



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2005/19
16 June 2005

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
Подкомиссия по поощрению и защите прав человека
Пятьдесят седьмая сессия
Пункт 4 предварительной повестки дня

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ, СОЦИАЛЬНЫЕ И КУЛЬТУРНЫЕ ПРАВА

**Недискриминация, право на которую закреплено в пункте 2
статьи 2 Международного пакта об экономических,
социальных и культурных правах**

**Предварительное исследование, представленное Специальным
докладчиком г-ном Марком Боссайтом**

Резюме

В своей резолюции 2004/5 Подкомиссия по поощрению и защите прав человека назначила г-на Марка Боссайта Специальным докладчиком по подготовке исследования о недискриминации, право на которую закреплено в пункте 2 статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, на основе рабочего документа, подготовленного г-ном Эммануэлем Деко (E/CN.4/Sub.2/2004/24), а также полученных замечаний и обсуждений, состоявшихся на пятьдесят шестой сессии Подкомиссии. Настоящий подготовительный доклад ограничивается обзором некоторых научных исследований, посвященных характеру экономических, социальных и культурных прав. В правоведении проводится различие между правами, требующими от государств воздерживаться от определенных действий, и правами, требующими их активного

вмешательства. В докладе отмечается, что механизмы осуществления этих прав и обязанностей, как правило, различны. В нем подчеркивается, что обе категории прав одинаково важны и их соблюдение имеет в равной степени неотъемлемый характер и что несоблюдение любого права отрицательно сказывается на других правах. Права, закрепленные в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, например право на образование и право на свободу образования, содержат элементы обеих категорий прав. Наконец, в докладе отмечается, что запрещение дискриминации применимо ко всем правам человека, однако имеет гораздо более далеко идущие последствия в отношении прав, предусматривающих позитивные обязательства. В докладах о ходе работы и заключительном докладе Специального докладчика будет рассмотрен вопрос о том, какие элементы позволяют определять нарушение положений о запрещении дискриминации в отношении экономических, социальных и культурных прав.

Содержание

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
Введение	1 - 2	4
I. ЮРИДИЧЕСКИЙ ХАРАКТЕР ПРАВ, ЗАКРЕПЛЕННЫХ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПАКТЕ ОБ ЭКОНОМИЧЕСКИХ, СОЦИАЛЬНЫХ И КУЛЬТУРНЫХ ПРАВАХ	3 - 34	4
II. НЕДИСКРИМИНАЦИЯ И ЭКОНОМИЧЕСКИЕ, СОЦИАЛЬНЫЕ И КУЛЬТУРНЫЕ ПРАВА	35 - 40	17-

Введение

1. В своей резолюции 2003/12 Подкомиссия по просьбе Комитета по экономическим, социальным и культурным правам просила г-на Эммануэля Деко подготовить рабочий документ по вопросу о недискриминации, право на которую закреплено в пункте 2 статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах. Рабочий документ был представлен г-ном Деко на рассмотрение пятьдесят шестой сессии Подкомиссии (E/CN.4/Sub.2/2004/24). В своей резолюции 2004/5 Подкомиссия назначила г-на Марка Боссайта Специальным докладчиком по подготовке исследования по вопросу о недискриминации, право на которую закреплено в пункте 2 статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, на основе рабочего документа г-на Деко, а также полученных замечаний и обсуждений, состоявшихся на пятьдесят шестой сессии Подкомиссии. В своем решении 2005/105 Комиссия по правам человека утвердила назначение г-на Боссайта.

2. За короткий период между датой принятия решения и требуемой датой представления настоящего подготовительного доклада Специальный докладчик смог лишь резюмировать работы некоторых правоведов по правам, закрепленным в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах. Специальный докладчик внес свой вклад в это обсуждение в своих предыдущих публикациях. Некоторые из них вызвали противоречивые отклики, что подчас было обусловлено недопониманием и неправильным толкованием. Поскольку это недопонимание и неправильное толкование может помешать правильному пониманию характера социальных прав и их эффективного осуществления, было бы, очевидно, полезным уточнить некоторые элементы этого спора для стимулирования изучения вопросов, связанных с этими правами.

I. Юридический характер прав, закрепленных в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах

3. Специальный докладчик уделил большое внимание юридическому характеру социальных прав в своей докторской диссертации, опубликованной в 1976 году¹. В диссертации отмечалось, что традиционная концепция прав человека в том виде, в каком она зародилась на Западе, сводила понятие прав человека лишь к гражданским правам. Однако под давлением социалистических государств и государств "третьего мира" социальные права были также включены в международные документы по правам человека².

4. В Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, принятой в 1950 году, приоритет отдавался "важнейшим правам и основным свободам", поскольку были высказаны возражения относительно включения права на образование и права на владение имуществом. В своем докладе по проекту конвенции Консультативной ассамблее Совета Европы сэр Дэвид Максвелл-Файф привел три аргумента против включения этих прав: а) трудность судебного толкования и применения этих прав; б) даже в национальных конституциях эти права не определены в таком виде, который позволял бы прибегать к правовым санкциям; с) трудно понять, где следует остановиться при определении социальных и экономических прав. Поскольку среди правительств государств - членов Совета Европы по этому вопросу не было единодушия, эти права не были включены в Европейскую конвенцию, подписанную 4 ноября 1950 года. После того как эти права трижды передавались на рассмотрение Комитета экспертов, их удалось включить в (первый) Дополнительный протокол, подписанный 20 марта 1952 года. Формулировка в отношении права на владение имуществом была негативной.

