

Моральные и юридические права человека

Теодор Шиллинг *

* Теодор Шиллинг – доктор права, профессор юридического факультета Гумбольдского Университете г. Берлина

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Theodor Schilling: *Moralische und juristische Menschenrechte***, в: Der Staat, Vol. 59 (2020), Iss. 1: с. 75 и далее.

Содержание:

I. Предисловие	139
II. Исходные установки	141
1. Моральные права человека.....	143
2. Юридические права человека.....	157
III. Соотношение морали и юридических норм прав человека.....	158
1. Концепция „зеркального отражения“	159
2 Юридические нормы прав человека как признание действующих моральных норм.....	161
3 Юридические нормы прав человека как конкретизация их не-позитивных параллелей.....	164
4. Моральные императивы как стандарты, служащие примером для законодателя.....	167
IV. Заключение	170

I. Предисловие

Более 20 лет назад *Хабермас (Habermas)* писал о "двузначности" (*Zweideutigkeit*) прав человека, которая вызывала состояние неуверенности и раздражения в философской дискуссии. Здесь сформировалось

представление, что они имеют двойной характер: как конституционные нормы они обладают позитивной действительностью, однако, одновременно им приписывается надпозитивное действие как правам, которые присущи каждому индивиду, как человеческой личности.¹ Эти сомнения продолжают сохраняться. Философы, включая философов права, все еще пытаются найти решение относительно двусмысленности или, возможно, лучше сказать, двойственной природы прав человека.

Соответствующая статья Википедии не отражает вполне этих сомнений, но очень хорошо показывает их причины: "В качестве прав человека обозначаются морально обоснованные требования свободы и автономии, на которые, как представляется, имеет право каждый человек. Они обосновываются ссылками на человеческую природу, предполагается, что они должны быть одинаковыми для всех и принадлежать всем людям повсюду, т.е. они считаются универсальными, неотъемлемыми и неделимыми. ... Однако, прежде всего, универсальность не всегда гарантирована, поскольку оформление и защита конкретных прав человека зависят от политической идеологии и связанного с ней правового обеспечения и правоприменения в рамках соответствующего государства и его учреждений".² Явным и осязаемым является здесь смешение моральных представлений и характеристик в первых двух приведенных предложениях с политико-юридическим взглядом в остальной части цитаты. Разгадка и преодоление такого смешения является необходимым предварительным условием для понимания прав человека. Поэтому цель настоящей статьи состоит в том, чтобы исследовать общепризнанный тезис о том, что права человека можно рассматривать в юридическом, моральном и политическом контексте,³ с точки зрения соотношения этих контекстов друг с другом, и таким образом попытаться придать этому выводу более определенную структуру, т.е. показать, что в этом соотношении работает, а что не работает.

При этом для ясности дискуссии необходимо провести терминологическое различие между различными значениями, приписываемыми термину "права человека". "Права человека" могут, с одной стороны, обозначать моральные или юридические права человека. С

¹ Habermas, Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, в: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1996, стр. 192 (221).

² <https://de.wikipedia.org/wiki/Menschenrechte>; сноски опущены (выделение только здесь). См. также de Araujo, Kontraktualismus, в: Pollmann/Lohmann (Hrsg.), Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, 2012, стр. 193 (196): "Права человека представляют собой подлежащие обжалованию и обеспеченные правовой санкцией моральные права".

³ См. Pollmann, Konzeptionelle Spannungsverhältnisse, в: Menschenrechte (сн. 2), стр. 358 (362).

другой стороны, "права человека" могут обозначать нормы или отдельные права в рамках обеих категорий.⁴ В той мере, в какой в соответствующем контексте уточнение необходимо и возможно, я буду говорить соответственно о юридических или моральных правах человека или нормах прав человека.

Между всеми этими категориями существуют соответствия в том смысле, что каждому объекту в одной категории корреспондирует (более или менее) сходный по содержанию объект в другой категории или в нескольких других категориях. Юридические нормы и права и их соответствующие моральные аналоги по определению (более или менее) эквивалентны по содержанию. И здесь соответственно будет вестись речь о параллельных нормах или правах. Однако, юридические и моральные нормы, с одной стороны, и соответствующие им права, с другой стороны, находятся в структурной взаимосвязи друг с другом: "всякий раз, когда ... существует право, должна действовать норма, предоставляющая это право".⁵ Здесь речь идёт о коррелирующих нормах и правах.

Целью данной публикации является исследование взаимосвязи между моральными и юридическими правами и нормами прав человека. Прежде всего, следует дать краткий обзор и оценить уже сформулированные в этой области основополагающие позиции.

II. Исходные установки

Не подлежит сомнению, что, уже терминологически,⁶ определяющим является исходный тезис о наличии как юридических, так и моральных прав человека и норм прав человека. Менее ясно, что же собственно значат

⁴ Понятие «права человека» часто используется и в отношении норм, и в отношении прав. См. например, Habermas (сн. 1), стр. 221; Besson, *Human Rights and Constitutional Law: Patterns of Mutual Validation and Legitimation*, в: Cruft/Liao/Renzo (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford 2015, стр. 279: «When they are approached as legal norms, human rights ...»; Nickel, *Human Rights*, в: Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2017), находится на сайте plato.stanford.edu: «Human rights are norms» (Introduction, eingangs). «Human rights are rights.» (Abschn. 1 (1), eingangs).

⁵ Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, в: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), *Philosophie der Menschenrechte*, 6. Aufl. 2015, стр. 244 (246). См. также Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Aufl., Oxford 2011, стр. 203–5.

⁶ Goethe, *Faust*, Kap. 7, находится на сайте: gutenberg.spiegel.de/buch/faust-eine-tragodie-3664/7, говорил здесь о «слове»: «Должно же быть значение у слов».

соответствующие термины, что есть ими означаемый сигнификат, смысловое содержание "понятия" в гётевском смысле. Так, моральные права человека определяются как "права, которые принадлежат каждому индивиду как человеческой личности, и, следовательно, всем людям в равной степени". Соответственно, они вытекают из того, что отличает каждого индивида как человека, из самого существа человеческой личности или из сущности человека".⁷ Другие исследователи вообще отрицают, что существуют моральные⁸ или доправовые права человека. В рамках этого подхода признаётся, что только закон превращает универсальные моральные права в права человека.⁹ *Хабермас (Habermas)* утверждал, что готов идти настолько далеко, чтобы отклонить любые разговоры о "моральных правах".¹⁰ Ряд исследователей, в свою очередь, отрицают возможность существования юридических прав, которые не являются одновременно и моральными правами.¹¹ Также проводится мысль, что юридические права человека детерминируются либо в зависимости от моральных прав человека,¹² что предполагает существование последних, либо чисто в позитивистском ключе, как нормы, которые определяют смысл положений договоров по правам человека. Обзор существующих фундаментальных позиций является

⁷ Volkman-Schluck, Freiheit, Menschenwürde, Menschenrecht, в: Schwarztländer (Hrsg.), Menschenrechte und Demokratie, 1981, стр. 177 (178). Griffin, On Human Rights, Oxford 2008, стр. 2, характеризует это понятие как «[t]he secularized notion that we were left with at the end of the Enlightenment».

⁸ Mohr, Moralische Rechte gibt es nicht, в: Sandkühler (Hrsg.), Recht und Moral, 2010, стр. 64 (71).

исходит, однако, из морали обязанностей и более радикальной концепции морального закона, который обладает "качеством особенно интенсивного действия"; концепция выполняет функцию риторического «усилителя вкуса». См. также Kervégan, Gibt es moralische Rechte?, ebd., стр. 49.

⁹ Besson, Justifications, в: Moeckli/Shah/Sivakumaran (Hrsg.), International Human Rights Law, 3. Aufl., Oxford 2018, стр. 22 (28). Однако здесь (сн. 4), стр. 308, оспаривается, что существуют универсальные международно-правовые моральные права.

¹⁰ Wildt, Menschenrechte und moralische Rechte, в: Philosophie der Menschenrechte (сн. 5), стр. 124 (126). Однако Хабермас утверждает, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, стр. 106, во всяком случае в явной форме лишь, что он «с самого начала хотел бы чётко различать между моралью и правом». Lohmann, Menschenrechte zwischen Moral und Recht, в: Philosophie der Menschenrechte (сн. 5), стр. 62 (67), о моральном праве, носители которого могут отстаивать свои притязания исключительно только путём апелляции, говорит, что остаётся "неясным, можно ли вообще называть это правом".

¹¹ Besson, International Human Rights Law and Mirrors, ESIL Reflections 7/2 (2018), 16. April 2018, стр. 2, находится на сайте: esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/ ESIL-Reflection-Besson.pdf.

¹² В этом смысле концепция «зеркального отражения» Buchanan, The Heart of Human Rights, Oxford 2013, стр. 17.

необходимой основой для обсуждения соотношения означенных выше элементов понимания феномена прав человека, подлежащего рассмотрению.

1. Моральные права человека

Термин "мораль" может использоваться (по крайней мере) двояким образом: дескриптивно или нормативно. По авторитетному мнению, "понятие "мораль" может употребляться либо - 1. описательно для обозначения определенных правил поведения, установленных обществом или определённой группой (например, религиозным сообществом), либо принятых индивидуумом в качестве масштаба собственного поведения, либо - 2. на нормативном уровне путём отсылки к правилам поведения, которые, с учётом специфических условий, были бы приняты всеми рационально мыслящими людьми."¹³

Соответственно, в случае моральных норм в целом, а тем самым и в случае моральных норм прав человека, необходимо проводить различие между теми нормами, которые видимо и открыто применяются в сообществе, группе или индивидуумами, т.е. которые в целом соблюдаются (и нарушение которых санкционируется в основном морально), и которые, таким образом, действуют или существуют на социальном уровне¹⁴ (т.н. дескриптивные моральные представления), с одной стороны, и теми, за которыми признаётся, что они понятны и разумны для каждого¹⁵ что может утверждаться, в частности, философами, активистами либо, как будет рассмотрено более подробно, законодателем (нормативные моральные представления о морали). Для обсуждения моральных норм это различие имеет фундаментальное значение.

