Веймарской конституции столь сильно переплетается с историей Германии между двумя мировыми войнами, что приход Гитлера к власти невозможно осмыслить без предварительного анализа использования и злоупотребления этой статьей между 1919 и 1933 годами. Ее непосредственной предшественницей была 68-я статья Конституции Бисмарка, которая, в том случае если «общественной безопасности на территории Империи что-то угрожало», давала императору право вводить на части этой территории военное положение (*Kriegszustand*) и, дабы определить его условия, отсылала к прусскому закону об осадном положении от 4 июня 1851 года. В ситуации беспорядков и мятежа, характерной для послевоенного периода, депутаты Национального собрания, которым предстояло одобрить новую конституцию, по совету юристов, среди которых выделяется имя Гуго Преисса, включили в конституцию статью, наделявшую президента рейха невероятно широкими чрезвычайными полномочиями. Текст 48-й статьи действительно гласил: «Если в немецком Рейхе возникает существенная (*erheblich*) угроза общественной безопасности и порядку, президент Рейха может принять меры, необходимые для восстановления общественной безопасности и порядка также с помощью военной силы. Для этих целей он может полностью или частично приостановить действие основных гражданских прав (*Grundrechte*), предусмотренных статьями 114, 115, 117, 118, 123, 124 и 153». Статья добавляла, что следует детализировать условия действия президентских полномочий в одном из законов. Поскольку этот закон так никогда и не был принят, исключительные полномочия президента остались крайне неопределенными: в итоге выражение «президентская диктатура» часто использовалось в правовой доктрине с отсылкой к 48-й статье, а кроме того, Шмитт мог писать в 1925 году, что «ни в одной из конституций земли, кроме

Веймарской, не был столь легко легализован государственный переворот»²⁸.

Действующие правительства республики, начиная с кабинета Брюнинга, непрерывно обращались – с относительным перерывом между 1925 и 1929 годами – к 48-й статье, объявляя чрезвычайное положение и издавая чрезвычайные указы более чем в 250 случаях, в частности для того, чтобы заключить в тюрьму сотни коммунистических активистов и учредить особые суды, имевшие право осуждать на смертную казнь. Зачастую, например в октябре 1923 года, правительство прибегало к 48-й статье, стремясь предотвратить падение марки, подтверждая своими действиями современную тенденцию к сближению военно-политической чрезвычайной ситуации и экономического кризиса. Известно, что последние годы Веймарской республики целиком прошли в режиме чрезвычайного положения; менее очевидно утверждение, согласно которому Гитлер, возможно, не смог бы прийти к власти, если бы страна не находилась почти три года в режиме президентской диктатуры, а парламент продолжал бы действовать. В июле 1930 года правительство Генриха Брюнинга оказалось в меньшинстве. Вместо того чтобы уйти в отставку, Брюнинг добился от президента фон Гинденбурга права обратиться к 48-й статье и распустить рейхстаг. С этого момента Германия фактически прекратила свое существование как парламентская республика. В итоге парламент собирался всего семь раз в сумме не более чем на двенадцать недель, при том что неустойчивая коалиция социал-демократов и центристов бездействовала, со стороны взирая на правительство, зависимое уже исключительно от президента рейха. В 1932 году фон Гинденбург, вновь избранный президентом в соперничестве с Гитлером и Тельманом, вынудил Брюнинга уйти в отставку и назначил на его место центриста фон Папена. 4 июня рейхстаг был распущен и более не созывался до при-

хода к власти нацистов. 20 июля на прусской территории было объявлено чрезвычайное положение, фон Папен назначен рейхскомиссаром Пруссии, а правительство социал-демократов во главе с Отто Брауном было отстранено от власти.

Чрезвычайное положение, в котором находилась Германия в период президентства фон Гинденбурга, в конституционном плане обосновывалось Шмиттом следующим образом: президент действовал как «хранитель конституции»²⁹; однако конец Веймарской республики ясно показывает, что «охраняемая демократия» демократией уже не является, а парадигма конституционной диктатуры скорее функционирует как переходное состояние, неизбежно ведущее к установлению тоталитарного режима. Учитывая все эти прецеденты, понятно, почему в конституции Федеральной республики не упомянуто чрезвычайное положение; тем не менее 24 июня 1968 года «большая коалиция» христианских демократов и социал-демократов одобрила закон о поправках к Конституции (*Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes*), который вновь вводил чрезвычайное положение (определенное как «чрезвычайное положение внутри страны», *innere Notstand*). По неосознанной иронии, впервые в истории института объявление чрезвычайного положения было предусмотрено не просто для охраны безопасности и общественного порядка, а для защиты самой «либерально-демократической конституции». Отныне охраняемая демократия стала нормой.

3 августа 1914 года Федеральное собрание Швейцарии передало Федеральному совету «неограниченные полномочия в принятии всех мер, необходимых для гарантии порядка, целостности и нейтралитета Швейцарии». Этот необычный акт, которым не участвующее в войне государство наделяло исполнительную власть еще более широкими и размытыми полномочиями, чем те, которые получили

правительства стран, напрямую вовлеченных в боевые действия, интересен из-за возникших по его поводу дискуссий в самом собрании, а также в дебатах по случаю обвинений в неконституционности, предъявленных гражданами в швейцарский Федеральный суд. Упорство, с которым швейцарские юристы почти тридцатью годами прежде теоретиков конституционной диктатуры старались вывести (как Вальдкирх и Буркгардт) легитимность чрезвычайного положения из самого текста конституции (в статье 2 читаем, что «Конфедерация ставит целью защищать независимость отечества от чужестранцев и поддерживать порядок и спокойствие внутри страны») или (подобно Хорни и Фляйнеру) обосновать его правом крайней необходимости, «свойственным самому существованию Государства», или (как Гис) поставить акцент на правовой лакуне, заполнить которую призваны чрезвычайные распоряжения, показывает, что теория чрезвычайного положения никоим образом не является исключительным достоянием антидемократической традиции.

История и юридический контекст чрезвычайного положения в Италии представляют особый интерес с точки зрения законодательства путем чрезвычайных правительственных указов (так называемых *decreti-legge*, декрет-законов). Можно смело утверждать, что в этом смысле Италия выполняла функции самой настоящей политико-юридической лаборатории, в которой проходил процесс, в разной степени свойственный и другим европейским государствам, благодаря которому «декрет-закон» «из временного и чрезвычайного инструмента по производству норм превратился в обычный источник производства права»³⁰. Отсюда, однако, следует, что именно государство, правительства которого не отличались особой стабильностью, выработало одну из основных парадигм трансформации парла-

ментской демократии в демократию правительственную. Как бы то ни было, ровно в этом контексте явственно присутствует принадлежность чрезвычайных указов к проблематичному пространству чрезвычайного положения. В статуте короля Карла Альберта (как, впрочем, и в действующей Конституции республики) не упоминалось чрезвычайное положение. Тем не менее правительства королевства часто прибегали к объявлению осадного положения: в Палермо и сицилийских провинциях в 1862 и 1866 годах, в Неаполе в 1862-м, в Сицилии и Луниджане в 1894-м, в Неаполе и Милане в 1898-м, где подавление беспорядков было особенно кровавым и дало повод к ожесточенным дебатам в парламенте. Объявление осадного положения в связи с землетрясением в Мессине и Реджо-Калабрии 28 декабря 1908 года лишь на первый взгляд является особым случаем. В действительности решающие мотивы введения там осадного положения относились к сфере общественного порядка (речь шла о том, чтобы унять грабителей и мародеров, воспользовавшихся катастрофой); кроме того, с точки зрения теории, показательно, что указанные случаи дали возможность Санти Романо и другим итальянским юристам разработать концепцию крайней необходимости как первичного источника права, на которой мы должны будем подробно остановиться.

Во всех этих ситуациях объявление осадного положения осуществлялось с помощью королевских указов, которые хотя и не содержали какого-либо пункта, предусматривавшего парламентскую ратификацию, всегда одобрялись парламентом подобно иным чрезвычайным указам, не касавшимся осадного положения (в 1923 и 1924 годах таким образом единовременно стали законами несколько тысяч изданных в предыдущие годы и не принятых к исполнению декрет-законов). В 1926 году фашистский режим издал закон, который открыто упорядочивал вопрос декрет-законов. Статья 3 устанавли-

вала, что королевским указом могли быть введены в оборот, при условии резолюции кабинета министров, «нормы, имеющие силу закона: 1) когда правительство получает такое право на основании соответствующего закона вплоть до окончания срока поручения; 2) в экстраординарных случаях, в которых того требуют причины неотложной и крайней необходимости. Заключение о необходимости и неотложности подлежит исключительно политическому контролю со стороны парламента». Указы, предусмотренные вторым пунктом, должны были содержать клаузулу о представлении в парламент для превращения указа в закон; однако потеря палатами всякой автономии в период фашистского режима сделала эту клаузулу ненужной. Фашистские правительства столь сильно злоупотребляли производством чрезвычайных указов, что сам режим в 1939 году ощутил необходимость ограничить сферу их действия. Несмотря на это, республиканская конституция с уникальной последовательностью устанавливала в статье 77, что «в случаях крайней и неотложной необходимости» правительство могло принимать «временные меры, имеющие силу закона», которые надлежало в тот же день представить на рассмотрение палат и которые теряли свою силу, если не получали статус закона в течение 60 дней с момента публикации. Известно, что практика правительственного законодательства через декрет-законы с тех пор была принята в Италии за правило. К производству чрезвычайных указов прибегали не только в моменты политического кризиса и в обход конституционного принципа, согласно которому права граждан могут быть ограничены лишь по закону (см.: о борьбе с терроризмом, декрет-закон от 28 марта 1978 года № 59, ставший законом 21 мая 1978 года № 191 – так называемый закон Моро, и декрет-закон от 15 декабря 1979 года № 625, ставший законом 6 февраля 1980 года № 15); но кроме того, декрет-законы настолько прочно вошли в законодательный обиход, что могли быть определены как «проекты закона, оп-

равданные неотложностью»³¹. Все это означает, что демократический принцип разделения властей сегодня утрачен, а исполнительная власть фактически поглотила, по крайней мере частично, власть законодательную. Парламент более не является суверенным органом, которому принадлежит исключительная власть облагать граждан законами: он ограничивается ратификацией указов, изданных исполнительной властью. В техническом смысле слова республика является не парламентской, а правительственной. Показательно также, что о подобном изменении конституционного порядка, идущего сегодня с разной степенью интенсивности во всех западных демократиях, прекрасно известно юристам и политикам, однако его полностью игнорируют сами граждане. В тот самый момент, когда необходимо преподнести урок демократии другим культурам и традициям, политическая культура Запада не отдает себе отчета в том, что она полностью утратила представление о демократическом каноне.

Единственный британский юридический механизм, который можно было бы сравнить с французским *état de siège*, называется *martial law**; однако речь идет о столь широком понятии, что его с полным основанием определяли как «неудачный термин для оправдания через *common law*** действий, совершенных по необходимости с целью защищать *commonwealth**** во время войны»³². Однако все это не означает, что в Англии вовсе не существовало чего-то подобного чрезвычайному положению. В период боевых действий право короны объявлять *martial law* в целом было ограничено Законом о мятеже (*Mutiny Acts*); тем не менее оно с неизбежностью влекло

* Военное положение (англ.).

** Общее право (англ.).

*** Содружество (англ.).

за собой тяжелые последствия для гражданских лиц, де-факто оказывавшихся вовлеченными в военные действия. Так, Шмитт попытался отграничить *martial law* от военных трибуналов и от расправ без суда и следствия, в первое время применявшихся только по отношению к солдатам. Он рассматривал его как некую фактическую процедуру, стремясь сблизить тем самым *martial law* с чрезвычайным положением: «Несмотря на свое название, военное право по сути не является правом или законом, но скорее некоторой процедурой, которая главным образом руководствуется необходимостью достичь определенной цели»³³.

В случае Англии Первая мировая война также сыграла решающую роль в распространении управленческих диспозитивов чрезвычайного положения. Сразу после объявления войны правительство попросило парламент одобрить целую серию срочных мер, подготовленных компетентными министрами и принятых практически безоговорочно. Самым важным из этих актов был Закон о защите королевства (*Defence of Realm Act*) от 4 августа 1914 года, известный как *DORA*, которым правительству передавались достаточно широкие полномочия для регулирования военной экономики, а кроме того, предусматривались значительные ограничения фундаментальных прав граждан (в частности, военные трибуналы получали право судить гражданских лиц). Как и во Франции, деятельность парламента находилась по сути на втором плане на всем протяжении войны. О том, что и в случае Англии речь, тем не менее, шла о процессе, выходящем за пределы военной чрезвычайной ситуации, свидетельствует одобрение парламентом – 29 октября 1920 года, в период забастовок и социального напряжения, – Закона о чрезвычайном положении (*Emergency Powers Act*). Так, статья 1 этого закона гласит: «Всякий раз, когда Его Величеству покажется, что отдельными лицами

или группой лиц совершено или готовится совершение действия такого рода или масштаба, что сможет помешать снабжению и распределению еды, воды, топлива и света или передвижению транспортных средств и тем самым лишить население или его часть жизненно необходимого, то Его Величество может своим постановлением (с этого момента упоминаемым как чрезвычайное постановление) провозгласить чрезвычайное положение». Статья 2 закона наделяла *His Majesty in Council** полномочиями издавать указы и передавать исполнительной власти «любые полномочия, необходимые для поддержания порядка», а также учреждать особые трибуналы (*courts of summary jurisdiction*) для суда над его нарушителями. Даже если наказания, вынесенные этими трибуналами, не могли быть больше трех месяцев тюрьмы («с принудительными работами или без них»), принцип чрезвычайного положения твердо вошел в английское право.

Одновременно логичное и прагматичное место теории чрезвычайного положения в американской конституции заключено в диалектике полномочий президента и конгресса. Эта диалектика установилась в ходе истории (характерным образом уже начиная с Гражданской войны) как конфликт за верховное главенство в чрезвычайной ситуации; в терминологии Шмитта (и это, несомненно, показательно в стране, которую считают колыбелью демократии) – как конфликт по вопросу принятия суверенного решения.

Текстуальной основой конфликта служит прежде всего первая статья Конституции. Она устанавливает, что «привилегия *writ of habeas corpus** не может быть отменена, за исклю-

* King/Queen-in-Council – технический правовой термин в ряде стран с конституционной монархией, означающий действия монарха, согласованные с соответствующими органами исполнительной власти.

чением тех случаев, когда того требует общественная безопасность (*public safety*), вследствие мятежа или вторжения», но не уточняет при этом, какой орган власти правомочен принять решение о приостановке действия закона (хотя доминирующее мнение по данному вопросу и сам контекст этого фрагмента позволяют предположить, что этот пункт обращен к конгрессу, а не к президенту). Второй повод к конфликту состоит в отношениях между другой частью статьи 1 (полномочия объявлять войну и набор в армию, содержать войско и флот принадлежат конгрессу) и статьи 2, гласящей, что «армией и флотом Соединенных Штатов будет командовать президент (*commander in chief*)». Обе эти проблемы оказались в критической зоне в период Гражданской войны 1861–1865 годов. 5 апреля 1861 года, в противоречии с буквой статьи 1, Линкольн издал указ о наборе армии в 75 000 человек и созвал конгресс на специальное заседание 4 июля. В те десять недель, которые прошли с 15 апреля по 4 июля, Линкольн фактически действовал как абсолютный диктатор (в своей книге о диктатуре Шмитт поэтому упоминал об этом явлении как об идеальном примере комиссарской диктатуры³⁴). 27 апреля своим еще более показательным в техническом смысле решением он позволил главнокомандующему армией приостанавливать действие *writ of habeas corpus* всякий раз, как он сочтет это необходимым, в связи с беспорядками вдоль линии сообщения между Вашингтоном и Филадельфией. Практика самостоятельного решения президента о принятии чрезвычайных мер продолжала действовать и после созыва конгресса (так, 14 февраля 1862 года Линкольн установил почтовую цензуру и разрешил аресты тех людей, которые подозревались в «противоречащей ин-

* Судебный приказ о представлении арестованного в суд для рассмотрения законности ареста.

тересам государства и изменнической деятельности» (*disloyal and treasonable practices*), а также заключение их в военные тюрьмы).

В речи к конгрессу, который наконец собрался 4 июля, президент открыто оправдал свои действия, назвав себя обладателем верховных полномочий нарушать конституцию в ситуации крайней необходимости. Принятые им меры, заявил он, «были они законными или нет в узком смысле слова», приняты «под давлением народных требований и в ситуации государственной необходимости» в уверенности, что конгресс бы их ратифицировал. В их основе лежало убеждение, что даже фундаментальный закон может быть нарушен, если на кон поставлено само существование федерации штатов и юридического порядка («нужно ли нарушить все законы, кроме одного, и распустить правительство ради сохранения этого закона?»³⁵). Разумеется, в военной ситуации конфликт между президентом и конгрессом носит по сути своей теоретический характер: фактически конгресс, отлично осознавая, что конституционные полномочия были президентом превышены, мог лишь утвердить сделанное, что и произошло 6 августа 1861 года. Позиции президента в силу этой ратификации усилились, и 22 сентября 1862 года он единоличным решением провозгласил освобождение рабов, а двумя днями позже распространил чрезвычайное положение на всю территорию Соединенных Штатов, узаконив арест и передачу дела «любого мятежника и бунтовщика, их сообщников и защитников во всей стране и всякого, кто будет препятствовать добровольному вступлению на военную службу и рекрутскому набору или же окажется виновным в вероломной помощи восставшим» в военные суды. Президент Соединенных Штатов теперь уже выносил верховное, суверенное решение о чрезвычайном положении. По мнению американских историков, во время Первой мировой войны прези-

дент Вудро Вильсон сконцентрировал в своих руках еще более широкие полномочия, чем права, присвоенные Авраамом Линкольном. Необходимо, тем не менее, уточнить, что Вильсон не игнорировал конгресс, как это делал Линкольн, но предпочел устроить дело так, чтобы конгресс раз за разом сам передавал ему соответствующие полномочия. В этом смысле его управленческая деятельность была ближе к той, которая в тот период времени являлась характерной и для Европы, или же к актуальной практике, которая вместо объявления чрезвычайного положения предпочитает издавать особые постановления. В любом случае с 1917 по 1918 год конгресс одобрил серию законов (от Закона о шпионаже (*Espionage Act*) в июне 1917 года до Закона Овермена (*Overman Act*) от мая 1918 года), которые вручали президенту полный контроль над управлением страной и запрещали не только действия, направленные против интересов государства (такие как сотрудничество с врагом и распространение ложных сведений), но также и «произносить по собственной воле, печатать или обнародовать какие бы то ни было предательские, нечестивые, непристойные или вводящие в заблуждение речи».

С того момента как суверенная власть президента начала основываться прежде всего на чрезвычайной ситуации, связанной с боевыми действиями, метафора войны стала в течение XX века неотъемлемой частью политического словаря президентской власти – всякий раз, когда речь заходила о навязывании решений, считавшихся жизненно важными. Франклину Д. Рузвельту таким образом удалось в 1933 году добиться чрезвычайных полномочий в борьбе с Великой депрессией благодаря представлению своих действий как поступков командующего в период военной кампании: «я без колебаний возьму на себя руководство великой армией нашего народа, направляя ее на целеустремленное решение наших общих проблем. ... По своей конституционной обя-

занности я готов рекомендовать меры, которые могут потребоваться ослабленной стране в ослабленном мире. ... Однако в том случае, если конгресс не сумеет принять один из этих двух курсов, и в том случае, если страна по-прежнему останется в критическом положении, я не уклонюсь от ясного, предначертанного долгом курса. Я буду просить у конгресса единственный оставшийся инструмент разрешения кризиса – широких властных полномочий для борьбы с чрезвычайной ситуацией (*to wage war against the emergency*), столь же неограниченных, как те полномочия, которые были бы мне даны в случае реального вторжения иноземного врага»³⁶. Не следует забывать, что согласно уже упомянутому сходству между военной и экономической чрезвычайной ситуацией, характеризующему политику XX столетия, «Новый курс»* с конституционной точки зрения был осуществлен путем делегирования (посредством ряда положений в Закон о восстановлении национальной промышленности (*National Industrial Recovery Act*) от 16 июня 1933 года) президенту неограниченных полномочий по законодательному регулированию и контролю над всеми аспектами экономической жизни страны.

С началом Второй мировой войны эти полномочия расширились в связи с провозглашением «ограниченного» национального чрезвычайного положения 8 сентября 1939 года, ставшего после атаки на Пёрл-Харбор 27 мая 1941 года полным. 7 сентября 1941 года, обращаясь к конгрессу с просьбой отменить один из экономических законов, президент вновь высказал требование передать ему верховные полномочия перед лицом чрезвычайной ситуации: «В том случае, если конгресс будет бездействовать или действовать несообразно реальности, я сам возьму на себя ответственность

* Экономическая политика, проводимая администрацией Рузвельта начиная с 1933 года с целью выхода из Великой депрессии.

за предпринимаемые действия. Американский народ может быть уверен, что я не премину воспользоваться любыми данными мне полномочиями, чтобы победить наших врагов в любой точке земного шара, если наша безопасность того потребует»³⁷. Наиболее впечатляющее нарушение гражданских прав (тем более тяжкое, что оно было продиктовано единственно *расистскими* мотивами) произошло 19 февраля 1942 года, когда были депортированы 70 000 американских граждан японского происхождения, проживавших на американском Западе (вместе с 40 000 японских граждан, также проживавших и работавших там).

Решение президента Буша регулярно именовать себя *Commander in chief of the army** после 1 сентября 2001 года необходимо рассматривать именно в перспективе требования верховных полномочий. Если, как мы видели, принятие этого звания отсылает непосредственно к введению чрезвычайного положения, то Буш стремится создать такую ситуацию, в которой чрезвычайное положение станет нормой, а провести границу между миром и войной (между внешней войной и гражданской войной в мировом масштабе) окажется невозможным.

1.8.

Разнообразию правовых традиций в юридической теории соответствует разделение между теми, кто пытается включить чрезвычайное положение в сферу правопорядка, и теми, кто считает его внешним по отношению к правопорядку явлением, то есть феноменом, по сути своей политическим и в любом случае находящимся вне поля правовых отношений. Сторонниками первого подхода

* Здесь: главнокомандующим (англ.).

являются такие ученые, как Санти Романо, Ориу, Мортати. Они воспринимают чрезвычайное положение как неотъемлемую часть позитивного права, ибо питающая его крайняя необходимость выступает как самостоятельный источник права. Другие представители этой же традиции (Хорни, Ранеллетти, Росситер) понимают чрезвычайное положение как субъективное (естественное или конституционное) право государства на самосохранение. Представители противоположного подхода (среди прочих Бискаретти, Балладоре-Пальери, Карре де Мальберг) рассматривают чрезвычайное положение и обуславливающую его ситуацию, наоборот, как экстраюридические по природе своей феномены, которые при случае могут влиять на правовую сферу. Юлиус Хачек резюмировал разные точки зрения в оппозиции между *objektive Notstandstheorie*, согласно которой всякое совершенное в чрезвычайном положении действие, выходящее за пределы закона или контрастирующее с ним, противоречит праву и как таковое подлежит правовой ответственности, и *subjektive Notstandstheorie*, по которой чрезвычайные полномочия базируются «на конституционном или доконституционном (естественном) праве» государства³⁸, и гарантией правового иммунитета здесь является вера в добрые намерения.

Простого топографического противопоставления (в рамках правовой системы / вне ее), заложенного в этих теориях, как кажется, недостаточно для того, чтобы осмыслить явление, которое они призваны объяснить. Если особенностью чрезвычайного положения является приостановление (полное или частичное) правопорядка, то как подобный перерыв может по-прежнему осмысляться в рамках правовой сферы? Как аномия может быть вписана в юридический порядок? И если чрезвычайное положение, напротив, есть лишь ситуация, фактически чуждая или противоречащая закону, тогда почему установленный порядок содержит лауну именно в том, что касается принятия решения о чрезвычайном положении? И в чем заключается смысл этой лауны?