5. Европейская социальная хартия, подписанная 18 октября 1961 года, содержит 19 статей в своей части I и 72 пункта в своей части II. Договаривающиеся стороны рассматривают часть I в качестве "декларации целей", к достижению которых они будут стремиться всеми необходимыми средствами, причем они считают имеющими для себя обязательную силу по меньшей мере 5 из 7 конкретно указанных статей, а также в общей сложности не менее 10 статей или 45 пунктов. Такой подход, когда государство-участник может выбирать права, обязательствами по осуществлению которых она будет связана, был бы невыносим в какой-либо конвенции о гражданских правах, подобной Европейской конвенции. В отличие от Европейской конвенции, в которой учреждается Европейский суд по правам человека, состоящий из судей и обладающий компетенцией выносить решения, имеющие обязательный юридический характер, в Европейской социальной хартии предусматриваются лишь положения о том, что рекомендации, основанные на представляемых Договаривающимися сторонами докладах, могут направляться Комитетом министров этим Договаривающимся сторонам.

6. В Международных пактах о правах человека, принятых 16 декабря 1966 года, характер обязательств, которые берут на себя государства-участники, значительно различается между двумя Пактами. В пункте 1 статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, с одной стороны, каждое государство-участник этого Пакта обязуется "в индивидуальном порядке и в порядке международной помощи и сотрудничества, в частности в экономической и технической областях, принять *в максимальных пределах имеющихся ресурсов меры к тому, чтобы обеспечить постепенно* полное осуществление признаваемых в настоящем Пакте прав всеми надлежащими способами, включая, в частности, принятие законодательных мер".

С другой стороны, в пункте 1 статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах каждое государство-участник Пакта обязуется "*уважать и обеспечивать* всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в настоящем Пакте..." (курсив добавлен).

7. Обязательства, которые берут на себя стороны последнего Пакта, должны соблюдаться с момента его вступления в силу, а в случае первого Пакта могут осуществляться постепенно. В случае прав, закрепленных в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, но не в отношении прав, признанных в Международном пакте о гражданских и политических правах, при оценке деятельности соответствующего государства-участника по осуществлению прав следует принимать во внимание объем ресурсов, имеющихся у этого государства-участника.

8. Кроме того, механизм наблюдения за осуществлением Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах значительно слабее, чем механизм наблюдения за осуществлением Международного пакта о гражданских и политических правах. Первый предусматривает лишь представление государствами-участниками докладов, которые передаются на рассмотрение Экономического и Социального Совета. Более того, Совет может только представлять "время от времени Генеральной Ассамблее доклады с рекомендациями общего характера и с кратким изложением сведений, получаемых" от государств-участников (статья 21). В отличие от этого, в Международном пакте о гражданских и политических правах предусматривается создание Комитета по правам человека, состоящего из независимых экспертов. Более того, Комитет по правам человека не только обладает компетенцией для рассмотрения докладов, представляемых государствами-участниками, но и может быть наделен компетенцией по получению и рассмотрению сообщений государств, а также индивидов с утверждением о том, что какое-либо государство-участник не выполняет своих обязательств по этому Пакту. Комитет может направлять "замечания общего порядка" по этим докладам, представлять доклад о сообщениях государств и направлять свои "соображения" по индивидуальным сообщениям.

9. Исходя из вышеприведенного анализа представляется возможным предложить теоретическую схему, в которой проводится различие между гражданскими и социальными правами. При этом исходная посылка состоит в том, что в сфере прав человека обе категории прав имеют автономное значение, независимое от того значения, которое они могли бы иметь в гражданском кодексе или в социальном законодательстве. В качестве важнейшего критерия проведения различия между этими двумя категориями прав была взята та степень, в какой соответствующее право требует финансовых усилий со стороны государства³. Было прямо указано, что было бы ошибкой полагать, что

финансовые усилия, требуемые от государства в отношении гражданских и политических прав, равны нулю; они лишь были бы меньше, чем финансовые усилия, на которые можно было бы сослаться в качестве причины несоблюдения соответствующих прав. Более того, было подчеркнуто, что какое-либо право не требует дополнительных финансовых усилий, поскольку оно является социальным правом, но что оно является социальным правом, если оно требует таких усилий⁴.

10. Если смотреть под таким углом зрения, то:

a) гражданские права налагают на государство обязанность *воздерживаться*, а социальные права налагают обязанность *вмешиваться*;

b) гражданские права налагают *негативные* обязательства на государство, а социальные права создают для него *позитивные* обязательства;

c) содержание гражданских прав является обязательно *неизменным* (содержание этих минимальных прав не должно отличаться от государства к государству), а содержание социальных прав может *изменяться* от государства к государству в соответствии с имеющимися у этого государства ресурсами и установленными им приоритетами для введения в действие этих прав;

d) гражданские права имеют *абсолютный* характер, поскольку они присущи человеческому достоинству и позитивное право сводится к защите интереса (или предмета), которыми человек уже обладает, в то время как социальные права имеют *относительный* характер, поскольку на них можно сослаться лишь в той мере, в какой принимаются необходимые законодательные меры с указанием тех форм и условий, в которых они могут осуществляться⁵.

11. Как следствие вышесказанного, формы осуществления рассматриваемых двух категорий прав являются различными:

a) *ratione temporis*: гражданские права должны соблюдаться безотлагательно, а социальные права, когда имеющихся ресурсов недостаточно, могут осуществляться постепенно;

b) *ratione materiae*: все гражданские права должны соблюдаться в полной мере, в то время как при отсутствии достаточных ресурсов социальные права могут осуществляться частично;

с) *ratione personae*: каждый человек имеет право на осуществление всех гражданских прав, в то время как возможность безотлагательного осуществления всех социальных прав каждым человеком существует не всегда⁶.

12. Когда государство-участник не располагает ресурсами, которые позволили бы ему обеспечить немедленное осуществление всех социальных прав для всех, оно действует избирательно, устанавливая приоритеты *ratione temporis*, *ratione materiae* и *ratione personae*. Именно здесь очень важное место занимает запрещение дискриминации. Его последствия применительно к социальным правам являются гораздо более далеко идущими, нежели применительно к гражданским правам.

