

КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРАВОПОРЯДОК И ОСНОВНЫЕ ПРАВА: ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА И ОСОБЕННОСТИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ЗАЩИТЫ (О МЕТОДОЛОГИИ НАУЧНОГО ПОИСКА)

© 2016 г. Борис Сафарович Эбзеев¹

В статье рассматриваются особенности интерпретации основных прав в различные исторические эпохи и в различных правовых порядках, а также предопределяющие такие интерпретации факторы. На этом фоне раскрываются роль государства в обеспечении конституционных прав и гарантийная функция правосудия. In the article examined feature of interpretation of basic rights in different historical epoches and different laws and order and predetermining such interpretations factors. The role of the state in providing of constitutional rights and guarantee function of justice open up on this background.

Ключевые слова: конституционный правовой порядок, понятие и юридическая природа основных прав, государство в системе защиты прав человека и гражданина, правосудие.

Key words: Constitutional Law and order, concept and legal nature of basic rights, state in the system of defence of human and citizen rights, justice.

Права и свободы человека и гражданина в практическом конституционализме неразрывно связаны с выдвинутым демократическими революциями XVII–XVIII вв. принципом правового государства, власть которого ограничена правами человека, очерчивающими пространство его свободы и пределы, в которые публичная власть не вправе вторгаться. Это в том числе означало подчинение государственной власти закону, всецело находящемуся в ведении народного представительства. Государство в правовой сфере отныне не есть “все”, оно не является единственным источником и носителем права. В правовом государстве такой источник коренится в естественной свободе человека, который в этом случае выступает в качестве равноправного партнера государства и способен правовым образом ему противостоять. В свою очередь государство, обеспечивая безопасность и устанавливая новые формы свободы, создает для своих граждан новые права.

Однако моральная ценность выраженных во французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г. не приводила непосредственно к их осуществлению. Несмотря на их, казалось бы, безусловную справедливость и истинность, эти права не могли осуществляться в силу лишь “присущего им внутреннего значения и достоин-

ства”. Эта задача была выполнена ранним европейским конституционализмом, безусловно признавшим субъективную природу прав человека и поставившим их под защиту правосудия. Права человека были санкционированы в конституциях ряда государств Европы и Северной Америки в виде каталога основных прав гражданина, что обусловило появление учения о субъективном публичном праве.

Юридическая природа конституционных прав и свобод

В историческом развитии учения о субъективном публичном праве долгое время конкурировали два существенно различных направления. Если в первом из этих направлений субъективное публичное право, под которым в этот исторический период прежде всего понимали конституционное, однородно по структуре с правом частным, отличаясь от него только субъектами (государство как носитель власти, с одной стороны, и подвластный ему индивид), то во втором существование публичного субъективного права индивида вообще отрицалось; этим термином, считали сторонники данного направления, обозначается лишь рефлекс положений публичного права, следовательно, основные права являются не субъективными, а рефлексивными².

В основе указанной конкуренции – причины более глубокие, чем искания самой юриспруден-

¹ Доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист, заслуженный деятель науки РФ (E-mail: ebzeev_bs@mail.ru).

Boris Ebzeev, Doctor of Law, Professor, honored lawyer of the Russian Federation, honored worker of science of the Russian Federation (E-mail: ebzeev_bs@mail.ru).

² См.: Еллинек Г. Право современного государства. Т. 1. Общее учение о государстве. Изд. 2-е. СПб., 1908. С. 303.

ции. В самом деле, XIX в. на смену естественного-правовым представлениям предшествующего столетия, основанным на вере в то, что общество — это механическое соединение отдельных индивидов, и только их добрая воля и соглашение между ними определяют всю организацию общественной и государственной жизни, принес взгляды о самодовлеющей природе общества. Человек и его личность были признаны лишь продуктом общества и социальной среды³. Порожденная Декларацией 1789 г. эйфория быстро сошла на нет, а сама Декларация, объявленная “евангелием буржуазии”, оказалась надолго забытой.

Теперь уже общество было объявлено единственным источником права, что же касается отдельного человека — он получал свои права от общества, которое, посредством государства даровав индивиду права, могло в любой момент отнять их. Основатель философии позитивизма О. Конт учил, что идея субъективного права есть продукт метафизической философии. При организации общества на позитивно-научных началах индивид не может претендовать на права, на него должны быть возложены обязанности. Всякое человеческое право или свобода есть бессмысленная анархия, если не подчиняются какому-то закону, поскольку в этом случае они не способствуют никакому порядку — ни индивидуальному, ни коллективному. Все человеческие права с общего согласия разумных и честных людей должны быть упразднены, а за человеком следует признать только право исполнять свой долг⁴.

Отрицание естественных прав человека, неотчуждаемых и неприкосновенных для государства, привело к отказу от признания провозглашенных в конституциях публичных прав, в отличие от частных прав (субъективных по своей природе). Основные права гражданина с этой точки зрения есть не субъективные права, а результат объективного права, очерчивающего пределы компетенции государственной власти; следовательно, юридическая конструкция призвана из объективных абстрактных правовых норм вывести права и полномочия государственной власти и границы ее вторжения в сферу человеческой бытийности.

Волна не критичного позитивизма, захлестнувшая юриспруденцию под влиянием органической школы в социологии в конце XIX — начале XX в. (П. Ф. Лиленфельд, А. Шефле, Р. Вормс,

А. Эспинас), привела к отказу в объяснении природы субъективного права от акцента на воле и интересе его носителя. Восторжествовал юридико-догматический подход к основным правам как мере дозволенного поведения, но не юридической форме воплощения естественной свободы, мере, всецело определяемой публичной властью, действующей “в своем праве”.

Как раз эти взгляды, получившие обоснование в трудах немецких юристов К. Ф. Гербера, Г. А. Захариэ, Л. Ф. Рёнке и др. и оказавшие серьезное влияние на европейскую юриспруденцию, наиболее последовательно защищались П. Лабандом. Последний в книге “Государственное право германских государств” (“Das Staatsrecht des Deutschen Reiches”) (Изд. 4-е, 1901) утверждал, что “права свободы или основные права — это нормы для государственной власти, которые она сама для себя устанавливает; они создают пределы для правомочий должностных лиц; они обеспечивают каждому его естественную свободу действий в определенном объеме, но они не обосновывают субъективных прав граждан. Они не права, так как у них нет объекта”⁵.

Общество — цель, индивид — средство; личность не может быть вооружена субъективными правами против общества как целостного социального организма, в котором она занимает отведенное место и выполняет уготованную ей социальную роль. Как писал Р. Иеринг, обращаясь к индивиду, “у тебя нет ничего принадлежащего исключительно тебе одному; всюду рядом с тобой стоит общество или представитель его интересов — закон; во всем общество является твоим партнером, требующим из принадлежащего тебе своей доли: доли тебя самого, твоей рабочей силы, твоего тела, твоих детей, твоего имущества; право есть осуществленное партнерство индивида с обществом. Власть закона, невидимого, вездесущего представителя общества, окружает тебя всюду, где бы ты ни был, словно воздух, которым ты дышишь, и нет уголка на земле, нет места в обществе, в котором ты мог бы укрыться от него. Лишь привычка дает возможность почти не ощущать производимого им на тебя давления”⁶.

³ См.: Кистяковский Б. А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 494, 496.

