
**ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА
И ГРАЖДАНИНА**

**РАЗМЯГЧЕНИЕ ПРАВА КАК ОСНОВНАЯ ТЕНДЕНЦИЯ ЕГО
СОВРЕМЕННОГО РАЗВИТИЯ И ОБУСЛОВЛЕННЫЕ ЭТИМ
ПОСЛЕДСТВИЯ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА¹**

© 2015 г. Светлана Васильевна Поленина²

Аннотация: в статье показаны причины и результат размягчения либо неразмягчения норм международных обычаев и их влияние на права и свободы граждан.

Annotation: in the abstract are shown the grounds and results of the moltification or of international custom norms in the family sphere in connection with rights and freedoms of citizens.

Ключевые слова: размягчение и неразмягчение норм, международный обычай, сфера семьи, права и свободы граждан.

Key words: moltification, international custom, rights and freedoms.

Середина XX в. ознаменовалась двумя чрезвычайными событиями. Первым из них, вне всякого сомнения, должно быть названо завершение Второй мировой войны в результате победы антифашистской коалиции над нацистской Германией, пытавшейся поставить на колени весь остальной мир. Второе событие непосредственно связано с первым. Речь идет о создании Организации Объединённых Наций (ООН), цель которой согласно Уставу этой организации – осуществление международного сотрудничества в разрешении международных проблем экономического, социального, культурного и гуманитарного характера и в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии.

Ныне членами ООН являются практически все страны мира, а цели и принципы Устава самой Организации Объединённых Наций доказали свою неподвластность времени и свой универсальный характер, возрастающие по мере того, как страны и народы становятся все более взаимосвязанными и взаимозависимыми³.

В целом не вызывает сомнения тот факт, что после ратификации Устава ООН странами мира положения её Устава стали трактоваться как императивные нормы международного права (*jus cogens*), которые признаются и принимаются

международным сообществом государств в качестве норм, отклонение от которых недопустимо. Такое определение данного вида норм получило закрепление в ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров.

Наряду с этим положения Устава ООН ориентировали государства-члены и на необходимость всеобщего уважения и соблюдения прав человека и основных свобод, что должно содействовать социальному прогрессу и улучшению условий жизни людей при большей свободе их действий.

На достижение этих же целей наряду с Уставом ООН был направлен и особый документ – Хартия прав человека, или Всеобщая декларация прав человека. Специфика этого международного документа, в отличие от Устава ООН, состоит в том, что он был принят не путем ратификации её положений, а в результате голосования за её принятие на Генеральной Ассамблее ООН 10 декабря 1948 г. большинства членов ООН.

Всеобщая декларация прав человека – документ достаточно объемный. Она содержит значительный набор прав и свобод и по сути обобщает практику защиты прав человека, сложившуюся ко времени её принятия в подавляющем числе стран – членов ООН. Тот факт, что для вступления в силу Всеобщей декларации прав человека не требовалось её ратификации, дал основание для появления в системе международного права особого вида источников, получивших в дальнейшем название международного обычая (иной

¹ Статья подготовлена при информационной поддержке СПС “КонсультантПлюс”.

² Главный научный сотрудник сектора теории права Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор.

³ См.: <http://www.org/russian/document/declarat\summitdecl.htm>

вариант используемого в литературе названия международных обычаев – мягкое право)⁴.

За годы, прошедшие со времени принятия Всеобщей декларации прав человека, значимость международных обычаев в современном международном правопорядке сильно возросла. Более того, рядом исследователей международный обычай вообще трактуется (наряду с международными договорами) как основной источник международного права⁵.

Основание для этого вывода А.Н. Вылегжанин и Р.А. Каламкьян усматривают в ст. 38 Статута Международного Суда ООН, составляющего неотъемлемую часть Устава ООН. В этой статье Статута международный обычай определен как “доказательство международной практики, признанной в качестве правовой нормы”. Такая формулировка понятия “международный обычай” считается в науке “классической”, хотя выявление факта взаимодействия объективного (устоявшаяся практика государства) и субъективного (признание этой практики государством в качестве права) в значительной части случаев остается дискуссионным.

