
ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА
И ГРАЖДАНИНА

СУБЪЕКТИВНЫЕ ПУБЛИЧНЫЕ ПРАВА И ПРОБЛЕМА
ОПРЕДЕЛЕННОСТИ ПРАВОВОГО СТАТУСА ЛИЧНОСТИ

© 2022 г. М. В. Пресняков

Поволжский институт управления им. П.А. Столыпина – филиал РАНХиГС, г. Саратов

E-mail: presnykov1972@yandex.ru

Поступила в редакцию 16.03.2021 г.

Аннотация. Статья посвящена анализу развития представлений о правах и свободах человека от понимания их как «рефлексов» объективного права до признания самодостаточными, не зависящими от закрепления в позитивном праве субъективными публичными правами. При этом автор ставит проблему определенности содержания субъективных публичных прав: если основные права и свободы определяют смысл и содержание позитивного права, то чем определяется содержание самих прав и свобод? Данная проблема рассматривается в статье во взаимосвязи с вопросами юстициальности основных прав и свобод, возможности их непосредственного действия, генерации прав новых поколений (четвертого поколения прав).

В рамках проведенного исследования большое внимание уделяется трудам классиков теории прав и свобод человека как в мировой юридической литературе (Р. Иеринг, Г. Еллинек, Ж. Карбонье, М. Кумм и др.), так и российских правоведов (Б. Кистяковский, Ю. Гамбаров, Я. Магазинер и др.). В статье дан краткий анализ так называемых прав четвертого поколения, обоснован вывод о различии индивидуальных правопритязаний, которые есть следствие общего принципа правовой свободы – «разрешено, все что не запрещено» и действительные субъективные права. По мнению автора, широкий перечень «соматических прав», выдвигаемых в специальной литературе, по сути, является такими индивидуальными правопритязаниями и ближе к понятию «правового рефлекса», чем действительного субъективного права.

Ключевые слова: рефлексы права, субъективные публичные права, правовая определенность, юстициальность, правовой статус, права четвертого поколения.

Цитирование: Пресняков М.В. Субъективные публичные права и проблема определенности правового статуса личности // Государство и право 2022. № 7. С. 52–62.

Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 19-011-00418 А.

DOI: 10.31857/S102694520021207-8

SUBJECTIVE PUBLIC RIGHTS AND THE PROBLEM
OF THE CERTAINTY OF THE LEGAL STATUS OF THE INDIVIDUAL

© 2022 M. V. Presnyakov

Stolypin Volga Institute of Management – Branch of RANEPA, Saratov

E-mail: presnykov1972@yandex.ru

Received 16.03.2021

Abstract. The article is devoted to the analysis of the development of perceptions of human rights and freedoms from the understanding of them as “reflexes” of objective law to the recognition of self-sufficient, independent of the establishment in positive law of subjective public rights. At the same time, the author raises the problem of the certainty of the content of subjective public rights: if fundamental rights and freedoms determine the meaning and content of positive law, what determines the content of the rights and freedoms themselves? This problem is dealt with in the article in connection with the justice of fundamental rights and freedoms, the possibility of their direct effect, the generation of rights of new generations (the fourth generation of rights). In the framework of the research, great attention is paid to the works of classics of the theory of human rights and freedoms both in the world legal literature (R. Jering, G. Ellinek, J. Carbonier, M. Kumm, etc.), and Russian legal scholars (B. Kistyakovsky, Yu. Gambarov, Y. Magaziner, etc.). The article provides a brief analysis of the so-called fourth-generation rights, justifies the conclusion that there is a distinction between individual claims, which are the result of the general principle of legal freedom – “permitted, all that is not prohibited” and valid subjective rights. According to the author, a wide range of “somatic rights” put forward in the special literature is essentially such individual claims and closer to the notion of “legal reflex” than a valid subjective right.

Key words: law reflexes, subjective public rights, legal definiteness, yustitsiabelnost, legal status, rights of the fourth generation.

For citation: Presnyakov, M.V. (2022). Subjective public rights and the problem of the certainty of the legal status of the individual // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 7, pp. 52–62.

The publication was prepared within the framework of the RFBR supported scientific project No. 19-011-00418 A.

*Формулировка проблемы: недостаточность
объективного права для обеспечения правовой
определенности личности*

Проблема определенности правового статуса личности в связи с признанием существования публичных субъективных прав требует определенного разъяснения для правильной постановки вопроса. Дело в том, что если придерживаться той точки зрения, что правовая определенность сводится к правовой безопасности и стабильности, то и проблема сводится, по сути, к «качеству» правовых норм: ясность, предсказуемость, отсутствие правовых пробелов и т.п. В этом случае «гарантом» правовой определенности в известном смысле становится система законодательства в целом.

Собственно, «правовой статус» человека, понимаемый как совокупность прав и обязанностей, вытекающих из этой системы правовых норм, сам по себе обозначает определённую социальную позицию личности, ее места в обществе. Поэтому в буквальном понимании словосочетание «неопределённость правового статуса» представляет собой сочетание несочетаемого – оксюморон. Речь может идти о большей или меньшей степени определенности правового статуса лица, обусловленной технико-юридическими параметрами законодательства.

Согласно данной позиции правовой статус индивида целиком конституируется законодательством, а его субъективные права и обязанности есть «следствие» объективного права. Эти субъективные права сначала закрепляются в конституции (в позитивистском понимании конституция — это

просто закон, пусть и основной, но представляющий собой элемент позитивного права), а затем «конкретизируются» в отраслевом законодательстве.