⁴ См.: Графский В. Г. История политических и правовых учений. Учеб. Изд. 3-е, доп. М., 2009. С. 416.

⁵ Цит. по: Кистяковский Б. А. Указ. соч. С. 502. Эти взгляды преобладали в германской юриспруденции вплоть до Веймарской конституции 1919 г., но окончательно были преодолены действующим Основным законом ФРГ, безусловно признавшим за основными правами субъективный характер (см.: Государственное право Германии / Пер. с нем. Т. 2. М., 1994. С. 179).

⁶ Иеринг Р. Цель в праве. Т. 1. СПб., 1881. С. 386.

Отсюда с необходимостью следовало, что основные права не являются правами в субъективном смысле, они результат действия общего правопорядка и присущего ему правового принципа: все, что не запрещено, дозволено. Притом что установление каталога запретов и масштаба дозволений всецело отдано на усмотрение неподконтрольной независимому суду публичной власти.

Причину этого Б.А. Кистяковский видел в том, что тогдашние историко-социологические и юридические теории “страдают одним и тем же недостатком: они так заняты обществом и государством, что совсем упускают из виду самостоятельное значение личности. Государство в правовой области есть все, а отдельные граждане, приобретая гражданство или свои качества гражданина в силу государственно-правового порядка, представляют собой перед лицом государства как бы правовое ничто”.

Российская юриспруденция вступила в этот спор позднее, но к чести прогрессивной государственно-правовой мысли России она в лице своих выдающихся представителей изначально стояла на признании за публичными правами качества субъективных прав. Б.А. Кистяковский считал “ошибочным” взгляд на свободу лица как на рефлексивное, а не субъективное право. “В современных конституционных государствах, в отличие от абсолютно-монархических, гражданские свободы лица обставлены известными гарантиями, которые, несомненно, превращают их в субъективные права. Признак, который отличает с юридической точки зрения субъективное право от рефлексивного, заключается в предоставлении индивиду юридических средств для защиты и восстановления нарушенного права”. И далее он резюмировал: “По своему существу личные права и свободы являются субъективными публичными правами; им по преимуществу присущи та индивидуализация, та связь с личностью, которые составляют основной признак всякого субъективного права”⁷. Словом, основные права гражданина – это не результат действия правопорядка и не элементы установленного государством правового статуса или правоспособности как абстрактной способности к правообладанию,

не потенциальные, а именно субъективные права, определяющие взаимоотношения их носителя с государством и в силу собственной природы нуждающиеся в надежной судебной и иной защите.

Однако в советский период отечественной истории тезис о субъективной природе конституционных прав и свобод был надолго утрачен. Представления органической школы в социологии, нашедшие благодатную почву в гипертрофированном коллективизме и идеологеме марксизма о неизбежном отмирании государства, одержали победу. Субъективные права как выражение свободы в традиционном для индустриального общества понимании как свободы человека в его индивидуальном самоопределении и гарантии от государственного вмешательства в индивидуальную автономию личности не вписывались в привнесенный Великой российской революцией тип демократии. Нам долгое время были чужды представления о возможности иной свободы, кроме той, которая состоит в неограниченном подчинении индивида общей воле народа. Эти представления выводились из принципа “самодержавия народа” и способа производства и формы собственности, которые пришли на смену капитализму и не порождали антагонизма между носителями прав. Свобода участия в осуществлении общественно необходимого не нуждается в субъективных правах⁸.

Но по мере того как созданное Революцией абсолютное государство без меры и границ уступало место сравнительно умеренной государственности с менее сосредоточенной властью, происходило размывание ее коллективистской основы и привнесение в общество уважения к ин-

⁷ Кистяковский Б.А. Указ. соч. С. 499, 505. На этом решительно настаивали М.В. Вишняк (см.: *Вишняк М.В.* Личность в праве. Пг., 1917), В.М. Гессен (см.: *Гессен В.М.* Основы конституционного права. Изд. 2-е. Пг., 1918), А.И. Елистратов (см.: *Елистратов А.И.* Понятие о публичном субъективном праве. М., 1913), А.А. Рождественский (см.: *Рождественский А.А.* Теория субъективных публичных прав. М., 1913).

⁸ См.: *Гойхбарг А.Г.* Основы частного имущественного права (Очерки). М., 1924. С. 12–14. Тогда же М.А. Рейснер писал: “Советская Конституция не должна содержать перечня прав граждан; если трудовой народ находится у власти, то ясно, что он использует эту власть в своих интересах” (цит. по: *Куприц Н.Я.* Из истории науки советского государственного права. М., 1971. С. 65). Немного позднее системноцентристские представления активно распространялись на частноправовую сферу отношений. Как с удовлетворением писал Р.Н. Бабун, “по вопросу о субъектах прав” Советское государство “отбрасывает прежде всего основное положение буржуазной науки о прирожденных, естественных правах личности и о противопоставлении личности государству”. И далее, ссылаясь на ст. 4 ГК УССР (аналогичную ст. 4 ГК РСФСР), отмечал, что кодекс представляет всем гражданам правоспособность “в целях развития производительных сил страны. Следовательно, государство наделяет отдельную личность правами не в интересах личности, а в интересах всего рабоче-крестьянского коллектива в целом” (см.: *Бабун Р.* Общее учение о праве и государстве. Киев, 1925. С. 111).

дивидуальности человека и его интересам. Наука в лице немногих своих представителей вернулась к тезису о субъективной природе основных прав лишь в 60–70-е годы прошлого столетия, что же касается практики судебной защиты этих прав и свобод – она носила крайне ограниченный характер⁹. Большинство юристов, в том числе внесших большой и чрезвычайно полезный вклад в осмысление феномена конституционных прав и свобод, основные права упорно продолжали рассматриваться как рефлекс общего правопорядка или элемент правоспособности, а не как субъективные права, подлежащие судебной защите¹⁰. Концепция общенародного государства, позднее ставшая частью Конституции СССР 1977 г., как и прежде, не допускала оппозиции против нее в виде публичных субъективных прав.

При этом юриспруденция эту практику аргументировала тем, что конституционное регулирование свободы личности носит обобщенный характер и осуществляет ряд функций. В частности, оно формулирует модель или констатирует уже сложившиеся экономические, политические, социальные и духовные формы, закрепляет основы свободы личности, определяет ее конституционные рамки и устанавливает пределы государственной власти; определяет границы, в которых в каждый данный момент развиваются процессы существования и жизнедеятельности этих форм и которым должны соответствовать эти формы и обусловленные ими границы свободы личности; устанавливает пределы правового регулирования прав и обязанностей личности; закрепляет принципы правового регулирования свободы личности и закладывает базу отраслевого регулирования прав, свобод и обязанностей.

Отсюда следовал вывод, что нормы конституций о правах и свободах граждан есть “масштабные указатели желаемого или необходимого поведения субъектов общественных отношений”. Тем самым осуществление конституционных прав понималось как осуществление общественно желаемого или необходимого, следовательно,

как соблюдение установленного порядка. Главное же заключалось в том, что самих этих норм недостаточно для “упорядочения общественных отношений. Обобщенный характер конституционного регулирования свобод и прав человека требует конкретизации норм о правах и свободах, вне которой их реализация невозможна, как невозможна и их непосредственная защита”¹¹.