В результате ныне в качестве международных обычаев стали трактоваться нормы, созданные в процессе международного правотворчества и выражающие согласованное волеизъявление на их обязательность государств. Вместе с тем трудности сопоставления объективных и субъективных начал при определении природы того или иного общественного явления в качестве международного обычая становятся особенно велики в условиях возрастания значимости принципа верховенства права в большинстве стран, ориентированных на строительство правового государства⁶.

Более чем за половину века, прошедшую со времени принятия Генеральной Ассамблеей ООН Всеобщей декларации прав человека, мир во многом изменился. Не остались неизменными и представления людей разных стран и даже континентов

о Добре и Зле, принципах добрососедства на международном и внутригосударственных уровнях и многое другое.

В наиболее развитых странах основная линия развития за истекшие десятилетия может быть охарактеризована как стремление к максимальному расширению свободы действий индивидуумов, т.е. отдельной личности, и корреспондирующих этому демократических начал организации и функционирования отдельных государств и образуемых ими межгосударственных образований. И то, и другое предполагают значительное расширение регламентирующих соответствующие отношения норм и институтов международного и внутригосударственного права, а следовательно, и размягчение регламентирующих эти вопросы положений Всеобщей декларации прав человека.

Как это ни покажется странным, в настоящее время наибольшие изменения коснулись, казалось бы, устоявшегося на протяжении веков понятия семьи и складывающихся в ней общественных отношений, устоявшихся на протяжении веков сфер жизни людей и общества, а именно: института брака. Этому институту посвящены три статьи Всеобщей декларации прав человека (ст. 16.1, 16.2 и 16.3) В одной из них сказано, что семья является естественной и основной ячейкой общества, что дает ей право на защиту со стороны общества и государства. В другой подчеркивается равноправие будущих супругов в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и в период его расторжения. И наконец, в третьей провозглашается право достигших совершеннолетия мужчин и женщин без всяких ограничений по признаку расы, национальности и религии вступать в брак и основывать семью.

Между тем приведенные формулировки Всеобщей декларации прав человека при всей значимости содержащихся в них норм уже со времени их принятия воспринимались в разных частях света далеко не однозначно, поскольку в них не учитывался так называемый цивилизационный подход, которому присущи весьма существенные различия именно в сфере брачно-семейных отношений. Особенно специфичен с этой точки зрения ислам, ряд принципиальных положений которого напрямую расходится с международными актами по правам человека⁷. Это обусловлено тем, что,

⁴ См.: *Кожневиков Ф.И.* Учебное пособие по международному публичному праву. Вып. 1. История и понятие международного права. М., 1954. С. 32; *Современные международные отношения и мировая политика* / Отв. ред. А.В. Торкунов. М., 2005. С. 5–9.

⁵ См.: *Вылегжанин А.Н., Каламкьян Р.А.* Международный обычай как основной источник международного права // *Гос. и право*. 2012. № 6. С. 78–89.

⁶ См.: *Марочкин С.Ю.* Верховенство права на внутригосударственном и международном уровнях: динамика развития и взаимодействие // Там же. 2013. № 10. С. 85–94; *Каламкьян Р.А.* Всеобщая декларация прав человека. Место, роль и значение в миропорядке на основе верховенства права – Rule of Law // Там же. 2010. № 6. С. 41–48.

⁷ См.: *Сюкияйнен Л.Р.* Исламский и либеральный подходы к правам человека: противостояние и диалог // В кн.: *Права человека: итоги века, тенденции, перспективы* / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 2002. С. 314–321; *Сунатаев М.А.* Роль мусульманского права в диалоге исламской и европейской культур // В кн.: *Права человека и современное государственно-правовое развитие*. М., 2007. С. 242.

в отличие от остальных мировых религий, ислам представляет собой совокупность права, этики и мировоззрения, “тотальную” систему регуляции, в которой религия есть унифицирующий и детерминирующий фактор.

Число норм Корана, вступающих в противоречие с положениями ст. 16 Всеобщей декларации прав человека, достаточно велико. По сути все они, как правило, ущемляют права женщин. Прежде всего расхождения касаются возраста вступления в брак, который в исламе определяется для девочек не их совершеннолетием, а наступлением половой зрелости. Допускаемое исламом малолетство вступающих в брак, прежде всего девочек, делает по сути беспредметной саму постановку вопроса об их свободном и добровольном согласии на брак. Такие и подобные им вопросы так называемого личного статуса, включающего брачно-семейные, наследственные и связанные с родством и опекой отношения, решаются за вступающих в брак их ближайшими родственниками по мужской линии.