Однако если мы обратимся к положениям Конституции РФ, то обнаружим, что эти права и свободы, будучи «непосредственно действующими», в свою очередь, сами призваны определять содержание объективного права — «определяют смысл, содержание и применение законов» (ст. 18). Получается, что права и свободы не являются «следствием» позитивного права, но, напротив, сами продуцируют или по меньшей мере должны определять его содержание: не права из права, а право из прав.

Выдающийся русский правовед И.А. Покровский писал: «Личность желает иметь свое определенное и прочное место, желает жить на своем праве, а не на милости или немилости государства. Но этого мало: в известных областях она идет еще далее и заявляет претензию на полную независимость от государственной регламентации: если юридическое положение человека вообще может быть изменено новым законом, то есть такие “неотъемлемые права человека”, которые никаким законом уничтожены быть не могут, которые даже для государства в целом недостижимы. Если всякое субъективное право обеспечивает личность от произвола властей, то идея “неотъемлемых прав” направляется против государства как такового»¹.

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 309.

Но такая постановка проблемы вызывает ряд других вопросов: если субъективные публичные права не «вытекают» из положений законодательства, то откуда они берутся? Каким образом они приобретают собственную самодовлеющую реальность?

В рамках первоначальных представлений теории естественного права первое поколение прав и свобод находило свое обоснование в биосоциальных возможностях человека, принадлежности ему данных прав «от природы». Право человека свободно говорить, выражать свое мнение, передвигаться и т.п. не предоставлено ему государством, а принадлежит ему изначально, «по природе». Однако уже права второго поколения продемонстрировали ограниченность подобного подхода.

Другая сторона той же проблемы связана с укреплением позиций принципа «разрешено все, что не запрещено» не только в сфере частного, но и публичного права. Известный советский и российский правовед С.С. Алексеев называл эту тенденцию перехода «запретительно-предписывающего» права к праву «дозволительному» «самым главным переломом в мире правовых явлений»².

Вместе с тем последовательное следование данному принципу расширяет понимание правового статуса личности до тех пределов, когда в него включаются не только «общепризнанные» права и свободы, названные в конституциях и международно-правовых актах, но и вообще любые законные (не противоречащие закону) интересы индивида, которые можно идентифицировать в качестве «неписаных» прав. В этой связи возникает вопрос: всякое ли притязание личности, «желающей жить на своем праве», может обрести статус субъективного права?

Иными словами, с признанием самостоятельного значения субъективных публичных прав, не зависящих от позитивного права, и проблема правовой определенности смещается от «качества» объективного права («определенность права») в область содержательно-смысловых характеристик самих этих прав.

Весьма распространенным является взгляд на публичные субъективные права как «право из нормы», согласно которому простое закрепление того или иного права в конституциях и провозглашение его непосредственно действующим «автоматически» превращают данную конституционную норму в субъективное право, которым индивид может воспользоваться. «Все конституционные права и свободы с момента их оформления в позитивном праве (законодательстве), иным образом импле-

² Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999.

ментированные в национальную правовую систему страны, приобретают характер субъективного публичного права, которое по своему юридическому значению не отличается от общепринятого понимания субъективного права в частном праве»³.

Между тем спор о существовании субъективных публичных прав и возможности идентификации в качестве таковых основных прав и свобод, закрепленных национальными конституциями, имеет давнюю историю. Изначально была распространена точка зрения, что в отношениях человек — государство возникают не субъективные права личности, а т.н. «рефлексы права»⁴.

Таким образом, мы видим задачу данного исследования в том, чтобы обосновать самостоятельное существование прав человека именно в качестве субъективных публичных прав, обладающих собственной юстициабельностью. Как покажем далее, эти права не могут сводиться ни к правовым последствиям объективного права (правовые рефлексы), ни к постмодернистской концепции правовых притязаний.

Публичные права как «правовые рефлексы»

Концепция «рефлексов права» («правовые рефлексы», «рефлексы объективного права» и т.п.) была обоснована выдающимся немецким правоведом Р. фон Иерингом, который, в частности, значительное внимание уделил юридической концепции интересов. Под рефлексами права (рефлексами в праве) он понимал такие законные, т.е. правомерные, интересы лица, которые тем не менее не образуют субъективного права. «Рефлексы можно определить как правомерные выгоды, которые извлекаются данным лицом не из лично ему принадлежащего права, а вследствие случайно благоприятного ему права или обязанности третьего лица»⁵.

Иеринг, поясняя рефлективное действие права, приводит пример, когда жилец многоэтажного дома расстилает на общей лестнице ковер: жильцы верхних этажей дома, пользуясь общей лестницей, пользуются и ковром, но у них не возникает никаких субъективных прав на этот ковер. Пользование

³ Гасанов К.К., Червонюк В.И. Конституция и конструкция публичных субъективных прав // Вестник Московского ун-та МВД России. 2014. № 11.

⁴ Здесь можно порекомендовать детальный анализ данного вопроса Ж.И. Овсепян (см.: Овсепян Ж.И. Развитие учения о субъективном характере основных (конституционных) прав и свобод в классической научной теории // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 13. С. 2–8; *Ее же*. Конституционно-правовой статус человека (гражданина) в России. Ростов н/Д.; Таганрог, 2018).