Это различие не между разными содержаниями, а между разными подходами к рассмотрению правил поведения. Действительно, существуют кодексы правил поведения, которые как правило рассматриваются в целом дескриптивно, в том числе те, по которым живет общество, группа или индивид.¹⁶ Эти кодексы по общему правилу включают в себя социально

¹³ Gert/Gert, The Definition of Morality, в: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (fall 2017 Edition), находится на сайте <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/morality-definition>; auch Finnis, Natural Law Theory: Its Past and Its Present, American Journal of Jurisprudence 57 (2012), стр. 81 (90).

¹⁴ Lumer, Geltung, Gültigkeit, в: Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, Bd. 1, 1999, стр. 450 (453).

¹⁵ См. Gert/Gert (сн. 13).

¹⁶ «The descriptive sense of 'morality' is the one used by anthropologists when they report on the morality of the societies they stud»: Gert/Gert (сн. 13).

применимые и действующие нормы (т.е. нормы, которым в целом соответствует поведение человека), к которым относятся нормы прав человека, параллельные в значительной степени нормам и стандартам Всеобщей Декларации прав человека. Тревожные и даже просто катастрофические доклады о правах человека,¹⁷ представляемые различными органами, не позволяют исключить возможности того, что соответствующие моральные нормы в этом смысле действуют даже в некоторых обществах, которые являются предметом докладов. Другие кодексы поведения обычно рассматриваются в нормативном контексте, в частности те, которые разработаны философами или активистами.

Такие кодексы могут включать в себя социально действующие нормы, но не обязательно делают это. Другие кодексы, а именно те, которые устанавливаются органом, наделенным соответствующими полномочиями, открыты для обоих подходов к рассмотрению. К ним относятся, например, кодексы религиозных общин, которым должны следовать их члены и которые в основном ими соблюдаются. Если вопрос заключается в том, действительно соблюдаются ли соответствующие каноны, "мораль" используется дескриптивно.¹⁸ Однако представления о морали, предписанной кодексом правил, могут также рассматриваться и в том смысле, что все разумные люди должны её соблюдать.¹⁹

а) Моральная норма рассматривается социально действующей или наличествующей, когда человеческое поведение в значительной степени ей соответствует. Это наблюдаемый, объективно определяемый и устанавливаемый факт.²⁰ Региональные моральные нормы морали и нормы, которые соблюдаются соблюдаемые определенными сообществами или группами (моральные нормы ограниченного действия) существуют несомненно. Есть также вопросы, по которым существует что-то вроде

¹⁷ Например Amnesty International, Report 2017/18, находится на сайте <https://www.amnesty.org/en/documents/pol10/6700/2018/en>; Human Rights Watch, World Report 2020, находится на сайте <https://www.hrw.org/world-report/2020>; US State Department, Country Reports on Human Rights Practices for 2018, находится на сайте <https://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport>.

¹⁸ См. например Gert/Gert (сн. 13).

¹⁹ См. например Finnis, *Religion and Public Reasons*, Oxford 2011, стр. 367, высказывается мнение, что католическая сексуальная этика должна соблюдаться «Christians and other reasonable people».

²⁰ Отсутствие консенсуса относительно того, какие существуют моральные права – см. текст сн. 56, 66 и 89 – не касается социально действующих норм морали.

всеобщего морального консенсуса,²¹ и, по крайней мере, по некоторым из этих вопросов могут существовать универсальные нормы морали.

Часто приводимый здесь пример состоит в том, что (почти) все признают, что младенцев нельзя мучить ради забавы, и поведение людей повсеместно в значительной степени соответствует этой норме. Однако по большинству вопросов не существует морального консенсуса. Не является особым открытием, соответственно, что универсальные моральные нормы довольно редки. Уже 330 лет назад *Джон Локк (John Locke)* отмечал, что "едва ли можно назвать какой-либо принцип морали [...], который не был бы где-либо или когда-либо отвергнут и подвергнут осуждению общей модой целых обществ людей, руководствующихся практическими взглядами и правилами жизни, совершенно противоположными другим."²² Хотя с тех пор, как представляется, произошло некоторое выравнивание и гармонизация моральных норм между различными обществами, особенно в ходе т.н. "расколдовывания мира",²³ однако нет веских оснований предполагать, что положение дел коренным образом изменилось.²⁴

Соответственно, если "мораль" используется дескриптивно (описательно), то моральные представления могут существенно отличаться

²¹ Quinton, human rights, в: Honderich (Hrsg.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford 1995, стр. 403: «matters about which there is some approximation to moral consensus».

²² Locke, *An Essay Concerning Human Understanding* (1698), hrsg. von Yolton, London/New York 1965, стр. 31 и сл. 250 лут назад Дидро в своём «Дополнении к путешествию Бугенвиля» (1772), находится на сайте <http://www.gutenberg.org/cache/epub/6501/pg6501.html>, в описании беседы между миссионером и жителем Таити говорит словами своего героя: «Но вы не будете обвинять нравы Европы нравами Таити, и, соответственно, нравы Таити нравами вашей страны. (Mais tu n'accuseras pas les mœurs d'Europe par celles de Tahiti, ni par conséquent les mœurs de Tahiti par celles de ton pays.)».

²³ Weber, *Wissenschaft als Beruf*, в: Baier u.a. (Hrsg.), Weber. Gesamtausgabe, Bd. 17, 1992, стр. 71 (87, 109).

²⁴ См. например EGMR, Müller/Schweiz, 10737/84, Urteil vom 24. Mai 1988, § 35. – Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, 1999, стр. 67, в противоположность этому утверждает, что уголовное право с его всеобъемлющим сводом общих положений - "убийства, имущественные преступления, [...] сексуальные преступления [...] - предоставляет "четкий контраргумент" эмпирически обоснованного культурного релятивизма; действительно "великой инородности" не существует (ebd., стр. 11). Как отмечает Valerius, § 25: *Strafrecht und Interkulturalität*, в: Hilgendorf/Kudlich/ders. (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 2019, стр. 1129 (1139), *Хёффе* не проверяет свой тезис эмпирически, сравнивая национальные системы уголовного права. *Хёффе* не затрагивает вопрос о различных определениях и оправданиях таких преступлений - закон линча, убийство чести, кровная месть, джихад; детские браки, изнасилование в браке, смертная казнь за гомосексуализм и т.д., - которые ставят под сомнение общность правил.

друг от друга по содержанию. Так, в обществе может существовать кодекс поведения, согласно которому практики, угодные Богу и необходимые для ритуальной чистоты, более важны, чем те, которые касаются неприкосновенности личности. Оно может считать морально первостепенным соблюдение определенных обрядов и воздержание от определенных сексуальных практик и запрет определённых практик, например, нежелательных сексуальных практик, в то время, как неприкосновенность личности может признаваться имеющей второстепенное значение.²⁵ И наоборот, кодекс поведения, признанный в данном обществе, может отдавать высший приоритет защищённости и неприкасаемости личности: «*alternum non laedere*».²⁶ Общество может защищать частную собственность на средства производства или отвергать её. Оно может принять значение репродуктивной медицины или отвергнуть её как «*intrinsically evil*».²⁷ Сегодня и в прошлом разные общества живут и жили по таким разным кодексам поведения. Моральные нормы, содержащиеся соответственно в каждом из этих кодексов, применяются - существуют - в обществах, которые живут по ним. Таким образом, их действие ограничено.

Поразительно, что вопрос о том, какие моральные нормы - универсальные или иные - действительно имеют социальное действие, получил мало внимания в литературе по правам человека. Масштабная атака Бьюкенена (*Buchanan*) на т.н. концепт "зеркального взгляда" направлена против того, что основное внимание "фокусируется на вопросе о том, как обосновать утверждения о существовании или действии моральных прав человека" (*focus on the question of how to justify assertions about the existence of moral human rights*).²⁸ Затем он исследует право на уважительное отношение, которое "согласно позиции некоторых авторов" является моральным правом человека,²⁹ но не вопрос о том, действует ли и применимо ли такое право на социальном уровне. Что касается права на здоровье, права на демократическое правительство и права на справедливый суд,³⁰ то у него нет и намёка на попытку показать, действуют ли соответствующие моральные права на социальном уровне, что вызывает серьёзные сомнения. На заднем плане, как кажется, всегда

²⁵ Gert/Gert (сн. 13).

²⁶ Justinian, Digesten 1.1.10.

²⁷ См. Thomasset, How Human Rights Are Becoming Post- and 'Trans-Human Rights', Zenit. The World Seen from Rome, 7. Nov. 2014, находится на сайте <https://zenit.org/articles/how-human-rights-are-becoming-post-and-trans-human-rights/>.

²⁸ Buchanan (сн. 12), стр. 51 (выделено только здесь).

²⁹ Ebd., стр. 57. К вопросу о праве на уважение см. Kloepfer, Respekt im Gemeinwesen und im Recht, VerwArch 110 (2019), стр. 419; Lohmann (сн. 10), стр. 88 и сл.

³⁰ Buchanan (сн. 12), стр. 61.

находится представление о правах человека, которые принадлежат каждому уже в силу самой природы человеческой личности и считаются таким образом "естественными".³¹ Они, говоря в более широком смысле, предстают здесь моральными фактами, не требующими, чтобы обсуждалась эмпирическая или социальная действительность (действие) норм, на которых они основаны, то есть в конечном счёте их специфическая конкретная форма существования.³² Однако вне философских дискуссий, "в реальном мире, где люди живут, работают и умирают"³³, такие права человека являются лишь утверждениями моральных норм.

б) Утверждается, что сегодня существует общий, хотя и не универсальный, философский консенсус относительно того, что права человека существуют и что они являются одними из самых весомых мотивов и соображений, которые оказывают влияние на наши моральные решения.³⁴ Эта оценка ставится под сомнение. Различные взгляды, подпадающие под термин "моральный скептицизм",³⁵ несовместимы с мнением о существовании моральных прав человека. Моральный релятивизм также несовместим с допущением универсальных прав человека. Таким образом, "философский консенсус", по сути, ограничивается представителями морального реализма.³⁶

Это согласие затрагивает также один только метауровень: если учитывать широкий ряд отношений между означающим (сигнификантом) и означаемым (сигнификатом), то философы, о которых идет речь, в основном единодушны в том, что у сигнификанта "права человека" есть сигнификат, но имеют, однако, совершенно разные представления об этом сигнификате, т.е. о том, что же собственно представляют собой права человека и какие виды этих прав существуют.³⁷ Таким образом, согласие

³¹ Dazu см. Lumer (сн. 14), стр. 453 и сл.

³² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, стр. 9.

³³ WTO, AB Report WT/DS/26 & 48/AB/R, EC-Hormons, Abs. 187.

³⁴ Nickel/Reidy, *Philosophy*, в: Moeckli/Shah/Sivakumaran (Hrsg.), *International Human Rights Law*, Oxford 2010, стр. 39 (62).

³⁵ См. По данному вопросу, например, Sinnott-Armstrong, *Moral Skepticism*, в: Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), находится на сайте <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/skepticism-moral>.

³⁶ См. например, Finnis (сн. 13), стр. 99: «there is knowledge of human good and evil and right and wrong» (выделено в оригинале).

³⁷ Когда Gosepath, *Universalität der Menschenrechte – Ein Erklärungsansatz*, в: Nooke/Lohmann/Wahlers (Hrsg.), *Gelten Menschenrechte universal?*, Freiburg i.Br. 2008, стр. 195 (199f.), говорит о "глобальном, минимальном и всеобъемлющем консенсусе

указывает на (различные) представления о морали в нормативном смысле, то есть на кодексы поведения, о каждом из которых утверждается, что он будет приниматься каждым, кто соответствует определенным требованиям, в частности, что он является разумным человеком.³⁸ Однако, с одной стороны, это, очевидно, не может одновременно быть верным в отношении всех конкурирующих кодексов поведения. С другой стороны, это оставляет открытым вопрос о том, откуда взялся соответствующий кодекс. Выражение "будет приниматься" указывает на ожидание: ожидание того, что "каждый", кому будет предложен кодекс,отреагирует определенным образом. Это ожидание может быть выражено автором кодекса³⁹ - потенциально любым человеком, но часто философом⁴⁰ или активистом – а также и иным лицом.⁴¹ Оно будет как правило основываться на предположении, что моральные убеждения, лежащие в основе кодекса, являются обоснованными (оправданными). В нём самом не предполагается долженствование (приказ). Однако соответствующий автор может, кроме ожидания, корреспондирующего перспективе наблюдателя, одновременно сформулировать мнение относительно должного.

Субъективно особенно для автора кодекса было очевидно и оправданно считать "нормы", охватываемые им, правильными и обоснованными моральными нормами "естественного" действия.⁴² Главный постулат как раз и заключался в том, что найденный результат будет принят всеми рациональными людьми.⁴³ Это "естественное" действие (действительность) норм следует строго отличать от их социального действия (действительности). Именно это имеется в виду, когда утверждается: "В качестве моральных прав, права человека действуют также независимо от их фактического признания и соблюдения".⁴⁴ Между

различных моральных взглядов", то он, со всей вероятностью, в большей степени выдаёт желаемое за действительное.

³⁸ Gert/Gert (сн. 13).

³⁹ Автор может представлять себя как источник или рупор названного трансцендентного источника.

⁴⁰ Например, Finnis, Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy, в: Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2017 Edition), находится на сайте <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/aquinas-moral-political>, Abs. 4.5.

⁴¹ См. например Finnis' Erwartung bezüglich der Akzeptanz der katholischen Morallehre, angeführt im Text bei сн. 19.

⁴² К вопросу об истинной морали см., например, Habermas, Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School, в: Die Einbeziehung des Anderen (сн. 1), стр. 309 (335 и сл.).

⁴³ Цитата в сн. 38.

⁴⁴ Gosepath, Gleiche Gerechtigkeit. Grundlagen eines liberalen Egalitarismus, 2005, стр. 23 (выделено в оригинале); Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg i.Br./München 1982, стр. 141 и сл., говорит о нравственном действии; в отличие от этого Lumer (сн.

гипотетическим принятием кодекса всеми и ожиданием, что эта гипотеза будет осуществлена существует определённый конфликт: ни у индивида, группы или общества нет внутренне имманентного основания или причины соответствовать ожиданиям,⁴⁵ тем более что как правило возникают и существуют закономерно конкурирующие ожидания.

Должное, которое потенциально выражено в кодексе, не представляет собой его основное объективное предназначение; "поведение, на которое интенционально направлен акт, рассматривается как должное (обязательное) только с точки зрения того, кто устанавливает акт, но не с точки зрения непричастной третьей стороны".⁴⁶ "Нормы", охватываемые таким кодексом, которые действуют не социально, а являются в лучшем случае "естественно" действительными, которые изначально являются лишь субъективным целеполаганием возможного соответствующего высказывания автора кодекса, следует понимать как утверждения (действия) нормы⁴⁷ и как приглашение принять утверждаемую норму и действовать в соответствии с ней.⁴⁸ Такие утверждения нормы не обладают нормативностью. Они являются не нормами, а простыми (неперформативными) речевыми актами и, следовательно, в конечном итоге фактами.

Если лицо принимает такое приглашение и признает определенный кодекс обязательным для себя, то утверждаемая моральная норма становится для него обязательной (индивидуальной) нормой - кантский "моральный закон во мне".⁴⁹ Если группа или общество принимает утверждаемую норму в том смысле, что их поведение в значительной степени соответствует ей, то с этого момента данная норма действует и распространяется на эту группу или общество.⁵⁰ Одной из причин принятия кодекса может быть то, что принимающий разделяет

14), стр. 453: «Моральные нормы ... не только идеал, а имеют также социальное или даже юридическое действие.»

⁴⁵ Lumer (сн. 14), стр. 453: Соответствующие "теории, однако, не смогли прояснить, что должно означать "идеальное нормативное действие" или "неэмпирическое принятие нормы", ни то, как их распознать, ни то, какого рода и силой обязательности обладают такие нормы".

⁴⁶ Kelsen (сн. 32), стр. 7.

⁴⁷ По данному вопросу см. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/Main 1986, стр. 50 и далее.

⁴⁸ Finnis (сн. 40), Abs. 3.1; Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, стр. 262: «to act on one's own judgment as to the proper weight of the interest ...».

⁴⁹ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademieausgabe, Bd. VI, стр. 161; Gosepath (сн. 44), стр. 23: "Если мы признаем их как моральное обязательство, то они действуют выше всякого позитивного законотворчества". Поэтому они действуют и применяются в силу признания, а не независимо от него.

⁵⁰ См. текст в сн. 14.

предположение, что этот кодекс основан на обоснованных моральных убеждениях и что содержащиеся в нём нормы имеют "естественное" происхождение и действие. Такая причина для соблюдения ожидания была бы внешней по отношению к этому.⁵¹

Очевидно, что существуют различные кодексы, которые, по крайней мере, не полностью совпадают и согласуются между собой. Утверждения моральных норм - неперформативные речевые акты - закономерно становятся предметом споров. Если рассматривать их производные, то вряд ли может быть иначе. Утверждения о моральных нормах могут быть разработаны и развиты дедуктивно или индуктивно.⁵² Они также могут быть просто заявлены.⁵³ Это не исключает того, что в отношении определённых утверждений о моральных нормах существует согласие, поэтому на метауровне в отношении них можно утверждать, что они основаны на обоснованных моральных убеждениях.⁵⁴

аа) **Дедуктивный подход.** Дедуктивный подход заключается в том, что исходным моментом является очень общий и неоспоримый принцип. Утверждения моральных норм представляют собой в данном случае, конкретизациями принципа, согласно которому следует делать добро и не причинять зла.⁵⁵ Такие конкретизации или дедукции обычно убедительны только в рамках данной морально-реалистической системы. При взгляде со стороны они часто предстают следствием заранее составленных «предвзятых» представлений и, следовательно, в значительной степени субъективных оценок.⁵⁶ Общие принципы часто позволяют конкретизировать или выводить на их основе диаметрально противоположные нормы.⁵⁷ Например, норма, предоставляющая право на брак для всех, может быть так же легко выведена из общего принципа,⁵⁸ как и норма, ограничивающая право на вступление в брак

⁵¹ Gosepath (сн. 44), стр. 24, говорит о "фактическом признании прав человека как специфических моральных прав".

⁵² См. Griffin (сн. 7), стр. 29.

⁵³ К вопросу о «простых утверждениях» см. текст в сн. 77 и далее.

⁵⁴ Поэтому различия между различными кодексами правил, а также между дивергирующими моральными нормами не являются достаточным доказательством и аргументом в пользу морального скептицизма; см. по данному вопросу Sinnott-Armstrong (сн. 35), sub 3.1.

⁵⁵ Finnis (сн. 40), Abs. 3.3.

⁵⁶ См. например, к Griffin, Nickel/Reidy (сн. 34), стр. 55.

⁵⁷ Для Alexu (сн. 47), стр. 479, выведение конкретного содержания из абстрактных принципов является "одной из самых обскурантистских форм юридической аргументации».

⁵⁸ См. например Griffin (сн. 7), стр. 163 и сл.