В действительности чрезвычайное положение располагается не вне и не внутри правопорядка, а проблема его определения

связана прежде всего с порогом, или зоной неразличимости, где внешнее и внутреннее не исключают, а просто никак не влияют друг на друга. Приостановление действия нормы не означает ее отмены, а устанавливаемая тем самым зона анонии не то чтобы совсем никак не соотносится с правовой сферой (или по крайней мере никак не претендует на это). Поэтому так важны теории, подобные теории Шмитта, которые превращают топографическую оппозицию в более сложную топологическую структуру и ставят под вопрос сами границы правопорядка. В любом случае понимание проблемы чрезвычайного положения предполагает корректный процесс его локализации (или нелокализации). Как мы увидим позже, конфликт вокруг чрезвычайного положения является прежде всего спором о *locus*, месте, которому оно принадлежит.

1.9.

Согласно распространенному мнению, в основе чрезвычайного положения лежит понятие крайней необходимости. Как гласит упорно цитируемое латинское изречение – историю стратегической функции «изречений» (*adagia*) в юридической литературе еще предстоит написать, – *necessitas legem non habet*, «необходимость не знает закона», что имеет два противоположных смысла: «необходимость не признает никакого закона» и «необходимость сама творит свой закон» (*necessité fait loi*). В обоих случаях теория чрезвычайного положения полностью растворяется в теории *status necessitatis*: суждение о наличии такого состояния крайней необходимости исчерпывает проблему его легитимности. Рассмотрение структуры и значения чрезвычайного положения, следовательно, предполагает анализ правового понятия «крайней необходимости», «нужды».

Принцип, согласно которому «необходимость не знает закона», нашел свое воплощение в Декрете Грациана*, где он появляется дважды: первый раз в комментарии и второй раз в тексте. Комментарий (относящийся к фрагменту, в котором Грациан ограничивается утверждением о том, что «многие вещи по необходимости или по любой другой причине совершаются против правил»³⁹), как кажется, приписывает крайней необходимости право делать незаконное законным (*si propter necessitatem aliquid fit, illud licite fit: quia quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Item necessitas legem non habet*). Однако смысл этого высказывания проясняется следующим фрагментом текста Грациана⁴⁰, который трактует церковную службу. Уточнив, что месса должна совершаться на алтаре или на другом освященном месте, Грациан добавляет: «Предпочтительнее вообще не петь и не слушать мессу, чем совершать ее в неподобающих местах; если только это не происходит по крайней необходимости, ибо необходимость не знает закона» (*nisi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet*). Необходимость появляется здесь скорее не для того, чтобы делать законным незаконное, но дабы оправдать нарушения в одном отдельном случае, сделав из него исключение.

Это очевидно и из того, как Фома Аквинский излагает и комментирует данный принцип в «Сумме теологии» – именно в связи с полномочиями государя освобождать от соблюдения закона: «Если буквальное соблюдение закона не влечет за собой непосредственной опасности, которую необходимо немедленно устранить, то никто из обычных людей не властен

* Декрет Грациана – сборник документов церковного права, составленный в середине XII века итальянским монахом Грацианом и заложивший основы канонического права. Декрет разделен на три части: в первой говорится об источниках церковного права, затем о священных лицах и должностях; содержание второй части составляет учение о церковном суде, о браке и о покаянии; в третьей части речь идет о церковных Таинствах и о богослужении.

определять, что полезно, а что вредно городу; это есть исключительная компетенция государя, который в подобного рода случаях обладает властью освобождать от закона. Однако если возникает непредвиденная угроза, когда прибегнуть к помощи вышестоящего нет времени, то к освобождению от закона ведет сама крайняя необходимость, ибо необходимость закону не подвластна» (*ipsa necessitas dispensationem habet annexam, quia necessitas non subditur legi*)⁴¹.

Теория крайней необходимости является здесь не чем иным, как теорией исключения (*dispensatio*), благодаря которому единичный случай освобождается от обязанности соблюдать правила. Крайняя необходимость – это не источник закона, и она не приостанавливает его действие в собственном смысле этого слова; она ограничивается тем, что выводит единичный случай из зоны буквального применения нормы: «Тот, кто в ситуации крайней необходимости действует против текста закона, судит не о законе как таковом, но об отдельном случае, при котором букву закона не обязательно соблюдать» (*non iudicat de ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse*). Главным основанием исключения здесь служит не необходимость, а принцип, согласно которому «назначение любого закона – всеобщее спасение людей, и лишь отсюда возникает сила и смысл закона (*vim et rationem legis*); ежели этого нет, то закон не имеет обязательной силы (*virtutem obligandi non habet*)». В случае крайней необходимости *vis obligandi** закона исчезает, ибо не влечет за собой и *salus hominum***. Очевидно, что речь идет не о *status*, не о ситуации правопорядка как таковой (чрезвычайное положение или положение крайней необходимости), но всякий раз о единичном случае, в котором *vis* и *ratio* закона не находят своего применения.

* Обязывающая сила (лат.).

** Благополучия людей (лат.).

✎ Другой эпизод с отказом от применения закона *ex dispensatione misericordiae** мы находим в одном из фрагментов Грациана, где специалист по каноническому праву утверждает: Церковь может оставить без санкции нарушение, если оно уже совершено (*pro eventu rei*, например, в случае, если некий человек, который не мог стать епископом, уже рукоположен). Здесь парадоксальным образом закон не применяется именно потому, что нарушение уже действительно имело место, и санкции имели бы негативные последствия для Церкви. Анализируя этот текст, Антон Шютц справедливо заметил, что «оценивая законность де-факто, стремясь связать ее с внеправовой реальностью, он [Грациан] не дает праву возможности соотноситься с самим собой, предвосхищая таким образом закат правовой системы»⁴². В этом смысле средневековое исключение свидетельствует о проникновении в правовую систему внешнего факта, своего рода *fictio legis*** , из-за которого в данной ситуации все делают вид, будто выборы епископа были легитимными. Современное чрезвычайное положение, напротив, есть попытка включения в правовую систему самого исключения, что предполагает создание зоны неразличимости, внутри которой реальность и право совпадают.

✎ Имплицитная критика чрезвычайного положения содержится в трактате Данте «Монархия». Стремясь доказать, что Рим достиг своего владычества над миром с помощью права (*iure*), а не насилия, Данте утверждает, что невозможно достичь главной цели права (то есть общего блага) без соблюдения самих принципов права и что поэтому «всякий, кто имеет в виду цель права, идет вместе с

* Из соображений сострадания (*лат.*).

** Правовая фикция (*лат.*).

правом» (*quicumque finem iuris intendit cum iure graditur*)⁴³. Мысль о том, что приостановление действия права может быть необходимым для общего блага, не свойственна средневековому миру.

1.10.

Чрезвычайное положение стремится войти в правовую систему и стать подлинным «состоянием» права лишь в современную эпоху. Принцип, согласно которому крайняя необходимость определяет единичную ситуацию, в которой закон теряет свою *vis obligandi* (именно в этом смысл изречения *necessitas legem non habet*), становится принципом, в соответствии с которым необходимость составляет, так сказать, главное основание и сам источник закона. Это касается не только тех авторов, которые ставили перед собой задачу оправдать национальные интересы одного государства по отношению к интересам другого – как в формуле *Not kennt kein Gebot*, «необходимость заставит пойти на все», которую использовал прусский канцлер Бетман-Гольвег, а затем Йозеф Колер воспроизвел в одноименной книге 1915 года, – но и для тех юристов, которые (от Еллинека до Дюги) рассматривали крайнюю необходимость как основание для действия указов, имевших силу закона и изданных исполнительной властью в период чрезвычайного положения.

Любопытно проанализировать в этой перспективе радикальную позицию Санти Романо, юриста, оказавшего значительное влияние на европейскую правовую мысль в межвоенный период. Романо не только не воспринимает крайнюю необходимость как нечто чуждое и внеположенное правовой системе, но и считает ее основным и первоначальным источником закона. Он начинает с различия между теми, кто считает крайнюю необходимость юри-

дическим фактом или даже субъективным правом государства, основанном в конечном счете на действующем законодательстве и на общих принципах права, и теми, кто считает крайнюю необходимость чистым фактом, а потому чрезвычайные полномочия, базирующиеся на крайней необходимости, никак не укоренены в законодательной системе. Обе позиции, которые роднит отождествление права и закона, являются, согласно Романо, ошибочными, поскольку они не признают существования подлинного источника права за пределами законодательства.

Крайнюю необходимость, которой мы здесь занимаемся, необходимо рассматривать как определенное состояние вещей, которое, по крайней мере обычным образом, в полной и эффективной в практическом смысле форме, нельзя регулировать через прежде установленные нормы. Однако поскольку она не знает закона, она создает его, как гласит другое часто используемое выражение; это означает, что она сама составляет подлинный источник права... Крайняя необходимость, можно сказать, есть главный и первоначальный источник всего права, по отношению к ней остальные источники следует считать в каком-то смысле производными... Именно в необходимости надлежит искать первопричину и легитимацию Государства, правового института *par excellence* и его конституционной системы в целом, которые, например, фактически возникают в ходе революции. То, что возникает в начальный момент жизни определенного режима, может повториться, хотя иногда и в более мягкой форме, тогда, когда режим сформирует иотрегулирует свои основные институты⁴⁴.

Чрезвычайное положение как форма крайней необходимости предстает поэтому – наряду с революцией и фактическим утверждением конституционного порядка – хотя и как «незаконная», но при этом как совершенно «правовая и конституционная» мера, ко-

торая воплощается в производстве новых норм (или новой правовой системы):

Формула, согласно которой осадное положение является в итальянском праве мерой, противоречащей закону, или, попросту говоря, незаконной, но в то же время соответствующей неписаному позитивному праву (и в силу этого юридически возможной и конституционной), кажется более точной и уместной. Тот факт, что крайняя необходимость может победить закон, проистекает из самой ее природы и изначального характера как с логической, так и с исторической точки зрения. Разумеется, закон стал уже кульминацией и главнейшей манифестацией юридической нормы, однако было бы преувеличением считать, что его власть распространяется и за пределы свойственной ему области. Существуют нормы, которые не могут быть написаны, или же их фиксация оказывается неуместной; существуют и иные правила, определение которых возможно лишь тогда, когда возникает случай, к которому их должно применить⁴⁵.

Жест Антигоны, противопоставившей писаному праву *agrapta nomina* неписанные законы, перевернут здесь на 180 градусов и используется в защиту установленного порядка. Впрочем, в 1944 году, когда в стране шла гражданская война, престарелый юрист (ранее уже занимавшийся реальным преобразованием конституционной системы) вновь поставил проблему крайней необходимости, на сей раз в связи с революцией. Революция есть, несомненно, фактическое состояние, чье развитие «не может регулироваться государственными властями, разрушить и уничтожить которые она стремится», и в этом смысле оно является по определению «антиправовым даже тогда, когда справедливо»⁴⁶. Однако революция кажется таковой лишь «в сравнении с позитивным правом государства, против которого она обращена, и последнее вовсе не отменяет того факта, что с точ-

ки зрения, отличной от ее собственного самоопределения, революция является движением, организованным и управляемым собственным правом. Это также означает, что речь идет о системе, которую следует отнести к категории первоначальных правовых систем в характерном для этого выражения смысле. В этом смысле и применительно лишь к той сфере, которой мы коснулись, можно говорить о революционном праве. Анализ развития наиболее важных революций, включая самые недавние, представлял бы огромный интерес как доказательство изложенного нами тезиса, на первый взгляд кажущегося парадоксальным: революция есть насилие, но насилие, определенным образом юридически организованное»⁴⁷.

Status necessitatis, таким образом, принимает обличие как чрезвычайного положения, так и революции, подобно двойственной и неопределенной зоне, в которой действия, сами по себе внеили антиправовые, фактически становятся правом, а юридические нормы превращаются в голые факты; иными словами, речь идет о пороге, за которым реальность и право кажутся уже неразличимыми. Если верно утверждение о том, что при чрезвычайном положении фактическое положение дел становится правовым («чрезвычайность – это фактическое положение дел, и здесь уместен юридический афоризм: *ex facto oritur ius**»⁴⁸), то верно и обратное, а именно что в этом случае происходит противоположное движение, при котором действие права приостанавливается и отменяется реальностью. Как бы то ни было, самое существенное здесь то, что таким образом создается порог неразличимости, в котором *factum* и *ius* переходят друг в друга, теряя свои границы.

Отсюда возникают апории, в силу которых любая попытка определить состояние крайней необходимости заканчивается неудачей. Если необходимая мера уже является юридической нормой, а не просто фактическим положением дел, то почему она должна быть ратифицирована и одобрена с помощью закона, как считает Санти Романо (и большинство авторов вместе с ним)? Если эта ме-

* Из факта возникает право (*лат.*).

ра уже была правовой, то почему она упраздняется, не будучи утвержденной законодательными органами власти? Если же она не была таковой, являясь лишь простым фактом, то почему правовые следствия ратификации вступают в силу не с момента ее преобразования в закон, а *ex tunc** (Дюги справедливо замечает, что обратное действие есть фикция и что ратификация может влиять на события только с того момента, когда она была осуществлена⁴⁹)?

Однако самая большая апория, о которую неизбежно разбивается вся теория чрезвычайного положения, касается самой природы крайней необходимости, которую авторы продолжают, более или менее бессознательно, воспринимать как объективную данность. Против этих наивных представлений, предполагающих чистую фактичность, ими самими поставленную под вопрос, легко возражают те юристы, которые показывают, как необходимость, далекая от того, чтобы предстать в виде объективных данных, со всей очевидностью подразумевает субъективное суждение, а необходимыми и исключительными являются лишь те обстоятельства, которые таковыми названы.

Понятие крайней необходимости полностью субъективно, связано с целью, которую нужно достичь. Можно сказать, что крайняя необходимость диктует обнаружение данной нормы, ибо иначе создается угроза разрушения существующего правопорядка; однако в этом случае следует сойтись на том, что существующий порядок необходимо сохранить. Революционное движение может заявлять о необходимости новой нормы, которая аннулировала бы действовавшие институты, противоречащие новым требованиям; однако следует установить консенсус насчет того, что существующий порядок необходимо устранить ввиду новых требований. Как в одной ситуации, так и в другой ... обращение к крайней необходимости подразумевает моральную или политическую (или, как бы то ни было, вне-

* С этого момента (*лат.*).

правовую) оценку, при которой выносится суждение о правопорядке, о том, достоин ли он сохранения или усиления даже ценой его возможного нарушения. Принцип крайней необходимости, следовательно, всегда, в любом случае есть принцип революционный⁵⁰.

Таким образом, попытка растворить чрезвычайное положение в ситуации крайней необходимости встречается с такими же или даже более сложными апориями в отношении того явления, которое она призвана объяснить. Необходимость не только в конечном счете сводится к решению о том, что следует считать таковой, но и сама ситуация, по поводу которой принимается решение, в действительности пребывает в зоне неразрешимости между фактом и правом.

✂ Шмитту, в своих текстах много раз ссылавшемуся на Санти Романо, по всей вероятности, была известна попытка последнего обосновать чрезвычайное положение через крайнюю необходимость как первоначальный источник права. Теория суверенитета Шмитта как решения о чрезвычайном положении придает *Notstand* поистине основополагающее значение, без сомнения, сравнимое с той ролью, которую ему отводил Романо, считавший *Notstand* первоначальной формой правопорядка. Кроме того, Шмитт разделяет с Романо мысль о том, что право не исчерпывается законом (он не случайно цитирует Романо именно в контексте критики либерального *Rechtsstaat**); однако если итальянский юрист полностью отождествляет государство и право и поэтому отказывает понятию учредительной власти в какой бы то ни было правовой релевантности, то Шмитт усматривает в чрезвычайном положении тот самый момент, в котором становится очевидным неустранимое различие между государством и правом (в период чрезвычайного положения «госу-

* Правового государства (нем.).

дарство продолжает существовать, в то время как право отходит на задний план»⁵¹). Поэтому Шмитт укореняет в *roi-voir constituant** крайнюю форму чрезвычайного положения – суверенную диктатуру.

1.11.

Как полагают некоторые авторы, в ситуации крайней необходимости «судья разрабатывает позитивное кризисное право так же, как в обычное время он заполняет правовые лакуны»⁵². Таким образом, проблема чрезвычайного положения ставится в зависимость от весьма интересной проблемы юридической теории – от вопроса о лакунах в праве. По крайней мере начиная с четвертой статьи Кодекса Наполеона 1804 года («Судья, который откажется выносить решение под предлогом безмолвия, неясности или неполноты закона, может подвергнуться преследованию как виновный в отказе вершить правосудие») в большинстве современных судебных систем судья обязан произнести вердикт даже в случае лакуны в правовом законодательстве. Согласно принципу, по которому закон может содержать лакуны, а право нет, ситуация крайней необходимости интерпретируется как пробел в публичном праве, который должен быть заполнен исполнительной властью. Принцип, касающийся судебной власти, распространяется таким образом и на власть исполнительную.

Однако в чем состоит, при ближайшем рассмотрении, обсуждаемая здесь лакуна? Действительно ли она является лакуной в настоящем смысле слова? В данном случае лакуна не относится к какому-либо пропуску в законодательном тексте, который судье надлежит восполнить; она скорее касается *приостановления* работы

* Учредительной власти (фр.).

действующей системы с целью гарантировать ее существование. Далекое от того, чтобы реагировать на лауну в законодательстве, чрезвычайное положение выступает как создание в системе фиктивной лауны, необходимой для того, чтобы защитить существование нормы и ее применимость в обычной ситуации. Лауна располагается не внутри закона, но затрагивает его отношение к реальности, саму возможность его реализации. Как если бы право содержало существенный разрыв, который разделял бы норму и ее применение и который, в самом крайнем случае, мог бы быть заполнен лишь с помощью чрезвычайного положения, то есть созданием пространства, в котором закон как таковой остается в силе, однако применение его приостановлено.

2.1.

Наиболее строгая попытка построить теорию чрезвычайного положения была предпринята Карлом Шмиттом в его «Диктатуре» и в последовавшей год спустя «Политической теологии». Так как эти книги, вышедшие в начале двадцатых годов, описывают с – так сказать, небеспристрастной – пронизательностью парадигму (*Regierungsform*, форму правления¹), которая не только не потеряла своей актуальности, но и, напротив, получила сегодня полное развитие, здесь необходимо изложить фундаментальные тезисы учения Шмитта о чрезвычайном положении.

Прежде всего некоторые замечания терминологического порядка. В книге 1921 года чрезвычайное положение представлено на примере диктатуры. Последняя включает в себя осадное положение и главным образом поэтому является «чрезвычайным положением», а поскольку диктатура представлена как «приостановление действия закона», то она сводится к вопросу определения «конкретного исключения... проблемы, которая до сих пор не рассматривалась

должным образом в общей теории права»². Диктатура, в контекст которой оказалось таким образом вписано чрезвычайное положение, делится на «комиссарскую диктатуру», целью которой является защита или восстановление действующей конституции, и «суверенную диктатуру», в которой она как образец исключения, «чрезвычайности», достигает, так сказать, своей критической массы, или точки плавления. Поэтому в «Политической теологии» на смену терминам «диктатура» и «осадное положение» приходит «чрезвычайное положение» (*Ausnahmezustand*), в то время как акцент смещается – по меньшей мере внешне – с определения исключения на определение суверенности. Следовательно, стратегия шмиттовского учения о чрезвычайном положении – стратегия двухтактная, и нам необходимо ясно понимать ее внутренние связи и цели.

*Telos** теории в обеих книгах представляет собой включение чрезвычайного положения в юридический контекст. Шмитт прекрасно понимает, что чрезвычайное положение, поскольку оно осуществляет «приостановление действия всего существующего порядка»³, как кажется, «ускользает от всякого правового рассмотрения»⁴ и даже более того – «в силу своей эффективности и фактичности оно по сути своей не может быть облечено в правовую форму»⁵. Тем не менее для него принципиально, чтобы некая связь с правопорядком в любом случае была закреплена: «И комиссарской, и суверенной диктатуре свойственна правовая взаимосвязь»⁶; «Поскольку чрезвычайное положение всегда есть еще нечто иное, чем анархия и хаос, то в юридическом смысле все же существует порядок, хотя и не правопорядок»⁷.

Особым достижением теории Шмита является именно то, что она делает возможной подобную связь между чрезвычайным положением и правопорядком. Речь идет о парадоксальной связи, так как в право должно быть включено то, что является по отношению

* Конец, цель (др. греч.). В древнегреческой философии телос – конечная цель чего-либо, один из четырех основных принципов бытия в философии Аристотеля.

к нему принципиально внешним – а именно ни больше ни меньше как приостановка самого правопорядка (отсюда апоретическая формулировка «в юридическом смысле ... существует порядок, хотя и не правопорядок»).

В «Диктатуре» фактором такого включения внешнего элемента в право является различие между нормами права и нормами осуществления права (*Rechtsverwirklichung*) для комиссарской диктатуры и между учреждающей и учрежденной, то есть законно установленной властью для суверенной диктатуры. Действительно, функцией комиссарской диктатуры, поскольку она «упраздняет конституцию *in concreto*, чтобы защитить эту же конституцию с ее конкретным содержанием»⁸, в конечном счете является создание такой ситуации, в которой «право может быть осуществлено»⁹. При комиссарской диктатуре конституция может быть приостановлена в том, что касается ее применения, «притом что она не перестает действовать, поскольку такая приостановка касается только конкретного исключения»¹⁰. Таким образом, на уровне теории комиссарская диктатура полностью укладывается в разницу между нормой и определяющими ее осуществление технико-практическими правилами.

Иная ситуация при суверенной диктатуре, которая не ограничивается приостановлением действующей конституции «в силу основанного на ней и, стало быть, конституционного права», но стремится скорее достичь такого положения вещей, при котором было бы возможным ввести новую конституцию. В этом случае фактор, позволяющий зафиксировать чрезвычайное положение в правопорядке – это различие между учреждающей и учрежденной властью. При этом учреждающая власть не является «простым и чистым вопросом силы»; скорее она – власть, «которая, не будучи сама учрежденной конституционно, тем не менее находится в такой связи с любой действующей конституцией, что выступает в качестве фундирующей власти... так что вследствие этого она не подвергается отрицанию даже тогда, когда ее будто бы отрицает действующая конституция»¹¹. Будучи юридически «бесформенной» (*formlos*), она, тем не

менее, представляет собой «минимум конституции»¹², включенный в любое решающее политическое действие, и потому и при суверенной диктатуре способна обеспечить связь между чрезвычайным положением и правопорядком.

Здесь становится ясным, почему в предисловии Шмитт представляет «принципиальное различие между комиссарской и суверенной диктатурой» в качестве «первостепенного результата книги», делающего концепт диктатуры «наконец-то доступным для рассмотрения с точки зрения юридической науки»¹³. Действительно, у Шмитта перед глазами были «сочетание» и «путаница» двух диктатур, которые он без усталости развенчивает¹⁴. Но и ленинская теория, и практика диктатуры пролетариата, и беспрестанное усиление использования чрезвычайного положения в Веймарской республике были не формами старой комиссарской диктатуры, а чем-то новым и более экстремальным, что грозило поставить под сомнение сам политико-правовой порядок и чью связь с правом Шмитту было необходимо сохранить любой ценой.

В «Политической теологии» фактором включения чрезвычайного положения в правопорядок является уже различие между двумя фундаментальными элементами права: нормой (*Norm*) и решением (*Entscheidung, Dezision*) – различие, на которое Шмитт указывал еще в «Законе и приговоре» (1912). Приостанавливая действие нормы, чрезвычайное положение «с абсолютной чистотой раскрывает (*offenbart*) специфически юридический формальный элемент, решение»¹⁵. Оба элемента, норма и решение, проявляют таким образом свою автономность. «Подобно тому, как в нормальном случае самостоятельный момент решения может быть сведен до минимума, в чрезвычайном случае уничтожается (*vernichtet*) норма. Тем не менее исключительный случай также остается доступным для юридического познания, потому что оба элемента – как норма, так и решение – остаются в рамках юридического (*im Rahmen des Juristischen*)»¹⁶.

Теперь становится ясным, почему в «Политической теологии» теория чрезвычайного положения может быть представлена как

учение о суверенитете. Суверен, имеющий право принимать решение о чрезвычайном положении, обеспечивает его фиксацию в правопорядке. Но именно потому, что это решение касается самого аннулирования нормы – то есть чрезвычайная ситуация представляет собой включение и захват пространства, которое не находится ни внутри ни снаружи (и которое соответствует аннулированной и приостановленной норме), – «суверен стоит вне (*steht ausserhalb*) нормально действующего правопорядка и все же принадлежит (*gehört*) ему, ибо он компетентен решать, может ли быть *in toto** приостановлено действие конституции»¹⁷.