Этот вполне типичный и соответствующий практике отечественного конституционализма на советском этапе его развития, свободного от “химеры” естественного права, вывод содержит в себе известное рациональное зерно, поскольку квалифицирует конституционные права и свободы как объективные принципы общего правопорядка, обязывающие законодателя и публичную власть вообще.

Эти права действительно составляют основное содержание конституционного строя и нормируют объективно-правовые начала и принципы организации и функционирования государства и общества. Нормирующее значение основных прав распространяется на все сферы жизни общества. Обладая критериальной фундаментальностью, они определяют содержание демократии, правового государства, политического плюрализма; гарантируют рынок и свободу предпринимательства, определяют пределы свободы в духовно-культурной и иных сферах негосударственной жизни (наука и искусство, культура, религия и проч.). Основные права оказывают существенное влияние на организацию и функционирование публичной власти, статус правосудия и даже федеративное устройство и принципы взаимоотношений между различными уровнями федеративного устройства государства. Действуя в сфере не только публичных отношений, но и частного права, они конституционализируют частноправовые отношения.

Но это только один аспект характеристики юридической природы основных прав и свобод: вне прав и свобод конституционный правопорядок, в котором протекает общая жизнь граждан и который служит общему благу, действительно немислим. При этом, однако, реализация объективно-правовой природы основных прав возможна лишь при условии их действия в качестве субъективных прав.

Это понимание, вполне определено и бесспорно признанное действующей Конституцией России и последовательно развиваемое консти-

⁹ См.: Венгеров А. Б. Проблемы непосредственного действия советских конституционных норм // Проблемы конституционного права. Саратов, 1969; Фарбер Н. Е. Свобода и права человека в Советском государстве. Саратов, 1974; Эбзеев Б. С. Конституционные основы свободы личности в СССР. Саратов, 1974; и др.

¹⁰ См.: Воеводин Л. Д. Конституционные права и обязанности советских граждан, С. 68; Его же. Реализация прав и свобод советских граждан в деятельности высших представительных органов. Проблемы развития представительных органов власти социалистического государства. М., 1979. С. 134, 135.

¹¹ Конституционный статус личности в СССР. М., 1980. С. 103, 104.

туционным правосудием, с трудом осваивается теорией права и практикой правоприменения. Рефлексивно-правовая характеристика основных прав, как и лежащее в ее основе мировоззрение, вытекающие из признания, что источник и носитель права есть государство, сохраняют свои позиции. В непрекращающейся полемике о юридической природе и самом понятии конституционного права и свободы объяснение субъективного права как меры дозволенного (допустимого, возможного, разрешенного) поведения остается неизблемым¹². И это притом, что правопонимание претерпело принципиальное, если не сказать революционное, обновление, требующее соответствующего обновления его категориального аппарата.

В доказательство приведем две цитаты из трудов одного и того же автора, опубликованных с разницей в 14 лет. Разумеется, не для того чтобы упрекнуть выдающегося ученого в непоследовательности; в этих двух цитатах – драма отечественной правовой мысли, развивавшейся в тисках идеологии. В 1983 г., протестуя против признания прав человека “самостоятельной правовой категорией и особой субстанцией, не тождественной системе действующих в государстве норм”, С.С. Алексеев писал, что в противном случае “окажется вполне допустимой, социально и юридически оправданной такая ситуация, при которой поведение известных лиц следовало бы рассматривать в качестве “правомерного” (так как оно, по мнению данных лиц, согласуется с “правами человека”), хотя это поведение нарушает нормы действующего права. Очевидно, что такой подход не соответствует требованиям социалистической законности”¹³.

Спустя менее полутора десятилетий, он же отмечал: “Следует признать, что в случаях, когда

граждане руководствуются требованиями прав человека, но по данным вопросам в национальной юридической системе имеются иные законодательные установления, поведение граждан, опирающееся на общепризнанные права человека, не может служить основанием для возложения на лицо юридической ответственности”¹⁴.

Если в первом случае “мера дозволенного поведения” вполне адекватно передает сущность субъективного права в его позитивистском понимании, то во втором она явно диссонирует изменившемуся правопониманию самого автора.

Одновременно возникает ряд иных вопросов: совпадает ли публичное субъективное право с правом частным по структуре, по объектам и их связи с носителями этих прав, характеру притязания и его адресату? Науке надо дать ответ и на вопрос: распространяется ли естественное право и на частноправовую сферу отношений непосредственно, либо такое распространение надпозитивного права осуществляется посредством конституции как позитивной формы воплощения естественно-правовых принципов?

При этом несомненно, что именно цивилистика внесла наибольший вклад в развитие учения о субъективных правах, выводя их из имущественных, обязательственных и т.п. отношений. Спустя многие века конституционализм обратился к публичным субъективным правам, выводя их не из позитивного закона, как это характерно для науки гражданского права и в ней вполне логично, а из положений надпозитивного права, приобретающего значение сущностной характеристики современного конституционализма и в силу этого диктующую иную логику исследования публичного субъективного права. В противном случае придется согласиться с тем, что человек по-прежнему продолжает оставаться объектом правового воздействия, а основные права – это только элементы объективного правопорядка. Он

¹² См.: *Братусь С.Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947. С. 33, 34; *Его же.* Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 11–13; *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Т. 1 (1972) // Собр. соч. В 10-ти т. Т. 3. М., 2010. С. 298; *Его же.* Право: законы, правосудие, юриспруденция в жизни людей (1999) // Там же. Т. 8. Учебники и учебные пособия. М., 2010. С. 150; *Фарбер И.Е.* Указ. соч. С. 34; *Матузов Н.И.* Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 71 и след.; *Его же.* Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2004. С. 263.

Как может догадаться читатель, автор намеренно ограничивается ссылкой на труды ученых, представляющих различные отрасли юридических знаний, которые оказали особенно большое влияние на развитие учения о субъективном праве в отечественной юриспруденции на различных этапах ее развития.

¹³ *Алексеев С.С.* Право – институциональное социальное образование // Вопросы теории государства и права. Саратов, 1983. С. 10.

¹⁴ *Алексеев С.С.* Философия права (1997) // Собр. соч. В 10-ти т. Т. 7. Философия права и теория права. М., 2010. С. 139.

Попутно заметим, что для опасений, высказанных в 80-е годы прошлого столетия, не было оснований; что же касается ориентации, сформулированной в 90-е годы, она ошибочна в принципе и крайне опасна. Современный конституционализм и практика конституционного регулирования исключают вполне допустимую и оправданную исканиями философии права дилемму: “право” или “закон”. Конституция не дает оснований обходить закон со ссылкой на право (см.: *Эбзеев Б.С.* Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 2013; *Его же.* Современный конституционализм как синтетическое единство естественного и позитивного права // Гос. и право. 2015. № 12).

приобретает права и свободы лишь в силу дарования государством, они проистекают из воли государства, но не достоинства личности, атрибутивными свойствами которой в действительности являются. В силу этого реализация прав и свобод есть осуществление общественно необходимого и, следовательно, соблюдение правопорядка. Поэтому не должно существовать противоречия между осуществлением права отдельного лица и осуществлением права общества. А раз так, личность не нуждается в арсенале средств охраны и защиты своих прав, поскольку они есть способы ее интеграции и социализации, но не гарантии свободы личности в ее самоопределении.