⁵ Магазинер Я.М. Избр. труды по общей теории права / отв. ред. А.К. Кравцов. СПб., 2006.

ковром представляет собой лишь рефлекс их права на пользование общей лестницей⁶.

Б.А. Кистяковский отмечает, что аналогичные правовые феномены можно видеть и в области публичных прав: например, когда государство в собственных интересах осуществляет политику протекционизма в отношении какой-либо отрасли производства, предприниматели могут извлекать из этой ситуации определенную прибыль, но это представляет собой лишь рефлекс объективного права, а субъективного права на такое государственное покровительство у них не возникает.

Последовательно развивая эту точку зрения, можно прийти к выводу, что многие публичные права, зафиксированные в конституциях, представляют собой подобные «рефлексы» объективного права. Например, государство, будучи заинтересовано в охране правопорядка, создает правоохранительные механизмы, используя объективное право (уголовное законодательство и др.)⁷, а частные лица только пользуются рефлексом этого объективного права.

Иеринг разрабатывал понятие правовых рефлексов преимущественно в сфере гражданско-правовых отношений, однако его последователи немецкие государственноведы К.Ф. фон Гербер и П. Лабанд сделали следующий шаг и распространили данную конструкцию на публичные права гражданина, которые, по их мнению, являются рефлексом, следствием самоограничения и самообязывания государства. По мнению Гербера, «общее объяснение так называемых гражданских прав (политических свобод) может быть найдено только в чем-то отрицательном», в необходимости со стороны государства оставить личности определенную сферу свободы от «всеобщей воли». «Следовательно, народные права — это исключительно отрицательные права, это права на признание свободной, т.е. не подчиненной государству, стороны личности»⁸. Юридическая же конструкция публичных прав заключается в превращении этих отрицаний в положительные определения.

Как отмечает Б.А. Кистяковский, по мнению этих немецких юристов, «личные свободы — вовсе не права в субъективном смысле, а лишь следствие общего правопорядка, и прежде всего известного правового принципа: все, что не запрещено, дозволено»⁹.

⁶ См.: Кистяковский Б.А. *Философия и социология права* / изд. подгот. Ю.Н. Давыдов и В.В. Сапов. СПб., 1998. С. 294.

⁷ См. об этом: Галузо В.Н. *Теория правоохраны в Российской Федерации (историко-правовое исследование)*. М., 2022.

⁸ Gerber C. F. *Ueber öffentliche Rechte*. Tübingen, 1852 (цит. по: Кистяковский Б.А. Указ. соч.).

⁹ Кистяковский Б.А. Указ. соч. С. 294.

Таким образом, признание прав человека рефлексом объективного права приводит к худшему варианту правового позитивизма, в рамках которого они не имеют никакой субстанциональной основы за исключением прямого указания или «говорящего молчания» законодателя.

Субъективные публичные права

Идею существования публичных субъективных прав отстаивал выдающийся немецкий правовед Г. Еллинек, посвятивший данной проблеме фундаментальный труд «Система субъективных публичных прав». Как полагает Еллинек, в отношении субъективных публичных прав сформировались два крайних взгляда: согласно одной позиции эти права представляют собой конкретные правомочия лица и в этом смысле ничем не отличаются от субъективных частных прав; другая точка зрения вообще «отрицает существование субъективного публичного права индивида и усматривает в том, что обыкновенно обозначают этим именем, только рефлекс положений публичного права»¹⁰.

При этом Еллинек выступает против отождествления субъективных публичных прав с правовыми рефлексами: «При одних только рефлексивных правах не существует лица. Рефлексивное право может быть уделом и животного, подобно тому как в то время, когда рабство было смягчено, оно имелось и у римского раба, который, тем не менее, не был лицом. Признанная же государством способность индивида приводить, в своих интересах, в движение правопорядок создает, как и всякая ограниченная индивидуальная, признанная правом сила, субъективное правомочие»¹¹.

Еллинек выделял субъективное частное право как притязание индивида к другим индивидам и субъективное публичное право, которое составляет притязания индивида к государству. Различие между субъективным частным правом и субъективным публичным правом он видел прежде всего в объекте данных прав. Если объектом первых могут быть самые разнообразные общественные блага, то субъективные публичные права «связаны непосредственно с личностью» и «не имеют, в противоположность частным правам, независимого от личности объекта». Поэтому если субъективные частные права вполне себе «оборотоспособны», т.е. могут передаваться другим индивидам, то субъективные публичные права как раз и являются «неотъемлемыми», т.е. не могут отчуждаться и не могут кому-либо передаваться.

¹⁰ Еллинек Г. *Общее учение о государстве* / вступ. ст. И.Ю. Козлихина. СПб., 2004.

¹¹ Там же.

Однако он не отрицал существование правовых рефлексов в сфере публичного права в целом: так, например, по его мнению, существование уголовного права и полиции в том числе призвано обеспечить защиту индивидуальных прав, но это не создает «индивидуализированного притязания того лица, которое должно быть защищено».

Для проведения демаркации между рефлексами права и субъективными публичными правами Еллинек предлагал два основных критерия — формальный и материальный.