13. Отмеченное различие между гражданскими и социальными правами объясняет также то обстоятельство, почему механизм наблюдения за осуществлением гражданских прав более разработан, чем в отношении социальных прав. Поскольку никакие экономические факторы не могут служить оправданием для несоблюдения гражданских прав, эти права могут легко подпадать под *судебный* контроль. Политические последствия имеет нарушение гражданских прав, а не их осуществление. Установление приоритетов для осуществления социальных прав, определяемое в значительной степени финансовыми и экономическими условиями, является вопросом политики, а не права. Даже на национальном уровне под судебный контроль подпадают лишь те социальные права, в отношении которых уже действуют детально проработанные и зачастую сложные правила, причем в пределах, установленных этими правилами. На международном уровне механизм наблюдения в отношении социальных прав обычно является лишь *административным* или политическим, а не судебным или даже не квазисудебным⁷.

14. Полезность международной системы защиты гражданских прав в значительной степени зависит от эффективности созданного ею механизма наблюдения. Что касается этих прав, то *институциональный* аспект является более важным, чем нормативный, поскольку судьи могут привести эти права в исполнение даже при отсутствии подробных правил с изложением форм их осуществления. Что же касается социальных прав, в отношении которых механизм наблюдения, как правило, не является особо разработанным, то воздействие международной системы на защиту этих прав, напротив, будет в значительной степени зависеть от той точности, с которой сформулированы *нормативные* положения. Осуществления социальных прав можно требовать лишь в той степени, в какой оно охвачено подробными правилами, являющимися *составной частью* прав. Признание гражданских прав носит *декларативный* характер, поскольку государство не должно обеспечивать человека чем-то, чем он еще не владеет, однако оно должно защитить это что-то (основные свободы) от своего вмешательства⁸.

15. Юридический характер прав, закрепленных в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, рассмотрел также Э. В. Вирдаг⁹ в своей публикации 1978 года. Он обращает внимание на "принудительную осуществимость" в качестве важной части концепции "права индивида", которая, как представляется, преобладает в международном праве. Исходя из этого, он приходит к выводу, что "только принудительно осуществимые права будут рассматриваться в качестве "реальных", юридических прав". Не принимая отсутствия финансовой поддержки со стороны государства в качестве надлежащего критерия для проведения различия между гражданскими и социальными правами¹⁰, Вирдаг считает, что принудительная осуществимость является наиболее подходящим ключом к вопросу об их юридическом характере. Согласно Вирдагу, для того чтобы право было юридическим, оно должно предполагать возможность юридического определения; лишь в этом случае оно может быть принудительно осуществимым и лишь в этом случае можно говорить о возможности его рассмотрения в судебном порядке¹¹. Он отмечает, что за незначительными возможными исключениями экономические, социальные и культурные права пакта не могут быть осуществлены в принудительном порядке¹².

16. Вирдаг¹³ приходит к заключению, что права, закрепленные в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, являются "гетерогенными":

а) к первой категории относятся социальные права на что-либо, что непосредственно имеется без каких-либо расходов, и тем самым не является в основе своей принудительно неосуществимым правом (например, профсоюзные свободы и право на забастовки);

б) вторая категория социальных прав (таких, как права на социальное обеспечение, питание и одежду или медицинское обслуживание), как представляется, включает права на что-либо, что непосредственно имеется и требует расходов, но может быть разделено для обслуживания различного количества людей;

с) под третью категорию подпадают социальные права на что-либо, чего не имеется или что имеется в ограниченном количестве, в то время как каждое решение улучшить необходимые условия для осуществления этого права (например, права на труд, "достаточное" жилище или образование) для всех, кто отвечает требованиям для его осуществления, является политическим вопросом, поскольку это, среди прочего, связано со значительными расходами¹⁴. Поскольку расходы, необходимые для каждого расширения охвата правами, являются, по существу, вопросом экономических, социальных и культурных приоритетов, осуществление этих положений является политическим, а не юридическим вопросом и, следовательно, не вопросом прав.

17. Поэтому Вирдаг¹⁵ высказывает соображение о том, что "является заблуждением принимать документ, который по самому своему названию и в силу формулировки своих положений направлен на наделение людей "правами", но фактически, как представляется, он этого не делает или делает лишь в незначительной степени". Автор считает "достойным сожаления то обстоятельство, что в международное право тем самым вводится понятие "права", которое совершенно отлично от концепции "права индивида" в том виде, в каком она традиционно понимается в международном праве и применяется на практике". Он выражает опасение в связи с тем, что "это снижает ту эффективность и ту силу, которые должны иметь правовые нормы, в результате чего могут иметь место негативные последствия для правовой системы в целом". Тем не менее далее следует важное добавление: "Это не означает, что работа, намечаемая и проводимая в рамках [Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах], не имеет большого значения, поскольку она, безусловно, является весьма важной. Гражданские и политические права не могут конструктивно осуществляться в неподобающих экономических, социальных и культурных условиях. Автор лишь утверждает, что избранные юридические методы, состоящие только в видимости наделения правами индивидов, не являются адекватными, и что следовало бы применять более подходящие методы, такие, как, например, обязательства по развертыванию программ"¹⁶. Последняя фраза доклада Вирдага гласит: "За исключением случаев, когда это имеет минимальное или незначительное экономическое, социальное или культурное значение и с учетом проведенных выше различий, права, предоставляемые Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах, по своему характеру юридически ничтожны"¹⁷.

18. С годами стало модным принижать юридические различия между гражданскими и социальными правами. Возникает вопрос: способствует ли затухание различий между этими двумя категориями прав лучшему пониманию проблем, с которыми сталкиваются жертвы нарушения этих прав, и помогает ли оно изысканию путей и средств положить конец этим нарушениям? Расхождения в данном случае совсем не связаны с приданием различного веса той или иной категории прав. Каждый человек стремится осуществлять все права человека независимо от того, является ли они гражданскими или социальными. Социальное и экономическое благосостояние не является менее важным или менее неотъемлемым¹⁸, чем свобода выражения мнений, однако та степень, в какой правовые документы могут способствовать осуществлению одной или другой категории прав, может быть различна.