Но в этом случае само учение о субъективном публичном праве, особенно в части, касающейся основных прав, утрачивает всякий смысл. Именно в этой связи нельзя разделить сожаление Г.В. Мальцева, что, в отличие от понятия “права человека”, которое “сегодня подвергается усиленной политической идеологизации”, “субъективное право” есть типичная юридико-догматическая конструкция. Как и другие конструкции подобного рода, оно в последние десятилетия оставалось в тени. Выдающийся российский юрист объясняет это тем, что “в правовой науке до предела ослаблено внимание к юридико-догматической проблематике, она ушла на периферию научных исследований, уступив место всякого рода приоритетным и актуальным темам, многие из которых на проверку оказывались преходящими и даже пустыми”¹⁵.

Автором предлагается неадекватное современному этапу развития отечественного конституционализма решение проблемы, имеющей мировоззренческое для юриспруденции значение, с которым согласиться невозможно в принципе. Вызывает возражение само противопоставление понятий “права человека” и “субъективное право”; права человека в системе воспринятых конституционным правопорядком ценностей естественного права, центральное место в системе которых занимает именно каталог прав человека, не находятся в оппозиции к субъективным правам, конституированным основным законом. Напротив, права гражданина генетически вырастают из прав человека, они представляют собой форму, в которой позитивированы естественные права. Причем в результате государственного признания и их конституционного провозглашения права человека не утрачивают ни собственной сущности, ни самостоятельного обязывающего государство

значения. В этом в том числе смысл указания ст. 18 Конституции РФ, что права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими и непосредственно обязывают публичную власть и правосудие. В результате этого субъективное право из технического элемента правопорядка становится характеристикой социальной природы индивидуальных проявлений жизни человека.

В связи с нашим недавним прошлым внимание юриспруденции к правам человека, их природе, формам позитивирования, способам защиты и т.п. действительно имеет “приоритетное и актуальное” значение, поскольку выполняет критическую по отношению к прошлому работу, выполненную западноевропейской юриспруденцией и наукой современного международного права многие десятилетия назад. В отечественной юриспруденции и практическом конституционализме сегодня речь может и должна идти о преодолении разрыва между естественным и позитивным правом в самом понимании субъективного права. Как писал долгое время пребывавший в забвении выдающийся русский мыслитель, юрист и философ И.А. Ильин, “основная задача положительного права состоит в том, чтобы принять в себя содержание естественного права, развернуть его в виде ряда правил внешнего поведения, приспособленных к условиям данной жизни и к потребностям данного времени, придать этим правилам смысловую форму и словесное закрепленное и далее проникнуть в сознание и к воле людей в качестве авторитетного связующего веления”¹⁶.

Как раз этому служит конституция, позитивизирующая представления общества о надпозитивном праве и вменяющая его в универсальную для всех субъектов конституционных правоотношений обязанность. При этом обобщенный характер конституционного регулирования свободы и прав личности, гарантируемых этой обязанностью, ни при каких условиях не может вести к отрицанию за основными правами и свободами человека и гражданина значения субъективных.

Пора, наконец, прервать столь распространенную в отечественной юриспруденции привычку оценивать и интерпретировать Основной Закон России в соответствии с теми представлениями, которые сложились до или вне ее, зачастую именно под влиянием идеологических пристрастий или политических предпочтений, и в случае их несовпадения приносить в жертву Конституцию, но

¹⁵ Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 349.

¹⁶ Ильин И.А. О сущности правосознания. Мюнхен, 1956. С. 58.

не корректировать собственные взгляды. Именно Конституция должна быть той базой, на которой формируется российская конституционно-правовая доктрина, в том числе в части основных прав и свобод. Именно из нее следует, что указание на то, что правовой порядок либо признает “естественную свободу человека”, т.е. существующие проявления деятельности человека и допускает их, либо отрицает ее, для выявления природы субъективного права особенно значимо. Как раз присутствие в правовом порядке “естественной свободы человека” выводит проблему субъективных конституционных прав за рамки сугубо юридической догматики, несомненно требующей тщательной проработки, но не способной путем простого уточнения ее категориального аппарата решить данную проблему в принципе.

Основное право неотделимо от личности, наделяющей правовой силой противостоять публичной власти, оно является устойчивым и постоянным свойством правовой связи индивида и государства. Эта связь носит строго личный характер и, поскольку она сохраняется, индивид не может отказаться от принадлежащих ему публичных субъективных прав, как это может иметь место в частноправовых отношениях. Подобный отказ в части, касающейся “естественной свободы человека”, невозможен сегодня и в случае разрыва этой связи, поскольку индивид находится под защитой международного права; “внеправовая” личность в современном мире немыслима.

Развивая находящийся сегодня в распоряжении отечественной юридической науки опыт, Г.В. Мальцев далее пишет, что всякое субъективное право, во-первых, является элементом правового отношения, который разложим, в свою очередь, на отдельные элементы (правомочия); во-вторых, определяя юридическую возможность действия, устанавливает волевую власть лица в том смысле, что управомоченный субъект не только господствует над вещью или иным объектом правоотношения, но в пределах требований закона способен передать на исполнение обязанной стороне определенные волевые решения, т.е. “навязать свою волю”¹⁷. Само со-

бой разумеется, что эти “собственные волевые решения” субъекта права направлены на соответствующее благо или интерес¹⁸.

Поскольку речь идет об основных правах, т.е. правах человека в их позитивированной конституцией форме, это видение заслуживает внимания при условии его дополнения указанием еще на ряд обстоятельств: во-первых, всякое конституционное субъективное право есть масштаб свободы ее носителя, критерием которого является “золотое правило морали”; во-вторых, основное право означает обязанность государства признавать, соблюдать и защищать это право; в-третьих, в органической связи с субъективным правом находятся юридические средства его защиты и восстановления в случае его нарушения, ибо в этом как раз и заключается одна из главных юридических характеристик субъективной природы всякого основного права, отличающая его от рефлексивных или практически совпадающих с ним так называемых “мнимых” прав, к числу которых в западноевропейской и англосаксонской юриспруденции нередко относят экономические, социальные и культурные права, материальное наполнение которых зависит от воли публичной власти.

Выявление сущности основного права невозможно также вне учета, что конституция в юри-

щиты. Следовательно, признанная и защищенная правовым порядком волевая мощь человека, направленная на какое-либо благо или интерес, и есть субъективное право в его позитивном понимании как юридической форме, в которой воплощается естественная свобода. При этом Г. Еллинек особо подчеркивал “положение, занимаемое Блекстоном”, знаменитым английским юристом XVIII в., “в истории представлений о субъективном публичном праве” (см.: Еллинек Г. Указ. соч. С. 301; *Его же*. Система субъективных прав. Вып. 1. М., 1918. С. 1 и след.), один из томов сочинения которого “Комментарии к английскому закону” в 1780–1782 гг. был издан в переводе на русский язык в Московском университете первым русским профессором права С.Е. Десницким.

¹⁸ Не вступая в повторную полемику с Н.И. Матузовым по поводу предлагаемой им дефиниции субъективного права, отметим, что самого пристального внимания заслуживает характеристика структуры последнего, которая включает в свой состав: 1) возможность положительного поведения самого управомоченного, т.е. право на собственные действия; 2) возможность требовать соответствующего поведения от правообязанного лица, т.е. право на чужие действия; 3) возможность прибегнуть к государственному принуждению в случае неисполнения противостоящей стороной своей обязанности (притязание); 4) возможность пользоваться на основе данного права определенным социальным благом. В этой связи субъективное право в зависимости от стадий его реализации может выступать как право-поведение, право-требование, право-притязание, право-пользование (см.: Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. С. 84).