гетеросексуальными парами.⁵⁹ Поэтому нельзя ожидать, что дедуктивное развитие утверждений моральных норм приводит к результатам, обеспечивающим на метаяуровне полный консенсус.

bb) **Индуктивный подход.** Согласно индуктивному подходу, моральные права должны возникать или существовать, когда свойство управомоченного лица⁶⁰ имеет достаточную моральную значимость для того,⁶¹ чтобы возложить⁶² на обязанного лица (или лиц) обязанность уважать или удовлетворять интересы управомоченного лица.⁶³ Если это так, то обязанное лицо должно выполнять свои обязанности по отношению к носителю соответствующего права.⁶⁴ Таким образом, индуктивное развитие морального права заключается в том, чтобы показать ценность предполагаемого (мнимого) права или его объекта для управомоченного лица и продемонстрировать, почему другие несут обязанности в отношении предполагаемого права или его объекта.⁶⁵ В частности, права человека как правило обосновываются трехзвенной аргументацией,⁶⁶ первые два звена которой соответствуют индуктивному подходу, причем второе звено определяет государство или государства в качестве (со)обязанной стороны.⁶⁷ Индуктивный подход соответственно

⁵⁹ Finnis, *Equality and Religious Liberty. Oppressing Conscientious Diversity in England*, в: Shah/Farr/Friedman (Hrsg.), *Religious Freedom and Gay Rights. Emerging Conflicts in the United States and Europe*, Oxford 2016, стр. 21 (30), полагает, что каждая другая форма брака наносит ущерб институту традиционного брака: «It is an insult to [married couples] of an unparalleled severity and depth»; См. также Finnis/George, *Natural Law and the Unity and Truth of Sex: A Reply to Gary Gutting*, *Public Discourse*, 17. März 2015, находится на сайте <http://www.thepublicdiscourse.com/2015/03/14635/>. Эта точка зрения основана на определении (традиционного) как первичной ценности [Finnis (сн. 5), стр. 447], которое естественно, как признаёт *Finnis*, является спорным.

⁶⁰ Buchanan (сн. 12), стр. 58.

⁶¹ Ebd.

⁶² Raz (сн. 48), стр. 166.

⁶³ Ebd.; Hirsch/Stepanians, *Human Rights as Moral Claim Rights*, в: Martin/Reidy (Hrsg.), *Rawls's Law of Peoples. A Realistic Utopia?*, Malden (MA) 2006, стр. 117 (119–122).

⁶⁴ Buchanan (сн. 12), стр. 58. См. также Raz, *Human Rights in the Emerging World Order*, *Transnational Legal Theory* 1 (2010), стр. 31 (36): "The value of the right to its possessor is its ground".

⁶⁵ Raz, ebd., стр. 37.

⁶⁶ Raz, *Human Rights without Foundations*, в: Besson/Tasioulas (Hrsg.), *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010, стр. 321 (336).

⁶⁷ Третий слой, который "показывает, что [государства] не пользуются иммунитетом от вмешательства в эти вопросы" (Raz, ebd.), здесь не имеет решающего значения.

непосредственно ведет к развитию моральных прав и лишь косвенно к развитию коррелятивных моральных норм.⁶⁸

При таком развитии прав, независимо от их формальной структуры, в материальном плане всё зависит, по существу, от оценок (оценочных суждений): от ценности предполагаемого права для управомоченного лица и от веса оснований для предоставления гарантий этого предполагаемого права именно обязанным лицом. Также эти оценки обычно являются убедительными только в рамках данной морально-реалистической системы. Поэтому такой индуктивный подход, как и дедуктивный, может приводить к диаметрально противоположным нормам. Так, индуктивный подход не позволяет определиться и выбрать между опциями "за жизнь" (*pro life*) и "за выбор" (*pro choice*). Решение зависит, прежде всего, от того, кто является потенциальным бенефициаром, чьи интересы считаются достаточным основанием для возложения обязанностей на государство как на обязанную сторону, и именно это является спорным моментом.⁶⁹

сс) **Утверждение моральных прав.** Моральные нормы могут также просто утверждаться и без их индуктивного или дедуктивного выведения. Аналогичным образом, моральные нормы ограниченного действия (валидности) вне рамок их действия могут рассматриваться как утверждения о существовании определённого нормативного стандарта. Более того, простое утверждение нормы будет опираться на авторитет и влияние автора, а не на обоснование. На такой авторитет могут претендовать определенные национальные или международные органы и институты. Уже упоминались, например, религиозные сообщества.⁷⁰ Из международных учреждений светского характера утверждение моральных норм осуществлялось, например, Генеральной Ассамблеей ООН с принятием Всеобщей Декларацией прав человека, а также Комиссией ООН по международному праву с её проектом статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. В целом, разумно предположить, что институциональный законодатель, принимающий закон по морально значимому вопросу, одновременно утверждает и моральную

⁶⁸ См. текст в сн. 5.

⁶⁹ "An important example of a moral problem left unsettled by the informal public system of morality is whether fetuses are impartially protected by morality and so whether or under what conditions abortions are allowed. There is continuing disagreement among fully informed moral agents about this moral question, even though the legal and political system in the United States has provided fairly clear guidelines about the conditions under which abortion is legally allowed": Gert/Gert (сн. 13).

⁷⁰ См. текст в сн. 18.

норму, которая по содержанию идентична принятой правовой норме,⁷¹ даже если эта норма была принята как компромисс между конкурирующими моральными нормами и утверждениями норм.⁷² В дальнейшем они в совокупности будут обозначаться как моральные императивы.⁷³

Разработка и заключение международных договоров по правам человека подразумевает несколько уровней утверждения норм. Разумно предположить, что на различных этапах этого процесса составители проекта, участники переговоров и государства-участники в каждом случае утверждают соответственно моральные нормы, которые по содержанию идентичны разработанным, обсужденным или согласованным правовым нормам. Ратификация самих договоров по правам человека также может рассматриваться как утверждение моральных норм ратифицирующим законодательным органом или государством. Хотя такие утверждения моральных норм основаны на авторитете их автора, а не на аргументах, по своей сути они ничем не отличаются от других нормотворческих утверждений. Даже в той мере, в какой они идентичны по содержанию правовым нормам, они являются морально простыми речевыми актами без не имеющими нормативной силы.

dd) Ни дедуктивное или индуктивное развитие утверждений о моральных нормах, ни их простое установление не могут таким образом на метауровне привести к intersubъективно убедительным результатам. Ввиду значительных различий, в частности, в предпосылках и методах дедуктивного и индуктивного развития утверждений моральных норм, а также их простого установления, нет оснований предполагать, что различные подходы могут привести к идентичным или даже только схожим результатам, помимо тех исходных несоответствий внутри подходов, на которые было указано. Неудивительно, что между социально действующими моральными нормами, с одной стороны, и утверждениями моральных норм, с другой, также существуют значительные различия. С точки зрения умеренной нормативной концепции морали, скорее, можно сказать, что все общества имеют нечто, что в описательном смысле можно рассматривать в качестве их морали, но многие из этих представлений

⁷¹ См. Finnis (сн. 40), Abs. 7.1. См. также Besson (сн. 9), стр. 28: "legal rights are always also moral rights".

⁷² Предположение правдоподобно, если допустить, что право имеет (право)притязание на легитимную власть (авторитет); см. Raz, *The Authority of Law*, 2. Aufl., Oxford 2009, стр. 28 и далее.

⁷³ Это отличается от объяснения "морального императива" у Lumer (сн. 14), стр. 454.

морали, если не все, являются несовершенновыми.⁷⁴ Следует также напомнить, что моральные нормы в подавляющем большинстве случаев действуют социально только лишь в ограниченной степени.⁷⁵ Таким образом, несомненно, существуют моральные нормы ограниченного действия и утверждения норм с конкурирующим или противоречивым содержанием,⁷⁶ а также противоречия между действующими нормами и утверждениями норм.

Эта проблема расхождения моральных норм и утверждений норм не имеет решения, по крайней мере, такого, в отношении которого существовал бы консенсус.⁷⁷ В принципе можно утверждать, что две или более противоречащие друг другу моральные нормы не могут одновременно и при тех же обстоятельствах социально действовать в одном и том же обществе или группе, а также для одного и того же лица - нормы могут при определенных условиях изменять или отменять другие нормы. Утверждения норм, однако, как простые речевые акты являются фактами,⁷⁸ и ни нормы, ни другие факты, включая утверждения норм, не могут изменить факты. Таким образом, также имплицитованное⁷⁹ в принятии морально значимой правовой нормы утверждение моральной нормы, идентичной по содержанию этой правовой норме, не может изменить существующие моральные предписания. Поэтому неверным является утверждение, что юридические права признают, изменяют или даже создают моральные права.⁸⁰ Действующими лицами, скорее, являются не юридические права, а законодатель, который может воспроизвести содержание морального предписания в праве, но при этом, однако, не может ни изменить, ни создать, а только утвердить моральную норму, которая может (но не обязательно должна) быть идентичной воспроизводимому предписанию. Другие, возможно конкурирующие моральные заповеди не теряют силу и не отменяются, когда законодатель воспроизводит содержание данного морального предписания, а продолжают существовать в своих соответствующих формах.

⁷⁴ Gert/Gert (сн. 13).

⁷⁵ См. текст для сн. 21.

⁷⁶ См. Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, в: George (Hrsg.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford 1992, стр. 158 (171): "There seem to be disagreements or opposition about almost everything in ethics". См. также каталог принципиально противоположных взглядов на естественное право Stout, *Truth, Natural Law, and Ethical Theory*, ebd., стр. 71, а также Kelsen (сн. 32), стр. 259.

⁷⁷ Waldron, ebd., стр. 172: "there is no consensus at all about how such disagreements may be resolved".

⁷⁸ См. текст сн. 48.

⁷⁹ См. текст сн. 71.

⁸⁰ Besson (сн. 9), стр. 28; dies. (сн. 4), стр. 284.

с) Является ли норма морали нормой прав человека - это вопрос дефиниции и поэтому не поддается фальсификации. Наблюдение не позволяет отличить моральные нормы прав человека от других моральных норм. Если в обществе действует принцип, утверждающий, что человек имеет право не быть убитым (собственным государством – **прим. Дайджеста**), уважение которого вполне наблюдаемо на практике, то наблюдение не позволяет решить, является ли это моральным правом человека или просто моральным правом. В целом можно признать, что моральные права человека по содержанию не отличаются от других моральных прав. "Чисто моральный взгляд на определение прав человека ... способен определить лишь объем и характер возможных прав человека".⁸¹ Моральные нормы могут считаться нормами прав человека по самым разным основаниям,⁸² например, потому что в случае нарушения таких норм государства не пользуются иммунитетом от вмешательства,⁸³ или потому что эти нормы параллельны стандартам Всеобщей Декларации прав человека (ВДПЧ),⁸⁴ или, в более общем смысле, потому что они были публично объявлены правами "моральным правовым сообществом".⁸⁵ По мнению *Гриффина (Griffin)*, моральный запрет пыток детей⁸⁶ не основан на какой-либо норме прав человека, поскольку дети не являются дееспособными.⁸⁷

Однако в целом признано, что нормы, позитивированные в ВДПЧ, по своему содержанию являются нормами прав человека. Для тех, кто ставит статус нормы прав человека в зависимость от наличия соответствующей декларации "морального правового сообщества", это очевидно. То же самое относится и к представителям (индуктивной) "политической" концепции прав человека,⁸⁸ поскольку этот подход направлен на

⁸¹ Lohmann, Zur moralischen, juristischen und politischen Dimension der Menschenrechte, в: *Recht und Moral* (сн. 8), стр. 135 (145); ders. (сн. 10), стр. 93.