Первый критерий сводится к возможности юридической защиты притязания: рефлекс права имеет место там, где не предполагается возможность судебной защиты, например, путем подачи иска в суд, в отличие от субъективного права, которое допускает возможность индивидуальной защиты. Это своего рода критерий «юстициальности» субъективного права. Термин «юстициальности» был предложен немецким правоведом, сторонником социологической школы права Г. Канторовичем. Поскольку «реальное право» связывается представителями данного направления с конкретными решениями правоприменителя (прежде всего судебными), то и важнейшим признаком нормы права является ее юстициальность как возможность быть основанием для принятия того или иного судебного решения. Как представляется, существование прав и свобод человека в качестве самостоятельной юридической реальности, а не в качестве «следствия» объективного права предполагает и обладание ими собственной юстициальностью¹².

Тем не менее, как справедливо отметил Ю.С. Гамбаров, сам по себе этот критерий явно недостаточен, если рассматривать право как динамическую систему, поскольку не отвечает на вопрос — «какие из формально не защищенных интересов могут или должны быть возведены на степень защищенных» с позиции *de lege ferenda*, т.е. с точки зрения желательного права¹³. Характерно, что последователь Г. Канторовича известный французский правовед Ж. Карбонье не выводил юстициальность правовой нормы (как и вообще признак «правового») из нее самой, указывая на тот факт, что в истории человечества одни и те же правила поведения в различные периоды относились к «праву» или к морали, «нравам». Иными

¹² См., напр.: Тимошина Е. В. Проблема юстициальности прав человека в ситуациях их конкуренции и принцип пропорциональности // Вестник РУДН. Сер.: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 464–485; Должиков А. В. Конституционные социальные права и их юстициальность // Сравнительное конституционное обозрение. 2019. № 6 (133). С. 16–49.

¹³ См.: Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. СПб., 1911. С. 391, 392.

словами, юстициальность есть некое внешнее качество правовой нормы, которое «придается» ей существующим правовым порядком.

Для решения этого вопроса необходим «материальный критерий», который Еллинек находит в категории «индивидуальный интерес». Объективное публичное право направлено на обеспечение публичных интересов, однако этот публичный интерес в то же время служит и частным интересам отдельной личности. «Всякое публично-правовое притязание индивида должно как-нибудь поддаваться индивидуализации, так как в противном случае невозможно отличать его от рефлекса деятельности государства»¹⁴.

Таким образом, для того чтобы обладать собственным содержанием, не сводимым к «парламентскому суверенитету», субъективные публичные права должны обладать собственной юстициальностью, как минимум публичным механизмом признания и защиты. Причем речь идет не об ординарном механизме судебной защиты, который используется применительно к частным субъективным правам.

Объект и адресат субъективного публичного права

Нужно сказать, что субъективное публичное право не тождественно по своей природе субъективному частному праву. В этом смысле сомнительной представляется мысль о том, что появление субъективных публичных прав есть следствие экспансии гражданского права в сферу публично-правовых отношений, как полагал, например, И.А. Покровский. Субъективные публичные права возникают именно как «права-щиты» (Маттиас Кумм), права «заградительного характера», и объектом данных прав является непосредственно личность, а не какие-либо общественные блага.

Кстати, на наш взгляд, именно с непониманием этого «различия в объекте» связано отрицание качества субъективного права у тех прав и свобод, которые закрепляются Основным Законом. В юридической науке субъективное право рассматривается как содержание конкретного правоотношения, а это существенно иначе расставляет акценты. С этой позиции «право в субъективном смысле представляет собой конкретные права, притязания, возможности, требования, законные интересы, возникающие между участниками конкретного правоотношения на основании действующего

¹⁴ Еллинек Г. Указ. соч.

в определенном месте и в определенное время законодательства»¹⁵.

Это «несовпадение» общего характера провозглашенных в Основном Законе прав и свобод и возникающих в рамках отдельных правоотношений субъективных прав особенно рельефно проявилось в цивилистике, где разгорелись жаркие споры относительно гарантированного Конституцией РФ права собственности и гражданско-правового понимания права собственности как субъективного права.

То же можно сказать и в отношении закрепленного в ст. 34 Конституции РФ права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Зачастую его характеризуют как «субъективное конституционное право», т.е. как «предоставленную лицу и обеспеченную законом (нормативными актами) меру возможного поведения, направленную на достижение преследуемых субъектом целей»¹⁶. Однако реальное правоупотребление в данном случае возможно с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя (за исключением случаев, прямо предусмотренных законом). Очевидно, что подобная регистрация выступает тем юридическим фактом, с которым закон связывает возникновение субъективного права на осуществление предпринимательской деятельности.

В силу приведенных выше аргументов в цивилистической теории отчетливо выразилась тенденция непризнания субъективного характера конституционных прав (по крайней мере в той их части, которая получает развитие в гражданском законодательстве) и отнесение их к «элементам правоспособности», «субъективного права в потенции», «праву на право», «абстрактным субъективным правам» и т.п. Иными словами, ни о каком «непосредственном действии» основных прав здесь речь не идет.

Как отмечал Н.В. Витрук, позиции цивилистов в дискуссии по данному вопросу нельзя отказать в последовательности: «ряд прав (прежде всего гражданских) может быть реализован лишь в том случае, если лицо становится их обладателем на основе юридических фактов (приобретение имущества, совершение открытия и т.д.). С этой точки зрения вполне логично отрицать за рядом

конституционных прав характер субъективных прав как наличных»¹⁷.