¹⁷ Мальцев Г.В. Указ. соч. С. 350.

В подходах Г.В. Мальцева несомненно присутствие мотивов Г. Еллинека, который более столетия назад писал, что человеческие действия вызываются и обуславливаются волей, а воля направляет эти действия на осуществление того или иного интереса; воля и интерес являются двумя основными моментами характеристики субъективных прав. К этому он добавлял регулирование и разграничение воли и интересов различных индивидов, которые осуществляются путем государственного признания и за-

дической форме основного права индивидуализирует социальные блага, проистекающие из учрежденного ею социального порядка, и наделяет носителя права необходимой для защиты данного блага правовой силой, заключенной в способности по собственной воле привести в действие правопорядок. Эта правовая сила находится в тесной связи с интересом и волей субъекта основного права и образует его “правовую мощь”.

Каждый субъект основного права пользуется индивидуализированным последним социальным благом; в равной мере заключенный в нем интерес касается всех граждан государства и иных лиц, пребывающих под его верховенством. Он состоит в сохранении и пользовании благами свободы, индивидуализированными основными правами. Основные права субъективны и неразрывно связаны со своим носителем, ибо не имеют объекта вне его, но одновременно служат общему благу и выступают социальной функцией сочлена государства, осуществляемой им в интересах государственно-организованного общества. Речь, стало быть, идет одновременно о защите установленного конституцией правового состояния, заключающегося в возможности свободного осуществления собственной воли и проявления признанной государством правовой силы. При этом если осуществление собственной воли возможно во всех сферах жизни общества: социально-экономической, политической и духовно-культурной, — то индивидуализированная правовая сила служит гарантией против любых посягательств публичной власти на свободу такого проявления.

Особо следует подчеркнуть, что основные права являются субъективными не в силу конкретизации этих прав в других законах или иных актах, на основе которых гражданин вступает в трудовые, административные, гражданские правоотношения; эти права и свободы являются субъективными в силу собственной юридической природы, предопределяемой волей народа, догмат которой составляет краеугольную основу демократического конституционализма. Главное назначение прав человека и гражданина в демократическом обществе заключается именно в том, что они составляют каталог субъективных прав, непосредственно обязывающих законодательную, исполнительную и судебную власть, которые защищают эти права присущими им способами и в установленных самой конституцией и законами формах.

Таким образом, основные права выполняют триединую задачу: они формулируют негатив-

ную свободу личности, поскольку служат защите носителя этих прав от публичной власти; основные права гарантируют участие личности в решении всех вопросов жизни общества и государства; они накладывают на государство обязательства по социальному обеспечению и культурному развитию личности в пределах ее разумных притязаний, причем эти обязательства вытекают либо из принципа социального государства, либо из экономических, социальных и культурных прав, если последние конституированы основным законом. С этой точки зрения права человека и гражданина есть способ и форма самоопределения личности, что же касается конституции, она в данном контексте имеет инструментальное значение и служит гарантией индивидуальной автономии в предоставленных усмотрению индивида сферах. При этом политические, как и воспринятые транснациональным конституционализмом во второй половине XX в. социально-экономические права, оставаясь индивидуальными по своей природе, реализуются, как правило, в условиях коллективности, следовательно, являются одновременно частью механизма социализации личности; изменение конституционных предписаний о правах, свободах и обязанностях граждан возможно лишь в том порядке, в каком изменяется сама конституция; поскольку права и свободы являются непосредственно действующим правом, их реализация находится на усмотрении личности, причем она возможна также либо совместным применением норм конституции с нормами отраслевого законодательства, либо самостоятельным применением их органами государства и иными правоприменителями; эти права и свободы имеют объективные пределы, выраженные в конституции, следовательно, реализация основных прав и свобод должна быть совместима с общим благом, которое выступает объективным основанием возможного ограничения прав; становление транснационального конституционализма и интеграция государства в данный процесс, выражающийся в принятии им на себя соответствующих обязательств, предопределяет, что нормативное и материальное содержание конституционных прав не может быть уже установленного с его участием международными стандартами, а сами права находятся под защитой международного сообщества.

Отсюда в том числе вытекает одна из особенностей современного конституционализма, заключающаяся в обретении личностью права на государство. Она не может рассматриваться в качестве средства достижения публичной властью

тех или иных надличностных целей; самоцелью в современной демократии в ее конституционном идеале одинаково выступают и отдельная личность, и общность жизни граждан. А это с необходимостью накладывает отпечаток на современное осмысление юриспруденцией природы конституционных прав и свобод человека и гражданина, где доминирующее значение играет обновленная естественно-правовая доктрина, которая не противостоит сегодня позитивизму, но образует диалектическое единство сущности и ее внешнего оформления. Вне осознания этого проблема субъективного права рискует остаться предметом юридико-догматической схоластики в замкнутом в себе мире права.

Государство и обеспечение основных прав и свобод: особенности моделей свободы и пределы консенсуса транснационального конституционализма

Суверенитет, не ограниченный правом, означает произвол. Из этой аксиомы, явившейся результатом длительной эволюции демократии и обретения правами человека должной правовой силы, с необходимостью вытекает оценка роли государства-суверена в конституционном механизме обеспечения прав человека и гражданина. Притом, однако, что такая оценка, испытывающая влияние множества социально-экономических, политических и духовно-культурных факторов, а также давление социальных сил, не остается неизменной на различных этапах цивилизационного развития, как не является неизменной социальной природа самого государства.

Это требует осмысления действительных связей между отдельным человеком как носителем соответствующих прав и окружающей его экономической, социальной, политической, духовно-культурной и собственно юридической средой. Речь идет прежде всего об объективных отношениях между индивидом и обществом, гражданином и государством, общим благом и личным интересом, которые проявляются в поведении индивида и его последствиях. Природой этих отношений предопределяется номенклатура предусмотренных конституционным правопорядком гарантий.

XVII–XVIII вв., принешие Западной Европе освобождение от феодальных институциональных и духовно-нравственных пут, сформулировали индивидуалистическое понимание прав и свобод. Оно питалось духовным молоком эпохи Возрождения и, в свою очередь, выступало

естественной рефлексией свободного рынка, неконтролируемой конкуренции и предпринимательства, исключающих регулируемую роль государства. Свобода предопределяется мерой автономии личности от общества. Именно такому пониманию свободы соответствовал сформулированный ранним конституционализмом в США и Западной Европе принцип “ограниченного правления”.

Не стесняемое публичной властью частное предпринимательство, свободный рынок и конкуренция, составлявшие заповедную сферу гражданского общества, предопределяли роль государства, на которое возлагались функции “ночного сторожа”, препятствующего всякому вторжению в сферу гражданского общества, основанного на юридическом равенстве его сочленов, личной свободе, неограниченном распоряжении частной собственностью и эксплуатации капитала. Соответственно, материальное гарантирование прав человека и гражданина не признавалось как функция государства, их обеспечение – забота самого субъекта этих прав и свобод¹⁹.