19. Уже в 1975-1976 годах нынешний Специальный докладчик подчеркивал взаимозависимый характер гражданских и социальных прав, настаивая на том, что

меньшее осуществление какого-либо одного права неизбежно сказывается на осуществлении других прав человека¹⁹. В своей резолюции 32/130, принятой 16 декабря 1977 года, Генеральная Ассамблея утверждала, что "все права человека и основные свободы неделимы и взаимозависимы; необходимо безотлагательно рассмотреть вопрос об осуществлении, распространении и защите как гражданских и политических, так и экономических, социальных и культурных прав, и уделить им равное внимание"²⁰.

20. В то же время Г.Й.Х. ван Хоф²¹ в работе, опубликованной в 1990 году, весьма критически отнесся к "школе мысли", представленной М. Боссайтом и Э. Вирдагом. Наибольшей критике подверглось утверждение Вирдага о том, что "права, предоставляемые Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах, имеют юридически ничтожный характер". Как было справедливо отмечено ван Хофом²², Вирдаг "уделяет почти все внимание одной стороне прав (индивидов), в то время как сам он уделяет внимание "другой стороне медали", которая, на его взгляд, в равной степени важна, а именно стороне "обязательств" (государств)". Далее ван Хоф отмечает: "Как следствие этого возникает опасность, например, спутать так называемое прямое воздействие договорных положений, для которых решающее значение имеет степень конкретности соответствующей нормы, и юридически обязательный характер нормы, для которого она такого значения не имеет". Представляется возможным согласиться с обоими авторами: с одной стороны и несмотря на (совсем не необычное в международном праве) отсутствие возможного принудительного осуществления по суду, государства - участники Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах вне всякого сомнения юридически связаны его положениями; с другой стороны, большинство положений Пакта сформулировано с недостаточной четкостью и полнотой для того, чтобы их принудительное осуществление по суду было возможным.

21. По мнению ван Хофа, "весьма далеко идущие различия, о которых говорил Боссайт, в их "негибкой" форме трудно поддержать"²³. Согласно ван Хофу²⁴, хотя они могут послужить "полезными инструментами для проведения анализа", они применялись "в слишком черно-белом виде". Ван Хоф не принимает утверждения о том, что, "признавая гражданские права, позитивное право может лишь защитить то, что человек уже имеет"²⁵, как "основанное на какой-то концепции естественного права". Здесь проводится мысль о том, что предмет или интерес того или иного гражданского права не предоставляется государством, а принадлежит каждому человеку независимо от его защиты законом. Однако, безусловно, это лишь право, поскольку оно защищается (позитивным) правом (следовательно, exit естественным правом). По сути, жизнь или свободу человеку дает не государство. Государство лишь должно защищать их, не лишая (по крайней мере произвольно) человека его жизни или свободы. Аналогичным образом,

государство не может произвольно вмешиваться в чью-либо частную, семейную или домашнюю жизнь, в переписку, свободу мысли, совести и религии, свободу выражения мнений, свободу собраний и ассоциаций и т.д. Напротив, питание (этот пример дается ван Хофом в противопоставлении с жизнью) не является чем-то, чем человек располагает в силу своего рождения и во что государство не должно вмешиваться (если человек не обладает жизнью, поскольку он мертв, нет смысла для государства защищать ее). Право на питание в качестве социального права требует от государства активного вмешательства с целью принятия всех необходимых мер для обеспечения голодного человека питанием (который по определению его лишен).

22. Безусловно, как утверждает ван Хоф²⁶, "расходы, связанные, например, с проведением свободных и тайных выборов или с созданием надлежащей судебной системы и системы правовой помощи, могут быть весьма существенными". Тем не менее, по сравнению с расходами, требуемыми для обеспечения каждого человека надлежащим медицинским обслуживанием, бесплатным образованием, питанием, достаточным жильем и, в более общем виде, услугами системы социального обеспечения, обеспечивающей поддержание доходов престарелых, больных и безработных, расходы на функционирование министерства внутренних дел или министерства юстиции являются относительно скромными. В любом случае в принципе предполагается, что все суверенные государства, которые "могут и желают выполнять [...] обязательства" по Уставу Организации Объединенных Наций, должны иметь возможность поддерживать расходы, необходимые для обеспечения соблюдения гражданских прав в том виде, в каком они определены выше (и не обязательно расходы полноценной системы социального обеспечения).

23. Понятие прав человека приобрело такую силу, что политические краснобаи склонны квалифицировать в качестве прав человека любую цель или устремление. Мужчины и женщины имеют самые различные устремления. Многие из них являются законными, и справедливое общество должно делать все возможное для их реализации. Однако (и, как это ни парадоксально, юристы знают это лучше, чем неюристы) право не является тем инструментом, который может гарантировать реализацию всех человеческих устремлений. Вопрос о том, может или не может право защитить какое-либо человеческое устремление, никак не связан с его важностью, даже с его легитимностью, а зависит от его содержания. Ряд устремлений являются исключительно важными и совершенно законными, однако они не предполагают возможности правовой защиты и их не следует называть правами человека. В жизни ничто не может быть важнее счастья. Однако признавать право на счастье в качестве права человека было бы бессмысленно. Квалификация некоторых законных устремлений в качестве международно гарантированных "прав" вопреки тому, что они не предполагают возможности судебной

защиты, создала бы лишь иллюзию прогресса. Неосторожное использование терминов "права" и "права человека" ослабляет всю концепцию прав человека. Путаница в терминологии ослабляет саму концепцию прав человека. При отсутствии принудительного осуществления по суду имеется лишь видимость правовой защиты. Налаживание эффективной экономики наряду со справедливой социальной системой улучшит социально-экономические условия человечества в большей степени, чем любые международно-правовые механизмы²⁷.