⁸² В терминологическом плане понятие «exceptionally indeterminate» является «nearly criterionless»: Griffin (сн. 7), стр. 14–18. См. также Raz (сн. 66), стр. 336 и сл.: «There is not enough discipline underpinning the use of the term «human rights» to make it a useful analytical tool.» к общей проблематике см. Tasioulas, On the nature of human rights, in Ernst/Heilinger (Hrsg.), *The Philosophy of Human Rights*, Berlin 2017, стр. 17.

⁸³ Raz (сн. 66), стр. 336.

⁸⁴ См. текст сн. 90 и после.

⁸⁵ Lohmann (сн. 81), стр. 142. По мнению Alexy (сн. 5), стр. 246, права человека от других прав пятью признаками. Приведённые здесь в тексте к ним не относятся.

⁸⁶ См. текст после сн. 21.

⁸⁷ См. Griffin, Do children have rights?, в: Archard/Macleod (Hrsg.), *The Moral and Political Status of Children*, Oxford 2002, стр. 19–30.

⁸⁸ См. текст сн. 66.

оправдание практики в области прав человека, которая в значительной степени определяется ВДПЧ.⁸⁹ Менее убедителен (если не вдаваться более подробно в соответствующие аргументы) определенный консенсус некоторых авторов в том, что большинство прав, утвержденных в ВДПЧ, могут быть выведены из неких родовых прав⁹⁰ или из интересов соответствующих лиц.

Можно строить догадки, были ли эти подходы сознательно разработаны с учётом и ориентацией на желаемый результат таким образом, чтобы они *grosso modo* соответствовали общепризнанным принципам и практике прав человека, особенно ВДПЧ.⁹¹ Независимо от этого, ни один из конкурирующих аргументов в пользу каталога моральных прав человека не является убедительным.⁹² Эти аргументы обосновывают не нормы, а лишь утверждения норм, и все они могут быть подвергнуты критике, которую сами же их авторы не в состоянии опровергнуть.⁹³ Поскольку также и те подходы, для которых референция и отсылка к ВДПЧ является очевидными, являются спорными, не существует общепринятого или объективного способа отличить моральные нормы прав человека и утверждения норм прав человека от других моральных предписаний. Поэтому в статье мы воздержимся от проведения такого различия.⁹⁴

⁸⁹ Raz (сн. 64), стр. 32 и далее. По мнению *Хабермаса* (сн. 10), стр. 163, "после более чем двухсот лет развития европейского конституционного права мы наблюдаем достаточно моделей [системы прав]".

⁹⁰ Gewirth, *Human Rights: Essays on Justification and Application*, Chicago 1982; Griffin (сн. 7), стр. 33.

⁹¹ К позиции *Гриффина* см. Raz (сн. 66), стр. 324–327. Более того, приближая заявленные ими нормы морали прав человека к нормам ВДПЧ, эти авторы, возможно, пытаются избежать позиции *Раца*, см. Raz там же, стр. 328: «There is no point in criticizing current ... practice on the ground that it does not fit [an asserted code of conduct]. Why should it?»

⁹² Buchanan (сн. 12), стр. 288. См. также Habermas (сн. 10), стр. 163: Система прав ... не задана конституционному законодателю в качестве естественного права. ... Характер создания конституций ... предполагает обманчивый образ "установления" статичных норм, выхваченных из времени и устойчивых к историческим изменениям". Это ставит под сомнение предположение Мегрэ (Mégret, *Nature of Obligations*, в: *International Human Rights Law* (сн. 9), стр. 96 (100)), что признание моральных норм прав человека в праве является лишь декларативным актом, посредством которого "государства торжественно обязуются признать то, что они уже были обязаны признать, по крайней мере, в моральном или философском плане" («States are solemnly committing to something which they were already, at least morally or philosophically, obliged to recognize».).

⁹³ См. например Raz (сн. 66), стр. 322–327; Nickel/Reidy (сн. 34), стр. 39–62.

⁹⁴ Besson (сн. 9), стр. 28; dies. (сн. 4), стр. 284, избегает термин «human rights» в отношении прав, которыми право не занималось. См. также Habermas (сн. 10), стр. 135 и сл.

d) В целом, допустимо заключить, что некоторые универсальные моральные нормы, вероятно, действуют и применимы в социальном плане. Безусловно существуют моральные нормы ограниченного действия. Существуют также утверждения моральных норм. Этот вывод можно обобщить в том смысле, что существует небольшое количество моральных норм универсального действия и значительное количество моральных норм ограниченного социального действия, и кроме того, возможно, небольшое число утверждений моральных норм, в отношении которых существует всеобщий консенсус (и которые, таким образом, могут рассматриваться как нормы "естественного" действия), а также большое количество спорных утверждений моральных норм.⁹⁵

2. Юридические права человека

Юридические нормы МП можно в предварительном порядке определить как нормы, установленные в договорах по правам человека.⁹⁶ Это - формальное - определение соответствует терминологии практики прав человека. Оно отражает подход, встречающийся в отдельных соглашениях по правам человека и решениях некоторых органов по правам человека: а именно, что институциональные решения могут основываться на нормах, содержащихся в любом договоре по правам человека, но также и только в одном таком договоре.⁹⁷ Согласно этому определению, субъективное право

⁹⁵ К вопросу об утверждении норм прав человека см., например, Raz (сн. 66), стр. 322.

⁹⁶ См. Besson (сн. 9), стр. 28: «As rights guaranteed by legal norms, international human rights are clearly legal rights.»

⁹⁷ См. например ст. 60 Африканской Хартии прав человека и народов; см. Davi, African Court on Human and Peoples' Rights Delivers Landmark Ruling on Women's Rights and the Rights of the Child in Mali, EJIL Talk! 27. Juli 2018, находится на сайте <https://www.ejiltalk.org/african-court-on-human-and-peoples-rights-delivers-landmark-ruling-on-womens-rights-and-the-rights-of-the-child-in-mali/#more-16359>: «it is now clear that [the AfrCtHPR] will examine breaches of any human rights treaty a state has ratified, regardless of whether there is a connection to a right contained in the ACHPR or not.» (выделено только здесь). См. также Рабочая группа ООН по произвольным задержаниям, UN Working Group on Arbitrary Detention, Группа «refers to the relevant international standards set forth in the Universal Declaration of Human Rights and the relevant international instruments accepted by the States concerned»; см. Fact Sheet No. 26, The Working Group on Arbitrary Detention, находится на сайте <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet26en.pdf>. Абзац 1 (с) Резолюции 5/1 Совета по правам человека от 18-го июня 2007 года провозглашает «human rights

является юридическим правом человека тогда, когда договор по правам человека содержит действующее и применимое положение, смысл которого заключается в правовой норме, предоставляющей это право. Договор о правах человека - это договор в рамках международного права, в котором чётко и непосредственно говорится о правах человека и их защите, обычно в преамбуле. Как правило, он предусматривает международный мониторинг соблюдения обязательств в области прав человека, взятых на себя государствами-участниками.⁹⁸ Положение договора о правах человека применяется, если договор вступил в силу и был ратифицирован государством, обязавшимся его соблюдать, и государство не сделало эффективную оговорку в отношении этого положения. Юридическая норма прав человека действует на национальном уровне только в пределах юрисдикции государств, в которых эти условия выполняются, и на универсальном - путем аккумуляции - только в том случае, если это применимо ко всем государствам мира.

Правовые нормы, идентичные или сходные по содержанию с различными действующими юридическими нормами прав человека, часто встречаются в национальных конституциях. Вопрос о том, называть ли эти нормы нормами прав человека или нормами основных прав, является вопросом дефиниции. Аргумент в пользу терминологического различия между нормами прав человека и нормами основных прав заключается в том, что последние не обладают особым международным титулом, который придаётся юридической норме её включением в договор о правах человека.

III. Соотношение морали и юридических норм прав человека

Представленный выше вывод изначально не указывает на необходимую связь между моральными и юридическими нормами прав человека. С другой стороны, он предполагает, что для большинства, если не для всех,

instruments to which a State is party» одним из составных частей Универсального периодического обзора.

⁹⁸ Raz (сн. 64), стр. 42. Согласно Simma, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis, Collected Courses of the Academy of European Law*, 1995, Bd. IV Buch 2, стр. 153 (221 и сл.), существует сложившееся в обычном праве право на контроль национальной практики прав человека со стороны государств. В нынешнюю эпоху «Endtime of Human Rights» (Hopgood, Ithaca [NY] 2013) эта позиция решительно оспаривается многими государствами.

юридических норм прав человека существуют моральные основания. Об этом свидетельствует ссылка на "права человека" в соответствующем договоре, которая по определению является предпосылкой для того, чтобы субъективное право рассматривалось в качестве юридического права человека. Соответственно, необходимо исследовать, как моральные нормы и утверждения таких норм соотносятся с юридическими нормами прав человека и их моральным обоснованием, т.е. является ли предварительное определение юридических прав человека достаточным или оно по моральным соображениям требует необходимого ограничения. Для ответа на этот вопрос существуют совершенно разные подходы, три из которых я рассмотрю на примере отдельных избранных авторов. Предложенный *Бьюкененом* т.н. "зеркальный подход"⁹⁹ ввиду значимости обязательств, которые юридические права человека возлагают на государства, задается вопросом об их моральном обосновании и оправдании. Два автора рассматривают юридические права человека как признание остающихся действительными, сохраняющихся и непрерывных моральных прав человека, ещё два других рассматривают их как конкретизацию (спецификацию) по-разному конципированных общих принципов. Наш собственный подход рассматривает моральные нормы и утверждения моральных норм как своего рода шаблоны или эталоны стандарта для национальных законодателей.