Отчетливо проводится в Коране мысль о разном статусе мужчины и женщины в имущественных правах, в том числе и наследственных. Подчеркивается вполне определенное превосходство мужчин в отношениях между супругами, поскольку женщины согласно шариату имеют по отношению к мужьям такие же права, как и обязанности, “хотя мужья и выше их степенью”.

Предусматривает шариат и определенные ограничения использования женщиной своего права на образование, выбор работы вне дома или свободу передвижения, если женщина не справляется в нужной мере со своими обязанностями по отношению к мужу, детям, родителям или ставит под угрозу свою честь и свое достоинство. В целом исламский взгляд на права женщин, подчеркивает Л.Р. Сюкияйнен, исходит из учета социальных и нравственных аспектов её статуса в целом, роли в семье и обществе, а также ставит во главу угла зависимость от целей шариата.

К числу ущемляющих женщин норм шариата относятся и положения уголовного права. Речь идет о провозглашении шариатом смертной казни не только за убийства, разбой и выход из ислама, но и за внебрачные сексуальные отношения, что при допустимости в мусульманских странах полигамии касается практически только женщин. Иосуществляют чаще всего в таких случаях смертный приговор женщине-мусульманке “за оскорбление чести семьи” сами члены её семьи во главе с отцом и братьями. Согласно СМИ одно из последних убийств такого рода произошло в Паки-

стане недавно – весной 2014 г. Несколько лет тому назад аналогичное преступление в семье мигрантов-мусульман имело место и во Франции, о чем также с возмущением сообщалось в прессе.

Обращаясь к этим фактам, помимо прочего нельзя упускать из виду, что, хотя число стран, значительная часть населения которых исповедует ислам, достаточно велико, национальное законодательство большинства государств мира при решении вопросов семьи и брака исходит из принципа моногамии.

Иными словами, можно сказать, что популярное ныне в мире “размягчение” содержащихся во Всеобщей декларации прав человека международных обычаев за счет их пополнения положениями национального права далеко не всегда способствует расширению прав и свобод граждан и развитию демократических начал в жизни гражданского общества.

На этом фоне, как минимум, вызывает недоумение признание и распространение в ряде стран – инициаторов принятия в 1948 г. Всеобщей декларации прав человека, прежде всего США, Канады и Великобритании, наряду с брачными союзами так называемых “однополых союзов”. Их допустимость обосновывается сторонниками данной точки зрения, как это ни странно, отсутствием в ст. 16 Всеобщей декларации прав человека указания на ПОЛ наряду с расой, национальностью и религией в перечне возможных ограничений для вступления в брак и создания семьи МУЖЧИНЫ и ЖЕНЩИНЫ. Между тем это и понятно, поскольку согласно нормам и принципам семейного права, базирующимся на идейной теологической основе практикующих на Земле религий, главной целью брака является рождение нового поколения людей, что невозможно, если в этом процессе не участвуют оба пола – и мужчины, и женщины.

Интересно отметить, что приведенному выше произвольному ограничительному толкованию смысла ст. 16 Всеобщей декларации прав человека способствовало также и широкое распространение в мире вспомогательных репродуктивных технологий, а также легализация суррогатного материнства. В результате в практике определенной части федеральных судов Соединенных Штатов Америки стала даже использоваться расходящаяся с естественной природой человека особая законодательная концепция так называемого функционального отцовства и материнства, основанная не на факте зачатия и рождения человека, а “на наличии устойчивой психологической

связи между ребенком и лицом, осуществляющим его воспитание”⁸.

При всем этом следует учитывать, что хотя Верховный суд США поддержал весной 2014 г. позицию президента Обамы о якобы легальности однополых браков, ставшую ныне одной из стратегий его внешней политики, в более чем половине штатов страны однополые браки по-прежнему запрещены⁹.