24. Концепция прав человека сама по себе не является однозначной. В своем традиционном смысле право человека представляло собой интерес, который защищался по закону и приводился в исполнение судьей. Это значение по-прежнему сохраняет силу для гражданских прав. Однако во Всеобщую декларацию прав человека были также включены социальные права без определения их достаточно четким образом для того, чтобы они могли бы быть принудительно осуществлены по суду. При этом произошел отход от понятия, согласно которому права человека представляют собой минимальные гарантии прав, которые каждый человек не только *должен*, но и *может* осуществлять через посредство обоснованного принудительного осуществления по суду²⁸.

25. Следовательно, не все права являются правами человека и не все права человека являются правами, предполагающими возможность принудительного осуществления по суду. Это, однако, не означает, что в силу того, что социальные права, не подлежащие принудительному осуществлению по суду, включены в концепцию прав человека, гражданские права не должны больше подлежать принудительному осуществлению по суду. Распространение понятия прав человека на социальные права предполагает, что социальные права отличаются от гражданских прав; в противном случае социальные права следовало бы включить в это понятие с самого начала. Игнорирование различия между гражданскими и социальными правами чревато двойным риском: а) риском того, что кто-то может подумать, что обязательства государств признавать гражданские права столь же расплывчаты, как и в отношении социальных прав; б) риск создать впечатление, что правовые механизмы могут обеспечить человечество всем тем, что может дать осуществление социальных прав: работу, образование, питание, здоровье, жилище и т.д. Какими бы ни были аргументы в пользу расширения концепции прав человека на права, не предполагающие возможность принудительного осуществления по суду, целесообразность размывания юридических различий между гражданскими и социальными правами усматривается с трудом.

26. В своей докторской диссертации, опубликованной в 1992 году, Патрис Мейер-Биш²⁹ считает подход Боссайта слишком "радикальным" и не учитывающим сложность междисциплинарных выкладок³⁰. Он особенно настаивает на так называемых

"смешанных правах", таких, как профсоюзные свободы, право на владение имуществом, права детей³¹. По его мнению, имеет место лишь более медленное создание позитивных норм в отношении социальных прав, чем в отношении гражданских прав³². Он опасается, что на принцип постепенного осуществления могут ссылаться для оправдания любого свободного толкования международных норм и что кто-то может полагать, что признания гражданских прав и обеспечения судебного контроля за их признанием может быть достаточно для их эффективного осуществления³³.

27. В своей докторской диссертации, опубликованной в 1999 году, Китти Арамбуло³⁴ обращает внимание на то, что Боссайт считает обе группы прав человека "одинаково важными", но отмечает, что его основной критерий невмешательства или вмешательства государства является "неверным" и что его рассуждения содержат "ряд неточностей"³⁵. Согласно Арамбуло³⁶ последнее, в частности, относится к утверждению о "расплывчатой и абстрактной формулировке" экономических, социальных и культурных прав, в то время как можно считать, что некоторые гражданские и политические права сформулированы в равной степени расплывчато или абстрактно.

28. Это критическое замечание, как представляется, основывается на недоразумении: ряд гражданских прав, безусловно, имеют расплывчатые и абстрактные формулировки. Различие между двумя категориями прав состоит именно в том, что гражданские права, в силу их описанных выше характеристик, прекрасно подпадают под судебное определение, несмотря на их зачастую расплывчатую и абстрактную формулировку, а социальные права в силу своих отличительных особенностей нуждаются в дальнейшем законодательном или регламентационном уточнении с определением четких обязательств государств по осуществлению этих прав. Чтобы дать судьям возможность определить, выполняет ли то или иное государство свои обязательства по обеспечению осуществления прав человека, требуется гораздо большая точность в случае нарушения гражданского права (требующего, по существу, негативного обязательства невмешательства), чем в случае нарушения социального права (требующего позитивного вмешательства государства). И, безусловно, после того, как социальное право, провозглашенное в какой-либо международной конвенции, закрепляется в национальном законодательстве, которое обычно является исключительно подробным и точным, оно прекрасно подпадает под судебное определение.

29. Более того, нет сомнения, что, как отмечается в Лимбургских принципах, касающихся осуществления Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1986 год), государства - участники этого Пакта не имеют права "откладывать на неопределенный срок принятие мер по обеспечению полного осуществления" провозглашенных в Пакте прав или, как отмечается Комитетом по

экономическим, социальным и культурным правам в его замечании общего порядка № 3 о характере обязательств государств-участников, принятом в 1990 году, они должны как можно быстрее двигаться к осуществлению этих прав и обязаны немедленно принять меры по осуществлению своих обязательств по Пакту³⁷. Как правильно отметила Арамбуло³⁸, "каким бы ни был объем имеющихся ресурсов, государство должно в рамках своих финансовых возможностей делать все возможное для выполнения своих обязательств по Пакту в целях полного осуществления содержащихся в нем прав".

30. В своей докторской диссертации, опубликованной в 2003 году, Гюнтер Мас³⁹ отмечает, что строгое разделение прав человека на две категории не может сохраняться⁴⁰. Он определяет социальные права как основные права, касающиеся отношений социального права⁴¹, и предпочитает говорить об основных правах, которым в большей степени присущи социальные, чем "классические" аспекты⁴². Он не принимает противопоставления классических и социальных прав в качестве неправильного в своей основе, поскольку права человека в целом являются сочетанием того и другого⁴³. Ссылаясь на практику Европейского суда по правам человека, он приходит к заключению, что многие права содержат аспекты социальных прав, а также аспекты классических прав⁴⁴; что позитивные и негативные обязательства не только тесно переплетаются, но и оказывают друг на друга решающее воздействие⁴⁵, и что важные аспекты социальных прав гарантированы расширенной защитой классических прав⁴⁶.

31. Более внимательное изучение проведенного им анализа дает основание предположить, что его решительная позиция против строгого разделения прав на социальные и классические, как представляется, носит скорее риторический характер, чем касается вопросов существа. И, действительно, Мас приходит к выводу, что социальные и классические права не одно и то же и что между этими категориями прав существуют различия, но они взаимосвязаны и взаимозависимы⁴⁷. Когда признается возможность проведения различий между социальными и классическими аспектами прав человека, тогда полезно проанализировать, каковы различные отличительные особенности этих аспектов и к каким последствиям приводят эти различия.