Вместе с тем, как представляется, восприятие основных прав и свобод как «стадии-зародыша» более операциональных отраслевых субъективных прав или «права на право» безнадежно устарело и не соответствует действительной реальности общепризнанных прав и свобод. Эта позиция во многом основана на позитивистской концепции «развертывания» действительного содержания прав только в национальном законодательстве. Статус собственно субъективного публичного права в рамках такого подхода имеют только свободы, т.е. «самоисполнимые» права, которые могут быть реализованы субъектом самостоятельно: свобода мысли, свобода слова и т.п. Те же права, которые требуют встречного предоставления со стороны государства (в первую очередь социальные права), рассматриваются как «притязания», «обозначения» прав.

Главное возражение против данного подхода — отсутствие жесткой причинно-следственной связи между конституционными формулами того или иного права и моделями их реализации в законодательстве. Закрепленные в Конституции РФ права имеют принципиально интерпретативный характер, и одно и то же право может быть реализовано посредством различных законодательных моделей. Так, право равного доступа к государственной службе реализуется преимущественно через механизмы конкурсного отбора на замещение соответствующих должностей, но ведь это не единственно возможный способ его обеспечения. Право быть избранным в органы государственной власти и органы местного самоуправления может предполагать различные варианты избирательных систем, множество способов выдвижения кандидатов и т.п. При таких условиях процесс «конкретизации» конституционных положений в отраслевом законодательстве выглядит делом невозможным.

Кроме того, полагаем, что, в данном случае следует внимательнее относиться к разграничению субъекта-носителя таких прав и их адресата. Кому адресованы конституционные нормы, закрепляющие основные права и свободы?

В отечественной юридической литературе понятие «адресат» субъективного права является малоупотребительным и обычно рассматривается как синоним термина правообладатель или субъект права.

Логика здесь простая: если правовая норма предоставляет индивиду определенное субъективное право как меру возможного поведения, то

¹⁵ Федосенко В.А. Понятие субъективного права в публичной сфере // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 7. С. 3—5.

¹⁶ Российское предпринимательское право: учеб. / отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. М., 2011.

¹⁷ Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М., 2008.

очевидно, что данная норма и данное право адресованы самому правопользователю. И в системе частного права это можно посчитать оправданным подходом, поскольку складывающиеся в его рамках правовые отношения по большей части есть результат инициативного поведения самих участников таких отношений.

Хотя даже в этой области правового регулирования дело обстоит не совсем однозначно, как представляется на первый взгляд. Например, О.М. Родионова указывает, что помимо непосредственно субъектов гражданско-правовых отношений нормы частного права обязывают к правоприменительной деятельности и государственные органы, а следовательно, последние также являются адресатами таких норм¹⁸. По ее мнению, различная адресность гражданско-правовой нормы обуславливает и различные способы ее реализации: «Органы власти обязаны применять нормы гражданского права в отличие от субъектов гражданского права, которые в основном имеют право на использование этого средства в своей гражданско-правовой деятельности».

Субъективные конституционные права в этом отношении обладают значительной спецификой, поскольку соответствующие правоотношения носят не «горизонтальный», а «вертикальный» характер, т.е. в большинстве случаев складываются между личностью и государством.

Характерно, что текст большинства конституций не «закрепляет» или «предоставляет» основные права индивиду, а лишь гарантирует их соблюдение: «признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства» (ст. 2 Конституции РФ); «в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права» (ст. 17 Конституции РФ) и т.п.

Например, согласно ст. 29 Конституции РФ каждому гарантируется свобода мысли и слова. Такая формулировка нормы фиксирует не столько право лица (свободу мысли, свободу вероисповедания, право наследования и т.п.), а скорее обязанность государства обеспечить возможность реализации данного права. По сути, формула «каждому гарантируется» обращена не к управомоченному, а к обязанному лицу — государству. В данном случае традиционное в теории права разделение правовых норм на управомочивающие и обязывающие «стирается», поскольку право постулируется посредством закрепления обязанности государства.

¹⁸ См.: Родионова О.М. Механизм гражданско-правового регулирования в контексте современного частного права. М., 2013.

В некоторых же случаях то или иное конституционное право может быть объективировано как «не-обязанность», т.е. запрещающую для государства норму устанавливать те или иные обязанности. Например, в соответствии со ст. 51 Конституции РФ никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом. В силу ст. 49 Конституции РФ обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Иногда же подобная «запретительная» норма включается в ту или иную статью Основного Закона наряду с «управомочивающей» нормой: «Каждый имеет право на жилище. Никто не может быть произвольно лишен жилища» (ст. 40); «Каждый вправе определять и указывать свою национальную принадлежность. Никто не может быть принужден к определению и указанию своей национальной принадлежности» (ст. 26) и др. В этих случаях Конституция РФ закрепляет пределы вмешательства государства в осуществление прав и свобод человека и гражданина либо устанавливает прямой запрет на отдельные формы такого вмешательства. И в этих случаях право может закрепляться посредством уже запрещающей нормы, адресованной государству.

Обобщая, можно отметить, что положения гл. 2 Конституции РФ, закрепляющие права и свободы человека и гражданина, носят ярко выраженный императивный характер, поскольку основным адресатом они имеют не управомоченное лицо, т.е. непосредственно человека и гражданина, а скорее государство, закрепляя его обязанности по обеспечению и гарантированию основных прав и свобод.

Это вполне укладывается в концепцию естественных прав человека, согласно которой права принадлежат индивиду «по природе» и «от рождения», а конституционные нормы лишь закрепляют “status quo”. Поэтому в отношении самих носителей конституционных прав, правопользователей нормы, закрепляющие основные права носят лишь «информирующее» действие, значимость которого обесценивается еще и принципом правовой свободы — «разрешено все, что не запрещено».