1. Концепция „зеркального отражения“

Согласно концепции «зеркального отражения», обоснование «международно-правового права человека по общему правилу предполагает подтверждение утверждения о существовании соответствующего морального права человека».¹⁰⁰ Таким образом, «зеркальное отражение», с одной стороны, допускает, что юридические нормы прав человека могут существовать по любому основанию, и во главу угла ставит лишь их возможное обоснование. С другой стороны, такой подход подразумевает, что право, которое не оправдано, то есть право, которое не соответствует "моральному праву человека", не является юридическим правом человека, а просто субъективным правом (или даже что обозначение "право" в данном случае является неправильным или ошибочным),¹⁰¹ и таким образом, тем не менее, пытается дать косвенное –

⁹⁹ Buchanan (сн. 12), стр. 17.

¹⁰⁰ Ebd.

¹⁰¹ В этом смысле см. Besson (сн. 9), стр. 28: «Некоторые юридические права могут фактически не защищать ... моральные права ..., таким образом, нося лишь название прав.» (Some legal rights may not actually protect ... moral rights ..., thus only bearing the

материально-содержательное - определение юридического права прав человека и коррелирующей нормы, которое отличается от вышеприведенного предварительного и формального определения.

Если проводить различие между моральными нормами, имеющими социальное действие и ценность, и утверждениями моральных норм, как это предлагается по выше названным основаниям, то концепт «зеркального отражения» допускает два прочтения. Одна его трактовка как предпосылку для обоснования юридического права человека подчеркивает "*claim*", т.е. «притязание», что существует моральное право (прав человека), параллельное юридическому. Другая трактовка подчёркивает собственно его существование. Согласно первой, для признания обоснованности юридической нормы права человека достаточно, чтобы она соответствовала общему моральному принципу т.е. моральной норме социального действия или утверждению моральной нормы. Именно так обстоит дело (почти) всегда: существует множество, часто конкурирующих или даже противоречащих друг другу моральных принципов, между которыми может выбирать законодатель, так что почти каждая предполагаемая юридическая норма прав человека будет оправдана в этом смысле. Таким образом, такое прочтение имеет лишь относительно небольшое значение в том смысле, что оно не ведет к ограничению формального определения юридического права человека.

Согласно второй трактовке, необходимым условием для обоснования юридического права человека является то, что коррелирующая ему правовая норма параллельна социально обоснованной моральной норме прав человека или, поскольку нет общепринятого определения таких норм, другой социально действующей моральной норме; одно только наличие утверждения моральной нормы недостаточно. Однако универсальные моральные нормы встречаются редко.¹⁰² Согласно обсуждаемому прочтению концепта «зеркального отражения», юридическая норма прав человека, параллельная моральной норме лишь ограниченного действия, оправдана только для сферы действия моральной нормы. Такое прочтение приводит, таким образом, к тому, что в лучшем случае существует лишь немного юридических норм прав человека, которые оправданы для сферы действия договора о правах человека, охватывающего всю территорию государств-участников или даже на универсальном уровне (и что эти нормы вне сферы действия параллельных моральных норм являются лишь

name of rights.) И далее: «считать, что такого рода ошибки могут быть общей чертой права прав человека, - это несостоятельный взгляд на практику права» (it is an untenable account of the practice of law to consider that this kind of mistake can be a general feature of human rights law): dies. (сн. 11), стр. 3.

¹⁰² См. текст у сноски 22 и сл.

субъективными правами или вообще лишь ошибочно носят название "право"). Такой результат, однако не согласуется с практикой в области прав человека, которой он должен был бы соответствовать.¹⁰³

В итоге, концепт «зеркального отражения» терпит неудачу, потому что (в первой трактовке) утверждения моральных норм тотальны и суммарны так что почти для каждой мыслимой юридической нормы прав человека можно найти параллельное утверждение моральной нормы, и что (во второй трактовке), напротив, моральные нормы, действующие по крайней мере на универсальном уровне, редки. Это имело бы смысл только в том случае, если бы (только) определённые утверждения моральных норм рассматривались как моральные нормы с "естественным" действием, которые оправдывают параллельные юридические нормы прав человека. Конечно, на метауровне нередко не удастся достичь консенсуса относительно того, какие утверждения моральных норм следует рассматривать таким образом.¹⁰⁴

2 Юридические нормы прав человека как признание действующих моральных норм

Рац утверждает, что юридически признанные права человека остаются моральными правами, которые он предполагает как общеизвестные, которыми индивид обладает независимо от права и которые поэтому право должно признавать, обеспечивать и защищать.¹⁰⁵ При таком понимании собственно "право" не действует: (действующими) акторами в конечном итоге являются индивидуальные законодатели. Так называемое признание моральных прав в праве происходит через законодательные акты, смыслом которых является норма, устанавливающая условия для возникновения не этих, а параллельных юридических прав. С этой точки зрения содержание моральных прав является для законодателей своего рода шаблоном или эталоном, на которое они посредством "признания" ориентируют содержание вводимых в действие юридических норм прав человека, и которое таким образом может соответственно отражаться в них. В этом смысле *Рац* определяет "признание" как тот факт или условие, что юридическое право имеет такое же или почти такое же содержание, как и

¹⁰³ См. Tasioulas (сноска 82), стр. 18.

¹⁰⁴ См. текст у сноски 38 и после, а также у сн. 76 и после. В защиту концепта «зеркального отражения» выдвигаются и неправовые аргументы, более подробно см. Schilling, *The Recognition of Human Rights – a Threefold Myth*, *Human Rights Law Review*, Volume 20, Issue 2, June 2020, стр. 210 и сл.

¹⁰⁵ Raz (сн. 64), стр. 39.

параллельное моральное право.¹⁰⁶ "Признание" в этом смысле, то есть соответствующий данный законодательный акт, возможен независимо от того, коррелирует ли признаваемому праву норма социального действия или утверждение моральной нормы. Оно оставляет нетронутой и не отменяет предданную моральную норму и соответствующее ей моральное право или соответственно признанное утверждение моральной нормы.¹⁰⁷

Бессон выбирает в качестве отправной точки для рассмотрения (со)отношения между моральными и юридическими правами человека то один, то другой исходный момент. С одной стороны, права человека, по его мнению, имеют независимое от морали о(бо)снование и имеют универсальный и общий характер.¹⁰⁸ "Права человека" здесь следует понимать в смысле норм "естественного" действия; универсальные социально действующие моральные нормы встречаются редко. В то же время, по его словам, права человека по своей природе являются юридическими.¹⁰⁹ С другой стороны, международные права человека, у него, несомненно, являются юридическими правами, поскольку они гарантированы юридическими нормами прав человека, и вопрос заключается в том, соответствуют ли им моральные права.¹¹⁰ *Бессон*, соответственно, понимает "признание" как обоюдный процесс взаимодействия: "[Права человека] являются одновременно моральными и юридическими и, следовательно, [?] не существуют изначально как универсальные моральные права, а становятся таковыми через юридическое признание" („[H]uman rights are at once moral and legal and

¹⁰⁶ Ebd., стр. 34.

¹⁰⁷ Различие между социально действующей моральной нормой и утверждением моральной нормы становится актуальным в той мере, в какой речь идёт об очевидно предполагаемой Радом моральной обязанности признавать моральные права в праве. Вопрос о такой обязанности требует отдельного обсуждения.

¹⁰⁸ Besson (сн. 4), стр. 284: «being independently justified morally and having universal and general scope».

¹⁰⁹ Besson, ebd., указывает на Habermas, Zur Legitimation durch Menschenrechte, в: ders., Die postnationale Konstellation, 1998, стр. 170 (183), где в несколько ином контексте, речь действительно идёт о правах человека как о субъективных правах, которые, таким образом, предстают "по своей природе юридическими", с тем, конечно, решающим отличием от *Бессона*, что, согласно *Хабермасу*, права человека не обнаруживаются как заданные моральные реалии, а являются конструктами, т.е. ни правами, ни нормами. Несколько слабее Pollmann (сн. 3), стр. 362: "Права человека, несомненно, ... с самого начала имеют также юридическое измерение, поскольку они несут в себе претензию стать основными правами, гарантированными государством". Противоположную точку зрения см., например, Tasioulas (сн. 82), стр. 41 и далее.

¹¹⁰ Besson (сн. 9), стр. 28.

*hence [?] do not pre-exist as universal moral rights but become such through legal recognition“).*¹¹¹

Согласно *Бессону*, юридические права в целом - а в отношении юридических прав человека не действует ничего иного - представляют собой моральные интересы, которые право признает достаточно весомыми, чтобы создать моральные обязанности.¹¹² Это должно означать, что "право", то есть, в конечном счёте, всё же законодатель, нормативно признает, что моральные интересы достаточно весомы для создания моральных обязанностей для каждого, и поэтому активно создает эти моральные обязанности посредством законодательства.¹¹³

Такая интерпретация поднимает вопрос, как законодатель может создавать моральные обязанности; "юридические права являются юридическими предложениями и источниками юридических обязанностей".¹¹⁴ Прямым путем, через законодательство, он не может этого сделать; законодательный акт создает не моральные нормы, а утверждения моральных норм,¹¹⁵ которые не могут изменить существующие моральные заповеди.¹¹⁶ Однако косвенно для него является, естественно, возможным при определённых условиях создавать моральные обязанности: широко признано в качестве нормативного утверждения, что в государствах, в которых действует правовой порядок, удовлетворяющий в целом требованиям надлежащего и справедливого правления, существует моральная обязанность гражданина уважать и соблюдать объективное право, т.е. совокупность правовых норм, действующих в соответствующем государстве.¹¹⁷ В таких государствах возможно действует также и параллельная социальная моральная норма. Подлежащее применению объективное право, с которым соотносится такая норма, автоматически изменяется законодательными актами, так что

¹¹¹ Besson (сн. 4), стр. 285. Это "следовательно", как представляется, противоречит мнению, высказанному *Бессоном* в другом месте: "Универсальные моральные права, которые станут правами человека, создают моральные обязанности..." («The universal moral rights that will become human rights create moral duties ...», *dies.* (сн. 9), стр. 28.).