32. Теоретический анализ различий между двумя важнейшими категориями прав человека не преследует никакой иной цели, кроме как содействовать более глубокому изучению отличительных особенностей этих прав путем объяснения, почему в отношении этих различных категорий прав были приняты различные документы. Следует признать, что юристы, дипломаты и политики, составлявшие оба пакта, не всегда понимали важность, причины и следствия их различий, а были поставлены перед фактом их существования. Подготовка двух различных пактов не связана ни с идеологией

либерализма, слепой к социальным нуждам человечества, ни с незнанием реальностей мира, ни с достойной сожаления небрежностью или оплошностью⁴⁸.

33. Цель такого анализа никогда не состояла в черно-белом изображении проблемы⁴⁹ для того, чтобы дать каждому отдельному праву жесткое толкование с далеко идущими последствиями независимо от намерений договаривающихся сторон, конкретных обстоятельств формулирования соответствующего права, контекста и форм его осуществления. Это все лишь удобный инструмент для более глубокого изучения юридических характеристик различных категорий прав человека⁵⁰. Такая разбивка по категориям не мешает авторам международных документов по правам человека или национальным законодателям определять ту степень, в которой они намереваются быть связанными теми правовыми положениями, которые они разрабатывают. Она не мешает органам наблюдения за соблюдением международных конвенций или национальным судьям толковать эти положения в соответствии с этим намерением. Она может лишь помочь им лучше понять последствия их работы по разработке прав или их толкованию. Обычно то или иное право рассматривается в качестве гражданского права, разработанного или предусматривающего такое толкование, что оно предполагает активное вмешательство со стороны государства, теряет свои отличительные особенности традиционного гражданского права и приобретает отличительные особенности социального права⁵¹.

34. Актуальным моментом является то, что права могут в различной степени одновременно иметь и гражданский, и социальный компонент. Хорошим примером в этом случае может служить право человека, связанное с образованием. Вполне возможно провести различие между, с одной стороны, правом на образование, которое является социальным правом, и, с другой стороны, правом на свободу получения образования, которое является гражданским правом. Последнее гарантирует лишь право (или, возможно, лучше сказать свободу) человека (или группы людей) на выбор школы по своему усмотрению и право человека направить своего ребенка в школу по своему выбору. Право на свободу образования не влечет за собой права на правительственные субсидии или на признание свидетельств, выдаваемых такой частной школой. Однако запрещение открытия такой частной школы или посещения этой школы шло бы вразрез с правом на свободу образования. Обязательство государства в отношении такой частной школы состоит в невмешательстве, что относится и к другим гражданским правам или основным свободам. Право на образование требует от правительства создания школьной системы, которая, как отмечается в статье 13 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, предполагает "обязательное и бесплатное для всех" начальное образование, притом что среднее (высшее) образование "должно быть открыто

и сделано доступным для всех путем принятия всех необходимых мер, и в частности постепенного введения бесплатного образования".

II. Недискриминация и экономические, социальные и культурные права

35. Проведение различия между гражданским и социальным компонентом имеет особое значение в тех случаях, когда поднимается вопрос о дискриминации. Если какое-либо лицо лишается возможности посещения частной школы, то нарушается право на свободу образования такого лица, и, как следствие этого, в отношении этого лица также осуществляется дискриминация в том, что касается его права на свободу образования. То же самое относится к каждому, кого лишают бесплатного (по-французски *gratuitement*) доступа к начальному образованию. Интересно отметить, что, будучи безусловно социальным правом, право на бесплатный доступ к начальному образованию в его точной формулировке получило, в совершенно исключительном порядке, такую же защиту, как если бы оно было гражданским правом. Что касается среднего и высшего образования, то бесплатный доступ для всех немедленно не гарантирован. Как следствие этого, тот простой факт, что какое-либо лицо не имеет бесплатного доступа в высшее учебное заведение, не является нарушением этого права. О нарушении права на образование можно говорить лишь в том случае, если наблюдается дискриминация при отказе этому лицу в бесплатном доступе в высшее учебное заведение.

36. Запрещение дискриминации не носит характера "независимого существования" в том смысле, что его всегда следует рассматривать в связи с каким-либо конкретным правом. В некоторых международных документах запрещение дискриминации касается только тех прав, которые гарантируются тем же документом, что и документ, содержащий положение, запрещающее дискриминацию. Примерами такого ограниченного запрещения дискриминации являются пункт 1 статьи 2 Всеобщей декларации прав человека, пункт 2 статьи 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, пункт 1 статьи 2 Международного пакта о гражданских и политических правах, статья 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, статья 1 Американской конвенции о правах человека и статья 2 Африканской хартии прав человека и народов. Примерами общего запрещения дискриминации являются статья 26 Международного пакта о гражданских и политических правах, статья 24 Американской конвенции о правах человека, статья 3 Африканской хартии прав человека и народов и статья 1 Дополнительного протокола № 12 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Ограничение запрещения дискриминации не имеет нормативных последствий: оно не предполагает, что дискриминация в правах, не гарантированных этим документом, не будет запрещена. Оно имеет лишь институциональные последствия: оно исключает из компетенции

созданного соответствующим документом наблюдательного органа полномочия по определению того, являются ли различия в подходе при осуществлении такого права дискриминационными или нет.

37. В любом случае запрещение дискриминации не применяется к вопросам, не регламентированным правом. Если ощущается необходимость распространить запрещение дискриминации на вопросы, на которые это запрещение еще не распространяется, достаточно обеспечить правовую регламентацию этого вопроса. Поскольку запрещение дискриминации представляет собой проведение произвольного различия в осуществлении какого-либо права (защищаемого законом интереса), произвольная защита, обеспечиваемая законом, не может иметь силу, поскольку она будет противоречить норме, имеющей преимущественную силу (содержащейся в национальной конституции или международных конвенциях), которая запрещает проведение такого различия. Единственным ограничением для вмешательства закона в еще не защищенные законом вопросы является право на защиту частной жизни, являющееся само по себе основным правом человека. В то же время пределы действия права на защиту частной жизни устанавливаются законом.