Следует, однако, отметить, что помимо «самоисполнимых» прав или свобод существует ряд основных прав, реализовать которые невозможно без неких позитивных действий со стороны государства: право на социальное обеспечение, избирательные права, право на судебную защиту и др. В этом случае закрепление субъективного права личности одновременно обязывает государство совершить определенные позитивные действия, необходимые для реализации такого права (status positivus).

Данные права не столько управомочивают правообладателя, сколько обязывают государство:

например, активное избирательное право с точки зрения реализации правомочий субъекта сводится к абстрактной возможности принять участие в выборах органов государственной власти. Это, в свою очередь, предполагает обязанность государства сформировать адекватную избирательную систему с тем, чтобы данное право было реализовано в возможно более полном объеме.

Исходя из сказанного выше, можно сформулировать вывод о том, что необходимо различать непосредственно субъективные публичные права и их отраслевые интерпретации в виде определенных позитивно-правовых моделей. Например, гарантированную конституциями и международными актами свободу передвижения и институт регистрации по месту жительства или пребывания. Напротив, сами эти модели и механизмы подлежат верификации относительно действительного содержания данных прав, что, кстати, легко видеть как в прецедентной практике Европейского Суда по правам человека, так и в деятельности национальных органов конституционной юстиции. Деятельность последних как раз и образует специальный механизм, превращающий субъективные публичные права в «юстициальную материю».

Проблема генерации основных прав

В этой связи появление новых субъективных публичных прав выступает в качестве легитимации все новых притязаний личности со стороны международного сообщества и государств, которое есть следствие общего процесса «возвышения» прав человека до уровня объективного права (С.С. Алексеев). «Сама постановка вопроса о праве человека как об объективном праве переводит общие, нередко сугубо декларативные, лозунговые формулы в разряд строго юридических явлений»¹⁹.

Однако с этим же связана и проблема определенности правового статуса личности, индивидуальные правопритязания которой определяются в соответствии с принципом «разрешено все, что не запрещено»: любое ли из этих притязаний может приобрести статус субъективного права и необходимо ли для его защиты юстициальность? Данный вопрос возникал с самого момента возникновения теории субъективных публичных прав.

Так, Б.А. Кистяковский писал: «Если признавать за личностью такие права, как свободу совести, свободу слова, свободу профессий, свободу передвижения и т.п., то отчего... не провозглашать права свободно ходить гулять, права молиться, права посещать театр, права обедать в любое

время, одним словом, не конструировать все естественные проявления человеческой жизни в виде каких-то субъективных прав? Чем отличается свобода передвижения и свобода профессий от права ходить гулять и от права ездить на лошадях и по железной дороге?»²⁰.

С.С. Алексеев на пути формирования «права человека» видел серьезную проблему в том, что «расширение каталога прав человека — на деле обескровливает эту основополагающую гуманитарную категорию, приводит, если угодно, к устойчивому настроению по дискредитации самой категории прав человека — процессу, происходящему в результате включения в нее с помощью международно-правовых документов и научных деклараций все новых “поколений” прав вплоть до “права на самообразование”, “права на сон”»²¹.

По словам американского исследователя проблематики прав человека Маттиаса Кумма, в конституционно-правовой практике (Федеральный конституционный суд ФРГ) все более востребованным становится «широкий» подход к правам человека, когда «в пределы общего права на свободу входят такие обыденные случаи, как право ездить на лошади в общественном лесу или кормить голубей на площадях»²².

В научной литературе обосновываются все новые и порой довольно «экзотические» права человека. Например, «право на индивидуальность» в значении права на самовыражение²³. Много «плевел» среди немногочисленных «зерен» содержит блок т.н. соматических прав: к ним относят группу прав, которые основываются на фундаментальной мировоззренческой уверенности в «праве» человека самостоятельно распоряжаться своим телом: осуществлять его «модернизацию», «реставрацию» и даже «фундаментальную реконструкцию», изменять функциональные возможности организма и расширять их технико-агрегатными либо медикаментозными средствами²⁴.

²⁰ Кистяковский Б.А. Указ. соч. С. 292.

²¹ Алексеев С.С. Собр. соч.: в 10 т. [+ Справоч. том]. Т. 9: Публицистика. М., 2010. С. 123, 124.

²² Маттиас Кумм. Конституционные права как принципы: к вопросу о структуре и сфере действия конституционной справедливости. Обзорная статья на монографию Роберта Алекси «Теория конституционных прав / пер. Дж. Риверс. Oxford University Press, 2002. — 463 с.». URL: <https://zdamsam.ru/a65087.html>

²³ Критический анализ данного правопритязания содержится в: Крусс В.И. Доктринальные инновации в контексте конституционализации российской правовой системы // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 4. С. 2–11.

²⁴ См.: Крусс В.И. Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы // Государство и право. 2000. № 3. С. 43.

¹⁹ Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: сб. ст., посвященный 70-летию С.А. Хохлова / под ред. С.С. Алексеева. М., 2011.

Многие традиционные права в результате индивидуалистического, общенационального толкования, исключительно исходя из факта обладания самой возможностью того или иного поведения, подвергаются различного рода «мутациям», зачастую превращаясь в собственную противоположность. Так, закрепленное практически во всех конституциях и многочисленных международных документах право на жизнь сначала превратилось в право на распоряжение своей жизнью (включая в себя, например, возможность заниматься опасными, экстремальными видами спорта и т.п.), а затем и в право на смерть (на помощь в уходе из жизни)²⁵.

