

# ПРАВА ЛЮДИНИ: ДЕМОКРАТИЧНИЙ ШЛЯХ<sup>1</sup>

**Т. КЕМПБЕЛЛ**  
*професор права і філософії,  
співробітник Центру прикладної філософії  
і соціальної етики  
(Університет Чарльза Стюрта,  
Канберра, Австралія)*



Нескладно виявити прорахунки у політичних і правових діях навіть найдемократичніших держав. Численні приклади соціальної і політичної несправедливості та управлінської неефективності залишаються поза увагою, і ця несправедливість та неефективність нерідко заохочуються демократичними урядами. Елементи знаменитої «тиранії більшості» також лежать на поверхні. Набагато менш очевидною є нерідко більш жорстока тиранія сильних меншин, здатних використовувати приватну промисловість і суспільне життя у власних інтересах. Нечесні виборчі системи, недостовірна інформація, погане управління, байдужі громадяни і недалекоглядні політики — це лише деякі з проблем, якими сповнені сучасні демократичні держави. У цілому демократія на перший погляд видається не зовсім природним явищем, якщо так багато у людській природі та політиці працює проти неї [1].

Тому не дивно, що ми намагаємось мінімізувати дефекти існуючих у світі демократій за рахунок різноманітних інституційних вдосконалень. Багато з цих проєктів цілком заслуговують на схвалення. Розвиток освіти, більша економічна рівність, більш відкриті ЗМІ, менш упереджене правосуддя — усе це, і не тільки, життєво необхідне для здорового і ефективного демократичного правління<sup>2</sup>. Однак не всі стратегії покращення функціонування демократій, якими б добрими не були їх наміри, можуть розглядатись як демократичні вдосконалень. Одна з таких спірних стратегій, популярна сьогодні майже всюди, — це включення до конституцій абстрактних норм про права людини з метою уповноважити суд виступати гарантом дотримання демократичних процедур та їх

<sup>1</sup> Tom Campbell. Human Rights: a Democratic Way. Пленарна доповідь на XXVI Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Права людини, демократія, верховенство права та сучасні соціальні виклики у складних суспільствах» (21–26 липня 2013 р., м. Белу-Оризонті, Бразилія). Переклад з англійської С. Максимова і Н. Сатохіної.

<sup>2</sup> Як класичне обґрунтування цієї стратегії див.: [2].

результатів. Разом з тим конституційна інкорпорація прав людини задля можливості заснованого на правах людини судового контролю — «слабкого» або «сильного» — це політика не тільки значною мірою неефективна, а ще й не зовсім демократична і, якщо визнати, що існує право людини на демократію, — внутрішньо суперечлива. Узагалі, такі стратегії як у теорії, так і на практиці не приносять користі ані демократії, ані правам людини.

Виступати проти конституціоналізації норм, що закріплюють права людини, задля цілей судового контролю не означає критики прав людини як таких, принаймні, якщо ця критика не стосується їх неналежної та неефективної інституціалізації, яка нерідко суперечить самому призначенню прав людини, зокрема праву людини на самовизначення. Критика конституціоналізації судового контролю за дотриманням прав людини не є також критикою судового контролю за дотриманням законності у діях уряду в цілому. Насправді, добре продумане верховенство права є сутнісною передумовою легітимного демократичного правління. Крім того, законодавству, покликаному імплементувати права людини, можна надати форми, яка чудово поєднувалася б із верховенством права. Ба більше, акти про права людини і права людини в цілому можуть бути відділені від *судових* обмежень демократичних досягнень і використовуватись, навпаки, для подальшого підвищення їх *політичного* значення в самому демократичному процесі. Декларації, біллі, хартії або конвенції про права людини можуть бути розроблені та інституціалізовані для того, щоб слугувати радше законодавчому, ніж судовому контролю<sup>1</sup>.