«Быть вне» правопорядка и в то же время принадлежать ему – это топологическая структура чрезвычайного положения, и только потому, что бытие суверена, принимающего решение об исключении, в действительности логически выводится из последнего, сущность суверена тоже следует понимать как некий оксюморон – принадлежность-вне-принадлежности (или «экстатическую принадлежность»).

✎ В свете этой сложной стратегии включения чрезвычайного положения в закон становится видна связь «Диктатуры» и «Политической теологии». Юристы и политические философы обращали внимание прежде всего на теорию суверенности, содержащуюся в книге 1922 года, не отдавая себе отчета, что она обретает смысл только на базе разработанной в «Диктатуре» теории чрезвычайного положения. Как мы уже показали, значение и парадокс шмиттовского концепта суверенности выводятся из чрезвычайного положения, а не наоборот. И, конечно же, не случаен тот факт, что сначала, в книге 1921 года и в предшествовавших ей статьях, Шмитт описал теорию и практику чрезвычайного положения и только затем сформулировал свою теорию суверенности в «Политической теологии». Несомнен-

* В целом (*лат.*).

но, «Политическая теология» является попыткой безоговорочно зафиксировать чрезвычайное положение в правовом порядке, но эта попытка не была бы возможной, если бы чрезвычайное положение предварительно не было артикулировано в терминах и понятиях диктатуры и, так сказать, «юридизировано» через отсылку к римской магистратуре и различие норм права и норм его осуществления.

2.2.

Далее учение Шмитта о чрезвычайном положении устанавливает в теле права ряд цезур и подразделений, которые хотя и не всегда стыкуются друг с другом, все же благодаря своей взаимосвязанности и противопоставленности позволяют машине закона функционировать.

Возьмем, например, оппозицию между нормами права и нормами осуществления права, между нормой и ее конкретным применением. Комиссарская диктатура показывает, что момент применения автономен по отношению к норме как таковой и что норму «можно приостановить в ее действии, при том что она не перестает действовать»¹⁸. То есть комиссарская диктатура подразумевает такое состояние закона, в котором он не применяется, но остается в силе. Суверенная же диктатура, в которой старая конституция более не существует, а новая представлена в «минимальной» форме учреждающей власти, напротив, означает состояние закона, в котором он применяется, но формально не действителен.

Теперь возьмем оппозицию нормы и решения. Шмитт показывает, что они несводимы друг к другу в том смысле, что решение никогда не может быть выведено без остатка из содержания нормы¹⁹. В решении о чрезвычайном положении норма приостанавливается или даже аннулируется, но суть этой приостановки, повто-

рим, – в создании ситуации, в которой применение нормы снова стало бы возможным («должна быть создана ситуация, в которой могут действовать формулы права»²⁰). Таким образом, чрезвычайное положение отделяет норму от ее применения для того, чтобы сделать возможным само применение. Оно вводит в область права зону аномии, чтобы сделать возможной эффективную нормализацию реальности.

Поэтому мы можем определить чрезвычайное положение в учении Шмитта как место, в котором оппозиция между нормой и ее применением становится максимальной. Это поле правового напряжения, в котором минимум действенности совпадает с максимумом применения и наоборот. Но даже в этой экстремальной зоне – и более того, именно в силу присущих ей свойств – оба эти элемента права проявляют свою глубинную связь.

✎ Прояснить это поможет структурная аналогия между языком и правом. Как лингвистические элементы существуют в языке без какой-либо реальной денотации, которую они приобретают только в самом дискурсе, так в чрезвычайном положении норма действует без какой бы то ни было отсылки к реальности. Но как конкретная лингвистическая активность становится интеллигибельной через presupпозицию чего-то похожего на язык, так же и норма посредством приостановки ее применения в чрезвычайном положении может отсылать к нормальной ситуации.

В целом можно сказать, что не только язык и право, но и все социальные институты сформировались в результате процесса десемантизации и приостановки конкретной практики, непосредственно соотнесенной с реальностью. Как грамматика, порождая речь без денотации, вычленила из дискурса нечто похожее на язык, или как право, приостановив обычай и конкретные традиции индивидов, смогло выделить нечто вроде нормы, так же и упорная работа цивилизации в любой сфере продолжает отделять челове-

ческую практику от ее непосредственного исполнения и таким образом создавать тот избыток означающего по отношению к денотату, который впервые был отмечен Леви-Строссом*. Избыточное означающее – этот ведущий концепт гуманитарных наук XX века – соответствует в этом отношении чрезвычайному положению, в котором норма остается действительной, но не применяется.

2.3.

В 1989 году Жак Деррида провел в Школе права им. Бенджамина Кардозо в Нью-Йорке конференцию под названием «Сила закона: мистическое основание власти» (*Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*). Конференция, в действительности состоявшая из чтения эссе Беньямина «К критике насилия», вызвала широкую полемику как среди философов, так и среди юристов; но тот факт, что никто не пытался проанализировать загадочную формулировку, которая дала название тексту, является признаком не только окончательного разделения философской и юридической культур, но и упадка последней.

За выражением «сила закона» стоит долгая традиция римского и средневекового права, в которой оно (по крайней мере начиная с Дигеста «О законах» – *legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire****) имеет общий смысл действенности, способности обязывать. Но только в Новое время, в контексте французской революции, оно начинает обозначать высшую ценность государствен-

* См.: Леви-Строс, Клод. Структурная антропология. М., 2001.

** «Действие права: повелевать, запрещать, разрешать, карать» (лат.). См.: Дигесты Юстиниана. В 8-ми т. / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. М.: Статут, 2002–2006. Т. 1. Кн. 1. Титул III, 7.

ных актов, исходящих от народных представительных собраний. Так, в статье 6 Конституции 1791 года *force de loi* обозначает неприкосновенность закона даже для суверена, неспособного ни отменить, ни изменить его. В этом смысле современная доктрина различает *действенность* закона, которая неотделима от любого действующего правового акта и заключается в произведении правовых эффектов, и *силу закона* – вторичный концепт, выражающий положение закона или приравненных к нему актов по отношению к другим законодательным актам, наделенным большей (как в случае конституции) или меньшей (декреты и инструкции, изданные исполнительной властью) силой²¹.

Решающим, однако, является то обстоятельство, что в техническом смысле синтагма «сила закона» и в доктрине Нового времени, и в античной доктрине отсылает не к закону, а к тем декретам – имеющим, как говорится, именно силу закона, – которые исполнительная власть может иметь право издавать в некоторых случаях (и прежде всего в ситуации чрезвычайного положения). То есть концепт «сила закона» как технический термин права обозначает отделение *vis obligandi*, или применимости нормы, от ее формальной сущности, благодаря чему декреты, мероприятия и меры, не являющиеся формально законами, тем не менее приобретают «силу». Так, когда в Риме принцепс* получал власть издавать акты, которые постепенно все больше и больше обретали значимость законов, римская доктрина говорила, что эти акты имеют «силу закона»

* Принцепс (от лат. *princeps* – первый, главный) – во времена Римской республики наименование сенаторов (*princeps senatus*), значившихся первыми в списке сената, – обычно старейшие из бывших цензоров. Официально принцепс не имел особых полномочий и прав, кроме почетного права первым высказывать свое мнение. Некоторые принцепсы в период республики пользовались большим авторитетом и нередко оказывали сильное влияние на политику государства. Начиная с Августа в период империи термин «принцепс сената» обозначал носителя монархической власти.

(*quod principi placuit legis habet vigorem**). В тех же выражениях, но особо подчеркивая формальное отличие законов и установлений принцепса, Гай пишет *legis vicem obtineat***, а Помпоний – *pré lege servatur****.

В нашем изложении чрезвычайного положения мы встретили многочисленные примеры подобного смешения актов исполнительной и законодательной власти; более того, как мы показали, подобное смешение является одной из наиболее существенных особенностей чрезвычайного положения (предельным случаем является нацистский режим, в котором, как не уставал повторять Эйхман, «слова фюрера имели силу закона²³»).

Однако с технической точки зрения специфический эффект чрезвычайного положения – это не столько смешение властей, на котором до сих пор слишком сильно настаивали, сколько изоляция «силы закона» от закона. Эта изоляция определяет такое «состояние закона», в котором, с одной стороны, норма находится в действии, но не применяется (не имеет «силы»), а с другой – акты, не имеющие значимости закона, обретают в этом состоянии «силу». То есть в предельном случае «сила закона» колеблется как неопределенный элемент, на который может притязать как государственная власть (которая в таком случае действует как комиссарская диктатура), так и революционная организация (которая в таком случае действует как суверенная диктатура). Чрезвычайное положение – это пространство аномии, в котором ставкой является «сила закона» без закона (и которая поэтому должна именоваться «сила ~~закона~~»). Такая «сила ~~закона~~», где потенциал и действие полностью разделены, безусловно является неким мистическим элементом или скорее некоей *factio*****, посредством которой право

* «То, что решил принцепс, имеет силу закона» (лат.). См.: Дигесты Юстиниана. В 8-ми т. / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. М.: Статут, 2002–2006. Т. 1. Кн. 1. Титул IV, 1.

** Имеет силу закона (лат.).

*** Есть закон (лат.).

**** Фикция, выдумка (лат.).

пытается присвоить саму аномию. Но как можно осмыслить подобный «мистический» элемент и каким образом он действует в чрезвычайном положении – это именно та проблема, которую необходимо разъяснить.

2.4.

Понятие применения, безусловно, является одной из наиболее проблемных категорий юридической (и не только) теории. Неверной была сама постановка вопроса, который рассматривал кантовское понимание суждения как способность мыслить особенное в качестве содержащегося во всеобщем. Применение нормы было бы тогда случаем определяющего суждения, в котором всеобщее (правило) дано, и под него следует подвести частный случай (в рефлектирующем суждении, напротив, дано особенное и следует найти общее правило). Несмотря на то, что Кант в действительности прекрасно понимал апоретичность проблемы и сложность выбора *in concreto* между двумя типами суждения (тому доказательством служит его понимание примера как частного случая правила, которое невозможно изложить), недоразумение здесь происходит оттого, что отношения между частным случаем и нормой представляются как чисто логическая операция.

И здесь аналогия с языком делает более ясным для понимания тот факт, что в отношении общего и частного (тем более в случае применения юридической нормы) речь идет не только о логическом обобщении, но прежде всего о переходе от общего утверждения, обладающего чисто виртуальной референцией, к конкретной референции, к некому сегменту реальности (то есть ни больше ни меньше как о проблеме действительной связи между языком и миром). Этот

* От языка к речи (*лат.*).

переход от *langue* к *parole**, или от семиотического к семантическому, никоим образом не является логической операцией; он всегда влечет за собой практическую деятельность, то есть принятие языка одним (или более) говорящим субъектом и приведение в действие того сложного механизма, который Бенвенист определил как «высказывательная функция» и который так часто недооценивают логики. В случае юридической нормы референция к частному случаю предполагает «процесс», в который всегда вовлечено множество субъектов и который достигает кульминации в момент вынесения приговора, то есть такого высказывания, действительное отношение которого к реальности обеспечивают институты власти.

Поэтому правильная постановка вопроса о применении требует предварительного переноса из области логики в область практики. Как показал Гадамер²⁴, дело не только в том, что любая языковая интерпретация в действительности является «аппликацией», требующей реальной герменевтической операции²⁵ (в традиции теологической герменевтики она резюмирована в девизе, которым Иоганн Альбрехт Бенгель предварил свой перевод Нового Завета: *te totum applica ad textum, rem totam applica ad te* – «прилагай всего себя к тексту, весь текст прилагай к себе»), но и в том, что в случае, когда речь идет о праве, совершенно очевидно – и Шмитту не составило труда теоретизировать эту очевидность, – что применение нормы никоим образом в ней не содержится и не может быть из нее выведено, иначе не нужно было бы возводить внушительное здание процессуального права. Как между языком и миром, так и между нормой и ее применением нет никакой внутренней связи, которая позволяла бы незамедлительно вывести одно из другого.

В этом смысле чрезвычайное положение – открытие пространства, где применение и норма демонстрируют свое разделение и чистая «сила закона» осуществляет (то есть применяет, прекращая применение) норму, применение которой было приостановлено. Таким образом, невозможная спайка нормы и реальности и вытекающее из нее установление нормальной сферы производится в форме исключения, то есть через пресуппозицию связи между ни-

ми. Это означает, что для того, чтобы применить норму, необходимо приостановить ее применение, создать исключение. В любом случае чрезвычайное положение всегда подразумевает некую почву, на которой логика и практика теряют свою определенность и чистое насилие без *логоса* претендует на то, чтобы осуществлять высказывание, не имеющее реальной референции.

3.1.

В римском праве существует институт, который некоторым образом может считаться архетипом современного *Ausnahmezustand*, но которому, тем не менее (или, возможно, именно по этой причине), историки права и теоретики публичного права не уделяют должного внимания, – это *iustitium**. Этот институт позволяет рассмотреть парадигму чрезвычайного положения, поэтому мы воспользуемся им как уменьшенной моделью, чтобы попытаться распутать апории, которые не удается решить современной теории чрезвычайного положения.

* Букв.: остановка права (лат.). Юридический термин, означавший остановку судопроизводства и прекращение всех общественных занятий. Объявлялась сенатом и магистратами в годы бедствий, опасностей и всеобщих волнений и отменялась после того, как опасность миновала. В императорский период имела место лишь при объявлении общественного траура по случаю смерти императоров или членов императорской фамилии.

В случае получения сообщения о ситуации, подвергавшей опасности республику, сенат издавал *senatus consultum ultimum**, в котором призывал консулов (или тех, кто заменял их в Риме – интеррекс** или проконсулов), а в некоторых случаях также и претора или народных трибунов; в самом же крайнем случае – всех граждан принимать любые меры, которые те посчитают необходимыми для спасения государства (*rem publicam defendant, operamque dent ne quid respublica detrimenti capiat****). Основой этого постановления сената был декрет, который объявлял *tumultus* (то есть чрезвычайную ситуацию, вызванную в Риме внешней войной, восстанием или гражданской войной), за которым обычно и следовало провозглашение *iustitium* (*iustitium edicere o indicere*).

Термин *iustitium* – построенный точно так же, как и *solstitium*****, – буквально означает «остановка, временное приостановление права»: *quando jus stat* – этимологически поясняют грамматикки – *sicut solstitium dicitur* (*iustitium* говорят, когда закон стоит на месте, как солнце в день солнцестояния); или же, по словам Авла Геллия, *iuris quasi interstitio quaedam et cessatio* (чуть ли не остановка и бездействие закона). То есть *iustitium* означал приостановление не только действий судебных властей, но и права как такового. Значение этого парадоксального юридического института, заключающегося исключительно в создании юридической пустоты, необходимо исследовать как с точки зрения систематики публичного права, так и с историко-философской точки зрения.

* Чрезвычайное постановление сената (лат.) – означало введение чрезвычайного положения с предоставлением консулам диктаторских полномочий.

** Интеррекс (лат. *interrex* – буквально «междущарь») – временный правитель в Древнем Риме, занимавший место царя после его смерти и до выбора нового. Как правило, высшей властью наделялся один из сенаторов.

*** Защищать государство, чтобы республика не понесла какого-либо ущерба (лат.).

**** Солнцестояние (лат.).

№ Определение концепта *tumultus* – в особенности в его связи с концептом войны (*bellum*) – послужило поводом для не всегда относящихся к делу дискуссий. Связь между этими концептами обнаруживается уже в античных источниках, например, в отрывке Филиппик, где Цицерон утверждает, что «может быть война и не быть смятения, но смятения без войны быть не может» (*potest enim esse bellum ut tumultus non sit, tumultus autem esse sine bello non potest*)¹. Совершенно очевидно, что здесь не имеется в виду, будто смятение (*tumulto*, то есть гражданское волнение) – это особая или более сильная форма войны (*qualificiertes*, gesteigertes bellum*²); напротив, признавая между этими двумя понятиями связь, Цицерон тем самым устанавливает между ними несводимое различие. Анализ касающихся *tumultus* отрывков из Ливия показывает, что причиной смятения действительно может быть (но не всегда является) внешняя война, но технически этот термин обозначает состояние беспорядка и брожения (*tumultus* связан с *tumor*, который переводится как «опухоль», «брожение»), следующее в Риме за тем или иным событием (так, новость о поражении в войне с этрусками вызвала в Риме смятение и *maiorem quam re terrorem* – переполох, несообразный размерам бедствия³). Эта путаница причины и следствия очевидна в словарных определениях: *bellum aliquod subitum, quod ob periculi magnitudinem hostiumque vicinitatem magnam urbi trepidationem incutiebat*, то есть: каждая внезапная война из-за опасности близости врага вызывает страх в городе (Форчеллини**). Смятение – это не «внезапная война», а

* Характерное для XIX века написание в немецком языке слова *qualifiziertes*.

** Эджидио Форчеллини (1688–1768) – итальянский лексикограф, создатель «Полного латинского лексикона» (*Lexicon totius latinitatis*), который стал огромным вкладом в филологию XVIII века. Созданный им лексикон послужил основой для всех позднейших латинских словарей.

*magna trepidatio**, который она вызывает в Риме. Поэтому в других случаях тем же термином может быть описан беспорядок, вызванный внутренним восстанием или гражданской войной. Единственное определение, которое способно охватить все приведенные случаи, – это определение, видящее в *tumultus* «цезуру, посредством которой с точки зрения публичного права реализуется возможность принятия чрезвычайных мер»⁴. *Bellum* относится к *tumultus* так же, как война относится к военному осадному положению, с одной стороны, и чрезвычайное положение к политическому осадному положению – с другой.

3.2.

Тот факт, что реконструкция некоторого подобия теории чрезвычайного положения в римской конституции всегда ставила специалистов по Древнему Риму в затруднительное положение, совершенно не удивителен, если учесть, что она в принципе отсутствовала в публичном праве.

Показателен в этом отношении подход Моммзена. Когда в «Римском государственном праве» (*Römisches Staatsrecht*) ему пришлось столкнуться с проблемой *senatus consultum ultimum* и состоянием крайней необходимости, которое оно предполагает, он не нашел ничего лучшего, как прибегнуть к образу права на самооборону (немецкое *Norwehr*, означающее самооборону, отсылает также к чрезвычайной ситуации, *Notstand*):

Как каждый индивидуум приобретает право на самооборону в случае, когда общество оказывается не способно обес-

* Большой страх (лат.).

печить его защиту, так же существует и право на самооборону для государства и для каждого его гражданина как таковых в случаях, когда общество находится в опасности и судебные функции не выполняются. Несмотря на то, что оно в некотором смысле стоит вне права (*ausserhalb des Rechts*), необходимо, тем не менее, разъяснить сущность и практику применения этого права на самооборону (*Notwehrrecht*) в той мере, в какой оно вообще поддается общему теоретическому рассмотрению»⁵.

С признанием внеюридического характера чрезвычайного положения и неуверенностью в том, что оно вообще поддается теоретическому рассмотрению, связаны колебания и нестыковки, неожиданные для скорее систематического, чем исторического ума Моммзена. Прежде всего, он рассматривает *iustitium*, связь которого с *senatus consultum ultimum* он прекрасно осознает, не в разделе, посвященном состоянию крайней необходимости⁶, а там, где говорится о праве вето магистратов⁷. Кроме того, несмотря на то что он осознает, что крайнее и чрезвычайное постановление сената относится главным образом к гражданской войне (им «объявляется гражданская война»⁸) и что форма призыва в обоих случаях разная, он, тем не менее, видимо, не различает *tumultus* и военное положение (*Kriegsrecht*). В последнем томе «Римского государственного права» Моммзен определяет *senatus consultum ultimum* как «квазидиктатуру», введенную в конституционную систему во времена Гракхов, и добавляет, что «в последнее столетие республики прерогатива сената применять по отношению к гражданам законы военного положения всерьез никогда не оспаривалась»⁹. Но образ квазидиктатуры, позднее подхваченный Плауманном, совершенно сбивает с толку, поскольку в рассматриваемом случае не только не создается новая магистратура, но, напротив, формируется впечатление, что каждый гражданин облачается аномальной колеблющейся *imperium**, не поддающейся определению в терминах нормального строя.

* Властью (лат.).

При определении этого чрезвычайного положения пронципальность Моммзена проявляется ровно там, где становятся видны его границы. Он отмечает, что власть, о которой идет речь, абсолютно превосходит конституционные права магистратов и не может быть рассмотрена с формально-юридической точки зрения:

Если уже упоминание народных трибунов и глав провинций, не обладающих *imperium* или обладающих ею лишь номинально, – пишет он, – не позволяет считать этот призыв (содержащийся в *senatus consultum ultimum*) обращенным только к магистратам и лишь побуждающим их более энергично пользоваться своими конституционными правами, то, учитывая то обстоятельство, что после постановления сената, вызванного наступлением Ганнибала, все бывшие диктаторы, консулы и цензоры вновь получили *imperium* и сохраняли ее вплоть до отступления врага, этот факт становится еще более очевидным. То, что призыв обращен и к цензорам, показывает, что речь здесь идет не о чрезвычайном продлении ранее предоставленных полномочий, распоряжение о котором, помимо прочего, сенат не мог бы отдать в подобной форме. Эти постановления сената не могут быть рассмотрены с формально-юридической точки зрения: имеется необходимость предоставить права, и сенат в качестве высшей власти объявляет чрезвычайное положение (*Notstand*), лишь прибавляя к этому совет организовать по возможности необходимые меры самозащиты.

Здесь Моммзен упоминает случай Сципиона Назика, гражданина, который видя, что консул отказался действовать во исполнение *senatus consultum ultimum* против Тиберия Гракха, вскричал: «*Qui rem publicam salvam esse vult, me sequatur!*»* и убил Тиберия Гракха.

* «Кто хочет спасти государство, пусть следует за мной!» (лат.).

Imperium таких командующих при чрезвычайном положении (*Notstandsfeldherren*) относится к *imperium* консулов более или менее так же, как *imperium* претора или проконсула относится к консульской *imperium*... Власть, о которой идет речь, – обычная власть командующего, и не имеет значения, направлена она против осаждающего Рим врага или против взбунтовавшегося гражданина... Впрочем, это право командования (*Commando*), в чем бы оно ни проявлялось, сформулировано еще менее четко, чем аналогичное право в состоянии крайней необходимости (*Notstandscommando*) в области *militiae**, и, как и последнее, исчезает с уменьшением опасности¹⁰.

В описании этого *Notstandscommando*, в котором носителем колеблющейся и находящейся «вне права» *imperium* является, как кажется, всякий гражданин, Моммзен, насколько это было для него возможно приблизился к созданию теории чрезвычайного положения, но так и не начал работу над ней.

3.3.

В 1877 году Адольф Ниссен, профессор Страсбургского университета, опубликовал монографию «*Iustitium*. Из истории римского права» (*Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*). Книга, где ставится задача проанализировать «юридический институт, который до сих пор оставался практически незамеченным», интересна по нескольким причинам. Ниссен первым ясно увидел, что привычное понимание этого термина как «судебных каникул»

*Здесь: войны (лат.).

(*Gerichtsferien*) абсолютно неудовлетворительно и что с технической стороны его также следует отличать от его более позднего значения – «публичный траур». Возьмем образцовый случай *iustitium*, о котором сообщает Цицерон в Филиппике (5.12). Перед лицом угрозы нападения Антония, ведущего свои войска на Рим, Цицерон обращается к сенату с такими словами: «*Tumultum censeo decerni, iustitium indici, saga sumi dico oportere*» («Утверждаю, что необходимо объявить *tumultus*, провозгласить *iustitium* и взять плащи*»): фраза *saga sumere* означала, что граждане должны были снять тоги и готовиться к войне). Ниссену не составило труда показать, что в данном контексте переводить *iustitium* как «судебные каникулы» просто не имело смысла; речь здесь идет скорее о том, чтобы перед лицом чрезвычайной ситуации отложить ограничения, которые закон налагал на деятельность магистратов (в особенности установленный *Lex Sempronia*** запрет на убийство римского гражданина *iniussu populi****). По мнению Ниссена, *Stillstand des Rechts*, «остановка и приостановление права», – это формула, служащая и буквальным переводом, и определением термина *iustitium*. *Iustitium* «приостанавливает право, и таким образом все юридические предписания оказываются вне игры. Ни один римский гражданин не обладает теперь ни правами, ни обязанностями, будь то магистрат или простой гражданин»¹¹. В том, что касается целей этой нейтрализации права, у Ниссена на этот счет нет никаких сомнений:

Когда право оказывалось неспособным выполнять свою главную задачу – быть гарантом общего блага, от права ради удобства отказывались, и как в случае необходимости магистраты постановлением сената освобождались от налагаемых законом ограничений, так же в более экстремальных случаях откладывалось само право. Когда оно

* *Sagum* – так у римлян назывался короткий военный или дорожный плащ.