Е.В. Тимошина совершенно справедливо отмечает, что в настоящее время происходит «пополнение каталога прав легализованными формами поведения, которые на протяжении тысячелетней истории права считались отклоняющимися и запрещались как подрывающие основы общественного существования»²⁶.

Возникает юридически сложный вопрос, который заключается в критериях разграничения субъективного публичного права и индивидуального правопритязания, вытекающего из принципа свободы личности («разрешено все, что не запрещено»). В связи с признанием т.н. прав четвертого поколения объективная реальность прав человека зачастую смешивается с правопритязаниями, представляющими собой следствие принципа личной свободы, т.е. рефлекс объективного права.

Вместе с тем правовой рефлекс не есть самостоятельная цель правового регулирования, но всегда выступает как «побочный» результат действия правовых норм. Иными словами, закон не закрепляет право на употребление спиртных напитков, но не запрещает данный вид поведения. Субъективное публичное право выступает именно как цель государственной деятельности. Согласно ст. 18 Конституции РФ эти права определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, но не наоборот.

Э.Б. Левенталь, анализируя отличие субъективного публичного права от правового рефлекса у Еллинека, приводит вполне достоверную иллюстрацию: исходя из общего принципа делать то, что не запрещено законом, субъект по достижении определенного возраста может курить табак²⁷. Однако данная правовая возможность является не субъективным публичным правом, а правовым

рефлексом, категорией «формально допустимого» и представляет собой элемент «пассивного» статуса индивида. Государство может, например, изменить возраст, с которого у субъекта возникает такая законная возможность, использовать иные ограничения, и у курильщика не будет возможности опротестовать такое государственное регулирование.

Субъективная возможность человека курить, употреблять алкоголь или даже наркотики (если это не запрещено законодательством) вряд ли получит статус общепризнанного права, поскольку не имеет никакой социальной ценности (скорее, наоборот, может рассматриваться как негативное явление).

При этом сама возможность человека совершать подобные действия может являться объектом защиты, но только как часть личной свободы и постольку, поскольку это не запрещено действующим законодательством. Однако ограничение или даже запрещение подобных вариантов поведения в национальном законодательстве не может быть рассмотрено как нарушение прав человека.

* * *

Подводя итог сказанному выше, необходимо отметить, что проблема генерации новых прав (четвертого или даже пятого поколения) также в конечном счете обусловлена широким применением принципа «что не запрещено, то разрешено», который используется теперь не для «дезаурирования» самостоятельного значения субъективных публичных прав, а для легитимации правовых притязаний, которые, по сути, правами не являются. Права человека представляют собой не негативную, а «позитивную» свободу личности: не свободу от чего-то, а право делать что-то. Более того, эти «позитивные свободы» признаются и концептуализируются как основные права в рамках «социального признания» их позитивной ценности, поэтому не все не запрещенные правопритязания индивида могут получить статус защищаемого права.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999.
2. Алексеев С.С. Собр. соч.: в 10 т. [+ Справоч. том]. Т. 9: Публицистика. М., 2010. С. 123, 124.
3. Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М., 2008.
4. Галузо В.Н. Теория правоохраны в Российской Федерации (историко-правовое исследование). М., 2022.
5. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. СПб., 1911. С. 391, 392.

²⁵ См.: Фомичев Е.К. Этаназия как форма реализации права на смерть (общетеоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2006.

²⁶ Тимошина Е.В. Указ. соч.

²⁷ См.: Левенталь Э.Б. Вклад Георга Еллинека в развитие института основных прав и свобод // Право и политика. 2007. № 2.

6. *Гасанов К.К., Червонюк В.И.* Конституция и конструкция публичных субъективных прав // Вестник Московского ун-та МВД России. 2014. № 11.
7. *Должиков А.В.* Конституционные социальные права и их юстициабельность // Сравнительное конституционное обозрение 2019. № 6 (133). С. 16–49.
8. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве / вступ. ст. И.Ю. Козлихина. СПб., 2004.
9. *Кистяковский Б.А.* Философия и социология права / изд. подгот. Ю.Н. Давыдов и В.В. Сапов. СПб., 1998. С. 292, 294.
10. *Красс В.И.* Доктринальные инновации в контексте конституционализации российской правовой системы // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 4. С. 2–11.
11. *Красс В.И.* Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы // Государство и право. 2000. № 3. С. 43.
12. *Левенталь Э.Б.* Вклад Георга Еллинека в развитие института основных прав и свобод // Право и политика. 2007. № 2.
13. *Магазинер Я.М.* Избр. труды по общей теории права / отв. ред. А.К. Кравцов. СПб., 2006.
14. *Маттиас Кумм.* Конституционные права как принципы: к вопросу о структуре и сфере действия конституционной справедливости. Обзорная статья на монографию Роберта Алекси «Теория конституционных прав / пер. Дж. Риверс. Oxford University Press, 2002. — 463 с.». URL: <https://zdamsam.ru/a65087.html>
15. *Овсепян Ж.И.* Конституционно-правовой статус человека (гражданина) в России. Ростов н/Д.; Таганрог, 2018.
16. *Овсепян Ж.И.* Развитие учения о субъективном характере основных (конституционных) прав и свобод в классической научной теории // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 13. С. 2–8.
17. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 309.
18. Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: сб. ст., посвященный 70-летию С.А. Хохлова / под ред. С.С. Алексеева. М., 2011.
19. *Родионова О.М.* Механизм гражданско-правового регулирования в контексте современного частного права. М., 2013.
20. Российское предпринимательское право: учеб. / отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. М., 2011.
21. *Тимошина Е.В.* Проблема юстициабельности прав человека в ситуациях их конкуренции и принцип пропорциональности // Вестник РУДН. Сер.: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 464–485.
22. *Федосенко В.А.* Понятие субъективного права в публичной сфере // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 7. С. 3–5.
23. *Фомичев Е.К.* Эвтаназия как форма реализации права на смерть (общетеоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2006.
24. *Gerber C.F.* Ueber öffentliche Rechte. Tübingen, 1852.