Присущее философии Нового времени негативное понимание свободы долгое время отводило, а порой и отводит государству лишь задачу устранения преград, которые препятствовали ее реализации. В остальном, как полагал А. Эсмен, “государство свободно от обязанностей по отношению к отдельному индивиду, а если таковые и имеет, то они должны рассматриваться как долг государства, не имеющий юридического содержания”²⁰. Такое понимание и его отражение в практическом конституционализме явились результатом социокультурной традиции, выросшей из средиземноморской цивилизации с характерным для нее приоритетом индивидуального начала и свободы как “деятельности по реализации и эксплуатации собственности или капитала”²¹. Сложился вполне определенный тип взаимоотношений государства и индивида, а принцип пре-

¹⁹ Этот принцип, сложившийся более двух столетий назад в рамках классического либерализма, существенно скорректирован западноевропейской социал-демократией, ориентированной на эволюционное развитие общества, но продолжает сохранять определенное значение в современном англосаксонском конституционализме и идеологии неоконсерватизма с ее стремлением к возрождению “традиционных ценностей” индустриализма, особенно в части, касающейся неприятия прав второго поколения (см.: *Saeger R. T. American Government and Politics. A Neoconservative Approach*. Dallas, 1982. P. 405).

²⁰ Эсмен А. Общие основания конституционного права. СПб., 1909. С. 393.

²¹ Ориу М. Основы публичного права. М., 1929. С. 369.

восходства коллективной воли народа, на котором был построен сыгравший выдающуюся роль в сокрушении феодальных институтов и учреждений “Общественный договор” Руссо, в Западной Европе был достаточно быстро преодолен.

Напротив, теперь государство, основывающееся на *volonte generale*, есть постоянная угроза человеку и его правам, против которой индивид, как и общество в целом, должны быть хорошо вооружены. Как раз таким оружием и призвана выступить конституция, которая защищает общество от суверенной власти государства, установив принципы правового государства, разделения властей и проч., а главное – предусмотрев широкие судебные гарантии против неправомерного вторжения государства в заповедные для него сферы жизни, отданные усмотрению индивида.

Но это только один аспект характеристики роли правосудия в индивидуалистической концепции свободы, порожденной средиземноморской цивилизацией. Ее другой аспект вполне определенно был выражен в Декларации прав человека и гражданина 1789 г., установившей, что “свобода состоит в том, чтобы иметь возможность делать все, что не наносит вреда другому. Следовательно, осуществление естественных прав человека не имеет никаких иных границ, кроме тех, которые гарантируют другим членам общества пользование теми же самыми правами. Эти границы могут быть определены только законом”. Отсюда вытекало понимание субъективного права как принадлежащей индивиду власти осуществлять господство в предоставленной ему сфере.

Согласно данному принципу права индивида есть средства и способы такого его самоопределения, которое может состояться не иначе, как в противостоянии с правами других индивидов. Еще Т. Гоббс предостерегал, что субъективное право как “свобода поступать так, как хочется”, в равной мере принадлежащая всем сочленам общества, несет в себе угрозу “войны всех против всех”, “ибо каждый человек считает своим лишь то, что он может добыть, и лишь до тех пор, пока он в состоянии удержать это”²². Исходя из этого, разрешение имманентных индивидуализму как базовому принципу персонцентристской организации социума коллизий интересов противостоящих друг другу индивидов и есть борьба за права. Правопорядок, развившийся из этого понимания свободы, выработал целую систему средств и способов такой борьбы, а также ограничений прав и свобод, гарантирующих устой-

чивость социального порядка. Как раз в таком контексте И. Кант говорил о праве как “совокупности условий, при которых произвол одного... совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы”²³. В этой связи суд как гарантия прав и свобод, обеспечивая совместимость произвола индивида с “всеобщим законом свободы”, одновременно гарантирует конституционный правопорядок.

Таким образом, на правосудие были возложены две основные функции: сдерживание публичной власти и гарантирование общества от его поглощения государством. Права человека и гражданина устанавливали пределы социального пространства, в которое государство не могло вторгаться без риска собственной делегитимации, и служили гарантией от поползновений публичной власти.

В коллективистской доктрине, напротив, вопросы о границах государственной власти, а также границах субъективного права не являются центральными вопросами права и уж ни в коем случае не рассматриваются как вопросы, противостоящие друг другу. Интересы отдельной личности не противопоставлены интересам общества и предъявляемым им требованиям, напротив, свобода есть средство осуществления коллективного социального строя²⁴. В частности, согласно идеологии коммунизма, “борьба за победу” которого выступала главной целью государства и определяла стоящие перед ним задачи, пронизывала все содержание Конституции СССР 1977 г., права и свободы, каталог которых был действительно широк и сопровождался обширными социальными и материальными гарантиями, предоставлялись гражданам “в соответствии с целями коммунистического строительства”, “в соответствии с интересами народа и в целях укрепления и развития социалистического строя” и т.д., тем самым утрачивая индивидуальный характер и выступая преимущественно как способ интеграции и социализации личности. Сама природа этих прав, в которых уже не выражается частная правовая власть индивида, которая должна служить наступательным средством ее самоутверждения, исключала коллизию интересов противостоящих друг другу индивидов. Во всяком случае их реализация не требовала “борьбы за право”, сопровождающейся предусмотренным правопорядком набором средств и способов. А это делало излишним контроль суда над публичной сферой.

²³ Кант И. Соч. Т. 2. Ч. 2. С. 139.

²⁴ См.: Ханай Г. Социалистическое право и личность / Пер. с нем. М., 1971. С. 247, 250.

²² Гоббс Т. Избр. соч. Т. 2. М., 1965. С. 154.

Иными словами, коллективистские общества с характерным для них пониманием социальной справедливости, особенно когда это понимание сопровождается обобществлением собственности и средств производства, делают акцент в своей “дистрибутивной справедливости”, т.е. принятых формах распределения совместно произведенного продукта или иных социальных благ, на равенство. Причем в последнем случае различие между равенством и равноправием объективно размывается. В силу этого правозащитные механизмы государства ориентируются на защиту “всех”, особенно в социальной, экономической и культурной сферах, но они, как свидетельствует отечественный опыт организации правозащиты, бывают плохо приспособлены для защиты прав “каждого”, особенно в политической сфере. Напротив, в странах, не знавших государственного патернализма, синонимом которого является “отеческое управление”, правозащитные механизмы, особенно правосудие как главный гарант прав человека, ориентированные на защиту прав “каждого”, бывают плохо приспособлены для защиты прав “всех”.

Возрождение философии естественного права и его современное социальное наполнение, освобожденное от грубо беспощадного индивидуализма эпохи классического либерализма Нового времени в Западной Европе и столь же последовательного и грубого системоцентризма, характерного для истории отечественного конституционализма на советском этапе его развития, приводит к осознанию юриспруденцией недопустимости игнорирования индивидуального или социального начал или их противопоставления. Приходит понимание, что само общество обладает индивидуально-социальным характером, требующим органичного соединения прав человека с силой государства, подчиненного правовому закону.