38. Отсутствие независимого существования запрещения дискриминации не следует смешивать с возможным "автономным применением" запрещения дискриминации. Запрещение дискриминации применяется автономно в тех случаях, когда есть возможность установить наличие дискриминации применительно к праву, которое само по себе не нарушается. Это вполне возможно в отношении социальных прав. Поскольку эти права могут осуществляться постепенно и нехватка ресурсов может поставить государство перед необходимостью устанавливать приоритеты в осуществлении этих прав, а также *ratione materiae*, *ratione temporis* и *ratione personae*, один лишь факт того, что какое-либо лицо в определенный момент не пользуется каким-либо конкретным социальным правом, сам по себе не является нарушением этого права. Если, однако, это лицо может продемонстрировать, что другие лица - в силу национального законодательства или национальных постановлений - наделены этим правом, а оно исключено из этой категории лиц на основании, не имеющем отношения к этому праву, то оно будет рассматриваться как жертва дискриминации по отношению к этому праву. В результате запрещения дискриминации это лицо наделяется этим правом, несмотря на то, что ни в международных документах, ни в положениях национального законодательства по этому праву наделение его этим правом не предусматривается. В этом состоит так называемый "творческий эффект" запрещения дискриминации. Человек наделяется правом на основе запрещения дискриминации, несмотря на то, что международные и национальные положения, касающиеся этого права, не наделяют его этим конкретным правом.

39. В международных документах, безусловно, может быть определено, на каких условиях и какие лица имеют право на определенные социальные права. В этом случае национальные судебные органы могут принудительно осуществлять эти права подобно тому, как они это делали бы в отношении гражданских прав. Поскольку осуществление социальных прав имеет значительные экономические последствия, а имеющиеся ресурсы могут весьма различаться от государства к государству, всемирно приемлемые минимальные стандарты выработать трудно. Здесь следует предоставить значительную свободу действий самим государствам, которые должны устанавливать приоритеты. Установление таких приоритетов, как правило, возлагается на политические, а не на судебные органы государства. В частности, на международном уровне государства неохотно оставляют принятие политических решений за международными органами, которые в таком случае имели бы полномочия принимать юридически обязательные решения, могущие повлечь за собой существенные финансовые последствия.

40. Запрещение дискриминации применимо как к социальным, так и к гражданским правам. Однако последствия этого запрещения являются гораздо более далеко идущими в отношении социальных, чем гражданских прав. И действительно, весьма трудно найти примеры нарушения нормы о запрещении дискриминации в отношении какого-либо гражданского права, которое при этом само одновременно не нарушалось бы. В отношении социальных прав наблюдается совершенно обратная картина. Поэтому особенно важно попытаться яснее понять, какие элементы позволяют определить наличие нарушения запрещения дискриминации в отношении экономических, социальных и культурных прав. Эта задача ложится на доклады о ходе работы и заключительные доклады, подлежащие представлению Подкомиссии Специальным докладчиком.

Примечания

¹ Marc Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 1976, 262 p. An advance publication of the relevant chapters can also be found in the *Human Rights Journal/Revue des droits de l'Homme* of 1975 (pp. 783-820) under the title "*La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*".

² Bossuyt, "*La distinction ...*", p. 785.

³ It may be even more correct to state that it is the “economic impact” of the measures required from the State to respect the right in question that is the relevant criterion. If those measures do not go beyond what is expected from a State to respect the rule of law, it should be considered to be a civil right. If the economic impact of the necessary measures requires the Government, in view of the scarcity of the resources available, to fix priorities in the implementation of the different rights, it should be considered to be a social right.

⁴ Bossuyt, *L'interdiction ...*, p. 185 (the exclamation point was inserted in the original text published in 1975/1976). It has never been claimed that if a right is contained in an international instrument which, according to its title, is supposed to guarantee either civil or social rights, every right contained in that instrument should necessarily have the characteristics of, respectively, civil or social rights, as mentioned above. The approach taken was exactly the opposite: if a right has those respective characteristics, it should be considered to be a civil or a social right. For that reason, examples given by critics of “social rights” not requiring any financial effort or of “civil rights” requiring such efforts are missing the point.

⁵ Ibid., pp. 185-187.

⁶ Ibid., pp. 187-188.

⁷ Ibid., pp. 188-190.

⁸ Ibid., pp. 190-191.

⁹ E.W. Vierdag, “The Legal Nature of the Rights granted by International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, pp. 69-105. In his Ph.D. thesis, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, published in 1973 in The Hague, however, Vierdag had stated (p. 76) “there is nothing in the nature of the rights to warrant such a clear-cut division into types on the basis of State action or abstention”.

¹⁰ This rejection is based on the outcome that trade union rights and the right to strike are considered by Bossuyt as civil rights since their enjoyment requires no financial support on the part of the State (Vierdag, “The Legal Nature ...”, p. 82). “The right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice” is guaranteed in article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, but also as an aspect of everyone’s right to freedom of association with others “including the right to form and join trade unions for the protection of his interests” in article 22 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Is it - despite its quite identical wording - a civil right in the latter and a social right in the former? Does a civil right - formulated as an aspect of a “freedom” - become a social right because it is included in a convention guaranteeing social rights? If the distinction between civil and social rights is not based on the extent of intervention (rather than abstention) required from the State, on what criterion is the distinction based?

¹¹ Ibid., pp. 76-77.