** Законом Семпрония (лат.).

*** Без приказа народа (лат.).

приносило вред, его не преступали, а устраняли, его приос-
танавливали посредством *iustitium* (ibid., p. 99).

Таким образом, согласно Ниссену, *iustitium* отвечает той же необходимости, которую без оговорок выразил Макиавелли, предлагая в «Рассуждениях о первой декаде Тита Ливия» «сломать» порядок для того, чтобы спасти его («Ибо, когда в республике отсутствует такого рода институт, неизбежно приходится либо гибнуть, соблюдая установленные порядки, либо ломать их, дабы не погибнуть»¹²).

Таким образом, с точки зрения состояния крайней необходимости (*Nothfall*), Ниссен может интерпретировать *senatus consultum ultimum*, *iustitium* и объявление *tumultus* как систематично связанные явления. *Consultum* предполагает *tumultus*, а *tumultus* – единственная причина *iustitium*. Они являются категориями не уголовного, а конституционного права и обозначают «цезуру, через которую, с точки зрения публичного права, осуществляется возможность принятия чрезвычайных мер (*Ausnahmemassregeln*)»¹³.

✎ В синтагме *senatus consultum ultimum* термин, определяющий особенность этого постановления в сравнении с другими *consulta*^{*}, – это, несомненно, прилагательное *ultimus*, не привлекающее, как кажется, должного внимания ученых. Из того факта, что оно встречается как в определении ситуации, легитимирующей *consultum* (*senatus consultum ultimae necessitatis*), так и в *vox ultima* – обращенном ко всем гражданам призыве к спасению государства (*qui rempublicam salvare vult, me sequatur*), следует, что он имеет техническое значение. *Ultimus* происходит от наречия *uls*, которое значит «по ту сторону» (в противоположность *cis*, «по эту сторону»). Таким образом, этимологически *ultimus* обозначает нечто, находящееся абсолютно по ту сторону, предельно удаленное. *Ultima necessitas* (*necedo* этимологически

* Постановлениями (лат.).

имеет значение «не могу вернуться») отмечает зону, за которой уже невозможно восстановление или спасение. Но если мы теперь спросим, относительно чего *senatus consultum ultimum* находится в такой экстремальной позиции, единственным возможным ответом будет: относительно правопорядка, который при *iustitium* в действительности приостанавливается. *Senatus consultum ultimum* и *iustitium* в этом отношении отмечают границу римского государственного строя.

✂ Монография Миддела (1887), опубликованная на латыни (но современные авторы цитируются в ней на немецком языке), далека от теоретического углубления проблемы. Прекрасно понимая, как и Ниссен, тесную связь между *tumultus* и *iustitium*, Моммзен, тем не менее, придает преувеличенное значение формальному противопоставлению *tumultus*, издаваемому сенатом, и *iustitium*, который должен быть объявлен магистратом, и делает из этого вывод, что концепция Ниссена (*iustitium* как комплексное приостановление права) была избыточна, так как магистрат не мог самостоятельно снять с себя налагаемые законами ограничения. Реабилитируя таким образом старую интерпретацию *iustitium* как судебных каникул, он позволяет ускользнуть смыслу этого института. Кто бы технически ни обладал правом объявить *iustitium*, совершенно точно, что последний всегда объявлялся исключительно *ex*

* По воле отцов (лат.).

*auctoritate patrum**, и магистрат (или простой гражданин) действовал в таком случае на основании состояния опасности, позволявшего приостановить право.

3.4.

Попробуем определить характеристики *iustitium*, которые проистекают из монографии Ниссена, и параллельно попробуем развить его анализ в направлении общей теории чрезвычайного положения.

Прежде всего, поскольку *iustitium* вызывает остановку и приостановление всего правопорядка, он не может рассматриваться в парадигме диктатуры. В римской конституции диктатор – это особая форма избранного консулами магистрата, чья крайне широкая *imperium* предоставлялась *lex curiata**, определявшим также его цели. В *iustitium*, напротив (даже в случае если его объявляет действующий диктатор), не создается никакой новой магистратуры; неограниченная власть, которой пользуются существующие магистраты по факту *iusticio indicto***, проистекает не из наделения их диктаторской *imperium*, а из приостановления действия ограничивавших их законов. И Моммзен, и Плауманн (1913) это прекрасно понимают и поэтому говорят не о диктатуре, а о квазидиктатуре; тем не менее это квази- не только не устраняет двусмысленность, но, напротив, способствует интерпретации этого института исходя из очевидно ошибочной парадигмы.

Вышесказанное в равной степени справедливо и для современного чрезвычайного положения. Смещение чрезвычайного по-

* Куриатный закон (лат.) – закон, принятый на народном собрании по куриям.

** Объявленного *iustitium* (лат.).

ложения и диктатуры – это точка, которая не позволила как Шмитту в 1921 году, так и Росситеру и Фридриху после Второй мировой войны разрешить апории чрезвычайного положения. Ошибка в обоих случаях была на руку исследователям, так как, вписывая чрезвычайное положение в авторитетную парадигму римской диктатуры, его гораздо проще было утвердить с юридической точки зрения, чем возвращать в аутентичную, но менее проясненную генеалогическую парадигму римского права – в *iustitium*. С этой точки зрения, чрезвычайное положение определяется не как полнота власти, плероматическое состояние права (по модели диктатуры), но как кеноматическое состояние – пустота и остановка права.

✂ В современной публицистике утвердился обычай определять тоталитарные государства, рожденные из кризиса демократии после Первой мировой войны, как диктатуры. Поэтому и Гитлер с Муссолини, и Франко со Сталиным равно представляются в качестве диктаторов. Однако ни Муссолини, ни Гитлера технически нельзя назвать диктаторами. Муссолини был главой правительства, легально получившим эту должность от короля, так же как и Гитлер был рейхсканцлером, назначенным законным рейхспрезидентом. Характерной особенностью фашистского и нацистского режимов было то, что они, как известно, не отменяя действующих конституций (Альбертинского статута и Веймарской конституции соответственно), создали параллельно легальной конституции (по принципу, в настоящее время определенному как «двойное государство») вторую структуру, зачастую не формализованную юридически, которая могла сосуществовать одновременно с первой благодаря чрезвычайному положению. Термин «диктатура» не подходит для объяснения этих режимов с юридической точки зрения, впрочем, так же как и чистая оппозиция «демократия – диктатура» вводит в заблуждение при анализе преобладающих сегодня государственных парадигм.

✂ Шмитту, несмотря на то что он не был специалистом по римской истории и римскому праву, тем не менее, *iustitium* как форма чрезвычайного положения был известен (*das martial law eine Art iustitium voraussetzt – martial law* подразумевает в некотором роде *iustitium*¹⁴); вполне возможно, что Шмитт узнал о нем из монографии Ниссена (его имя приводится в «Диктатуре», хоть и в связи с другим текстом). Разделяя идею Ниссена о том, что чрезвычайное положение представляет собой «пустоту права» (Ниссен говорил о юридическом вакууме), Шмитт в связи с *senatus consultum ultimum* предпочитает говорить о квазидиктатуре (что предполагает знакомство если не с работой Плауманна 1913 года, то по меньшей мере с «Римским государственным правом» Моммзена).

3.5.

Э то пространство аномии неожиданно настолько совпадает с пространством жизни граждан, что дезориентирует не только современных ученых, но и античных авторов. Так, описывая созданную *iustitium* ситуацию, Ливий утверждает, что консулы, высшие римские магистраты, были *in privato abditii*, то есть низведены до статуса простых граждан¹⁵; с другой стороны, Цицерон пишет, что Сципион Назика, хоть он и был всего лишь гражданином, убивая Тиберия Гракха, действовал «как консул» (*privatus ut si consul esset*)¹⁶. *Iustitium*, видимо, ставит под вопрос само состояние публичного пространства, однако при этом и личное пространство в той же мере незамедлительно оказывается нейтрализованным. Столь парадоксальное совпадение частного и общественного, *ius*

* Гражданское право (лат.).

*civile** и *imperium*, а в предельном случае юридического и неюридического, вскрывает в действительности трудность или даже невозможность разрешить основную проблему – определить природу совершаемых во время *iustitium* актов. Что есть эта человеческая деятельность, полностью захваченная юридической пустотой? Кажется, будто перед лицом открывающегося человеческой деятельности пространства абсолютной аномии в страхе отступают и наши предки, и наши современники. И Моммзен, и Ниссен (который также безоговорочно признает, что *iustitium* имеет характер юридического *tempus mortuum**) довольствуются первый – столь же неопределенным *Notstandscommando*, а второй – «неограниченным командованием» (*Befehl*)¹⁷, соответствующим столь же неограниченному подчинению. Но как подобное командование может выжить в отсутствие каких-либо юридических предписаний и постановлений?

В этой перспективе видна также невозможность (общая для современных и древних источников) четкого определения юридических последствий действий, совершенных во время *iustitium* с целью спасения *res publica*. Эта проблема была особенно важной, так как касалась вопроса наказуемости или ненаказуемости убийства *indemnatus*** римского гражданина. Уже Цицерон, говоря об убийстве сторонниками Олимпия последователей Гая Гракха, определяет проблему наказуемости убийства римского гражданина во исполнение *senatus consultum ultimum* как «общий вопрос» (*infinita quaestio*)¹⁸. Ниссен, со своей стороны, утверждает, что ни магистрат, исполнявший постановление сената, ни последовавшие за ним граждане не могли быть наказаны после прекращения *iustitium*; однако это противоречит тому факту, что против Олимпия, тем не менее, было возбуждено дело (хоть впоследствии он и был оправдан) и что Цицерон был приговорен к изгнанию за кровавое подавление заговора Катилины.

* Мертвое время (лат.).

** Не осужденного (лат.).

В действительности же неверна сама постановка вопроса. Эта апория проясняется только в том случае, если учитывать, что совершенные во время *iustitium* действия производятся в юридической пустоте и потому принципиально не поддаются правовому определению. С правовой точки зрения человеческие поступки можно разделить на законодательные, исполнительные и преступные действия. Но и магистрат, и обычный гражданин, действующие во время *iustitium*, со всей очевидностью не исполняют, не преступают и тем более не создают закон. Все ученые сходятся во мнении, что *senatus consultum ultimum* не имеет никакого позитивного содержания: оно ограничивается тем, что дает наставление в крайне расплывчатой форме (*videant consules...**), оставляющей за магистратами или исполняющими их обязанности право действовать полностью по своему усмотрению или вовсе бездействовать. Можно сказать (если бы мы хотели любой ценой дать название совершаемому в условиях аномии), что тот, кто действует во время *iustitium*, не выполняет и не преступает, но *не-выполняет* закон. В этом отношении его действия являются чистыми фактами, оценка которых по окончании *iustitium* будет зависеть от обстоятельств; но до тех пор пока длится *iustitium*, они абсолютно не решаемы, и определение их природы – исполнительной ли, преступной ли, а в предельном случае человеческой, животной или божественной – выходит за рамки права.

3.6.

* Пусть консулы позаботятся (*лат.*) – первая фраза формулы введения чрезвычайного положения в Древнем Риме (*videant consules, ne quid res publica detrimenti capiat* – пусть консулы позаботятся о том, чтобы государство не потерпело ущерба).

Теперь постараемся в сжатой тезисной форме изложить результаты нашего исследования генеалогии *iustitium*.

- 1) Чрезвычайное положение является не диктатурой (конституционной или неконституционной, комиссарской или суверенной), но пространством правового вакуума, зоной аномии, в которой парализованы все юридические понятия – и прежде всего различие частного и общественного. Поэтому любые теории, которые пытаются непосредственно связать чрезвычайное положение и право, ошибочны; таковыми являются и теория крайней необходимости как первичного источника права, и теория, интерпретирующая чрезвычайное положение как применение государством права на самооборону или восстановление первоначального плероматического состояния права («полновластие»). Но ошибочны также и те теории, которые, подобно теории Шмитта, пытаются опосредованно вписать чрезвычайное положение в юридический контекст, закрепляя его в различии между нормами права и нормами осуществления права, между учредительной и учрежденной властью, между нормой и решением. Состояние крайней необходимости является не «состоянием права», а пространством без права (несмотря на то, что оно не является естественным состоянием, но представляется как аномия, происходящая из приостановления права).
- 2) Это пустое правовое пространство почему-то кажется настолько существенным для правопорядка, что последний вынужден любыми средствами пытаться обеспечить себе связь с ним, словно для того, чтобы иметь основу, ему необходимо оставаться связанным с аномией. С одной стороны, в случае чрезвычайного положения юридическая пустота представляется совершенно невыносимой для права, с другой – это невыносимое приобретает решающее стратегическое значение для правопорядка, так что ему ни в коем случае нельзя дать ускользнуть.
- 3) Центральная проблема, связанная с приостановлением права, – это проблема действий, совершенных во время *iustitium*, природа

которых кажется не поддающейся правовому определению. Поскольку они не являются ни преступными, ни исполнительными, ни законодательными, то представляются расположенными относительно права в абсолютном «не-месте».

- 4) Ответом на эту неопределенность и это «не-место» является идея «силы ~~закона~~». Приостановление права как будто бы высвобождает некую силу или некий мистический элемент, род юридической *mana** (выражение, которое Вагенвоорт использовал для определения римской *auctoritas*¹⁹), присвоить которую стремятся как власть, так и ее противники, как власть учредительная, так и власть учрежденная. Сила закона, отделенная от закона, колеблющаяся *imperium*, действенность без применения и, шире, идея своего рода «нулевой степени» закона – это такие же фанкции, посредством которых право пытается включить в себя собственное отсутствие и присвоить чрезвычайное положение или по крайней мере обеспечить с ним связь. Тот факт, что эти категории, так же как и концепты *mana* или *sacer* в антропологии и религиоведении XIX и XX веков, в действительности являются научными мифологемами, вовсе не значит, что невозможно и не нужно анализировать их роль в долгой битве права за аномию. На самом деле возможно, что в них и заключается ни много ни мало как то, что Шмитт называет «политическое». Главная задача теории – не столько более или менее выяснить юридическую природу чрезвычайного положения, сколько определить значение, место и способы его связи с правом.

* Мана – существующая в природе безличностная, чувственно не воспринимаемая сверхъестественная сила, присущая некоторым людям, животным, растениям или духам.

Гигантомахия вокруг пустоты

4.1.

Именно в этой перспективе мы рассмотрим теперь спор о чрезвычайном положении между Вальтером Беньямином и Карлом Шмиттом. Тайное досье этого спора, который в разных формах и с разной интенсивностью разворачивался между 1925 и 1956 годами, не слишком объемно: в него входят цитаты из «Политической теологии», приведенные Беньямином в его «Происхождении немецкой барочной драмы»; его *curriculum vitae* 1928 года и письмо Шмитту, написанное в декабре 1930 года, которые свидетельствуют об интересе и восхищении «фашистским публицистом-правоведом»¹ и которые всегда казались скандальными; кроме того, сюда попали цитаты и отсылки к Беньямину в книге Шмитта «Гамлет и Гекуба», изданной через 16 лет после смерти еврейского философа. Позднее это досье увеличилось за счет публикации в 1988 году писем Шмитта Визелю, написанных им в 1973 году, где Шмитт утверждал, что его книга о Гоббсе* 1938 года задумана как «ответ Беньямину... который никем не был замечен»².

* Имеется в виду работа Карла Шмитта «Левифан в учении о государстве Томаса Гоббса».

В действительности это тайное досье является более объемным, и нам его еще предстоит исследовать. Мы постараемся показать, что на самом деле в качестве первого документа в досье необходимо внести не толкование Беньямином «Политической теологии», а прочтение Шмиттом эссе Беньямина «Критика насилия» (1921). Эссе было опубликовано в 47-м номере журнала *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, соредактором которого был Эмиль Ледерер, в то время профессор Гейдельбергского университета (а позднее Новой школы социальных исследований в Нью-Йорке) и один из близких друзей Беньямина. Следует обратить внимание на то, что между 1924 и 1927 годами Шмитт не только публикует в *Archiv* многочисленные эссе и статьи (среди которых и первая версия «Понятия политического»). Внимательный анализ его заметок и библиографии к его работам показывает, что уже с 1915 года Шмитт был постоянным читателем этого журнала (он цитирует, среди прочих, номер, предшествовавший тому, в котором появилось эссе Беньямина). Будучи постоянным читателем и одним из авторов *Archiv*, Шмитт вряд ли не заметил такой текст, как «Критика насилия», который, как мы скоро увидим, касался фундаментальных для него вопросов. Интерес Беньямина к шмиттовской доктрине суверенной власти всегда считался скандальным (Таубес определил однажды письмо, написанное Беньямином Шмитту в 1930 году, как «мину, которая могла бы взорвать всеобщее представление об интеллектуальной истории Веймара»³). Пересмотрим этот скандал и попытаемся прочитать теорию суверенной власти Шмитта как ответ критике насилия Беньямина.

4.2.

Цель эссе Беньямина – утвердить возможность насилия (немецкий термин *Gewalt* означает также и просто «власть») абсолютно «вне» (*außerhalb*) и «за пределами» (*jenseits*) права, которое как тако-

вое могло бы разрушить диалектику между насилием, которое устанавливает право, и насилием, которое это право поддерживает (*rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt*). Беньямин называет эту форму насилия «чистым насилием» (*reine Gewalt*) или «божественным насилием», а в человеческой сфере – «революционным насилием». Существование насилия за пределами права воспринимается самим правом как угроза, с которой невозможно примириться и которую ни в коем случае нельзя допустить; и это происходит не потому, что цели такого насилия несовместимы с правом, а «просто по причине его существования за пределами права»⁴. Задача беньяминовской критики – доказать реальность (*Bestand*) такого насилия:

Если насилию гарантируется реальность также и за пределами права, в качестве насилия чистого и не опосредованного, то этим демонстрируется также возможность революционного насилия, это имя мы должны приписать высшему проявлению чистого насилия со стороны человека⁵.

Собственно характер этого насилия заключается в том, что оно не устанавливает и не поддерживает право, но отменяет его (*Entsetzung des Rechts*) и таким образом кладет начало новой исторической эпохе.

В своем эссе Беньямин не упоминает чрезвычайное положение, несмотря на то, что использует термин *Ernstfall*^{*}, который у Шмитта появляется в качестве синонима *Ausnahmestand*. Но в тексте присутствует другой технический термин из шмиттовского лексикона: *Entscheidung* – решение. Право, пишет Беньямин, «признает определенное место и временем решение в качестве метафизической категории»⁶; но этому признанию соответствует в реальности только «странный и деморализующий опыт крайней неразрешимости всех правовых проблем (*die seltsame und zunächst entmutigende Erfahrung von der letztlich Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme*)»⁷.

^{*} Серьезный (исключительный) случай (нем.).

Доктрина суверенной власти, которую Шмитт развивает в своей «Политической теологии», может быть прочитана как точный ответ на эссе Беньямина. В то время как стратегия «Критики насилия» была направлена на утверждение существования чистого и аномийного насилия (насилия вне *номоса*), у Шмитта речь идет о том, чтобы снова ввести насилие в правовой контекст. Чрезвычайное положение является тем пространством, куда он старается заключить беньяминовскую идею чистого насилия, вписать аномию в само тело *номоса*. Согласно Шмитту, не существует чистого насилия, то есть насилия, которое находится абсолютно вне права, потому что в чрезвычайном положении оно включено в право через собственное исключение. Другими словами, чрезвычайное положение является диспозитивом, посредством которого Шмитт отвечает на утверждение Беньямина о существовании полностью аномийного человеческого действия.

Однако между этими двумя текстами существует еще более тесная связь. Мы видим, как в «Политической теологии» Шмитт отказывается от различения учредительной и учрежденной власти (то есть законно установленной), которым в книге 1921 года он обосновывал суверенную диктатуру, чтобы заменить его понятием решения. Подобная замена приобретает стратегический смысл, только если рассматривать ее как ответ на беньяминовскую критику. Различие между насилием, устанавливающим право, и насилием, поддерживающим право – которое стало мишенью для Беньямина, – в действительности соответствует шмиттовской оппозиции; Шмитт разрабатывает свою теорию суверенной власти именно для того, чтобы нейтрализовать новую форму чистого насилия, освобожденную от диалектических отношений учредительной и учрежденной власти. Суверенное насилие в «Политической теологии» противопоставляет чистому насилию беньяминовского эссе такую форму власти, которая не устанавливает и не поддерживает право, но при-

останавливает его действие. В том же смысле, отвечая на идею Бенямина о конечной неразрешимости всех правовых проблем, Шмитт утверждает суверенную власть как место предельного решения. То, что для права оно не является ни внешним, ни внутренним, и то, что суверенная власть в этом смысле выступает пограничным понятием (*Grenzbegriff*) – необходимое следствие шмиттовской попытки нейтрализовать чистое насилие и обеспечить отношение анонимии и правового контекста. И так же как чистое насилие, согласно Бенямину, не может быть признано посредством решения (*Entscheidung*)⁸, так и для Шмитта невозможно «указать с ясностью... что может происходить, когда речь действительно идет об экстремальном случае крайней необходимости и его устранении»⁹. Однако посредством стратегической инверсии именно на этой невозможности основывается необходимость суверенного решения.

4.4.

Если мы принимаем эти предпосылки, тогда тайный спор между Бенямином и Шмиттом предстает в новом свете. Беняминовское описание барочного суверена в «Происхождении немецкой барочной драмы» может быть прочитано как ответ на шмиттовскую теорию суверенной власти. Самюэль Вебер пронизательно отметил, что именно в тот момент, когда Бенямин цитирует шмиттовское определение суверенной власти, он вводит в него «легкое, но решающее изменение»¹⁰. Барочное понятие суверенной власти, пишет он, «развивается из дискуссии о чрезвычайном положении и делает важнейшей функцией монарха исключение этого положения (*den auszuschließen*)»¹¹. Замена «решения» «исключением» подменяет шмиттовское определение тем же жестом, который отсылает к нему: принимая решение о чрезвычайном положении, правитель не должен каким-либо образом включать его

в правовой порядок; напротив, он должен исключить его, оставить вне этого порядка.

Смысл столь существенного изменения становится ясным только на последующих страницах, где разрабатывается подлинная теория «суверенного не-решения»; но именно здесь противоположные прочтения переплетаются наиболее тесно. Если по Шмитту решение – это связь, соединяющая суверенную власть и чрезвычайное положение, то Беньямин иронически отделяет суверенную власть от ее исполнения и показывает, что барочный суверен по самой своей сути не может принять решение.

Антитеза монархической власти (*Herrschermacht*) и способности властвовать (*Herrschvermögen*) породила своеобразную, лишь по видимости обусловленную жанром черту барочной драмы, осмысление которой возможно лишь на фоне учения о суверенитете. Это неспособность тирана принимать решение (*Entschlußfähigkeit*). Государь, которому надлежит принимать решение о чрезвычайном положении, при первой же возможности обнаруживает почти полную неспособность принимать решение¹².

Разделение суверенной власти и ее применения в точности соответствует разделению между нормами права и нормами осуществления права, на котором в «Диктатуре» основывается комиссарская диктатура. На введенное Шмиттом в «Политической теологии» понятие решения, которое стало ответом на беньяминовскую критику диалектики учредительной и учрежденной власти, Беньямин откликнулся анализом шмиттовского различения между нормой и ее применением. Суверен, который каждый раз должен принимать решение о чрезвычайном положении, является именно тем местом, где разделяющий тело права разлом становится незаполняемым: между *Macht* и *Vermögen*, властью и ее применением, открывается разрыв, который никакое решение не в состоянии заполнить.