Нельзя не упомянуть и о “новшествах” США в вопросах оформления паспортов несовершеннолетних детей родителей-американцев. В соответствии с решением Госдепартамента США от января 2011 г. в графе о родителях слова “отец” и “мать” меняются на слова “родитель 1” и “родитель 2”. На сайте Госдепартамента было разъяснено, что “эти улучшения сделаны, чтобы гарантировать нейтральность в обозначении пола родителей ребенка и в знак признания различных типов семьи”¹⁰.

В основу национальной правовой политики Канады, подобно Соединенным Штатам Америки, положен принцип мультикультуризма. Такое положение вполне естественно, поскольку население Канады в основном сформировалось за счет миграции людей из других континентов, в том числе и из Европы. Этим обусловлена и особенность политики Канады как государства, которая состоит в том, что в этой стране мультикультуризм признан в качестве конституционного принципа и, соответственно, закреплен в секции 27 Хартии прав и свобод человека и гражданина 1982 г. В дальнейшем Хартия была пополнена за счет включения в неё права человека на сексуальную ориентацию.

Считается, что главное в канадском подходе к вопросу прав человека состоит в том, что одного лишь конституционного запрета недостаточно для устранения дискриминации людей по различным основаниям. Необходимы позитивные действия, чтобы сломить исторически сложившиеся представления о якобы неполноценности отдельных категорий лиц, основанной на расе, цвете кожи, поле, религии, сексуальной ориентации и др., которые влекут за собой серьёзные умаления их прав. Поэтому в Канаде постепенно сложилось

представление о публично-правовом характере коллективных прав человека¹¹, поскольку в их защите заинтересован не только отдельный индивидуум и отдельная социальная группа, но и общество в целом. Общество, законодатель и суды пришли к выводу, что во многих случаях удастся лучше всего защитить права индивидуума, защищая права соответствующего слоя населения, к числу членов которого человек принадлежит. Считается, что такое решение находится в полном соответствии с международными стандартами о правах человека, что, на наш взгляд, достаточно справедливо. Поэтому в Канаде, как и в России, право протестовать против того или иного дискриминационного решения в сфере труда в доступе к государственной службе и услугам, к жилью, при купле-продаже собственности и т.д. предоставляется законом не только самому потерпевшему, но и в его интересах соответствующим общественным организациям.

Этому обстоятельству в Канаде придается особое значение, поскольку обоснованно считается, что сам потерпевший может не уметь либо бояться обратиться в государственные органы с соответствующей жалобой. Между тем смысл защиты прав человека от дискриминации состоит не только в восстановлении справедливости применительно к конкретному лицу, но и в устранении неравенства в обществе и дискриминации определенных слоев населения¹².

Исходя из этой посылки, в доктрине Канады и во многих судебных решениях подчеркивается важность такого вида позитивных действий, как создание и реализация программ по устранению причин дискриминации по тому или иному основанию. С их помощью решается главная проблема, возникающая в ходе защиты коллективных прав, а именно: выявление типа дискриминации, что в принципе возможно лишь в масштабах группы.

В Канаде имеется определенная специфика в организации защиты прав человека. Для восстановления нарушенного дискриминацией права, в том числе путем примирения сторон, в провинциях и территориях Канады наряду с судами действуют специальные органы административной юстиции (советы, трибуналы, комиссии и т.д.). Они представляют собой агентства при соответствующих провинциальных и территориальных министерствах. Особенность их деятельности

⁸ См.: Худякова О.Ю. Установление происхождения детей в однополых союзах по законодательству США // Гос. и право. 2009. № 6. С. 97–102.

⁹ См.: Коганов С. Кому выгодны однополые браки // Известия. 2013. 28 мая.

¹⁰ См.: Грант А. В паспорте у детей больше нет мамы и папы // Еврейский мир. Общеамериканская газета на рус. яз. 2011. 20–27 янв.

¹¹ См.: Поленина С.В. Закон и коллективные права женщин как социального слоя населения // Теория права: новые идеи. Вып. 4. М., 1996. С. 4–18.

¹² См.: Black B.C. Human Rights Review. Vancouver, 1994. P. 89.

состоит в том, что они не только решают вопрос, поднятый в жалобе, но и сами расследуют относящиеся к ней факты.