REFERENCES

1. *Alekseev S.S.* Law: ABC – theory – philosophy. The experience of complex research. M., 1999 (in Russ.).
2. *Alekseev S.S.* Collected works: in 10 vols. [+ Reference volume]. Vol. 9: Journalism. M., 2010. P. 123, 124 (in Russ.).
3. *Vitruk N.V.* General theory of the legal status of the individual. M., 2008 (in Russ.).
4. *Galuzo V.N.* Theory of law enforcement in the Russian Federation (historical and legal research). M., 2022 (in Russ.).
5. *Gambarov Yu. S.* Civil Law. The general part. SPb., 1911. P. 391, 392 (in Russ.).
6. *Gasanov K. K., Chervonyuk V. I.* Constitution and construction of public subjective rights // Herald of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 2014. No. 11 (in Russ.).
7. *Dolzhiikov A. V.* Constitutional social rights and their justiciability // Comparative Constitutional Review 2019. No. 6 (133). P. 16–49 (in Russ.).
8. *Jellinek G.* The General doctrine of the state / introductory article I. Yu. Kozlikhin. SPb., 2004 (in Russ.).
9. *Kistyakovsky B. A.* Philosophy and Sociology of Law / the publication has been prepared Yu. N. Davydov and V.V. Sapov. SPb., 1998. P. 292, 294 (in Russ.).
10. *Krass V.I.* Doctrinal innovations in the context of the constitutionalization of the Russian legal system // Constitutional and Municipal Law. 2013. No. 4. P. 2–11 (in Russ.).
11. *Krass V.I.* Personal (“somatic”) human rights in the constitutional and philosophical-legal dimension: towards the formulation of the problem // State and Law. 2000. No. 3. P. 43 (in Russ.).
12. *Leventhal E. B.* The contribution of Georg Jellinek to the development of the Institute of Fundamental rights and freedoms // Law and Politics. 2007. No. 2 (in Russ.).
13. *Shopiner Ya. M.* Selected works on the General theory of law / ed. by A.K. Kravtsov. SPb., 2006 (in Russ.).
14. *Matthias Kumm.* Constitutional rights as principles: on the question of the structure and scope of constitutional justice. Review article on Robert Alexi’s monograph “Theory of constitutional rights / transl. J. Rivers. Oxford University Press, 2002. — 463 pp.”. URL: <https://zdamsam.ru/a65087.html> (in Russ.).
15. *Ovsepyan Zh. I.* Constitutional and legal status of a person (citizen) in Russia. Rostov n/D.; Taganrog, 2018 (in Russ.).
16. *Ovsepyan Zh. I.* The development of the doctrine of the subjective nature of fundamental (constitutional) rights and freedoms in classical scientific theory // Constitutional and Municipal Law. 2009. No. 13. P. 2–8 (in Russ.).
17. *Pokrovsky I.A.* The main problems of Civil Law. M., 1998. P. 309 (in Russ.).
18. The development of the basic ideas of the Civil Code of Russia in modern legislation and judicial practice: collection of articles dedicated to the 70th anniversary of S.A. Khokhlov / ed. by S.S. Alekseev. M., 2011 (in Russ.).
19. *Rodionova O.M.* Mechanism of civil-Legal regulation in the context of modern Private Law. M., 2013 (in Russ.).

20. Russian Business Law: textbook / ed. by I.V. Ershov, G.D. Otnyukova. M., 2011 (in Russ.).
21. *Timoshina E.V.* The problem of justiciability of human rights in situations of their competition and the principle of proportionality // Herald of the RUDN. Ser.: Legal Sciences. 2017. Vol. 21. No. 4. P. 464–485 (in Russ.).
22. *Fedosenko V.A.* The concept of subjective law in the public sphere // State power and local self-government. 2009. No. 7. P. 3–5 (in Russ.).
23. *Fomichev E.K.* Euthanasia as a form of realization of the right to death (general theoretical aspect): abstract ... PhD in Law. Tambov, 2006 (in Russ.).
24. *Gerber C.F.* Ueber öffentliche Rechte. Tübingen, 1852.

Сведения об авторе

ПРЕСНЯКОВ Михаил Вячеславович – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры служебного и трудового права Поволжского института управления им. П.А. Столыпина – филиала РАНХиГС; 410031 г. Саратов, ул. Соборная, д. 23/25

Authors' information

PRESNYAKOV Mikhail V. – Doctor of Law, associate Professor, Professor of the Department of Service and Labor Law of Stolypin Volga Institute of Management – Branch of RANEPА; 23/25 Sobornaya str., 410031 Saratov, Russia