Следствием этого дальнейшего смещения становится трансформация парадигмы чрезвычайного положения из чуда, каким она была в «Политической теологии», в катастрофу. «Ведь антитезой исторического идеала реставрации является идея катастрофы. Эта антитетика и сформировала теорию чрезвычайного положения»¹³.

Неверное исправление, внесенное в текст *Gesammelte Schriften** Бенямина, не позволило в полной мере оценить последствия этого смещения. Там, где беняминовский текст декларировал: *Es gibt eine barocke Eschatologie* («существует барочная эсхатология»), редакторы с необычайным пренебрежением к какой-либо филологической осторожности исправили: *Es gibt keine...* – «барочной эсхатологии не существует»¹⁴, хотя следующий пассаж являлся логически и синтаксически связанным с оригинальным прочтением: «и именно отсюда механизм, который собирает и экзальтирует все земное, прежде чем его настигнет конец (*dem Ende*)». Барокко знает *eschaton*, конец времен; но, как сразу уточняет Бенямин, этот *eschaton* пуст, ему не знакомы ни искупление, ни освобожденный потусторонний мир, он остается имманентным времени:

Потусторонний мир освобождается от всего того, в чем присутствует даже легчайшее дыхание мира, и барокко отбирает у него множество вещей, обычно не поддающихся какой бы то ни было артикуляции (*Gestaltung*), выводя их на свет в их высшем подъеме в грубом виде, чтобы освободить последние небеса и, превратив в вакуум, сделать их способными однажды с катастрофической силой поглотить землю¹⁵.

Именно подобная «белая эсхатология» – которая не ведет землю в освобожденный потусторонний мир, но отдает ее абсолютно пустому

* Собрание сочинений (нем.). Речь здесь идет об изданном в 1972–1989 годах в Франкфурте-на-Майне полном собрании сочинений Бенямина, в которое вошли почти все его работы и архивные документы.

небу – формирует барочное чрезвычайное положение как катастрофу. И именно эта белая эсхатология разрывает соответствие суверенной власти и трансцендентности, монарха и Бога, определявшее шмиттовскую политическую теологию. В то время как у Шмитта суверен «отождествляется с Богом и занимает в государстве место, в точности аналогичное тому, какое полагается в мире Богу картезианской системы»¹⁶, у Бенямина суверен «заключен в тварном мире, он – владыка смертных созданий, однако сам остается таким созданием»¹⁷.

Эта решительная ре-дефиниция суверенной функции предполагает иную ситуацию чрезвычайного положения. Оно больше не представляется тем порогом, который гарантирует связь между внутренним и внешним, между аномией и юридическим контекстом в силу закона и который действует во время своей временной приостановки: скорее оно является зоной абсолютной неразличимости между аномией и правом, где сфера творения и правовой порядок вовлечены в один и тот же катастрофический процесс.

4.5.

Несомненно, решающим документом в досье Бенямин – Шмитт является восьмой тезис о понятии истории, составленный Бенямином за несколько месяцев до смерти.

Традиция угнетенных, – читаем мы здесь, – учит нас, что переживаемое нами «чрезвычайное положение» – не исключение, а правило. Нам необходимо выработать такое Понятие истории, которое этому отвечает. Тогда нам станет достаточно ясно, что наша задача – создание действительно чрезвычайного положения (*wirklichen Ausnahmestands*); тем самым укрепится и наша позиция в борьбе с фашизмом¹⁸.

Тот факт, что чрезвычайное положение стало правилом, это не просто доведение до предела того, что в «Происхождении немецкой бюрократической драмы» представлялось его неразличимостью. Не следует забывать, что и Беньямин, и Шмитт видели перед собой государство – нацистский рейх, – в котором чрезвычайное положение, объявленное в 1933 году, так и не было отменено. То есть с юридической точки зрения Германия находилась в ситуации суверенной диктатуры, результатом которой должно было стать решительное упразднение Веймарской конституции и установление новой конституции, фундаментальные особенности которой Шмитт старается определить в серии статей, написанных между 1933 и 1936 годами. Однако Шмитт не мог принять того, что чрезвычайное положение целиком смешивалось с правилом. Уже в «Диктатуре» он утверждал, что если рассматривать любой законный порядок лишь как «латентную или периодически возобновляющуюся диктатуру»¹⁹, то дать адекватное определение понятию диктатуры невозможно. «Политическая теология», несомненно, безоговорочно признавала примат исключения, так как оно делало возможным установление сферы нормы; но если правило в этом смысле «существует только благодаря исключению»²⁰, то что происходит, когда исключение и правило становятся неразличимыми?

В шмиттовской перспективе функционирование правового порядка опирается в конечном счете на диспозитив чрезвычайного положения, цель которого – обеспечить применение нормы через временное приостановление ее действия. Когда исключение становится правилом, машина более не может функционировать. Таким образом, неразличимость нормы и исключения, сформулированная в восьмом тезисе Беньямина, объявляет шах теории Шмитта. Суверенное решение уже не в состоянии реализовывать задачу, которую ставила перед ним «Политическая теология»: правило, которое теперь совпадает с тем, благодаря чему оно живет, пожирает само себя. Но именно такое смешение исключения и правила реализовал Третий рейх, и то упорство, с каким Гитлер организовывал свое «двойное государство», не издавая новой конституции, служит тому

подтверждением (в этом смысле попытка Шмитта определить новое материальное отношение между фюрером и народом в нацистском рейхе была обречена на провал).

Именно в этой перспективе следует читать сформулированное в восьмом тезисе беньяминовское различие между действительным чрезвычайным положением и чрезвычайным положением как таковым. Как мы могли видеть, это различие уже присутствовало в трактовке Шмиттом диктатуры. Шмитт заимствовал термин из книги Теодора Рейнака «Об осадном положении» (*De l'état de siège*); но в то время как Рейнак, говоря о наполеоновском декрете от 24 декабря 1811 года, противопоставлял действительное (или военное) чрезвычайное положение (*état de siège effectif*) фиктивному (или политическому) чрезвычайному положению (*état de siège fictif*), Шмитт в своей упорной критике правового государства называет «фиктивным» такое чрезвычайное положение, которое, преследуя цель до некоторой степени гарантировать индивидуальные права и свободы, претендует на то, чтобы являться юридически отрегулированным. Как следствие он решительно обличает неспособность юристов Веймарской республики различать фактические действия президента рейха на основании статьи 48 и процедуры, регулируемые законом.

Беньямин еще раз формулирует эту оппозицию, чтобы обратить ее против Шмитта. После низвержения любой возможности фиктивного чрезвычайного положения, в котором исключение и норма различаются пространственно и во времени, действительным чрезвычайным положением теперь становится положение, «в котором мы живем» и которое совершенно неотличимо от правила. Здесь исчезает любая претензия на связь между насилием и правом: здесь нет ничего кроме зоны аномии, где действует насилие, не имеющее какого-либо правового обличья. Беньямин разоблачает попытку государственной власти аннексировать аномию посредством чрезвычайного положения и показывает ее истинное лицо: эта попытка представляет собой юридическую фикцию (*fictio iuris*) в полном смысле этого слова, которая претендует на то, чтобы со-

хранить право приостановлением его как силы ~~закона~~. На смену праву теперь приходят гражданская война и революционное насилие, то есть человеческое действие, отказавшееся от каких-либо отношений с правом.

4.6.

Теперь ставка в споре Бенямина и Шмитта о чрезвычайном положении может быть определена более ясно. Этот диспут разворачивается в той же зоне аномии, которая у одного любой ценой должна поддерживаться в отношениях с правом, а у другого – столь же неумолимо избавлена и освобождена от этих отношений. Таким образом, в зоне аномии отношение насилия и права находится под вопросом – в конечном счете речь идет о статусе насилия как шифра человеческой деятельности. На жест Шмитта, который раз за разом пытается вписать насилие в правовой контекст, Бенямин противопоставляет ответ, способный обеспечить чистому насилию существование вне права.

По причинам, которые мы должны будем постараться прояснить, эта борьба за аномию для западной политики оказывается столь же решающей, как *gigantomachia peri tes ousias* («гигантомахия вокруг бытия») для западной метафизики. Чистому бытию, чистому существованию как последней метафизической ставке здесь соответствует чистое насилие как предельный политический объект, как «дело» политики; а онто-гео-логической стратегии, направленной на захват чистого бытия в сети логоса, – стратегия исключения, которая призвана обеспечить взаимосвязь аномийного насилия и права.

Дело обстоит так, будто и право, и логос нуждаются в аномийной (или алогичной) зоне приостановки их действия как основании своего взаимодействия с реальным миром. Право, кажет-

ся, может существовать только посредством захвата аномии, так же как язык может существовать только посредством захвата неязыкового. В обоих случаях спор разворачивается вокруг пустоты: аномия, правовой вакуум, с одной стороны, и чистое бытие, свободное от любого определения и реального предиката, – с другой. Для права таким пустым пространством является чрезвычайное положение как учреждающее измерение. Отношение между нормой и реальностью предполагает приостановку действия нормы, так же как в онтологии отношение между языком и миром предполагает приостановку денотации в форме языка (*langue*). Но столь же существенным для правового порядка является то, что эта зона – пространство человеческой деятельности вне соотношения с нормой – совпадает с крайней и подобной призраку формой права, в которой оно раскалывается на чистую действенность без применения (форма закона) и чистое применение без действенности (сила ~~закона~~).

Если это действительно так, то структура чрезвычайного положения еще более сложная, чем мы предполагали, и обе части, которые борются в нем и за него, еще более тесно переплетены друг с другом. Подобно тому, как по отношению к игре победа одного из двух игроков не является чем-то вроде исходного состояния, которое требуется восстановить, а служит лишь результатом самой игры, так и чистое насилие – термин, которым Беньямин обозначает человеческую деятельность, не устанавливающую и не поддерживающую право, – не является изначальной формой человеческой деятельности, которая в определенный момент была захвачена и вписана в правовой порядок (так же как для говорящего человека не существует до-языковой реальности, в определенный момент подпадающей под действие языка). Скорее в этом споре о чрезвычайном положении чистое насилие выполняет ту же роль, что победа в игре оно вытекает из этого спора и только в этом смысле оказывается предпосылкой права.

Тем более важным становится правильное понимание значения выражения «*reine Gewalt*» («чистое насилие») – фундаментального для эссе Бенямина технического термина. Что здесь означает «чистое»? В январе 1919 года, то есть примерно за два года до написания эссе, в письме к Эрнсту Шюену, в котором заново рассматриваются и развиваются мотивы, ранее уже разработанные в статье о Штифтере, Бенямин дает очень тщательное определение «чистоте» (*Reinheit*):

Ошибочно предполагать чистоту, которая заключена где-то в себе самой и которая должна быть сохранена... Чистота сущности *никогда* не является безусловной и абсолютной, она всегда подчинена некоему условию. Это условие разнится в зависимости от сущности, о чистоте которой идет речь; но оно *никогда* не находится в самой сущности. Другими словами, чистота любой (конечной) сущности никогда не зависит от самой этой сущности... Для природы вне ее самой находящееся условие ее чистоты – это человеческий язык²¹.

Это не субстанциальное, а реляционное понимание чистоты является для Бенямина настолько существенным, что и в эссе 1931 года о Краусе он пишет: «в источнике творения находится не чистота (*Reinheit*), а очищение (*Reinigung*)»²². Это означает, что чистота, рассматриваемая в эссе 1921 года, носит несубстанциальный характер, свойственный насильственному действию как таковому; другими словами, различие между чистым и мифически-юридическим насилием заключено не в самом насилии, а в его соотношении с чем-то внешним. Каково это внешнее условие, Бенямин отчетливо заявляет в начале эссе: «Задача критики насилия может быть определена как раскрытие его отношений с правом и правосудием». Следо-

вательно, и критерий «чистоты» насилия будет заключен в его отношении с правом (в действительности в эссе тема правосудия рассматривается только в отношении целей права).

Тезис Беньямина состоит в том, что в то время как мифически-юридическое насилие это всегда средство достижения некоей цели, чистое насилие никогда не является по отношению к цели (справедливой или несправедливой) всего лишь средством ее достижения – законным или незаконным. Критика насилия не оценивает насилие в его отношении к целям, достичь которые насилие стремится в качестве средства, но ищет «критерий, различие в самой сфере средств, вне зависимости от целей, которые они преследуют»²³.

Здесь появляется тема – она мелькнула в тексте лишь на мгновение, но его было достаточно, чтобы пролить свет на все эссе, – насилия как «чистого средства», то есть как парадоксальной фигуры «средства без цели»: средства, которое, оставаясь таковым, все же рассматривается независимо от целей, которые преследует. В таком случае проблемой становится не обнаружение справедливых целей, а скорее «определение насилия другого рода, которое, конечно, не могло бы быть законным или незаконным средством для достижения этих целей, а которое вообще относится к ним не как средство, а каким-то иным образом (*nicht als Mittel zu Ihnen, vielmehr irgendwie anders sich verhalten würde*)»²⁴.

Каким может быть это иное отношение к цели? К понятию «чистого» средства следует применить также и те соображения, которые мы только что развивали в отношении значения термина «чистый» у Беньямина. Чистота проистекает не из некоей особой внутренней характеристики, отличающей это средство от юридических инструментов, а из его отношения к ним. В эссе о языке чистым называется не тот язык, который является средством передачи некоего сообщения, но тот, который непосредственно сообщает сам себя, то есть простую и чистую сообщаемость. Аналогично «чистым» именуется такое насилие, которое не служит средством достижения некоей цели, а есть средство само по себе, соотносящееся

лишь с собственным бытием. И так же как чистый язык, не являясь другим языком и не обладая по отношению к естественным языкам общения неким особым местом, проявляется в них и демонстрирует их как таковые, так и чистое насилие лишь обнаруживает и испроверяет отношения между насилием и правом. Далее, вводя тему насилия, Бенъямин заявляет, что в случае гнева насилие никогда не является средством, а лишь проявлением (*Manifestation*). В то время как насилие, выступающее средством установления права, никогда не разрушает собственных отношений с правом и таким образом наделяет право статусом власти (*Macht*), «теснейшим и необходимым образом связанной с насилием»²⁵, чистое насилие обнаруживает и разрывает связь между правом и насилием и в конце концов может оказаться не насилием, которое управляет или исполняет (*die schaltende*), а насилием, которое лишь действует и проявляет (*die waltende*). И если связь между чистым и юридическим насилием, между чрезвычайным положением и революционным насилием оказывается настолько тесной, что кажется, будто двое игроков на шахматной доске истории двигают одну и ту же пешку – силу ~~закон~~на, или чистое средство, – тем не менее различие между ними скрывается в разрыве связи между насилием и правом.

4.8.

Именно в этой перспективе следует понимать утверждение Бенъямина, появившееся в его письме к Шолему от 1 августа 1934 года, что «зашифрованное писание без приданного ему ключа уже не писание вовсе, а просто жизнь»²⁶, а также мысль, высказанную им в эссе о Кафке, что «право, которое более не применяется, а только изучается – вот это и есть врата справедливости»²⁷. Писание (Тора) без своего ключа является шифром закона в чрезвычайном положении, которое Шолем, не подозревая, что он делит эту мысль со Шмиттом,

все еще считает законом, который имеет силу, но не применяется, или применяется, но не имеет силы. Этот закон – или скорее эта сила ~~закона~~ – согласно Беньямину уже не закон, а жизнь, та жизнь, что в романе Кафки «идет в деревне под замковой горой»²⁸. Жест, более свойственный Кафке, состоит не в том, чтобы, как утверждает Шолем, поддерживать закон, который больше не обладает значением, а в том, чтобы показать, что закон перестает быть законом, в каждой точке смешиваясь с жизнью.

В эссе о Кафке разоблачению мифически-юридического насилия со стороны чистого насилия в качестве остатка соответствует таинственный образ права, которое больше не применяется, но лишь изучается. Следовательно, после отмены связи права с насилием и властью возможна другая фигура права; однако речь идет о праве, которое больше не имеет ни силы, ни применения, подобно тому, в изучение которого погружается «новый адвокат», листая «наши древние кодексы»; или, возможно, тому, которое имел в виду Фуко, когда говорил о «новом праве», свободном от любой дисциплины и от любых отношений с суверенной властью.

Каким может быть смысл права, пережившего таким образом собственное низложение? Трудность, с которой здесь сталкивается Беньямин, соответствует проблеме, которая может быть сформулирована (и действительно, впервые она была сформулирована в раннем христианстве, а затем в марксистской традиции) в следующих терминах: что происходит с законом после его мессианского исполнения? (Именно этот вопрос предлагает апостол Павел своим современникам-евреям.) И что происходит с правом в бесклассовом обществе? (Именно об этом спорили Вышинский и Пашуканис.) На эти вопросы Беньямин хочет ответить своим прочтением «нового адвоката». Естественно, речь идет не о переходной фазе, которая никогда не приводит к завершению, к которому она должна была бы привести, и не о процессе бесконечной деконструкции, поддерживающей право в состоянии призрачной жизни и более не способной с ним справиться. Решающим здесь является то, что право – не применяемое, а изучаемое – это не справедливость или правосудие,

а лишь врата, ведущие к нему. Путь к правосудию открывает не отмена, а дезактивация и бездействие права – то есть иное его применение. В точности то, чему стремится помешать сила ~~закона~~, поддерживающая право в действии за пределами его формальной приостановки. Персонажи Кафки – и именно поэтому они нас интересуют – имеют отношение к этой призрачной фигуре права в чрезвычайном положении и стремятся, каждый следуя своей стратегии, «изучать его» и дезактивировать его, «играть» с ним.

Однажды человечество начнет играть с правом, как дети играют с вещами, вышедшими из употребления, но не для того, чтобы вернуть им их каноническое применение, а чтобы решительно освободить их от него. То, что появляется после права, является не неким присущим и исходным значением применения, предшествующего праву, а новым применением, которое рождается лишь после него. Применение, зараженное правом, должно быть освобождено от собственного значения. В этом освобождении состоит задача изучения или игры. Эта исследовательская игра представляет собой путь, открывающий доступ к правосудию, которое во фрагменте работы Бенямина, изданном уже после его смерти, определено как состояние мира, представляющегося благом, абсолютно неподвластным и недоступным праву²⁹.

Праздник, траур, аномия

5.1.

Специалисты по римскому праву и историки юриспруденции до сих пор так и не смогли дать удовлетворительного объяснения той своеобразной семантической эволюции, в результате которой слово *iustitium* – технический термин для обозначения чрезвычайного положения – стал означать всенародный траур по случаю смерти государя или его приближенных. С концом республиканского периода категория *iustitium* в первом значении (приостановка действия права, необходимая для того, чтобы справиться со смутой в государстве) более не употребляется, и новое значение так основательно вытесняет прежнее, что, как кажется, сама память о нем полностью исчезает. В конце IV века до нашей эры грамматик Харисий без каких-либо колебаний и сомнений отождествляет *iustitium* и *luctus publicus**. Однако вот что примечательно: стоило дискуссии, вызванной монографиями Ниссена и Миддела, утихнуть – и современные исследователи с тех пор больше не возвращаются к проблеме *iustitium*

* Всеобщая скорбь (лат.).

как чрезвычайного положения, полностью сосредоточившись на анализе *iustitium* в значении всенародного траура («дискуссия была весьма оживленной, но вскоре о ней все позабыли» – писал Уильям Сестон, с иронией припоминая первоначальное значение *iustitium* в своей работе, посвященной погребению Германика¹). Однако каким же образом термин публичного права, означающий приостановку действия права в чрезвычайной политической ситуации, мог принять это нейтральное значение погребального обряда, то есть оплакивания умершего его семьей?

На этот вопрос попытался ответить Версел в своем фундаментальном исследовании, опубликованном в 1980 году, проведя аналогию между феноменологией траура – так, как он описан в самых разных антропологических материалах, – и периодами политического кризиса, когда социальные нормы и институты оказываются близки к полному исчезновению. Подобно тому, как в период кризиса и аномии мы можем наблюдать распад нормальной структуры общества и беспорядочное смешение социальных ролей и функций, доходящее порой до полной инверсии обычаев и культурно обусловленных моделей поведения, в ситуации траура имеет место распад или переворот всех общественных отношений. «Если мы определяем периоды кризиса ... как временную смену порядка беспорядком, культуры – природой, космоса – хаосом, эвномии – аномией, мы тем самым даем определение и общественной скорби во всех ее проявлениях»². Согласно Верселу, который опирается здесь на исследования американских социологов, и прежде всего Бергера и Лукмана, «возникновение любого общества сопровождается угрозой хаоса. Постоянный ужас, исходящий от аномии, проявляется всякий раз, когда конвенции, скрывающие непрочность общественного здания, разрушаются или грозят разрушиться»³.

Указанные авторы не только объясняют эволюцию семантики категории *iustitium* от чрезвычайного положения до всенародного траура исходя из сходства между ритуалом общественной скорби и ситуацией аномии, но и усматривают предельное основание этого сходства в идее «ужаса перед аномией», который, как они полага-

ют, свойственен всем человеческим обществам. При таком толковании категория *iustitium*, столь же неспособная дать адекватное представление о специфике рассматриваемого явления, сколь *tremendum* и *numinosum** марбургских богословов не способны привести к правильному пониманию природы божественного, должна быть, при ближайшем рассмотрении, отнесена к самой темной области психологии:

Ритуалы общественной скорби, рассмотренные в целом (в особенности если скорбят о вожде или короле), подобно периодическим праздникам умирания ... находят очевидные аналогии в ситуации аномии... И в том и в другом случае мы сталкиваемся с временным переворачиванием человеческого и не-человеческого, культурного и природного (второе воспринимается как негативная альтернатива первому), космоса и хаоса, евномии и аномии... Чувство боли и растерянности в их индивидуальном и коллективном выражении нельзя объяснить особенностями какой-либо единичной культуры или принятыми в конкретном сообществе обычаями. Как кажется, эти чувства имманентно присущи человеческой природе и отвечают человеческим условиям существования; проявляются они чаще всего в чрезвычайных обстоятельствах или предельных ситуациях. Поэтому я склонен принять мнение Виктора У. Тернера, который, рассуждая о «неестественных, или, вернее, не вписывающихся в культуру и структуру об-

* Имеются в виду понятия «устрашающей тайны» (*mysterium tremendum*) и нуминозности, разработанные немецким протестантским теологом и религиоведом Рудольфом Отто в его работе «Священное. Об иррациональном в идее божественного и его соотношении с рациональным» в качестве основных характеристик религиозного опыта, обозначающих интенсивное переживание таинственного и устрашающего божественного присутствия.

щества событиях», выдвинул следующее предположение: «мне кажется, и Фрейд, и Юнг каждый по-своему могли бы внести свой вклад в осмысление этих алогичных, нерациональных (но не иррациональных) аспектов предельных ситуаций»⁴.

№ Предшественником Верснела на пути превращения *iustitium* в нейтральный юридический термин был Дюркгейм, который в своей монографии о самоубийстве (1897) сделал концепт аномии достоянием гуманитарных наук. Давая определение категории «аномийного самоубийства» в ряду прочих видов самоубийств, Дюркгейм устанавливает корреляцию между ослаблением регулирующего воздействия общества на индивидов и ростом числа самоубийств. Это наблюдение приводит его к заключению, которое он не подкрепляет никакими доказательствами: человеческие существа нуждаются в том, чтобы кто-то руководил ими в их действиях и страстях. «Для человека в данном случае характерно то обстоятельство, что сдерживающая его узда по природе своей не физического, но морального, то есть социального, свойства... В момент общественной дезорганизации – будет ли она происходить в силу болезненного кризиса или, наоборот, в период благоприятных, но слишком внезапных социальных преобразований – общество оказывается временно не способным проявлять нужное воздействие на человека, и в этом мы находим объяснение тех резких повышений кривой самоубийств, которые мы установили выше... Поэтому аномия является в наших современных обществах регулярным и специфическим фактором самоубийств»⁵. Таким образом, Дюркгейм не только считает очевидной взаимосвязь между аномией и чувством тревоги (хотя, как мы увидим далее, этнологический и фольклорный материал свидетельствует об обратном), но и с порога отвергает вероятность того, что

аномия связана с правом и общественным порядком более тесным и неоднозначным образом.

5.2.