¹¹² Besson (сн. 9), стр. 28, с указанием на Raz, сн. 26, который, естественно, не разделяет взгляды *Бессона*; *dies.* (сн. 4), стр. 284.

¹¹³ Альтернативно возможная интерпретация в том смысле, что законодатель признает то же самое когнитивно, как наблюдатель, но не играет при этом никакой активной роли, ничего не говорит ничего о соотношении между юридическими и моральными правами человека, что, в конце концов, интересует *Бессона*, и поэтому, со всей вероятностью, должна быть отвергнута.

¹¹⁴ Besson (сн. 9), стр. 28 (выделение только здесь).

¹¹⁵ См. текст к сн. 71.

¹¹⁶ См. текст к сн. 79, против мнения *Бенссона*, Besson (сн. 9), стр. 28.

¹¹⁷ Более нюансировано Raz (сн. 48), стр. 99–105.

вновь введенные юридические права человека могут без дальнейших условий создавать новые моральные обязанности.

Эта конструкция, однако, не позволяет объяснить универсальную и общую действительность моральных прав человека, предполагаемую *Бессоном*. Коррелирующая моральная обязанность, основанная на законодательном создании юридического права человека и, таким образом, согласно *Бессону*, морального интереса, был бы территориально ограничен государственной территорией законодателя (законодателей) и, в этих рамках, ограничен далее государствами с «надлежащим» правопорядком.¹¹⁸ Последнее вытекает из того, что эта моральная обязанность существует только в таких государствах, первое - из того, что территория любого законодателя ограничена. Если законодатель может через законодательство, пусть даже косвенно, создавать моральные обязанности, то, конечно, только в пределах своей юрисдикции. Поэтому законодательному органу, осуществляющего «признание» нельзя приписывать способность создавать универсальные моральные права или преобразовывать их в универсальные права человека. С этой точки зрения, лишь ратификация договора о правах человека государствами-участниками с «надлежащими» правовыми системами приводит к тому, что для их государственных территорий возникают моральные права и обязательства, которые параллельны юридическим правам и обязательствам, вытекающим из договора. Партикулярное законодательство не может создавать универсальные моральные права.¹¹⁹

3 Юридические нормы прав человека как конкретизация их не-позитивных параллелей

Отношение юридических норм прав человека к их моральным параллелям можно рассматривать как их конкретизацию (хотя термин "параллель" здесь не совсем подходит). Одним из представителей этой точки зрения является *Финнис (Finnis)*, который берет в качестве отправной точки своего обсуждения отношений естественного права к праву позитивному в целом самоочевидные доказательства, основополагающие ценности, которые понимаются через самих себя,¹²⁰ основные принципы практического разума, то есть нормы с "естественной" действительностью, к которым, как к естественному праву в современном

¹¹⁸ Lohmann (сн. 81), стр. 145, говорит о партикуляризации прав человека.

¹¹⁹ Lohmann (сн. 10), стр. 92, поэтому предполагает "морально обоснованное обязательство компенсировать эту партикуляризацию посредством ... наднациональных, межправительственных или глобальных институционализаций".

¹²⁰ Finnis (сн. 5), стр. 59 и далее.

обличье,¹²¹ он также относит моральные права человека. По его мнению, из них законодатель может получить позитивное право двумя способами: через их простое применение или через их более или менее произвольное осуществление, которое *Финнис* вслед за *Фомой Аквинским (Thomas von Aquin)* называет *determinatio*. Юридические и другие позитивные нормы прав человека, как они в их наиболее общей форме обнаруживаются как смысл положений ВДПЧ, могут быть поняты в его схеме, по крайней мере частично, как простое применение основных принципов, т.е. как воспроизведение в позитивном праве содержания - презюмируемых как общеизвестные - моральных прав человека.¹²² Как только возникает вопрос об их практическом применении, в свои права неизбежно вступает *determinatio*, которая сама, разумеется, руководствуется принципами.¹²³

Иллюстрацией этой точки зрения может служить разветвление многих юридических норм прав человека на законодательные и исполнительные обязанности воздерживаться и защищать, включая подробные процессуальные обязанности, которое было предпринято судебной практикой договорных органов,¹²⁴ Поэтому для *Финниса* любой правовой порядок, который ищет справедливых решений, в целом и во всех его частях является позитивным правом. Поэтому отношение естественного права к позитивному праву конкретного государства или к международному праву, по его мнению, не следует рассматривать как сосуществование двух правовых порядков.¹²⁵

Хабермас, как и *Финнис*, отвергает "удвоение понятия права" в право разума и позитивное право и вместо этого предполагает, "что ... правовые и моральные правила одновременно отличают себя от традиционной (добро)нравственности и выступают параллельно друг другу как две различные, но взаимодополняющие друг друга разновидности норм поведения" (*Handlungsnormen*).¹²⁶ В стремлении обосновать равно(из)начальность демократии и прав человека, он разрабатывает и предлагает форму общественного договора - он сам говорит о "логическом генезисе прав"¹²⁷ - который предусматривает гражданские права, в

¹²¹ См. например *ibd.*, стр. 198.

¹²² *Finnis* (сн. 13), стр. 94: «There is knowledge of human good and evil and right and wrong» (выделение в оригинале).

¹²³ *Finnis* (сн. 5), стр. 289.

¹²⁴ См. например *Case-law guides* ЕСПЧ, информация на сайте www.echr.coe.int (*Case-law – Case-law analysis – Case-law guides*).

¹²⁵ *Finnis* (сн. 13), стр. 94. *Ebd.*, стр. 101, характеризует свою концепцию как естественно-правовую теорию позитивного права.

¹²⁶ *Habermas* (сн. 10), стр. 135 (выделение в оригинале).

¹²⁷ *Ebd.*, стр. 154 и сл.

принципе аналогичны правам, основанным на праве разума.¹²⁸ Юридические нормы прав человека могут пониматься как конкретизация этих определённых неморальных, но тем не менее не- или предпозитивных норм. В этом отношении "разделы исторических конституций, регулирующие основные права и свободы могут пониматься как контекстно-зависимая интерпретация одной и той же системы прав".¹²⁹

Там, где *Финнис* для вывода прав человека ссылается на основополагающие принципы практического разума, то *Хабермас* обращается к историческому развитию прав в Европе. Несмотря на эти принципиально разные исходные позиции, *Финнис* и *Хабермас* совпадают в том, что найденные позитивным (конституционным) законодателем критерии и ориентиры требуют конкретизации¹³⁰ со стороны последнего, при этом он может руководствоваться также и определёнными неморальными основаниями, т.е. его решение в высшей степени свободно.

Они таким образом дают понять, что для них права человека являются (по крайней мере, также) позитивным правом и что действие юридических норм прав человека в конечном счете не зависит от моральных норм,¹³¹ если законодатель, как орган и как индивидуум, руководствовался также и моральными представлениями, которые для *Финниса* вытекают из предзаданного морального (естественного) права, конкретизируемого в позитивном праве, в то время как *Хабермас* выводит это требование из "легитимационного компонента действия права" (*Legitimationskomponente der Rechtsgeltung*).¹³² В конечном счете, моральная норма в обеих конструкциях подходит только для оценки позитивной нормы с нравственной точки зрения.¹³³ Причем в зависимости от применяемого

¹²⁸ Эту схожесть косвенно признаёт сам *Хабермас*, когда он считает, что должен подчеркнуть, что "эта система прав ... не дана конституционному законодателю как естественное право": *ibid*, стр. 163.

¹²⁹ *Ebd.*, стр. 162 (выделение в оригинале).

¹³⁰ *Nabermas, ebd.*, стр. 160: «ненасытные местоблюстители для конкретизации отдельных основных прав»; *Finnis* (сн. 13), стр. 94: «... the process of specification ...»

¹³¹ Влияние идей естественного права на интерпретацию или даже действие и применение "несправедливых", но формально надлежащим образом установленных позитивных норм *Финнис* (сн. 5), стр. 355-357 допускает только в той мере, в какой сам позитивный правовой порядок "внутрисистемно" предусматривает это.

¹³² *Nabermas* (сн. 10), стр. 137. К вопросу о компонентах легитимации см. *ebd.*, стр. 50 и сл.: «В позитивности права выражается не фактичность произвольной, исключительно случайной воли, а легитимная воля, которая обусловлена предположительно разумным самозаконотательством политически автономных граждан государства.»

¹³³ См. *insb. Finnis, Human Rights and Common Good, Oxford 2011*, стр. 3: «laws and decisions declaring and giving effect to [moral] human rights [may] stand to the [moral] right in question as a simple application or ... [m]ore commonly ... as determinations ... [or] as

морального стандарта эта оценка, со всей очевидностью, может оказываться разной.

4. Моральные императивы как стандарты, служащие примером для законодателя

Обсуждение различных подходов к вопросу о соотношении моральных норм и юридических норм прав человека показало, что предположение о необходимом параллелизме между этими двумя категориями прав человека, отстаиваемое концептом «зеркального отражения», является несостоятельным. Столь же несостоятельным является предположение, что посредством законодательства можно создать универсальные моральные обязанности. В свою очередь, можно утверждать, что юридические права человека признают моральные права, содержание которых они воспроизводят. Аналогичным образом, юридические нормы прав человека могут пониматься как конкретизация либо моральных императивов, либо неморальных предпозитивных норм. Однако это справедливо лишь с учётом того, что признание или уточнение описывает хотя и желательную и привычную взаимосвязь между моральными и юридическими правами человека, но не необходимую. Как совпадающий в значительной степени костяк обсуждаемых подходов напрашивается беспредпосылочный ответ на поставленный вопрос, который как представляется будет соответствовать практике в области прав человека.