Современные представления о роли государства и его месте в механизме правозащиты, несмотря на противоположность изначальных социальных установок, испытывают на себе сильное влияние солидаризма с большей или меньшей степенью присущей ему конституционализации основных экономических, социальных и культурных прав. Эволюция государства привела к тому, что государственная власть объективно трансформируется во власть социального служения, которая по своей природе связана правовыми, а также социальными и нравственными узами, выступающими в качестве внутренних мотивов ее деятельности. Этим предопределяется извест-

ное сближение ранее непримиримых в своих регулятивно-правовых установках индивидуализма и коллективизма: свобода индивида должна быть совместима с благом общества; в свою очередь благо общества не может основываться на несвободе индивида. Отсюда проистекает осознание синтеза в содержании свободы и личных, и коллективных начал. Притом, однако, что одно из этих начал продолжает восприниматься в качестве доминирующего²⁵.

Именно государство, а не общество признается теперь доминирующим институтом конституции, который благодаря принадлежащей ему власти в пределах своей территории организует все общественные отношения, включая рынок, предпринимательство, собственность. Согласно этому представлению государство не есть угроза правам и свободам, напротив, именно оно выступает гарантией свободы и прав личности²⁶. Свобода “от государства” осталась в прошлом.

Личность как сочлен государства и ассоциации людей как элементы общества не пассивны в отношениях с государством, коль скоро оно является демократическим. Личность обретает право на государство, и речь теперь идет не о “свободе от государства”, а о “свободе в государстве и при его содействии”. Это – взаимодействующие компоненты единой социальной системы, связанные не только правами, но и взаимными социальными обязательствами и юридическими обязанностями во всех основных сферах устройства социального порядка; по существу, государство выступает посредником между совокупным человеком (народом, обществом) либо отдельным индивидом

²⁵ На противоречивость индивидуалистических концепций свободы и прав человека в этом смысле еще в начале 70-х годов прошлого столетия обратил внимание один из самых известных политологов США Р.А. Даль (см.: *Dahl R. A. Democracy in the United States, Promise and Performance. Chicago, 1973*).

P. S. Позднее этот взгляд получил развитие в кн.: *Dahl R. A. Democracy and its critics. New Haven and London, 1989*.

В свою очередь, доминирующей в современной отечественной юриспруденции стала критическая оценка коллективистских начал устройства общества и его конституционного оформления как отражения системоцентризма, отрицающего свободу и права личности (см.: *Оболонский А. В.* Драма российской политической истории: система против личности. М., 1994; *Алексеев С. С.* Философия права. М., 1997; *Керимов Д. А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М., 2000; *Нерсисянц В. С.* Философия права. Учеб. для вузов. М., 2005).

²⁶ См.: *Troper M.* Who needs a third party effect doctrine? The case of France // *The constitution of private relations: Expanding constitutionalism. Utrecht, 2005. P. 121.*

и их свободой²⁷. В основе этого — естественная солидарность как выражение взаимной ответственности государства и личности, которая “материализуется” в том числе во взаимных правах и обязанностях.

Этим обусловлено привнесение в конституционализм феномена конституционных обязанностей демократического государства как участника социальных и правовых отношений, который в большинстве современных конституций стал реальностью, вне которой адекватное определение характера участия, а также роли государства в обеспечении культуры и прогресса, равно как существенных характеристик права, едва ли возможно.

Современной демократии известны два источника обязанностей государства перед индивидом. Одни из них вытекают из принципа правового государства, в том числе воздерживаться от вмешательства в некоторые сферы индивидуальной автономии и личной жизни гражданина и гарантировать их от такого вмешательства со стороны других лиц; другие являются рефлексом принципа социального государства и заключаются в оказании индивиду положительных услуг, в том числе материально, организационно и юридически гарантировать соответствующие права, которые вне организующего, нормирующего и контролирующего участия государства, его органов и должностных лиц, а также бюджетных ассигнований не могут быть реализованы. Тем самым на государство возлагается обеспечение конституционных прав личности от всяких случайностей.

Иными словами, государство сегодня не может удовлетворяться лишь задачей устранения преград, которые препятствуют реализации сво-

боды. Независимо от конституционного провозглашения функция социального служения в той или иной мере присутствует в деятельности всех государств, особенно развитых. Эта функция “споспешествования государства благу народа и его членов” в современном конституционализме выражается тройко: в форме провозглашения принципа социального государства; посредством провозглашения конституционных обязательств государства в качестве ориентиров его деятельности, которые имеют значение принципов организации и функционирования социальной системы; наконец, она выражается в признании государством экономических, социальных и культурных прав человека и их конституционном закреплении.

Это означает восприятие индивидуалистической концепцией свободы некоторых значимых элементов, характерных в прошлом для коллективистских концепций свободы. Самим установлением экономических, социальных и культурных прав и свобод конституция вторгается в ту сферу отношений, в которой наиболее явно может проявляться неравенство граждан, которое выступает одной из наиболее существенных причин социальной зависимости и юридического превосходства одних индивидов над другими.

Но такое восприятие концепции социально-экономических прав неоднозначно интерпретируется наукой конституционного права, в которой данная группа прав нередко противопоставляется традиционным правам человека и гражданина, провозглашенным на заре индустриализма. В этой связи европейской и англосаксонской конституционно-правовой доктриной субъективно-правовая природа социально-экономических прав обычно отрицается. Они рассматриваются как идеологические и политические категории, идеалы, намерения, лозунги-задачи, которые могут быть обозначены как принципы деятельности государства, выражающие заинтересованность общества (в полной занятости, обеспечении материального минимума, достаточного для поддержания среднего уровня, и проч.), но не подлежащие судебной защите права. Общество в рамках имеющихся возможностей должно удовлетворять нуждающихся лиц, поскольку это не угрожает свободе предпринимательства²⁸.

Отсюда главный акцент делается на защите от дискриминации по социальным, религиозным и национальным признакам, осуществляемой

²⁷ Тезис о том, что “личность не только несет обязанности по отношению к государству, но она имеет права по отношению к государству; соответственно этому государство по отношению к личности не только имеет права, но и несет обязанности”, получил признание и поддержку отечественной юриспруденции задолго до преобразований начала 1990-х годов (Н.В. Витрук, Л.Д. Воеводин, В.Н. Кудрявцев, В.А. Кучинский, Е.А. Лукашева, Н.И. Матузов, В.А. Патюлин, И.Е. Фарбер, В.М. Чхиквадзе и др.). И это делает ей честь. Притом, однако, что ценность этой, ставшей сегодня расхожей, формулы не стоит преувеличивать. Наука следовала активно поддерживавшемуся правящей партией общественному сознанию, в котором всесильное некогда государство из средства тотального контроля и принуждения стало слугой, ответственным за равенство граждан в их социальном и материальном благополучии. Она не сопровождалась осмыслением проблемы обязанностей государства, вытекающих из принципа “споспешествования благу народа и его членов” и все еще ждет своих исследователей (см.: Эбзеев Б.С. Конституция, власть и свобода в России. Опыт синтетического исследования. М., 2014).

²⁸ См.: *Milne A. Freedom and Rights, a philosophical synthesis*. London, 1968. P. 347, 348. Не избежала подобной интерпретации и отечественная теория права (см.: *Алексеев С.С. Философия права*. С. 121).

объективным правопорядком и правосудием, но не гарантиях реального пользования гражданами сокрытыми в этих правах социальными благами. Последнее — результат социальной политики государств, но не реализации основных прав. Социально-экономическая и духовно-культурная сферы общества в последнем случае продолжают оставаться вне позитивного нормирующего воздействия конституции, сохраняющей традиции негативной трактовки свободы, присущей классическому либерализму.