С толь же недостаточными представляются выводы другого исследования Сестона, опубликованного несколькими годами позже. Автор, возможно, догадывается о политическом значении *iustitium* как общественного траура, так как, драматически живописуя обряд погребения государя, приписывает ему некоторые характеристики чрезвычайного положения:

В погребальных обрядах периода Империи сохраняется воспоминание о всенародной мобилизации... Заклучавшее погребальный обряд в рамки своего рода всеобщей мобилизации, приостанавливавшее ход всех гражданских дел и нормальной политической жизни провозглашение *iustitium* превращало смерть отдельного человека в общественное несчастье, драму, в которую каждый вольно или невольно оказывался вовлечен⁶.

Впрочем, прозрение Сестона осталось без последствий. Постулируя наличие связи между двумя формами *iustitium*, исследователи по-прежнему исходят из того, что сначала следовало бы объяснить, что понятие *iustitium* изначально подразумевало, наряду с прочим, и всеобщую скорбь⁷.

Августо Фраскетти был первым, кто в своей монографии об Августе обратил внимание на политическое значение ритуала всенародного траура, показав, что связь между двумя видами *iustitium* заключается не в том, что для чрезвычайной или аномийной ситуации характерна атмосфера всеобщей скорби, но в том, что за смер-

тью государя может последовать гражданское волнение (*tumulto*). Фраскетти усматривает истоки этой связи в беспорядках, которые имели место на похоронах Цезаря, прозванных «мятежными похоронами»⁸. И как в республиканский период *iustitium* был естественной реакцией на гражданское волнение, так и в период империи, «следуя той же логике, которая сближала трагические события *domus Augusta** с общегражданскими катастрофами, следует объяснять и отождествление *iustitium* со всеобщей скорбью... В итоге *bona* и *mala*** одной-единственной семьи наделяются исключительной значимостью для всей *res publica*»⁹. Фраскетти замечательно показывает, что в соответствии с этой же логикой каждый акт открытия дверей мавзолея, начиная с похорон племянника Августа – Марцелла, должен был сопровождаться провозглашением *iustitium*..

Неизбежно возникает соблазн понять *iustitium* – объявление всенародного траура – как попытку «приручить» чрезвычайное положение, превратив его в чисто семейное дело. Однако связь между этими двумя понятиями на самом деле намного теснее и сложнее.

Рассмотрим знаменитое описание смерти Августа в Ноле 19 августа 14 года нашей эры, данное Светонием. Престарелый принцепс, окруженный друзьями и придворными, велит принести зеркало; приказывая причесать себя и нарумянить себе отвисшие щеки, он, кажется, заботится лишь о том, подобающим ли образом разыгрывается *mimus vitae* – комедия, повествующая о его жизни. Однако, настойчиво повторяя этот театральный жест, он с неустанным упорством (*identidem exquirens*) вставляет в свою речь и другой, природа которого не может быть однозначно определена как политическая: *an iam de se tumultus foris fuisset* – как бы не случилось из-за него в городе волнений. Близость между аномией и трауром становится понятной лишь в свете отношения между смертью государя и чрезвычайным положением. Изначальная связь между *tumultus* и *iustitium* еще просматривается, однако гражданское волнение теперь соотносится

* Здесь: августейшего дома (лат.).

** Здесь: радости и горести (лат.)

со смертью государя, в то время как приостановка действия права становится необходимым моментом погребальной церемонии. Дело выглядит так, словно государь, сосредоточивший в своей «августейшей» персоне все чрезвычайные полномочия – от *tribunicia potesta perpetua** до *imperium proconsolare maius et infinitum*** – и сделавшийся тем самым своего рода живым воплощением *iustitium*, в момент смерти являет свою исконную аномийную природу и взирает на то, как смута и аномия изливаются из него вовне, в город. Ниссен сумел выразить это в очень точной формуле (эта формула, возможно, послужила источником для Беньямина, согласно которому чрезвычайное положение в определенный момент истории превратилось в норму): «чрезвычайные меры перестали применяться потому, что они сделались нормой»¹⁰. Таким образом, сущностная новизна принципатата состоит в том, что он делает чрезвычайное положение и аномию частью самой личности государя, который постепенно освобождается из-под власти закона, чтобы в конце концов утвердиться в качестве *legibus solutus****.

5.3.

Эта в глубине своей аномийная природа новой верховной власти отчетливо проявляется в теории, понимающей суверена как «живое

* Непрерывная власть трибуна (лат.) – термин, обозначающий пожизненную должность народного трибуна.

** Великая и безграничная власть проконсула (лат.) – термин, обозначающий право безграничного командования армией по всей империи, включая провинции.

*** *Princeps legibus solutus est* (лат.) – «правитель освобожден от действия закона», формула римского права, ставившая императора выше закона и наделявшая его абсолютной властью.

воплощение закона» (*nomos empsychos*) – эта теория возникает в неопифагорейской среде в те же годы, когда в Риме утверждается принципат. Формула *basileus nomos empsychos** содержится в трактате Диотогена о верховной власти, фрагменты которого сохранились у Стобея. Значение этого текста для нововременной теории суверенитета не следует недооценивать. Обыкновенная филологическая близорукость помешала издателю трактата увидеть явную связь между этой формулой и аномийной природой суверенитета, притом что эта связь безоговорочно утверждается в тексте Диотогена. Переход от одного к другому – весьма последовательный, несмотря на порчу текста, – осуществляется в три этапа:

- 1) «Царь – самый справедливый из людей (*dikaiotatos*), а значит, более всех привержен закону (*nomiotatos*)».
- 2) «Никто, не будучи справедлив, не может сделаться царем, однако справедливость возможна без закона (*aneu nomou dikaiosyne*: вставка отрицания перед *dikaiosyne*, предложенная Делаттом, филологически совершенно безосновательна)».
- 3) «Справедливое – законно, и суверен, ставший причиной справедливого, есть живое воплощение закона»¹¹.

То, что суверен есть живой закон, может означать только, что он не связан законом и «жизнь» закона в нем совпадает с тотальной аномией. Несколькими строками далее Диотоген подтверждает это с ясностью, не оставляющей места сомнениям: «Так как царь наделен властью, не предполагающей ответственности (*arkan anypeuthynon*), и именно он является живым воплощением закона, он подобен богу среди людей»¹². В то же время, именно постольку, поскольку суверен отождествляется с законом, он остается связан с ним и полагает себя как своего рода аномийное основание правопорядка. Отождествление суверена с законом представляет собой, таким образом, первую попытку утвердить аномию суверена и одновременно с этим установить сущностную связь между сувереном и правопоряд-

* Царь – воплощение закона (др. греч.).

ком. *Nomos empsychos* является изначальной формой того отношения, которое в условиях чрезвычайного положения устанавливается между внешним действием закона и его смыслом и которое именно в этом качестве выступает архетипом нововременной теории суверенитета.

Связь между *iustitium* и трауром обнаруживает здесь свой подлинный смысл. Если суверен – живое воплощение номоса, и если тем самым аномия и номос полностью совпадают в его лице, то анархия (которая угрожает излиться в город в час смерти суверена – то есть тогда, когда разрушается связь, сопрягавшая анархию с законом) должна быть заключена в ритуальные формы и поставлена под контроль, чтобы преобразовать чрезвычайное положение во всенародный траур, а траур – в *iustitium*. Нераздельность номоса и аномии в теле живого суверена соответствует нераздельности чрезвычайного положения и траура в городе. Прежде чем приобрести новый вид, отношение между суверенитетом и чрезвычайным положением существовало в форме тождественности суверена и аномии. Суверен, поскольку он является живым воплощением закона, по сути своей – *apomos*. И снова выходит, что чрезвычайное положение – это и есть жизнь закона, скрытая и наиболее подлинная.

✠ Формула «суверен – воплощение закона» впервые появляется в трактате Псевдо-Архита «О законе и справедливости», который, как и трактат Диотогена, дошел до наших дней благодаря Стобею. Независимо от того, в какой степени верна гипотеза Группе, предположившего, что создателем этих трактатов был некий александрийский еврей, живший в I веке нашей эры, очевидно, что мы имеем дело с собранием текстов, где предпринимается попытка под прикрытием платонических и пифагорейских категорий обосновать концепцию суверенной власти, абсолютно неподвластной законам и в то же время выступающей источником всякой легитимности. В тексте Псевдо-Архита эта концепция выражается в различении суверена (*basileus*),

который сам является законом, и чиновника (*archon*), функция которого ограничивается исполнением этого закона. Следствием отождествления закона и суверена является разделение закона на два вида: закон «живой» (*nomos empsychos*), иерархически занимающий более высокое положение, и закон писанный (*gramma*), подчиненный первому: «По моему мнению, любое сообщество состоит из *archon* (чиновника, который управляет), из управляемого и, наконец, из законов. Среди законов живой – это суверен (*ho men empsychos ho basileus*), неодушевленный – буква закона (*gramma*). Если закон стоит в этом порядке на первом месте, государь будет законным, чиновник будет послушен (законам), управляемые будут свободны и весь город счастлив. Однако если этот порядок нарушается, суверен превращается в тирана, чиновник пренебрегает исполнением законов, а общество становится несчастным»¹³.

Так весьма изощренные аргументы, отчасти напоминающие критику еврейского закона апостолом Павлом (вплоть до использования тех же слов и выражений: Рим. 3, 21: *choris nomou dikaiosyne* – справедливость независимо от закона; Диотоген: *aneu nomou dikaiosyne* – справедливость без закона; у Псевдо-Архита закон называется «буквой» – *gramma* – точно так же, как у апостола Павла), позволяют элементам аномии проникнуть в жизнь полиса через самого суверена, не подвергая, однако, сомнению господство номоса (ведь суверен является «живым воплощением закона»).

5.4.

Тайное согласие между аномией и правом обнаруживается в другом явлении, симметричном *iustitium* периода империи и в каком-то

смысле представляющем собой его инверсию. Фольклористы и антропологи с давних пор знакомы с особым видом периодических праздников, к числу которых в Античности относились Антестерии и Сатурналии, а в Средние века и в Новое время – шаривари и карнавал, с характерной для них ничем не стесняемой вольностью поведения, а также приостановлением действия и переворачиванием нормальной социальной и правовой иерархии. Во время этих праздников, которые, несмотря на различия эпох и культур, обладают сходными чертами, люди перевоплощаются в животных, хозяева прислуживают рабам, мужчины и женщины меняются ролями, предосудительные действия считаются дозволенными или по крайней мере не подлежат наказанию. Таким образом, праздники этого рода учреждают аномию, разрушающую и на время переворачивающую нормальный социальный порядок. Для исследователей традиционно представляет трудность объяснение этих спонтанных прорывов аномии в благоустроенных обществах. Более всего непонятна терпимость к этим явлениям со стороны как гражданских, так и религиозных властей.

В противоположность такому пониманию этих обычаев, которое сводит их значение к аграрным циклам, привязанным к солнечному календарю (Маннхардт, Фрейзер) или к периодическим обрядам очищения (Вестермарк), Карл Мойли с гениальной интуицией выявил связь аномийных праздников с ситуацией приостановки действия законов, предусмотренной некоторыми архаическими правовыми институтами – такими как германский закон о *Friedlosigkeit** или преследование бродяги (*vargus*) в древнеанглийском праве. В ряде исследований конкретных исторических примеров он показал, что общественные волнения и проявления насилия, подробно охарактеризованные в средневековых описаниях шари-

* В древнегерманском праве – объявление человека вне закона и лишение его всех прав и всякой правоспособности. Объявленный вне закона (*Friedlos*) преследовался всеми, никто под страхом наказания не мог предоставлять ему кров или еду.

вари и других форм аномии, точно отражают различные фазы жестокого ритуала, в ходе которого *Friedlos*, или отверженный, изгнанный из человеческого общества, его дом сносили и сравнивали с землей, а колодец отравляли или забрасывали солью. Дурачества, описанные в невиданном шаривари из «Романа о Фовеле» (1316) («Кто всем на обозренье выставял свой зад, / Кто крыши у домов ломал, / Кто окна бил и двери вышибал, / Кто соль бросал в колодец, / Кто сажей вымазал лицо, / Свирепы были и ужасны все»), более не кажутся эпизодами некоего невинного шабаша: подлинный смысл и собственный контекст каждого из них можно обнаружить в Баварской правде, а также в уголовных уложениях средневековых городов. То же относится и к актам насилия во время маскарадов и колядок, когда дети наказывали того, кто отказывался одаривать их за выступление, с жестокостью, память о которой хранит Хэллоуин.

Шаривари является одним из многочисленных, варьирующихся в зависимости от местности и страны, проявлений древнего и широко распространенного вида народного правосудия, который всюду осуществлялся в сходных, если не идентичных, формах. Образцы их мы можем обнаружить в обрядах ритуальных наказаний, характерных для периодических маскарадных праздников, а также таких отдаленных их подобию, как традиционные детские колядки. А значит, к ним имеет смысл прибегнуть для объяснения таких явлений, как шаривари. При ближайшем рассмотрении то, что можно было считать просто шумными и непристойными выходками, оказывается в действительности четко определенными традиционными установлениями и формами отправления правосудия, в которых с незапамятных времен осуществлялись изгнание и отвержение¹⁴.

Если предположение Мойли верно, «законная анархия» аномийных праздников не связана с древними аграрными ритуалами – ссылка на эти ритуалы сама по себе еще ничего не объясняет, но в пародий-

ной форме выставляет имманентно присущую праву аномийность. Чрезвычайное положение – аномия, пульсирующая в самом сердце номоса.

Таким образом, аномийные праздники отсылают к сфере, в которой безоговорочное подчинение человеческой жизни закону сменяется свободой и вседозволенностью, а самая безудержная аномия обнаруживает пародийную близость с номосом; иными словами, они отсылают к чрезвычайному положению как зоне неразличимости аномии и правопорядка. Проявления траура, присущие всякому празднику, и праздничный характер всех проявлений траура позволяют обнаружить дистанцию между правом и аномией и вместе с тем – их глубинное родство. Схематически это можно изобразить следующим образом. Представим себе на мгновение весь основанный на правопорядке универсум – или, говоря шире, всю сферу человеческого действия, так или иначе связанную с правом, – в виде силового поля, образованного двумя линиями напряжения, одновременно связанными друг с другом и разнонаправленными: одна из них протянулась от нормы к аномии, а другая – от аномии к закону и правилу. Тем самым в правовой сфере формируется двойственная парадигма, сообщающая ей сущностную амбивалентность: с одной стороны, тенденция к нормативному регулированию в строгом смысле слова, направленная на создание жесткой системы предписаний, отношение которой к реальной жизни остается, однако, проблематичным, если вообще возможным (совершенное состояние права, в котором все регулируется нормами); с другой стороны – тенденция к аномии, проявляющаяся в ситуации чрезвычайного положения, а также в идее суверена как живого воплощения закона, в котором сила ~~закона~~, не подпадающая ни под какую норму, представляет собой чистое вторжение жизни.

Аномийные праздники усиливают неразрешимую амбивалентность любых правовых систем и вместе с тем показывают, что ставка в диалектической игре этих двух сил это и есть связь между правом и жизнью. Эти праздники утверждают и пародируют аномию, посредством которой закон применяется к хаосу и к жизни –

но только при условии, что сам закон в ситуации чрезвычайного положения делается жизнью и ожившим хаосом. Возможно, теперь настает момент, когда следует попытаться лучше понять ту основополагающую фикцию, которая, сопрягая норму и аномию, закон и чрезвычайное положение, одновременно гарантирует прочность связи между правом и жизнью.

Auctoritas и potestas

6.1.

В проведенном нами исследовании чрезвычайного положения в римском государстве мы оставили в стороне вопрос об основании права сената приостанавливать действие закона посредством *senatus consultum ultimum* и последующего объявления *iustitium*. Кому бы ни принадлежало право провозглашения *iustitium*, очевидно, что в любом случае оно объявлялось властью сенаторов (*ex auctoritate patrum*). Известно, что для обозначения этого исключительного права сената в римском государстве не использовались ни термин *imperium*, ни термин *potestas* – оно обозначалось понятием *auctoritas*: *auctoritas patrum* – это выражение, определяющее особую функцию сената в римском государственном устройстве.

Касаясь категории *auctoritas* – прежде всего в ее оппозиции к *potestas*, – мы сталкиваемся с явлением, попытка определить которое как с историко-правовой, так и с более широкой философской и политико-теоретической точки зрения постоянно приводит к трудностям и апориям, кажущимся непреодолимыми. «Особенно просто, – писал в начале пятидесятых годов один французский историк

римского права, – отнести различные правовые аспекты понятия *auctoritas* к одному понятию»¹. В конце того же десятилетия Ханна Арендт в начале своего исследования «Что такое власть?» не без основания замечает: категория *auctoritas* до такой степени «забыта в современном мире», что, при отсутствии какого-либо «аутентичного и бесспорного опыта» стоящей за этой категорией реальности, значение ее «совершенно потерялось среди множества разногласий и недоразумений»². Возможно, наилучшим примером этих недоразумений – и амбивалентности, которая из них следует, – может служить тот факт, что Арендт формулирует новое видение категории (авторитарной) власти всего лишь несколько лет спустя после ожесточенной атаки Адорно и Эльзы Френкель-Брунsvик на «авторитарную личность». В то же время, настойчиво отрицая «характерное для либерализма отождествление авторитарной власти и тирании»³, Арендт, вероятно, не осознавала, что в данном случае совпадает в мнении с автором, к которому она едва ли могла питать симпатию.

В 1931 году в небольшом сочинении с примечательным названием «Страж конституции» (*Der Hüter der Verfassung*) Карл Шмитт сделал попытку определить статус нейтральной власти рейхспрезидента в ситуации чрезвычайного положения посредством диалектического противопоставления *auctoritas* и *potestas*. Вспомнив о том, что еще Боден или Гоббс были способны почувствовать разницу между этими понятиями, он почти в тех же выражениях, что впоследствии и Арендт, принимается сетовать на «недостаток традиции современной теории государства, противопоставляющей друг другу власть и свободу, власть и демократию, вплоть до смешения власти с диктатурой»⁴. Уже в 1928 году в своем трактате о конституционном праве «Учение о конституции» (*Verfassungslehre*) Шмитт хоть и не определяет это противопоставление, тем не менее указывает на «чрезвычайную его важность для общего учения о государстве» и ссылается на римское право, где его определение было дано («сенат обладал *auctoritas*, в то время как народу принадлежали *potestas* и *imperium*»⁵).

В 1968 году в исследовании идеи власти, опубликованном в *Festgabe* в честь восьмидесятилетия Шмитта, испанский ученый Хесус Фуэйо отметил, что характерное для Нового времени смешение *auctoritas* и *potestas* – «двух терминов, служивших для выражения того изначального смысла, который лежал в основе понимания римскими гражданами их общей жизни»⁶ – и их объединение в концепте суверенитета «стали причиной философской несостоятельности нововременной теории государства». И сразу же он добавляет, что это смешение «свойственно не только академическому языку, – оно включено в тот реальный исторический процесс, в результате которого и возникает политический порядок Нового времени»⁷. Природу этого «смешения», укорененного в европейской политической теории и практике, мы и должны теперь попытаться понять.

✕ Мнение, что категория *auctoritas* характеризует реалии исключительно римского общества, принимается большинством исследователей; общее место представляет собой и ссылка на Диона Кассия, призванная доказать невозможность перевода этой категории на греческий язык. Однако Дион Кассий, один из лучших знатоков римского права, не говорит, вопреки утверждению многих, что этот термин не поддается переводу. Он говорит скорее, что его нельзя перевести *kathapax*, то есть «одним словом» (*hellenisai auto kathapax adynaton esti*⁸). Дион имел в виду, что его следует переводить на греческий язык каждый раз разными словами в зависимости от контекста – что неизбежно, если принимать во внимание множественность значений этого термина. Тем самым Дион хотел не столько подчеркнуть некую особенную римскую специфику этого термина, сколько указать на то, что его трудно свести к какому-то единственному значению.

Сложность верной постановки проблемы усугубляется тем, что слово *auctoritas* применяется для обозначения достаточно широкого круга явлений, относящихся как к области частного права, так и к области права публичного. Сначала мы обратимся к анализу частного права, а затем посмотрим, можно ли свести воедино оба этих аспекта.

В сфере частного права *auctoritas* считается свойством *auctor*'а, то есть персоны *sui iuris** (*pater familias*), которая посредством произнесения технической формулы *auctor fio* дает правовую санкцию действиям лиц, находящихся под ее властью, ибо эти лица не обладают правом самостоятельно совершать юридически легитимные действия. Так, *auctoritas* опекуна санкционирует действие юридически неполноправного лица, находящегося под его опекой, а *auctoritas* отца семейства «авторизует», то есть делает действительным, брак сына *in potestate*. Подобным образом и продавец (во время *mancipatio****) обязан оказать содействие и подтвердить право покупателя на приобретенную собственность в случае, если третье лицо пожелает оспорить акт покупки.

Сам термин *auctor* происходит от глагола *augeo*: *auctor* – это *is qui auget*, тот, кто доводит до завершения, утверждает или делает действи-

* Букв.: своего права (*лат.*) – термин римского права, означающий полноту гражданских прав. В Римском семейном праве решающим моментом было подчинение всех членов семьи власти *pater familias*, главы дома. Все члены семьи именовались *sui* – («свои»), тогда как отец семейства был *sui iuris*, сам себе господин – он один являлся полностью правоспособным лицом, никто из остальных членов семьи полной правоспособности не имел. Так, юридически дети всегда находились *in patria potestate* – под властью отца.

*** Манципация (*лат.*) – в римском праве процедура передачи права собственности новому владельцу, сопровождавшаяся рядом обрядов и строгих формальностей.

тельным акт, совершенный другим лицом. В разделе своего «Словаря», посвященном правовым терминам, Бенвенист стремится показать, что изначальное значение глагола *augeo* (что примечательно, в индоевропейском ареале он ассоциировался с понятиями, указывающими на силу) не просто «увеличивать», «приумножать», «делать обильнее нечто уже существующее», но и «производить», порождать что-то из себя, наделять существованием⁹. Однако в действительности античное право вовсе не противопоставляло друг другу два этих значения. Греко-римскому миру была неизвестна идея о творении *ex nihilo**: каждый акт творения предполагал нечто предсуществующее, неоформленную материю или сущее, лишенное полноты бытия, которое следует усовершенствовать или развить. Всякое творение всегда есть со-творение, так же как всякий автор всегда есть со-автор. Как верно отметил Магделен, «*auctoritas* не самодостаточна: когда она «авторизует» или «ратифицирует», она всегда предполагает при этом существование некоей внешней по отношению к ней деятельности, которую она и делает легитимной»¹⁰. То есть во всяком юридическом действии, чтобы оно могло быть признано существующим, должно наличествовать отношение между двумя элементами (или двумя субъектами), один из которых наделен *auctoritas*, а другой выступает актором в строгом смысле слова. Если два этих элемента или субъекта совпадают, такой акт можно считать совершенным. Если же, напротив, они совпадают не полностью или вовсе не связаны друг с другом, то для того чтобы акт стал действительным, требуется вмешательство *auctoritas*. Однако каков же источник «силы» актора? И в чем заключается власть *augere*?

Некогда мы уже имели случай отметить, что *auctoritas* не имеет ничего общего с практикой делегирования полномочий, которая предполагает вменение субъекту действий, совершаемых его полномочным представителем. Действие, совершаемое актором, основывается вовсе не на юридически закрепленном полномочии выступать от лица несовершеннолетнего или неполноправного субъекта: оно легитимизируется самим статусом отца как главы семьи. Равным образом акт, со-

* Из ничего (лат.).

вершаемый продавцом, который, защищая интересы покупателя, выступает в роли актора, не имеет ничего общего с потребительскими гарантиями в современном смысле этого слова. Пьер Ноай, который в последние годы жизни предпринял попытку сформулировать универсальную теорию *auctoritas* для сферы частного права, имел основания утверждать, что *auctoritas* «является врожденной прерогативой лица – изначально физического лица... – привилегией римского гражданина, смысл которой заключался в том, чтобы в специально оговоренных условиях служить основанием юридической ситуации, созданной другими лицами»¹¹. «Подобно всем видам полномочий, предусмотренных архаическим правом, будь то полномочия семейные, частные или публичные, – пишет он далее, – *auctoritas* осмыслялась по модели одностороннего действия, как чистое право, не предполагающее ни обязательств, ни санкций»¹². В то же время достаточно повнимательнее приглядеться к формуле *auctor fio* (а не просто *auctor sum*), чтобы понять, что формула эта подразумевает не столько акт произвольной реализации права, сколько актуализацию в персоне актора полномочия, изначально не отнесенного к какому-либо конкретному лицу.