Я розглядаю ці дискусійні підходи переважно в конституційному контексті Сполученого Королівства і (Британської) Співдружності [7], у першу чергу Австралії, моєї батьківщини. Це зроблено з надією на те, що вони будуть цікаві для тих, хто знаходиться в іншій юрисдикції і, швидше за все, в інших політичних обставинах. Ясна річ, на цій дискусії лежить тінь американської моделі «конституційної демократії», яка передбачає закріплення у Конституції Білль про права та сильний судовий контроль, тобто, згідно зі справою *Marbury v. Madison* 1 Ст. 137 (1803), суди можуть не застосовувати законодавство, що, на їх думку, суперечить Біллю про права. У Сполученому Королівстві, відповідно до *Акту про права людини* (1998), існує значно слабший і не закріплений у Конституції варіант судового контролю, у межах якого існує технічна можливість для парламенту відхилити або проігнорувати висновок суду, згідно з яким акт парламенту «несумісний» із Європейською конвенцією прав людини [8, с. 7; 9; 10]. Дещо сильніший, закріплений у Конституції, варіант існує в Канаді, де рішення суду про те, що закон суперечить Канадській хартії прав і свобод (1982), може бути скасоване тільки іншим законом, прийнятим «всупереч» цій несумісності [11, с. 707]. Австралія, країна, представники якої брали активну участь у розробці Загальної декларації прав людини (1948), є в цьому сенсі цікавим винятком,<sup>2</sup> і я завершу цю статтю привертаючи вашу увагу до нещодавно при-

<sup>1</sup> Літератури з цієї теми, звісно, досить багато. Я спираюсь в основному на Джеремі Волдрона, особливо на: [3], а також на: [4] і [5]. З моїх останніх робіт з цієї теми див.: [6].

<sup>2</sup> Історична «винятковість» Австралії в питанні інституціалізації прав людини забезпечує прекрасний експериментальний контроль, у ході якого перевіряється здатність судового

йнятого Акта про права людини (парламентський контроль) (2011), який втілює ідею передусім політичного, а не судового нормативного акта про права людини<sup>1</sup>.

### 1. Легалізм, демократія і права людини

Проблема надання переваги політичним або судовим функціям прав людини сповнена концептуальних пасток. Ніде це не проявляється настільки очевидно, як у дискусіях із приводу «верховенства права» та пов'язаних із ним термінів, таких як «легалізм», «законність» і, власне, «право»<sup>2</sup>. Однак у межах застосованої тут нормативної юриспруденції [18, с. 140–187; 19; 20, с. 633], яка намагається рекомендувати бажані, з точки зору моралі, форми права і влади, ми не пов'язані твердженням про «правильне» значення цих спірних термінів і можемо ставити за умову семантичний аналіз, метою якого є якнайточніше вираження бажаної, з точки зору моралі, позиції.

Обране мною визначення демократії зосереджене на рівності у політичній владі. Утім, про це пізніше. Спочатку я розроблю нормативно-орієнтоване визначення «верховенства права», запозичене з традиції правового позитивізму, якщо його розглядати не в аналітичній чи емпіричній версії, а як частину нормативного підходу, який я називаю «етичним (або нормативним) правовим позитивізмом»<sup>3</sup>. Етичний позитивізм наближається до формальної, або «легалістської» версії верховенства права, виражаючи точку зору, згідно з якою правління має здійснюватись через закони, які, незалежно від їх змісту, є загальними, проте із розумним ступенем конкретності, ясними, несуперечливими, застосовними і передбачуваними, а також, що особливо важливо, якомога більше «морально нейтральними», або такими, що «виключають» моральну термінологію, таким чином, щоб їх можна було зрозуміти і застосувати без залучення моральних переконань громадян, посадових осіб і судів<sup>4</sup>. Я позначаю цю концепцію верховенства права в різних місцях як «формалізм», «політичний легалізм» та «етичний позитивізм».

---

контролю впливати на права людини. Він також забезпечує можливість розглядати нові підходи до інституціоналізації прав людини в світлі наполегливої критики судового контролю за дотриманням прав людини (див.: [12; 13]).

<sup>1</sup> Існують також акти про права людини, створені на основі британської моделі, у штаті Вікторія та в Австралійській столичній території. У 2009 р. уряд ініціював дорадчий процес, в ході якого отримав більш ніж 35 000 висновків, які зводяться до того, що «австралійський Акт про права людини, що цілком узгоджується із законодавством Вікторії та АСТ, міг би забезпечувати пружні нитки у федеральній ковдрі захисту прав людини» (Австралійський Союз 2009). Його рекомендації не були імplementовані. Замість цього був ухвалений Акт про права людини (2011), частина австралійської системи прав людини.

<sup>2</sup> З великого масиву літератури я звертаю вашу увагу на: [14; 15, с. 137; 16; 17].

<sup>3</sup> Уперше сформульовано у: [21, с. 67], пізніше у: [22]. Див. також: [23, с. 184; 24].

<sup>4</sup> У термінах сучасного правового позитивізму це форма (у даному випадку нормативна форма) «виключаючого» правового позитивізму (див.: [25]). Найвідоміший сучасний приклад наближення до цієї позиції знаходимо у: [26]. Утім Фуллер належить радше до представників процедурних теорій природного права, ніж етичного позитивізму (див.: [22, с. 32–36; 27]).