¹² Vierdag (ibid., pp. 92-93) argues his views as follows: “a remedy [against a violation of a social right] would imply the competence of a court to compel the administration to take measures creating conditions under which a social right can be enjoyed. Such a competence would, however, cover utterly political questions, and would thus nullify the separation of powers that is the cherished basis of the system of government in a great many countries. It would turn the judiciary into a political organ. How is a court of law to protect, say, the enjoyment of the right to work? How is it to judge and to declare *on the basis of the law* that a policy of full employment is not effective, and should be realised in another way?” With respect to article 2, paragraph 1, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Vierdag (ibid., p. 101) concludes: “It is highly improbable that as a consequence of this obligation individuals would be effectively protected against inaction on the part of governments if confronted with a worsening economic, social or cultural situation. It is all the more unlikely that, on the basis of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [ICESCR], they would be effectively ensured continuously improving economic, social and cultural conditions.”

¹³ Ibid., pp. 102-103.

¹⁴ It is striking that, while rejecting the absence of financial support on the part of the State as an adequate criterion for the differentiation between civil and social rights, Vierdag nevertheless distinguishes among the rights guaranteed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights a first category that is immediately available at no “cost”, a second category that is immediately available but which demands “expenditure” and a third category that is of no or limited availability and which involves “considerable expenditure”.

¹⁵ Ibid., p. 103.

¹⁶ In referring to C.W. Jenks (*Social Justice in the Law of Nations. The ILO Impact after Fifty Years*, London, 1970, pp. 70-79), E.A. Landy (*The Effectiveness of International Supervision. Thirty Years of ILO Experience*, London, 1966, chap. I) and N. Valticos (*Droit International du Travail*, Paris, 1970, p. 157), Vierdag (ibid., pp. 104-105) notes that “ILO Conventions already deal with social rights in a more precise and detailed way, and in several instances go further than the provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [ICESCR]” and “The machinery of supervision of the ILO is a very sophisticated one, in comparison to which the regulation laid down in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [ICESCR] can only be characterised as poor.”

¹⁷ Ibid., p. 105.

¹⁸ Bossuyt, *L'interdiction ...*, p. 210: “*Le caractère relatif des droits socio-économiques ne veut nullement dire que la réalisation de ces droits est pour l'homme moins importante ou moins urgente que le respect des droits civils. La distinction ne se fonde pas sur une quelconque priorité dans les besoins des hommes, car l'épanouissement libre de l'homme requiert aussi bien la réalisation des droits sociaux que le respect des droits civils. La distinction entre ces deux catégories de droits n'est pas non plus une distinction de valeur entre droits primaires et droits secondaires; elle n'est pertinente que du point de vue de la technique juridique.*”

¹⁹ Ibid., p. 195: “*la jouissance moindre d’un droit se répercute inexorablement sur la jouissance des autres droits de l’homme*”.

²⁰ In the Vienna Declaration and Programme of Action adopted by the World Conference on Human Rights on 25 June 1993 it was reaffirmed that “All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis.”

²¹ G.J.H. van Hoof, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views”, in P. Alston and K. Tomasevski, *The Right to Food*, The Hague, Nijhoff, 1990, pp. 97-110.

²² Ibid., p. 101.

²³ Ibid., p. 103.

²⁴ Ibid., p. 105.

²⁵ Ibid., p. 104.

²⁶ Ibid., p. 103.

²⁷ Marc Bossuyt, “International Human Rights Systems: Strengths and Weaknesses”, in K.E. Mahoney and P. Mahoney, *Human Rights in the Twenty-first Century*, Kluwer, 1990, pp. 52-55.

²⁸ Ibid., p. 54.

²⁹ Patrice Meyer-Bish, *Le corps des droits de l’homme. L’indivisibilité comme principe d’interprétation et de mise en œuvre des droits de l’homme*, Fribourg, 1992, 401 p.

³⁰ Ibid., p. 135.

³¹ Ibid., pp. 141-142.

³² Ibid., p. 152.

³³ Ibid., p. 155.

³⁴ Kitty Arambulo, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerp, Intersentia, 1999, 449 p.

³⁵ Ibid., pp. 71, 75 and 81.

³⁶ Ibid., p. 75.

³⁷ Quoted by Arambulo, p. 80.

³⁸ Ibid.

³⁹ Gunter Maes, *De afdwingbaarheid van sociale rechten* (The enforceability of social rights), Antwerp, Intersentia, 2003, 523 p.

⁴⁰ Ibid., p. 28, No. 55.

⁴¹ Ibid., p. 29, No. 58.

⁴² Ibid., p. 30, No. 61.

⁴³ Ibid., p. 42, No. 77.

⁴⁴ Ibid., p. 488, No. 951.

⁴⁵ Ibid., p. 490, No. 956.

⁴⁶ Ibid., p. 491, No. 958.

⁴⁷ Ibid., No. 959.

⁴⁸ Cf. Bossuyt, *L'interdiction ...*, p. 184.

⁴⁹ See *ibid.*, p. 195, note 10: “*Ici, comme d’habitude dans les sciences humaines, il n’y a pas que du noir et du blanc. Il y a du gris, surtout du gris, du gris foncé et du gris clair.*”

⁵⁰ It is no different from other legal distinctions, such as the one between public law and private law, the one between codification and progressive development of international law or the one between a unitarian and a federal or a confederal State. Several legal concepts contain elements of public law as well as elements of private law. Nearly all international conventions elaborated under the auspices of the International Law Commission contain provisions of codification and provisions of progressive development of international law. Institutions of one and the same State can, despite what may be claimed (or proclaimed) by its constitution, contain in varying degrees elements of a unitarian, a federal or a confederal State. No one would nevertheless claim that such legal categorizations are inaccurate, imprecise, difficult to uphold, dangerous or regrettable.

⁵¹ For instance, if a traditional civil right such as the “right to privacy” is interpreted as a right that requires from the State the elaboration of an extensive programme of isolation of houses in order to protect persons living in the neighbourhood of an airport against excessive noise during night-time, that right will in that interpretation lose the characteristics of a social right. On the contrary, when a right contained in an international instrument on social rights is implemented in the national legislation of a State party in a manner such that it can be immediately and fully guaranteed to all, it will be judicially enforceable, as is the case with traditional civil rights.