Вытекающие из таких социальных обязательств, определяемых государством самостоятельно, права по своей природе являются рефлексивными, поскольку конституции гарантируют не их материальное содержание, защищаемое судом, а их юридическую форму, в которой доминирует начало формальной свободы; речь идет не о “классическом” праве, реализуемом волевой властью его носителя, поставленной под защиту суда, а о государственной цели или государственной задаче. Как выразился в своем решении по делу *Lindsay v. Normet* (1972 г.) Верховный суд США, “конституция не предоставляет судам правомочий устранять какие-либо социальные или экономические несправедливости”²⁹.

Развивая такое видение, венгерский ученый А. Шайо полагает, что социальным правам соответствуют конституционные и материальные обязанности государства, однако осуществление этих прав не может быть истребовано по суду. Индивид не может обратиться в суд в случае, если его социальные права не реализуются. Если социальное законодательство совсем не применяется для реализации государственных задач, можно говорить разве что о конституционном упущении, но нельзя проверять эффективность законодательства. Когда государство принимает закон по социальным вопросам, тратит средства на социальные цели, его действия конституционно оправданы³⁰.

Иными словами, в европейском правопонимании продолжает доминировать представление о том, что субъективное право есть “способность в своем интересе привести в движение правопорядок”. Как раз данное представление, сложившееся на основании гражданских и политических прав и адекватно отражающее их юридическую природу, оказалось неспособно объяснить природу и способы защиты прав второго поколения.

Что же касается стран, в которых доминирует коллективистское понимание свободы и в которых государство играет решающую роль в организации экономики, социальной и духовно-культурной сфер, данный принцип “споспешествования благу народа и его членов” реализуется посредством конституирования основополагающих принципов социально-экономической политики и государственного патернализма, выражающегося в позитивных экономических, социальных и культурных правах к качеству субъективных основных прав. Отличительной особенностью этой модели является понимание свободы как участия личности в развитии общества, а самих прав и свобод — как средства социализации индивида. Этим предопределяется содержание указанных основных прав и механизма их реализации, в котором доминирует обязанность государства предоставить носителю прав материальное обеспечение. Роль законодательной и исполнительной власти в этом случае первична, роль суда вторична. Она поныне во многом предопределяется тем, какая модель статуса личности — либерально-индивидуалистическая либо социально-коллективистская — является преобладающей в конституционном правопорядке. В свою очередь эта модель влияет на механизм их осуществления.

Таким образом, роль государства в обеспечении прав и свобод обусловлена всей системой общественных отношений, она предопределена прежде всего экономическим базисом, на котором осуществлено конституционное устройство государства, социальной средой, характером политических отношений, которые неизбежно накладывают отпечаток на действующий правопорядок. В этой связи консенсус относительно общих для человечества ценностей позитивной свободы не сопровождается совпадением национальных правопорядков в части, касающейся механизмов гарантирования прав и свобод, особенно в социально-экономической и культурно-духовной сферах³¹.

Восприятие Конституцией РФ ряда аспектов индивидуально-либеральной природы основных прав и механизма их реализации (Конвенция о защите прав человека и основных свобод ратифицирована Россией в 1998 г., Европейская

²⁹ *Tribe L.H.* American Constitutional Law. Second edition. Mineola, New York, 1988. P. 1612.

³⁰ См.: *Шайо А.* Самоограничение власти (Краткий курс конституционализма). М., 2001. С. 269.

³¹ Глубокий анализ места и значения права, прав человека, институтов власти в их обеспечении сквозь призму цивилизационного многообразия мира см.: *Лукашева Е.А.* Человек, право, цивилизация: нормативно-ценностное измерение. М., 2011; *Зорькин В.Д.* Право в условиях глобальных перемен. М., 2013; *Эбзеев Б.С.* Глобализация и современный конституционализм: два вектора развития // *Российский журнал правовых исследований*. 2015. № 2.

социальная хартия (пересмотренная) — в 2009 г.) обусловило акцент в их защите на правосудии. Принципиальная новизна современного конституционного устройства России заключается в том, что под контроль суда отдана вся публичная сфера и предусмотрены конституционное и административное судопроизводства и соответствующие процедуры. Тем самым право на судебную защиту приобрело характер универсальной гарантии прав и свобод. Особенностями отечественного социокультурного опыта на советском этапе государственной бытийности России обусловлено особое внимание Основного Закона к правам-гарантиям (презумпция невиновности, недопустимость придания обратной силы закону, устанавливающему или отягчающему ответственность, право не свидетельствовать против самого себя и своих близких и др.)³².

Конституция РФ, однако, не ограничивается лишь функцией сдерживания государства и гарантиями от популизма публичной власти на гражданские и политические права; в ней нашли закрепление и основные социальные, экономические и культурные права. Причем конституционное правосудие России выработало собственные взгляды на проблему защиты их материального содержания. Как справедливо настаивает В. Д. Зорькин, они заключаются в “последовательной защите социально-экономических прав граждан”, притом что “под защитой таких прав понимается не государственная благотворительность, продиктованная соображениями политического или морального характера, а реализация социальным государством своей обязанности...”. Тем самым проблема состоит “в необходимости восстановления баланса между “рыночными” ценностями частной собственности и экономической свободы, с одной стороны, и ценностями социальной справедливости — с другой”³³.

Как видим, речь скорее идет не об “участии” субъектов социально-экономических прав, реализация которых в судебном порядке существенно ограничена, а о конституционной заданности политики социального правового государства в области планирования и бюджетного финансирования. Признание конституционным правосудием субъективно-правовой природы социально-экономических прав едва ли возможно трактовать как гарантирование судом материальных правоприязнаний личности, если это прямо не предусмотрено законодателем; такое признание означает обязанность всех уровней публичной власти формировать и гарантировать социальное обеспечение и культурное развитие личности на основе правовой справедливости, соблюдение которой в процессе распределения социальных благ в индивидуальное пользование возложено на правосудие³⁴. В этой связи существенное значение имеет осмысление практики конституционно-судебной защиты каждого основного права, включая права второго поколения. И можно только сожалеть, что доктрина Конституционного Суда, вне которой адекватное Основному Закону правопонимание немислимо, во многом все еще остается “*terra incognita*”.

³² См.: Морщакова Т. Г. Российское правосудие в контексте судебной реформы. М., 2004; Правосудие в современном мире / Под ред. В. М. Лебедева, Т. Я. Хабриевой. М., 2012.

³³ Зорькин В. Д. Современный мир, право и Конституция. М., 2010. С. 28; *Его же*. Цивилизация права и развитие России. М., 2015. С. 208.

³⁴ См.: Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. М., 2005; *Его же*. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. Обширная практика защиты Конституционным Судом экономических, социальных и культурных прав представлена в утверждаемых решениях Суда обзорах практики Конституционного Суда и информационно-аналитических отчетах об исполнении решений Суда, подготавливаемых его Секретариатом в соответствии с п. 2 § 67 Регламента Суда. Весьма позитивной оценки заслуживает и устойчивая тенденция интеграции в учебный процесс доктрины Конституционного Суда, в том числе в части, касающейся защиты конституционным правосудием экономических, социальных и культурных прав (см.: Нарутто С. В., Несмеянова С. Э., Шугрина Е. С. Конституционный судебный процесс. Учеб. М., 2014).