Юридическая отправная точка заключается в том, что государства-участники могут свободно определять содержание договоров по правам человека без учета моральных требований. Это не отрицает того, что прочная фактическая связь между моральными императивами и юридическими нормами прав человека, в том смысле, что большинство или даже все юридические нормы прав человека воспроизводят содержание определенных моральных императивов, выбранных законодателем, действительно существует и является желательной,¹³⁴ но она не дефинирует юридические права человека.¹³⁵ Соответственно, моральная отправная точка заключается в том, что государства, заключая и ратифицируя договоры по правам человека, должны соответствовать моральным требованиям, т.е. отражать содержание определённого морального императива в юридических нормах прав человека. Это также

more or less unsatisfactory would-be specifications which, on a better understanding of that or other rights, would be reversed or amended more or less extensively».

¹³⁴ К вопросу о подобной «желательности» см. например Besson (сн. 11), стр. 3, с дальнейшими ссылками.

¹³⁵ Иное мнение Lohmann (сн. 81), стр. 143.

часто будет основным мотивом законодателя.¹³⁶ Это правило не обозначает моральный долг или обязанность. Оно означает лишь только то, что необходимо для сохранения и поддержания традиционной фактической связи между параллельными юридическими и моральными нормами.

В целом, основная субстанция юридических норм прав человека фактически определяется, таким образом, их моральным ядром, которое передается путем законодательного воспроизведения содержания моральных императивов в договоре о правах человека,¹³⁷ а также их юридическим и международным характером.¹³⁸ Именно в этой фактической связи между моральными предписаниями и юридическими нормами прав человека можно увидеть целостность права прав человека.¹³⁹ Однако их юридический характер обуславливает, что именно государства-участники определяют те моральные императивы - социально действующие моральные нормы или утверждения моральных норм, или также компромисс между несколькими императивами,¹⁴⁰ - содержание которых они считают настолько важным, что они заслуживают гарантии международной правовой защиты.¹⁴¹ Такое решение часто будет результатом соответствующего давления со стороны гражданского общества, которое утверждает нормы морали, параллельные нормам юридическим нормам.¹⁴²

Поскольку связь между моральным императивом и параллельной юридической нормой прав человека хотя и является фактически по сути правилом, но не является, тем не менее необходимой, право, предусмотренное договором о правах человека, является юридическим правом человека, даже тогда, когда параллельного морального императива не существует или существует спор о его существовании. Это соответствует практике органов по правам человека, которые все

¹³⁶ См. Tasioulas, *Exiting the Hall of Mirrors: Morality and Law in Human Rights*, на сайте <https://ssrn.com/abstract=2915307>, стр. 12.

¹³⁷ Это соответствует позиции *Хабермаса* (сн. 10), стр. 50 и далее, что мораль должна входить в право через законодательствование.

¹³⁸ Позиция в Luban, *Human Rights Pragmatism and Human Dignity*, в: *Philosophical Foundations* (сн. 4), стр. 263 (266), приближается к сформулированному здесь взгляду: Она довольствуется «some connection between ILHRs and moral human rights».

¹³⁹ См. Tasioulas (сн. 136), стр. 10 und passim.

¹⁴⁰ См. также Habermas (сн. 10), стр. 670: Очевидно, что [права человека] не могут быть патерналистски навязаны суверенному законодателю".

¹⁴¹ В противоположность этому Besson – см. текст к сн. 112 – такое решение - в любом случае косвенно - создаёт моральные обязанности.

¹⁴² К вопросу о политическом значении моральных прав (прав человека) см. Lohmann (сн. 81), стр. 145ff.

договорные права как само собой разумеющееся рассматривают в качестве юридических прав человека, не задаваясь вопросом, соответствуют ли они моральному императиву.¹⁴³ Это находит дальнейшее подтверждение в договорах и решениях органов, которые ссылаются на стандарты и нормы международных режимов прав человека, содержащиеся в любом договоре по правам человека, не поднимая этот вопрос.¹⁴⁴ Поэтому право на регулярный оплачиваемый отпуск, предусмотренное ст. 24 ВДПЧ и ст. 7 (d) МПГПП, только по этой причине является юридическим правом человека, независимо от того, существует ли соответствующее моральное требование.¹⁴⁵ Вопрос о том, является ли это также правом человека в материальном (или моральном) смысле, здесь таким образом не возникает. То же самое должно применяться и к ошеломляющему и даже вызывающему недоумение положению статьи 1 пункта 1 предложение 2 Конвенции о запрете пыток, согласно формулировке которого пытки, предусмотренные законом в качестве карательной санкции, не запрещены,¹⁴⁶ даже если это ставит под сомнение целостность права прав человека.

¹⁴³ См. например Комитет по экономическим, социальным и культурным правам (КЭСКП), General Comment 23, пункты 41–44.

¹⁴⁴ Ст. 97.

¹⁴⁵ О сомнениях по этому поводу см. например, Griffin (сн. 7), стр. 5 и 16. Противоположное мнение, например, Luban (сн. 138), стр. 276. Как минимум, оправдан всеобщий моральный интерес в обеспечении того, чтобы у каждого человека было время и средства, необходимые для отдыха. См. например Liao, Human Rights as Fundamental Conditions for a Good Life, в: *Philosophical Foundations* (сн. 4), стр. 79 (84 и сл.).

¹⁴⁶ United Nations Voluntary Fund for Victims of Torture, Interpretation of Torture in the Light of the Practice and Jurisprudence of International Bodies, на сайте http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Interpretation_torture_2011_EN.pdf, стр. 26: «The UNCAT explicitly states in article 1 that lawful sanctions do not fall within the scope of this Convention. However, the fact that a sanction is considered as lawful under national or even constitutional law does not mean that it would fall outside the scope of article 1 or 16 of the UNCAT.» Тем не менее, см. Seeking Remedies for Torture Victims. A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies, Part IV: Jurisprudence of the CAT Committee, на сайте http://www.omct.org/files/2006/11/3979/handbook4_eng_04_part4.pdf, стр. 214: «However the issue is not resolved, and it may be that this exception exempts even the cruelest treatment from classification as 'torture' if such treatment is authorized by domestic law». Иное мнение, например, Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular: torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Report of the Special Rapporteur, Mr. Nigel S. Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/37 B, UN Doc. E/CN.4/1997/7, 10. Januar 1997, пункт 8.

IV. Заключение

Кроме того, помимо морального скептицизма и релятивизма, нет единого мнения и согласия ни в том, что такое моральные права человека, ни в том, существуют ли они и, если да, то каковы они, ни в том, каким же должно быть отношение морали к юридическим правам человека. Это можно утверждать на метауровне, не вдаваясь в плюсы и минусы отдельных подходов и точек зрения. Эта моральная исходная ситуация слишком неопределенна для того, чтобы связывать с ней юридические права человека, а значит, и объективное право в целом. То же самое относится и к моральному обоснованию юридических норм прав человека: На метауровне это часто невозможно в том смысле, что различные моральные подходы будут давать разные ответы на вопрос о том, является ли та или иная юридическая норма прав человека морально оправданной, особенно в ее практическом применении. При таком положении дел правовая определенность требует, чтобы значение морали в принятии и поддержании юридических прав человека была ограничена чрезвычайно важной ролью – ролью своего рода «мотиватора».¹⁴⁷

Это позволяет признавать роль в принятии юридических норм прав человека даже для "естественных" моральных норм и утверждений моральных норм, которые - как простые неперформативные речевые акты - не могут обосновывать моральные законодательные обязанности, при условии, что они преобладают на "рынке идей" в том плане, что институциональный законодатель видит убедительные политические основания принять положения, смыслом которых являются юридические нормы прав человека, параллельные соответствующим моральным утверждениям. После введения в действие эти нормы в значительной степени защищены от их свёртывание последующими изменениями морали.

Хотя договоры по правам человека являются "живыми инструментами",¹⁴⁸ эта юридическая фигура применяется договорными органами только с целью укрепления, а не ослабления защиты прав человека.¹⁴⁹ Принятие положения о правах человека, таким образом,

¹⁴⁷ См. также Tomuschat, *Human Rights*, 3. Aufl. Oxford 2014, стр. 9 и сл.

¹⁴⁸ ЕСПЧ, *Tyler/Vereinigtes Königreich*, Application No 5856/72, 25. April 1978, Series A, No. 26, Rdn. 31; Human Rights Committee, *Roger Judge/Kanada* (829/1998), Views, 13. August 2003, CCPR/C/78/D/829/1998, пункт 10.3.

¹⁴⁹ См. ЕСПЧ, *Stafford/Vereinigtes Königreich*, Application No 46295/99, 28. Mai 2002 (GK), пункт 68; EGMR, *Sergey Zolotukhin/Russland*, Application No 14939/03, 10. Februar 2009 (GK), пункт 78. Определённую параллель предлагает вопрос о значении настроений в общественном мнении для толкования ЕКПЧ: на них можно ссылаться

кристаллизует достигнутое и оставляет возможность укрепления через юриспруденцию договорных органов. В нынешнюю эпоху апокалипсиса прав человека,¹⁵⁰ когда все большее влияние приобретают так называемые традиционные ценности,¹⁵¹ часто враждебные правам человека, это многого стоит, и это может иметь успех исключительно потому, что юридические и моральные права человека разделены друг от друга.

только для расширения объема прав, закрепленных в Конвенции; см. ЕСПЧ, *Bayev u. a./Russland*, Application No 67667/09 и др., 20. Juni 2017, пункт 70.

¹⁵⁰ *Notgood* (сн. 94).

¹⁵¹ См. например, Рабочее совещание, посвященное традиционным ценностям человечества, Доклад Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека, декабрь 2010, UN Doc. A/HRC/ 16/37; Исследование Консультативного комитета Совета по правам человека, посвященное вопросу о поощрении прав человека и основных свобод путем более глубокого понимания традиционных ценностей человечества, A/HRC/22/71 (2012), § 78. В крайних случаях высказывается мнение, что утверждение традиционных ценностей равносильно преступлению против человечества; см. Zheng, *Chechnya's Anti-Gay Purge: Crimes Against Humanity*, EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law, 9 May 2017, находится на сайте: www.ejiltalk.org/chechnyas-anti-gay-purge-crimes-against-humanity.