6.3.

Как термин публичного права *auctoritas* обозначает, как мы могли убедиться, исконную прерогативу сената. Реальными обладателями этой прерогативы выступают соответственно *patres** – *auctoritas patrum* и *auctores fiunt*** – это формулы, которые обыкновенно используются для обозначения основной функции сената. Однако же

* Отцы (лат.) – титул сенаторов в Древнем Риме.

** Формулы римского права, обозначавшие соответственно полномочия сената утверждать законы, предложенные магистратом и принятые народом, и постановления центуриатских комиций.

историки права всегда испытывали существенные трудности с определением этой функции. Еще Моммзен отмечал, что сенат не имел возможности действовать самостоятельно, но только совместно с магистратами или как инстанция ратификации законов, принятых комициями*. Сенат не мог принимать решения без предварительного обращения к нему со стороны магистратов и имел право лишь направлять запрос или «давать советы» (ведь *consultum* – это технический термин для обозначения данной функции), притом что такой совет не имел никакой абсолютной обязательной силы. *Si eis videatur*, если им (то есть магистратам) покажется целесообразным, – такова формула *senatus consultum*; в крайнем случае *senatus consultum ultimum* использовалась ненамного более сильная формула: *videant consules***. Моммзен охарактеризовал эту особенность *auctoritas* словами: «меньше, чем приказ, и больше, чем совет»¹³.

Как бы то ни было, очевидно, что *auctoritas* четко отделяется от *potestas* магистратов и *imperium* народа. Сенатор не является магистратом – для обозначения его «советов» почти никогда не используется глагол *iubere****, зарезервированный для решений магистратов и народа. В то же время, подобно *auctor* в частно-правовой сфере, *auctoritas patrum* задействуется для того, чтобы ратифицировать и наделить юридической силой решения народных комиций. Одна и та же формула (*auctor fio*) обозначает как действия опекуна, выступающего от имени несовершеннолетнего подопечного, так и ратификацию сенатом решений народных собраний. Из этой аналогии непосредственно не следует, что народ выступает здесь в роли несовершеннолетнего подопечного, а *patres* – в роли опекунов. Существенно лишь то, что эта аналогия выявляет ту же дихотомию элементов, которая в частно-правовой сфере определяет собой действительность юридического акта. С одной стороны, *auc-*

* Комиции – народные собрания в Древнем Риме. Куриатные комиции – собрания патрициев по куриям.

** Пусть консулы позаботятся (лат.) – см. об этом в главе 2.

*** Приказывать, предписывать (лат.).

toritas и *potestas* четко отделены друг от друга; с другой – они совместно образуют бинарную структуру юридического акта.

✎ Полемика между исследователями, стремящимися соединить в рамках одной парадигмы *auctoritas patrum* и *auctor* как термин частного права, придет к благополучному завершению, если мы согласимся, что аналогия между этими понятиями касается не отдельных субъектов, но самой структуры отношения между двумя элементами, сочетание которых образует полноценный юридический акт. Уже Гейнце в своей работе 1925 года, оказавшей значительное влияние на специалистов по римскому праву, так определил сходство между несовершеннолетним подопечным и римским народом: «Как несовершеннолетний, так и римский народ могут принимать на себя те или иные обязательства, но их обязательства не могут быть реализованы без содействия другого субъекта»¹⁴. Неправильно было бы характеризовать это определение как следствие якобы существующей в исследовательской литературе тенденции «рассматривать публичное право в свете частного»¹⁵: речь идет о структурной аналогии, затрагивающей, как мы увидим далее, саму природу права. Действия, совершаемые людьми, изначально не имеют никакого юридического характера – таковыми их делает особая «власть, которая наделяет их легитимностью»¹⁶.

6.4.

Попытаемся теперь точнее определить природу этой «наделяющей легитимностью власти» в ее отношении к *potestas* магистратов и народа. Предыдущие попытки выявить это отношение совсем не принимали в расчет предельную инстанцию *auctoritas*, которая по необходимости

сти подразумевается в *senatus consultum ultimum* и *iustitium*. *Iustitium*, как мы уже видели, означает в полном смысле слова прекращение действия нормального правопорядка. Так, консулы низводятся до положения частных лиц (*in privato abditi*), а частные лица, напротив, начинают действовать так, как если бы они были облечены *imperium*. Обратная ситуация имела место в 211 году до нашей эры, когда Ганнибал подошел к Риму. Тогда решением сената был восстановлен *imperium* бывших диктаторов, консулов и цензоров (*placuit omnes qui dictatores, consules censorsve fuissent cum imperio esse, donec recessisset a muris hostis* – «поставлено было, чтобы все бывшие диктаторы, консулы и цензоры получили военную власть на время, пока враг не отойдет от городских стен»¹⁷). В чрезвычайной ситуации – то есть в случае, когда *auctoritas* удобнее всего дать определение (если верно, что именно исключительное и чрезвычайное положение позволяет выявить природу любого правового института), – эта инстанция проявляет себя как сила, которая приостанавливает *potestas* тех лиц, которые ею обладали, и вновь наделяет ею тех, кто прежде был ее лишен. *Auctoritas* представляет собой власть, которая может приостанавливать или возобновлять действие права, при этом формально не обладая юридической силой.

Это отношение между *auctoritas* и *potestas* – одновременно исключающее и дополняющее – мы найдем также и в устройстве еще одного института, который вновь демонстрирует нам своеобразие *auctoritas patrum* – *interregnum**. Падение монархии никак не сказалось на праве *patres auctores* (то есть группы сенаторов, принадлежащих к консульской фамилии, в противоположность *patres conscripti****) для

* Междуцарствие (*лат.*) – в Древнем Риме период после смерти царя и вплоть до избрания нового царя.

** Букв.: приписанные отцы (*лат.*) – термин римского государственного права. По наиболее распространенной теории, этим термином обозначали сенаторов, которые набирались из плебеев и которые, не имея права вносить предложения, лишь участвовали в обсуждении подлежавших голосованию дел. Существует также версия, что так называли отобранных царем патрициев.

обеспечения преемственности власти назначать интеррекса в ситуации, когда город оказывался лишенным консулов и всех других магистратов (кроме представителей плебса). При этом использовались формулы «республика возвращается к отцам» (*res publica ad patres redit*) или «ауспиции* возвращаются к отцам» (*auspicia ad patres redeunt*). Как писал Магделен, «на время междуцарствия нормальный правопорядок временно приостанавливался... Республика оставалась без магистратов, без сената, без народных собраний. Тогда группа сенаторов из числа *patres* собиралась и назначала своей суверенной властью первого интеррекса, который, в свою очередь, назначал своего преемника»¹⁸. Здесь *auctoritas* вновь обнаруживает свою связь с приостановкой действия *potestas* и вместе с тем – свою способность служить гарантом существования Республики даже и в чрезвычайных обстоятельствах. Снова мы видим, что прерогатива осуществления *auctoritas* нераздельно принадлежит *patres auctores* как таковым. Первый интеррекс не облачается *imperium* подобно магистрату: ему передается лишь право совершения ауспиции¹⁹. Аппий Клавдий, отстаивая в споре с плебеями важность ауспиций, утверждал, что совершать их могут *patres privatim*, так как обладают исключительным и персональным правом на это: *nobis adeo propria sunt auspicia, ut... privatim auspicia habeamus* – «птицегадания настолько неотторжимы от нас, что... мы совершаем птицегадания, даже будучи частными лицами»²⁰. Власть возобновлять *potestas* после того, как она какое-то время бездействовала, есть не юридическое полномочие, получаемое от народа или магистрата, но неотъемлемое свойство лиц, принадлежащих к числу *patres*.

6.5.

Третий институт, демонстрирующий способность *auctoritas* приостанавливать действие права, – *hostis iudicatio*. В чрезвычайных си-

* Так у древних римлян назывались предсказания будущего по полету птиц.

туациях, когда действия римского гражданина, такие как участие в заговоре или измена, начинали угрожать безопасности республики, сенат мог объявить этого гражданина *hostis* – врагом народа. *Hostis iudicatus* не просто приравнивался к врагу-чужеземцу, *hostis alienigena*, так как последний находился под защитой *ius gentium*^{*21}: он терял все свои юридические права и, следовательно, в любой момент мог быть лишен имущества и предан смерти. В данном случае *auctoritas* не просто приостанавливает действие нормального правопорядка, но отменяет *ius civis*, сам правовой статус римского гражданина.

Наконец, отношения *auctoritas* и *potestas* – одновременно антагонистические и взаимодополняющие – сказываются в употреблении терминов, особый характер которых был впервые отмечен Моммзеном. Выражение *senatus auctoritas* используется как технический термин для обозначения такого постановления сената, которое, будучи в этом смысле противоположно *intercessio*^{**}, не имеет юридических следствий и поэтому никоим образом не может быть приведено в исполнение (даже если оно и будет зафиксировано в письменном акте, *auctoritas perscripta*). Таким образом, *auctoritas* сената проявляется в наиболее чистом и явном виде тогда, когда *potestas* магистрата лишает ее силы и она продолжает, в противоположность реально действующему законодательству, существовать только на бумаге. Здесь *auctoritas* на мгновение являет свою истинную сущность: эта инстанция власти, которая одновременно призвана «наделять легитимностью» и приостанавливать действие права, в наиболее чистом виде обнаруживает свой характер как раз тогда, когда она в наибольшей степени лишена юридической силы.

* Право народов (*лат.*) – система правовых норм в римском праве, определявшая отношения между римскими гражданами и негражданами; фактический аналог международного права.

** Интерцессия (*лат.*) – в Древнем Риме право должностных лиц (магистратов) налагать вето или приостанавливать постановления и действия других равных им или низших должностных лиц.

Она – то, что остается от права, когда его действие полностью оставливается (таким образом, смысл кафкианской аллегии в беньяминовом прочтении – не право, а жизнь, точнее право, которое больше ни в чем не проявляет своего отличия от жизни).

6.6.

Возможно, мы сможем лучше понять природу *auctoritas*, если обратимся к исследованию категории *auctoritas principis*, о которой идет речь в знаменитом фрагменте «Деяний божественного Августа», где Август объявляет *auctoritas* основанием своего статуса принцепса (*princeps*). Примечательно, что публикация в 1924 году антиохийского варианта «Деяний» (*Monumentum Antiochenum*), анализ которого делает возможной более адекватную реконструкцию смысла этого фрагмента, совпал с возрождением интереса к проблеме *auctoritas* в современной исследовательской литературе. Что же именно привлекло внимание исследователей? Несколько фрагментов латинской надписи, которая представляет собой отрывок из 34-й главы «Деяний». Полностью этот фрагмент сохранился только в греческой версии. Латинская реконструкция, выполненная Моммзеном, выглядит так: *post id tempus praestiti omnibus dignitate (axiomati), potestatis autem nihil amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu conlegae**. На самом же деле надпись из Антиохии свидетельствует о том, что Август написал не «*dignitate*», а «*auctoritate*». Комментируя новооткрытый памятник в своей работе 1925 года, Гейнце писал: «Нам, филологам, должно быть стыдно, ибо в данном случае мы слепо доверились авторитету Моммзена: в качестве единственно

* С того времени я всех превосходил достоинством, власти же я имел ничуть не более, чем те, которые были моими коллегами по государственным должностям (лат.).

возможной антитезы *potestas*, то есть обладающей юридической силой власти магистрата, в этом отрывке могла быть принята не *dignitas*, а *auctoritas*»²².

Как это часто бывает – и это не преминули отметить и другие исследователи: за последующие десять лет появилось не менее пятнадцати серьезных монографий об *auctoritas*, – открытие этой категории заново шло рука об руку с процессом утверждения авторитарного принципа в политической жизни европейских народов. «Не только буквальный смысл, но и содержание категории *auctoritas* как фундаментального для публичного права современных авторитарных государств понятия, – писал в 1937 году один немецкий ученый, – могут быть постигнуты только на основе исследования римского права периода принципата»²³. Возможно, однако, что эту связь между римским правом и нашим политическим опытом нам еще только предстоит по-настоящему исследовать.

6.7.

Решающее значение в нашем анализе фрагмента из «Деяний» имеет то обстоятельство, что Август определяет природу своей власти в римском государстве не в строгих терминах, обыкновенно характеризующих *potestas*, ибо он открыто заявляет, что разделяет *potestas* со своими коллегами по магистратуре, но в более расплывчатых понятиях, принадлежащих к сфере *auctoritas*. И само значение имени Август, которое присвоил императору сенат 16 января 27 года, может служить подтверждением этого предположения: оно происходит от того же корня, что *augeo* и *auctor*, – как отмечает Дион Кассий, это имя «не означает какую-либо *potestas (dynamis)*... но являет величие *auctoritas (ten tou axiomatos lamproteta)*»²⁴.

В эдикте от 13 января того же года Август, объявляя о своем намерении восстановить республиканский строй, определяет себя

как *optimi status auctor**. Как очень точно заметил Магделен, в этом тексте термин *auctor* употреблен не в своем самом общем значении «основателя», но в техническом значении – «гаранта *mancipatio*». Коль скоро Август рассматривал восстановление республиканского строя как передачу *res publica* из своих рук в руки народа и сената²⁵, возможно, что «в формуле *auctor optima status* термин *auctor* употребляется в сугубо юридическом смысле и отсылает к идее восстановления *res publica*. Август, таким образом, становится актором прав, возвращенных народу и сенату, подобно тому как в акте манципации передающий (*mancipio dans*) выступает гарантом прав приобретателя (*mancipio accipens*) на вещь, переданную ему в собственность»²⁶.

Как бы то ни было, римский принципат – форма правления, с которой мы обыкновенно связываем термин «император», отсылающий к *imperium* магистрата, – является не магистратурой, а предельной формой *auctoritas*. Гейнце четко характеризует это противопоставление: «Любая магистратура представляет собой установленную форму, оказывающуюся источником власти для индивида, который принимает эту магистратуру. Напротив, *auctoritas*, укорененная в личности того субъекта, который ею обладает, возникает и существует исключительно через посредство этой личности и исчезает вместе с ней»²⁷. Если все свои магистратуры Август получает от народа и сената, то *auctoritas* принадлежит самой его личности; именно *auctoritas* делает его *auctor optimi status*, то есть законодателем и гарантом всего римского политического строя.

Отсюда – особый статус личности Августа, специфика которого особенно ярко проявляется в одном эпизоде, до сих пор не оцененном исследователями по достоинству. Дион Кассий рассказывает нам о том, что Август «сделал свой дом открытым для всех (*ten oikian edemiosen pasan*)... ведя жизнь одновременно частную и публичную (*hin' en tois idiois hama kai en tois koinois oikoie*)»²⁸. *Auctoritas*, которую он воплощает в себе, а вовсе не магистратуры, которыми он облечен, не позволяет изолировать какую-то часть его существо-

* Здесь: творец наилучшего (общественного) состояния (лат.).

вания как частную жизнь и *domus*. Сходным образом надлежит толковать и тот факт, что во дворце Августа на Палатине хранился знак (*signum*) Весты. Как в свое время отметил Фраскетти, наличие тесной связи между культом Весты и культом пенатов римского народа объясняет отождествление семейных пенатов Августа с пенатами римского народа: «частный культ конкретной семьи и культуры по преимуществу общегражданские (культ Весты и культ пенатов римского народа) в доме Августа, по-видимому, могли отождествляться друг с другом»²⁹. Жизнь «августейшего» правителя не может быть описана, подобно жизни обыкновенных граждан, посредством оппозиции публичного – частного.

✎ Вышеприведенные соображения позволяют по-иному взглянуть на сформулированную Канторовичем теорию «двух тел короля» и внести в нее некоторые уточнения. Канторович, в целом склонный преуменьшать значение римской предыстории института, который он намеревается реконструировать на материале истории английской и французской монархий, не соотносит оппозицию *auctoritas – potestas* с учением о двух телах короля и принципом *dignitas non moritur**. Однако именно потому, что суверен прежде всего воплощал в себе *auctoritas*, а не только *potestas*, *auctoritas* и была столь тесно связана с самим его физическим телом; отсюда и необходимость сложного ритуала, предусматривавшего изготовление воскового двойника суверена – *funus imaginarium*. Передача самой магистратуры от одного лица к другому никак не связана с проблемой двух тел: когда магистрат передавал полномочия своему преемнику, вопрос о бессмертии самой его должности при этом не ставился.

* Достоинство не умирает (*лат.*) – принцип, согласно которому король как индивид мог умереть, однако король как представитель суверенной власти, как некий безличный институт, воплощение особого «достоинства» (*dignitas*) короны был бессмертен.

Только потому что суверен, начиная с римских принцепсов, воплощает в своем лице *auctoritas*, а также потому, что в жизни «августейшего» правителя публичное и частное образуют зону абсолютного смешения, возникает необходимость различать два тела, чтобы обеспечить преемственность *dignitas* (которая является не более чем синонимом *auctoritas*). Чтобы понять такие фигуры новейшей истории, как фашистский дуче или нацистский фюрер, не следует забывать о тех отношениях преемственности, которые связывают их с принципом *auctoritas principis*. Как мы уже имели возможность отметить, значимость таких фигур, как дуче или фюрер, не сводилась к отправлению ими чиновничьих или общественных должностей, определенных законодательно, – даже если и Муссолини, и Гитлер и были облечены соответственно должностями главы правительства и канцлера рейха (ведь и Август тоже был наделен *imperium consolare* и *potestas tribunicia*). Свойства дуче и фюрера присущи конкретным физически существующим личностям и принадлежат к биополитической традиции *auctoritas*, а не к правовой традиции *potestas*.

6.8.

Примечательно, что современные исследователи без колебаний готовы были принять утверждение, что *auctoritas* принадлежит непосредственно самой живой личности отца или принцепса. Это утверждение – совершенно очевидно идеология или *factio*, которая должна обосновывать превосходство или по меньшей мере особое положение *auctoritas* по отношению к *potestas*, – становится таким образом формулой имманентности права жизни. Не случайно и то, что это утверждение получило распространение именно в те годы,

когда фашизм и национал-социализм неожиданно возродили в Европе принцип авторитарной власти. Хотя и очевидно, что не существует некоего вечного человеческого типа, который воплощался бы по очереди в фигуре Августа, Наполеона или Гитлера, а есть лишь более или менее сходные правовые диспозитивы – чрезвычайное положение, *iustitium*, *auctoris principis*, *führertum*, – которые задействуются в тех или иных обстоятельствах, в 30-е годы (прежде всего в Германии, но не только) та власть, которую Макс Вебер называл «харизматической», связывается с понятием *auctoritas* и определяется в учении о *führertum* как изначальная и личная власть вождя. Так, в 1933 году в одной небольшой статье Шмитт, пытавшийся обозначить основополагающие понятия национал-социализма, определил принцип *führung* как равенство происхождения между фюрером и его последователями (стоит обратить внимание на использование веберовских понятий). В 1938 году была опубликована книга берлинского юриста Генриха Трипеля «Гегемония», которую Шмитт поспешил отрецензировать. В первом разделе книги излагается теория *führertum* как вида авторитарной власти, основанной не на предсуществующем правопорядке, а на личной харизме. Фюрер характеризуется посредством психологических категорий (он – человек сильной, сознательной, творческой воли); усиленно подчеркиваются его единство с социальной группой, уникальный и личностный характер его власти.

Еще в 1947 году почтенный историк римского права Пьетро де Франчиши опубликовал работу под названием «Тайна власти» (*Arcana imperii*), в которой значительное место было отведено анализу «исходного типа» власти: он называет его *ductus* (где *ductor* – это правитель, в котором этот тип воплощается), пользуясь как бы эвфемизмом, позволяющим ему избежать нежелательных ассоциаций с фашизмом. Де Франчиши преобразует веберовскую триаду типов власти (традиционная, легальная, харизматическая) в дихотомию, которая воспроизводит оппозицию *auctoritas* – *potestas*. Власть *ductor*'а или *fuehrer*'а никогда не может быть производной: она всегда уникальна и принадлежит самой личности ее носителя;

сверх того, она по сути своей не является насильственной, но основывается, как показал еще Трипель, на соглашении и добровольном признании «превосходства в доблести».

Хотя и Трипель и де Франчиши могли наблюдать техники власти фашистского и нацистского режимов, ни тот ни другой, как кажется, не сознавал, что иллюзия уникальности власти, которую они описывают, возникает вследствие приостановки или упразднения нормального правопорядка – то есть в конечном счете вследствие установления чрезвычайного положения. «Харизма» – как подсказывает нам содержащаяся в этом термине отсылка к *charis* святого Павла (что хорошо понимал Вебер) – предполагает упразднение закона, а не некий изначальный характер власти.

Как бы то ни было, все три исследователя согласны в том, что авторитарно-харизматическая власть возникает, словно благодаря какой-то магии, из самой личности *fuhrer*'а. Присущее праву стремление совпасть в точке своей предельной реализации с биологической жизнью здесь утверждается с наибольшей силой. Тем самым категория *auctoritas* встраивается, по крайней мере частично, в ту традицию правовой мысли, которая считает право в конечном счете тождественным жизни или непосредственно подчиненным ей. Ответом на афоризм Савиньи («Право есть не что иное, как жизнь, рассмотренная с особой точки зрения») в XX веке можно считать тезис Рудольфа Сменда, по словам которого «основание своей действительности (*Geltungsgrund*), свое особое качество и содержание норма получает от жизни и от того смысла, который этой норме приписывается, равно как и сама жизнь постигается исходя из нормативно предписанного и вмененного ей жизненного смысла (*Lebensinn*)»³⁰. Подобно тому как в романтической культуре такое явление, как язык, могло быть понято только в непосредственной связи с народом – носителем этого языка (и наоборот), право и жизнь взаимно подразумевают и обосновывают друг друга. Именно эту взаимную обусловленность выражает собой диалектика *auctoritas* и *potestas* (это позволяет говорить о том, что парадигма *auctoritas* изначальна имеет биополитическую природу). Норма применяется в нормаль-

ной ситуации, и действие ее может приостанавливаться и без полного упразднения правопорядка, так как она, в форме *auctoritas* или в форме суверенного решения, прямо отсылает к жизни, от которой ведет свое происхождение.

6.9.

Теперь, наверное, настало время оглянуться на проделанный путь и сделать некоторые предварительные выводы по итогам проведенного нами исследования чрезвычайного положения. Западная юридическая система представляет собой двойную структуру, образованную из разнородных, но связанных между собой элементов: нормативного и юридического в строгом смысле этого слова – его мы отнесем к рубрике *potestas* – и аномийного и метаюридического – обозначим его словом *auctoritas*.

Чтобы нормативный элемент мог быть применен на практике, необходим элемент аномийный, но в то же время и *auctoritas* может действовать только как инстанция санкционирования или приостановки действия *potestas*. Следствием диалектического взаимодействия этих в определенном отношении антагонистических, но в основе своей связанных друг с другом элементов является неустойчивость правовой системы и свойственная ей, при всем ее стремлении к поддержанию и сохранению своего внутреннего порядка, постоянная готовность распасться и разложиться. Чрезвычайное положение представляет собой в конечном счете механизм, призванный приводить в действие и подгонять друг к другу обе составные части политико-правовой машины, учреждая область неразличимости между аномией и номосом, между жизнью и правом, между *auctoritas* и *potestas*. Чрезвычайное положение основывается на изначальной иллюзии, сопрягающей аномию (в форме *auctoritas*, живого воплощения закона или «силы закона») с правопорядком, а

власть приостанавливать действие нормы – непосредственно с самой жизнью. До тех пор пока оба элемента остаются коррелятивными, хотя при этом они и различаются концептуально, разнесены во времени и принадлежат разным субъектам (как в республиканском Риме, где сенат и народ противостояли друг другу, или в средневековой Европе, где друг другу противостояли духовная и светская власть), их диалектическое взаимодействие, пусть и покоящееся на иллюзии, продолжает так или иначе сохраняться. Но когда эти элементы стремятся совпасть в одном субъекте, когда чрезвычайное положение, в котором они предстают связанными и неразличимыми друг с другом, становится нормой – тогда политико-правовая система превращается в машину смерти.