Причини, з яких слід прийняти цю легалістську концепцію верховенства права, не можна звести лише до демократичних. Насправді, такий легалізм можна розглядати як необхідну рису будь-якого ефективного правління, незалежно від природи його цілей [28, с. 593]. Хоча існує і низка суто демократичних аргументів на користь прийняття цього типу легалізму як політичної норми. Тут я розглядаю два таких демократичних аргументи. Перший заснований на значущості індивідуальної і колективної автономії, другий — на ефективності в аспекті досягнення демократичних ідеалів. У подальшому ця ж схема застосовується до проблеми інституціоналізації прав людини.

#### **А. Автономія та верховенство права в позитивістському сенсі (*the Rule of Positivist Law*)**

Деякі з аргументів на користь політичного легалізму засновані на твердженні, що умовою розширення автономії індивіда є обізнаність суб'єктів права з приводу того, що закон забороняє, до чого він зобов'язує і що рекомендує, разом із гарантією того, що поза визначеними в законі типами поведінки громадяни вільні діяти на власний розсуд. Це потужне поєднання такої, що розширюється, автономії, яка виникає з можливості уникнути владних санкцій, і свободи діяти там, де немає жодних правових заборон, теоретично може застосовуватись і має цінність за будь-якої форми правління та було особливо важливим для пробудження нашої сучасної демократичної свідомості. Однак автономія, заснована на політичному легалізмі, завдячує своїм розширенням автономії, що проявляється в участі у створенні й схваленні законів, і є частиною останньої. Як негативна свобода робити те, що не передбачено в законі, так і позитивна свобода рівноправної участі у прийнятті законів, суб'єктами яких ми є, засновані на цінності автономії, як такої та як засобу запезпечення захисту і підтримки індивідуальних інтересів. Індивідуальна автономія, якій сприяє прийняття легалізму як політичного ідеалу, ще більше розширюється у демократичних державах, де громадяни мають право голосу в рамках колективного схвалення законів, яким вони підкорюються.

Усі ці аспекти забезпечення індивідуальної автономії у праві і за допомогою нього передбачають легалізм у правотворчості, а також точність у застосуванні та адмініструванні права, що вимагає існування правил, які відповідали б встановленим критеріям загальності, визначеності, ясності, несуперечливості, стабільності, застосовності та відсутності моральної термінології. Отже, коли громадяни мають такий різновид політичного вибору, можна вважати, що вони здійснюють щось на зразок контролюючого вибору щодо правил, які зобов'язують чи уповноважують їх. Засновані на виборі політичні процеси, що передбачають вибір між формально добрими альтернативними законами, сприяють реалізації індивідуальної автономії через колективний вибір тільки в тому випадку, якщо існує згода стосовно певного змісту того, що обирається.

У демократичних державах верховенство права у легалістському сенсі (*the rule of legalistic law*) має ще одну функцію, в рамках якої воно служить гарним критерієм ретроспективної оцінки діяльності уряду. Це відбувається тоді, коли політичні дебати зосереджені на законодавчих досягненнях і рекомендаціях конкуруючих політиків або партій. У такому разі верховенство

права в позитивістському сенсі служить основою для забезпечення демократичної відповідальності за допомогою громадської критики та підсумкового контролю виборців за прийняттям законів, що регулюють життя членів цього політичного співтовариства. Аби виконувати цю демократичну функцію, законопроекти та прийняті закони мають бути ясними і чіткими, що уможлиблює їх раціональну критику і схвалення. Недостатньо того, що виборці можуть обирати уряд, вони також повинні мати можливість здійснювати широкий контроль над ним. І цього можна досягти в тому числі і завдяки відповідальності органів влади перед суспільством за законотворчість та її майбутні й теперішні наслідки.

Таке поєднання демократичних функцій верховенства права в позитивістському сенсі передбачає особливий погляд на розподіл (а не поділ) влади, відповідно до якого обрана влада через законодавчі органи ухвалює закони, а суди застосовують їх у незмінному вигляді до конкретних обставин. Такий розподіл влади уможлиблює відповідальність органів влади за закони та їх наслідки, що можуть настати лише у тому разі, якщо ці закони можуть бути і є належним чином застосованими чиновниками і судами. Цілком відповідальне правління передбачає ефективний політичний устрій, у якому обрана влада приймає закони про правосуддя, у той час як суди обмежені застосуванням цих законів у межах встановлення фактів в окремих справах. Отже, вимоги, що висувуються до формальних якостей законодавства та відповідних компетенцій судів, є високими, і їх складно виконати, однак ці формалістські цілі невід'ємні від свобод, яким сприяє наявна у демократії перевага автономії<sup>1</sup>. Ступінь їх реалізації є прямо пропорційним ступеню реалізації переваг автономії в добре функціонуючій демократії. Практичний аспект проблеми переваг, що передбачає зміни в робочому порядку цього ідеального типу демократичного права, зокрема, у випадку, коли суди на практиці стикаються із формально слабким законом, не зачіпає фундаментальної етичної цінності цієї моделі «демократичного позитивізму».