Важно также учитывать, что обращение потерпевшего в подобное административное агентство не имеет преюдициального значения, т.е. заявитель вправе обратиться прямо в суд, минуя агентство. Однако составление такого иска стоит дорого, да и само производство в суде требует немалых денег. В отличие от этого, составление жалобы в агентстве, равно как и сбор доказательств, подтверждающих правоту заявителя, да и само рассмотрение дела не требуют от заявителя расходов. Кроме того, как и во многих других странах, в Канаде пострадавший от дискриминации человек не лишен возможности обратиться за защитой своих прав и к уполномоченному по правам человека.

Существенный шаг в сторону признания легитимности в Европе однополых союзов сделала еще до вступления в силу 1 декабря 2009 г. Лиссабонского договора ЕС и Великобритании. Принудил её к этому так называемый совместный комитет Европейского Суда по правам человека. Совместный комитет признал нарушающим права человека решение Палаты лордов, лишившее права на усыновление детей гомосексуальные пары. В результате соответствующее дополнение было внесено в английский Закон об усыновлении и детях 2002 г.¹³

В современной истории Европейского Союза Лиссабонский договор занимает особое место. Он был принят в качестве замены проекту Конституции ЕС, отклоненному в 2004 г. в ходе референдума о её принятии, в двух из 20 членов ЕС – Нидерландах и Франции. Вместе с тем в Лиссабонский договор была перенесена значительная часть ранее намечавшихся в проекте Конституции ЕС новшеств.

Прежде всего следует отметить появление в Лиссабонском договоре новой правовой категории – “ценности Союза”, которые рассматриваются как морально-нравственные основы европейской цивилизации. В их числе наряду с равенством, демократией и свободой названы толерантность, недискриминация, права человека, включающие права меньшинств, и др. Другим новшеством, также вытекающим из Лиссабонского договора, является присоединение ЕС к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., положения которой

входят теперь в содержание права ЕС в качестве “общих принципов”.

Этому последнему факту корреспондирует и возможность рассматривать европейскую практику по правам человека как международный обычай и, соответственно, анализировать факт расширения либо сужения ею в реальной жизни смысла тех или иных положений Конвенции. Прежде всего это касается ст. 12 Конвенции о праве вступления в брак мужчины и женщины, смысл которой не только расширен, но и искажен резолюцией ПАСЕ № 11 728 от 20 апреля 2010 г. под названием “Дискриминация по признаку сексуальной ориентации и гендерной идентичности”. Перечень стран и организаций, не принимающих такую более чем искаженную трактовку положений Конвенции о защите прав и свобод человека, был в дальнейшем подвергнут критике в целом ряде стран, и прежде всего в Российской Федерации.

Расходится позиция ПАСЕ и с ратифицированной практически всеми государствами мира Конвенцией о правах ребенка от 20 ноября 1989 г., ст. 34 которой обязывает государства-участники принимать на национальном, двустороннем и международном уровнях все необходимые меры для предотвращения склонения или принуждения ребенка к любой незаконной сексуальной деятельности. В нашей стране реализации этих требований посвящены Федеральный закон “Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации” от 24 июля 1998 г. и Национальная стратегия действий в интересах детей, утвержденная Указом Президента РФ от 1 июня 2012 г.

И можно только посочувствовать новому составу Европарламента, четвертая часть членов которого, еще не начав работать, уже была вынуждена подписать составленный Международной организацией секс-меньшинств документ, обязывающий новых членов законодательной власти Европы активно отстаивать права людей с нетрадиционной сексуальной ориентацией¹⁴. Невольно создается впечатление, что мы живем не в начале второго тысячелетия новой эпохи, а во времена распада Римской империи, в деталях описанные в произведениях Апулея.

¹³ См.: *Татаринцева Е.А.* Усыновление по английскому праву // Гос. и право. 2007. № 10. С. 85–92.

¹⁴ См.: *Маркин В.* О ползучем расчеловечивании // Известия. 2014. 29 февр.; *Байкова Т.* Новому составу Европарламента будет сложнее договариваться с русскими // Там же. 2014. 29 марта; *Ле-Пен М.* Я против любой секспропаганды несовершеннолетним // Там же. 2013. 24 нояб.