6.10.

Цель настоящего исследования – актуальность его обуславливается тем, что все мы «живем при чрезвычайном положении», – состояла в том, чтобы разоблачить фикцию, которая, особенно в наше время, тяготеет над этой *arcanum imperii*, «Тайна», которая содержится в святой святых власти, – это чрезвычайное положение. Но чрезвычайное положение представляет собой, по сути, всего лишь пустое пространство, в котором действие, никак не соотносимое с правом, сталкивается с нормой, никак не соотносимой с жизнью.

Сказанное выше вовсе не означает, что этот механизм, в центре которого пустота, неэффективен. Напротив, цель нашего исследования как раз и состояла в том, чтобы показать, что начиная с Первой мировой войны он функционировал почти без перебоев: он пережил эпоху фашизма и национал-социализма и просуществовал до наших дней. На всей планете не осталось места, где не действовало бы чрезвычайное положение. Правительства

могут совершенно безнаказанно пренебрегать нормативным характером права и приносить его в жертву своему произволу, игнорируя международное право, существующее за пределами их государств, и устанавливая внутри своих государств перманентное чрезвычайное положение; при этом они, однако, продолжают претендовать на то, что действуют в строгом соответствии с нормами права.

Разумеется, речь здесь не идет о том, чтобы вернуть чрезвычайное положение в его четко определенные временные и пространственные границы для того, чтобы поспособствовать реабилитации примата нормы и гражданских прав, которые именно в чрезвычайном положении находят свое предельное основание. Из чрезвычайного положения, при котором мы живем, невозможно вернуться назад, к правовому государству, потому что под сомнение поставлены сами понятия «государство» и «право». Однако если вообще возможно остановить ход этой машины, разоблачив фикцию, которая приводит ее в движение, – то это можно сделать, только указав на то, что между насилием и правом, между жизнью и нормой нет и не может быть никакой сущностно необходимой связи. Наряду с тенденцией к сохранению связи между ними любой ценой в праве и в жизни действует и противоположная тенденция, неуклонно ведущая к разделению вещей, связанных одна с другой искусственно и насильственно. Таким образом, можно сказать, что в силовом поле нашей культуры действуют две разнонаправленные силы: одна – та, что учреждает и полагает, другая – та, что упраздняет и низлагает. Чрезвычайное положение представляет собой момент максимального напряжения этих сил; вместе с тем, стремясь совпасть с нормой, оно грозит сделать их неразличимыми. Жить при чрезвычайном положении означает познать на опыте обе эти возможности и все же, отделяя друг от друга обе вышеозначенные силы, непрестанно пытаться остановить действие той машины, которая неуклонно ведет Запад к мировой гражданской войне.

Если правда, что связь между жизнью и правом, аномией и номосом, рождающаяся из чрезвычайного положения, хоть и эффективна, но все же иллюзорна, – из этого, тем не менее, нельзя делать вывод, что по ту или по эту сторону правовых диспозитивов мы можем обрести непосредственный доступ к тому целому, распад и одновременно невозможное единство которого они представляют собой. Дело обстоит не так, что сначала существуют жизнь как биологическая данность и аномия как состояние природы, и только потом уже они включаются в область права посредством чрезвычайного положения. Напротив, сама возможность различать жизнь и право, аномию и номос обусловлена их включенностью в биополитические механизмы. Голая жизнь есть продукт действия этих механизмов, а не нечто этим механизмам предшествующее, подобно тому, как и право не имеет никакого коррелята в природе или в божественном уме. Жизнь и право, аномия и номос, *auctoritas* и *potestas* происходят из раскола того изначального единства, которое является нам только как иллюзия, связывающая эти категории друг с другом. И получить доступ к этому изначальному единству можно лишь посредством иллюзии и терпеливого труда, который, разоблачив последнюю, позволит отделить друг от друга вещи, в иллюзии казавшиеся нам связанными. Однако это расколдовывание не способно возвратить «заколдованное» в исходное состояние: в соответствии с принципом, согласно которому чистота никогда не бывает изначальной, расколдовывание лишь дает «заколдованному» возможность перейти в новые условия существования.

Представить право в его не-связанности с жизнью, а жизнь – в ее не-связанности с правом означает создать в зазоре между ними пространство для того вида человеческого действия, которое в какой-то момент стали называть «политическим». Область политического оказалась в длительном кризисе потому, что к ней примешалось право, и она стала воспринимать себя – в лучшем случае – как

учредительную власть (то есть насилие, устанавливающее законы); в худшем же случае свелась к простой способности совершать мелкие сделки с правом. Тогда как подлинно политическим является лишь такое действие, которое разрывает связь между насилием и правом. И только в пространстве, открываемом в акте этого разрыва, становится возможным вопрос о применимости права после того, как диспозитив, в условиях чрезвычайного положения связывавший право с жизнью, будет деактивирован. Тогда мы сможем увидеть «чистое» право – «чистое» в том же смысле, в каком Бенямин говорил о «чистом» языке и «чистом» насилии. Тогда слову, которое не налагает никаких обязательств, ничего не приказывает и не воздвигает никаких запретов, но лишь высказывается ради того, чтобы быть высказанным, будет соответствовать действие как средство в чистом виде – такое, которое демонстрирует лишь самое себя, не будучи направленным ни к какой определенной цели. А в этом пространстве между словом и действием – не утраченное изначальное состояние, а обычай и человеческая практика, которые силы права и мифа пытались в чрезвычайном положении взять под свой контроль.

Примечания

1. Чрезвычайное положение как управленческая парадигма

1. Шмитт, Карл. Политическая теология. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000.
2. Saint-Bonnet, François. L'Etat d'exception. Paris, 2001. P. 28.
3. Fontana, Alessandro. Du droit de resistance au devoir d'insurrection // Le droit de resistance / ed. Jean-Claude Zancarini. Paris, 1999. P. 16.
4. De Martino, Francesco. Storia della costituzione romana. Napoli, 1973. P. 320.
5. См. в: Schnur, Roman. Revolution und Weltbürgerkrieg. Berlin, 1983.
6. Вернер Шпор в: Drobische, Klaus; Wieland, Günther. System der NS-Konzentrationslager 1933–1939. Berlin, 1993. P. 28.
7. В оригинале: «...lorsque les circonstances obligent de donner plus de forces et d'action à la police militaire, sans qu'il soit nécessaire de mettre la place en état de siège». См.: Reinach, Theodore. De l'état de siège. Paris, 1885. P. 109.
8. Ibid.
9. См.: Preuss, Hugo. Reichsverfassungsmässige Diktatur // Zeitschrift für Politik. XIII. 1924.
10. Watkins, Frederick M. The Problem of Constitutional Dictatorship // Public Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 1940. P. 324–379.

11. *Friedrich, Carl J.* Constitutional Government and Democracy. Boston, 1941.
12. *Rossiter, Clinton.* Constitutional dictatorship: crisis government in the modern democracies. Princeton: Princeton University Press, 1948.
13. *Tingsten, Herbert.* Les pleins pouvoirs: L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre. Paris, 1934.
14. В русском переводе: «Традиция угнетенных учит нас, что переживаемое нами “чрезвычайное положение” – не исключение, а правило». *Беньямин, Вальтер.* О понятии истории // Новое литературное обозрение. № 46. 2000. С. 83.
15. *Tingsten, Herbert.* Op. cit. P. 13.
16. Ibid. P. 333.
17. *Friedrich, Carl J.* Op. cit. P. 812.
18. Ibid. P. 828.
19. *Rossiter, Clinton.* Op. cit. P. 5.
20. Ibid. P. 4.
21. Ibid. P. 14.
22. Ibid. P. 297.
23. Ibid. P. 313.
24. Ibid. P. 314.
25. *Tingsten, Herbert.* Op. cit. P. 18.
26. *Rossiter, Clinton.* Op. cit. P. 123.
27. Ibid. P. 124.
28. Цит. по: *Schmitt, Carl.* Staat, Großraum, Nomos. Berlin, 1995. P. 25.
29. *Schmitt, Carl.* Der Hüter der Verfassung. Tübingen, 1931.
30. *Fresa, Carlo.* Provvisorieta con forza di legge e gestione degli stati di crisi. Padova, 1981. P. 156.
31. Ibid. P. 152.
32. *Rossiter, Clinton.* Op. cit. P. 142.
33. Цит. по: *Шмитт, Карл.* Диктатура. Санкт-Петербург: Наука, 2005. С. 193.
34. Там же. С. 132.
35. *Rossiter, Clinton.* Op. cit. P. 229.
36. *Roosevelt, Franklin D.* The Public Papers and Addresses. New York, 1938. Vol. 2. P. 16.

37. Rossiter, Clinton. Op. cit. P. 269.
38. Hatschek, Julius. Deutsches und Preussisches Staatsrecht. Berlin, 1923. P. 158.
39. См.: Decretum Gratiani. Pars I. Dist. 48.
40. Ibid. Pars III. Dist. 1. Cap. 11.
41. См.: Фома Аквинский. Сумма теологии / Перевод, ред. и прим. С.И. Еремеева. Киев: Эльга, Ника-Центр, 2005. Часть I. Вопрос 96. Ст. 6.
42. В оригинале: «...*en conditionnant la validité par la facticité, en cherchant le contact avec un réel extrajuridique, il [Gratien] empêche le droit de ne se référer qu'au droit, et prévient ainsi la clôture du système juridique*». См.: Schütz, Anton. L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique: a propos de 'fiction' et de 'construction' en droit // Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques. № 21. 1995. P. 120.
43. Данте Алигьери. Монархия. М.: Канон-Пресс-Ц, Кучково поле, 1999. С. 70.
44. Romano, Santi. Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria // Scritti minori. Vol. I. Milano, 1990. P. 362.
45. Ibid. P. 364.
46. Romano, Santi. Frammenti di un dizionario giuridico. Milano, 1983. P. 222.
47. Ibid. P. 224.
48. См. в: Arangio-Ruiz, Gaetano. Istituzioni di diritto costituzionale italiano. Milano, 1972. P. 582.
49. Duguit, Léon. Traité de Droit constitutionnel. Paris, 1930. Vol. 3. P. 754.
50. Balladore-Pallieri, Giorgio. Diritto costituzionale. Milano, 1970. P. 168.
51. Цит. по: Шмумт, Карл. Политическая теология. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. С. 25.
52. Mathiot, Andre. La théorie des circonstances exceptionnelles // Mélanges Mestre. Paris, 1956. P. 424.

1. См.: *Шмитт, Карл*. Диктатура: от истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы. СПб.: Наука, 2005.
2. *Schmitt, Carl*. Die Diktatur. München – Leipzig, 1921. P. XVII.
3. Цит. по: *Шмитт, Карл*. Политическая теология. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. С. 25.
4. *Шмитт, Карл*. Диктатура: от истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы. СПб.: Наука, 2005. С. 158.
5. Там же. С. 196.
6. Там же. С. 160.
7. *Шмитт, Карл*. Политическая теология. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. С. 25.
8. *Шмитт, Карл*. Диктатура: от истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы. СПб.: Наука, 2005. С. 157.
9. Там же. С. 158.
10. Там же.
11. Там же. С. 158–159.
12. Там же. С. 167.
13. *Schmitt, Carl*. Die Diktatur. München – Leipzig, 1921. P. XVIII.
14. Там же. С. 225.
15. *Шмитт, Карл*. Политическая теология. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. С. 26.
16. Там же. С. 25.
17. Там же. С. 17.
18. *Шмитт, Карл*. Диктатура: от истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы. СПб.: Наука, 2005. С. 158.
19. «Когда Мооль говорит, что юридически невозможно проверить, имеет ли место чрезвычайное положение, он исходит из предпосылки, что решение в правовом смысле должно быть полностью производным от содержания нормы. Но в том-то и вопрос. Всеобщность этой формулы, как ее высказывает Мооль, является только выражением либерализма правового государства, и в ней не учитывается самостоятельное значение решения (*Dezision*)».

- См.: Шмитт, Карл. Политическая теология. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. С. 16.
20. Там же. С. 26.
21. Quadri, Giovanni. La forza di legge. Milano, 1979. P. 10.
22. Цит. по: Арендт, Ханна. Банальность зла. Эйхман в Иерусалиме. М.: Издательство «Европа», 2008. С. 222.
23. См.: Гадамер, Ганс-Георг. Истина и метод. Основы философской герменевтики. М.: Прогресс, 1988. С. 401–402.

3. Iustitium

1. См. в: Cicero. Philippics 8 // Orations. Philippics 7–14. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. P. 36.
2. См.: Nissen, Adolf. Das Iustitium. Eine Studie aus der Römischen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1877. P. 78.
3. В оригинале: «...nuntiata ea clades Romam maiorem quam res erat terrorem exciuit». В переводе Брагинской: «Весть об этом поражении вызвала в Риме переполох, несообразный размерам бедствия». См.: Тут Ливий. История Рима от основания города. В 3-х т. М.: Наука, 1989. Т. 1. Книга X. 4. 1.
4. Nissen, Adolf. Op. cit. P. 76.
5. Mommsen, Theodor. Römisches Staatsrecht. Leipzig, 1877. Vol. 1. P. 687 sg.
6. Ibid. P. 687–697.
7. Ibid. P. 250.
8. Ibid. P. 693.
9. Ibid. Vol. 3. P. 1243.
10. Ibid. Vol. 1. P. 695 sg.
11. Nissen, Adolf. Op. cit. P. 105.
12. Цит. по: Макиавелли, Никколо. Государь. Рассуждения о первой декаде Тита Ливия. М.: Транзиткнига, 2006.
13. Nissen, Adolf. Op. cit. P. 76.
14. См.: Schmitt, Carl. Die Diktatur. München – Leipzig, 1921. P. 183.

15. «Консулы тоже заперлись в своих домах и не исполняли никаких своих обязанностей, только назначили по требованию сенатского постановления диктатора для проведения выборов». См.: *Тит Ливий*. Указ. соч. Т. 1. Книга IX. 7. 12.
16. «Видя нерешительность консула, он, будучи частным человеком, сам стал действовать как консул и призвал за собою всех, кому дорога республика». См.: *Цицерон*. Тускуланские беседы // Избранные сочинения. М.: Художественная литература, 2000. Книга IV. XXIII. 51.
17. *Nissen, Adolf*. Op. cit. P. 105.
18. «Считать ли заслуживающим наказания того, кто убил гражданина согласно постановлению сената и ради спасения государства, хотя по законам это недопустимо?» См.: *Цицерон*. Об ораторе (К брату Квинту) // Три трактата об ораторском искусстве. М.: Ладомир, 1994. Книга II. 31. 134.
19. *Wagenvoort, Hendrik*. Roman Dynamism. Oxford, 1947. P. 106.

4. Гигантомахия вокруг пустоты

1. Рольф Тидеманн в: *Benjamin, Walter*. Ursprung des deutschen Trauerspiel // Gesammelte Schriften. Frankfurt am Main, 1972–1989. Vol. 1.3. P. 886.
2. *Viesel, Hansjörg*. Jawohl, der Schmitt. Zehn Briefe aus Plettenberg. Berlin 1988. P. 14. Сравните с примечаниями Бредекампа в: *Bredekamp, Horst*. Von Walter Benjamin zu Carl Schmitt // Deutsche Zeitschrift für Philosophie. 1998. № 46. P. 913.
3. *Taubes, Jakob*. Ad Carl Schmitt // Gegenstrebiges Fügung. Berlin, 1987. P. 27.
4. *Benjamin, Walter*. Zür Kritik der Gewalt // Gesammelte Schriften. Frankfurt am Main, 1972–1989. Vol. 2.1. P. 183.
5. *Ibid.* P. 202.
6. *Ibid.* P. 189.
7. *Ibid.* P. 196.

8. Ibid. P. 203.
9. Шмитт, Карл. Политическая теология. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. С. 17.
10. Weber, Samuel. Taking exception to decision. Walter Benjamin and Carl Schmitt // Walter Benjamin / ed. Uwe Steiner. Bern, 1992. P. 152.
11. Цит. по: Беньямин, Вальтер. Происхождение немецкой барочной драмы. М.: Аграф, 2002. С. 51.
12. Там же. С. 57.
13. Там же. С. 52.
14. Там же.
15. Там же.
16. Шмитт, Карл. Политическая теология. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. С. 71.
17. Беньямин, Вальтер. Происхождение немецкой барочной драмы. М.: Аграф, 2002. С. 74.
18. Цит. по: Беньямин, Вальтер. О понятии истории // Новое литературное обозрение. № 46. 2000. С. 81–90.
19. Шмитт, Карл. Диктатура: от истоков современной идеи суверенитета до пролетарской классовой борьбы. СПб.: Наука, 2005. С. 16.
20. Шмитт, Карл. Политическая теология. М.: Канон-Пресс-Ц, 2000. С. 29.
21. Benjamin, Walter. Briefe. Frankfurt am Main, 1966. P. 205 sg.
22. См.: Беньямин, Вальтер. Карл Краус // Озарения. М.: Мартис, 2000. С. 343.
23. Benjamin, Walter. Zür Kritik der Gewalt // Gesammelte Schriften. Frankfurt am Main, 1972–1989. Vol. 2.1. P. 179.
24. Ibid. P. 196.
25. Ibid. P. 198.
26. Benjamin, Walter. Briefe. Frankfurt am Main, 1966. P. 618.
27. Цит. по: Беньямин, Вальтер. Франц Кафка = Franz Kafka. М.: Ad Marginem, 2000. С. 94.
28. Там же. С. 163.
29. Benjamin, Walter. Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit // Frankfurter Adorno Blätter. № 4. 1992. P. 41.

5. Праздник, траур, аномия

1. В оригинале: «... *le débat... fut assez vif, mais bientôt personne n' y pensa plus*». См.: *Seston, William*. Les chevaliers romains et le iustitium de Germanicus // *Scripta varia*. Roma, 1980. P. 155.
2. *Versnel, Hendrik Simon*. Destruction, Devotio and Despair in a situation of anomy: the mourning for Germanicus in triple perspective // *Perennitas. Studi in onore di Angelo Brelich*. Roma, 1980. P. 583.
3. *Ibid.*
4. *Ibid.* P. 605.
5. Цит. по: *Дюркгейм, Эмиль*. Самоубийство. Социологический этюд. М.: Мысль, 1994. С. 87.
6. *Seston, William*. *Op. cit.* P. 171 sg.
7. *Ibid.* P. 156.
8. *Fraschetti, Augusto*. Roma e il principe. Roma – Bari, 1990. P. 57.
9. *Ibid.* P. 120.
10. *Nissen, Adolf*. Das Iustitium. Eine Studie aus der Römischen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1877. P. 140.
11. *Delatte, Louis*. Les traités de la royauté d'Ecphante, Diotogene et Sthenidas. Paris, 1942. P. 37.
12. *Ibid.* P. 39.
13. *Delatte, Armand*. Essai sur la politique pythagoricienne. Liège – Paris, 1922. P. 84.
14. *Meuli, Karl*. *Gesammelte Schriften*. Basel – Stuttgart, 1975. P. 473.

6. Auctoritas и potestas

1. *Magdelain, André*. Ius imperium Auctoritas. Etudes de droit Romain. Roma, 1990. P. 685.
2. *Arendt, Hanna*. Between Past and Future. New York, 1961. P. 91.
3. *Ibid.* P. 97.
4. *Schmitt, Carl*. Der Hüter der Verfassung. Tübingen, 1931. P. 137.

5. См.: Шмитт, Карл. Учение о конституции // Государство и политическая форма. М.: Издательский дом ГУ–ВШЭ, 2010.
6. Fueyo, Jesus. Die Idee des «Auctoritas»: Genesis und Entwicklung // Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt / hrsg. von Hans Barion. Berlin, 1968. P. 212.
7. Ibid. P. 213.
8. Дион Кассий. Римская история. Книга 55. Глава 3.
9. См.: Бенвенист, Эмиль. Словарь индоевропейских социальных терминов. М.: Прогресс, 1995. С. 330.
10. Magdelain, André. Op. cit. P. 685.
11. Noailles, Pierre. Fas et Ius. Etudes de droit romain. Paris, 1948. P. 274.
12. Ibid.
13. Mommsen, Theodor. Römisches Staatsrecht. Leipzig, 1877. Vol. 1. P. 1034.
14. Heinze, Richard. Auctoritas // Hermes. Bd. 60. 1925. P. 350.
15. Biscardi, Arnaldo. Auctoritas partum: problemi di storia del diritto pubblico romano. Napoli, 1987. P. 119.
16. Magdelain, André. Op. cit. P. 686.
17. Цит. по: Тут Ливий. История Рима от основания города. В 3-х т. М.: Наука, 1989. Т. 2. Книга XXVI. 10. 9.
18. Magdelain, André. Op. cit. P. 359 sg.
19. Ibid. P. 356.
20. Тут Ливий. Указ. соч. Книга VI. 41.6.
21. Nissen, Adolf. Das Iustitium. Eine Studie aus der Römischen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1877. P. 27.
22. Heinze, Richard. Op. cit. P. 348.
23. Wenger, S. Römisches Recht in Amerika // Studi in onore di Enrico Besta. Milano, 1937–1939. Vol. 1. P. 152.
24. Дион Кассий. Римская история. Книга 53. Глава 18. 2.
25. См.: Деяния божественного Августа // История Древнего Рима. Тексты и документы. М., 2004. 34. 1.
26. В оригинале: «...dans la formule auctor optimi status... le terme l'auctor ait un sens juridique assez précis et renvoie à l'idée de transfert de la res publica[... Auguste serait ainsi l'auctor des droits rendus au peuple et au

Sénat, de même que, dans la mancipation, le mancipio dans est l'auctor de la puissance acquise, sur l'objet transféré, par le mancipio accipens».

См.: *Magdelain, André*. *Auctoritas principis*. Paris, 1947. P. 57.

27. *Heinze, Richard*. *Op. cit.* P. 356.

28. *Дион Кассий*. Указ. соч. Книга 55. Глава 12. 5.

29. *Fraschetti, Augusto*. *Roma e il principe*. Roma – Bari, 1990. P. 359.

30. *Smend, Rudolf*. *Integrationslehre // Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*. Vol. 5. 1956. P. 300.

Джорджо Агамбен

НОМО SACER
Чрезвычайное положение

Директор издательства *В. Глазычев*
Главный редактор издательства *Г. Павловский*
Ответственный за выпуск *Т. Рапопорт*
Технический редактор *А. Монахов*
Обложка *С. Ильницкий*
Корректор *В. Кинша*

Подписано в печать 27.06.2011. Формат 60X84 1/16.
Гарнитура Charter.
Печать офсетная. Бумага офсетная. Усл. печ. л. 9,25.
Тираж 1000 экз.

Издательство «Европа»
125009, г. Москва,
Малый Гнездииковский пер., д. 9/8, стр. 3а
Тел./факс (495) 629-52-97

e-mail: info@europublish.ru
www.europublish.ru

Отпечатано с оригинал-макета
в «Типографии «Момент»

Чрезвычайное положение, или приостановка действия правового порядка, которое мы привыкли считать временной мерой, повсюду в мире (не исключая России) становится парадигмой обычного управления. Новая книга Агамбена — продолжение его ставшей классической книги «Homo Sacer. Суверенная власть и голая жизнь» — это попытка проанализировать причины и смысл эволюции чрезвычайного положения, от Гитлера до Гуантанамо. Двигаясь по «нейтральной полосе» между правом и политикой, Агамбен шаг за шагом разрушает апологии чрезвычайного положения, высвечивая скрытую связь насилия и права.

«Связь между чистым и юридическим насилием, между чрезвычайным положением и революционным насилием оказывается настолько тесной, что кажется, будто двое игроков на шахматной доске истории двигают одну и ту же пешку».

«Однажды человечество начнет играть с правом, как дети играют с вещами, вышедшими из употребления, но не для того, чтобы вернуть им их каноническое применение, а чтобы решительно освободить их от него».

«Чрезвычайное положение как форма крайней необходимости предстает — наряду с революцией — как “незаконная”, но при этом как совершенно “правовая и конституционная” мера, которая воплощается в производстве новых норм».

«Чрезвычайное положение является не диктатурой, но пространством правового вакуума, зоной аномии, в которой парализованы все юридические понятия — и прежде всего различие частного и общественного».

978-5-9739-0203-2



9 785973 902032