### **Б. Демократична ефективність і верховенство права в позитивістському сенсі**

Другий традиційний аргумент на користь верховенства права в позитивістському сенсі — це ефективна реалізація дежавної політики. Успішний громадський контроль та угоди про співробітництво найбільш ефективно здійснюються у тому разі, якщо можна наблизитися до несуперечливого визначення обов'язкової чи можливої поведінки. Особливо у великих суспільствах, де політичні інструменти повинні мати деякий ступінь точності, комунікація щодо правил управління має бути, відповідно, також точною. Зокрема, у плюралістичних суспільствах з їх багатоманітністю моральних і політичних поглядів є переконливі причини для того, щоб прийняти «виключаючу» форму етичного

<sup>1</sup> Класичний аргумент проти політичного легалізму етичного позитивізму полягає в тому, що він просто не може бути реалізований ані щодо законодавства, ані щодо судочинства. Наскільки це відповідає дійсності — питання, звісно, спірне, проте дискусії тут цілком припустимі тією мірою, якою вони дозволяють наблизитися до ідеалу законодавства у легалістському сенсі (*legalistic legislation*) і формального судочинства.

позитивізму, згідно з якою закони не повинні містити абстрактної етичної термінології, оскільки така термінологія не забезпечує достатньо чіткої вказівки на те, що є обов'язковим або дозволеним.

Цей другий, практичний, аргумент може бути застосований до всіх форм правління, а не тільки до демократії. Ефективна демократія передбачає право у легалістському сенсі, однак воно робить ефективною і диктатуру. Можна сказати, що ефективність має цінність тільки тоді, коли її наслідки є бажаними, і що демократії зазвичай дають кращі наслідки, ніж інші політичні системи. Хоча ми й не можемо приймати на віру цю перевагу демократичних систем на цьому етапі аналізу. Однак це особливо важливий момент для політичного легалізму в забезпеченні демократичної ефективності.

З огляду на складність демократичних процесів у великих суспільствах існує, як правило, набагато більше ланок у ланцюжку наказів, ніж у монархічних або олігархічних державах. Як наслідок, поширене заперечення проти демократичного правління полягає в тому, що, незважаючи на всі атрибути виборів і громадянських свобод, громадяни насправді мають дуже обмежений контроль над тим, що робить влада. Аби розглянути цю проблему, звернемося до окремого типу управлінської ефективності, пов'язаного з переданням намірів виборців уряду і законодавчому органу, потім чиновникам і судам, і, нарешті, назад громадянам, тобто з комунікацією, що є необхідною, якщо демократичний процес передбачає якоюсь більш-менш значною мірою реалізацію реального вибору людей. Проблема полягає в тому, щоб побачити, як це працює в сучасних представницьких системах, у яких вибори розглядаються не як вибір законів, а як вибір влади. Лише при прямій демократії люди безпосередньо залучені до правотворчості. За цієї, можливо, й кращої, але сьогодні нездійсненої, форми демократії існує прямий зв'язок між демократичною правотворчістю і максимізацією консенсусу через вибір формально добрих законів. Вірогідно, максимум того, на що ми можемо ще сподіватися, — це демократична ефективність представницьких законодавчих зборів. І все ж створення права в легалістському сенсі через представницьке зібрання законодавців недостатньо. Незалежно від їх джерела, легалістські закони служать деяким цілям автономії, а отже, є вагомими аргументами для виборців голосувати за законодавців, які є прихильниками легалізму. Але для справжньої виборчої змагальності мають бути детальні маніфести, які давали б чітке уявлення про обіцяні законодавчі програми, а також роз'яснювали б функцію представників як делегатів, обраних для того, щоб ухвалити саме ті закони, що були обіцяні, а не ті, які влада в подальшому вирішить прийняти. Таким чином, це підводить нас до думки про важливість осмисленої участі виборців у відборі формально добрих законів.

Усе це можна розглянути ретроспективно. Вибори можна розглядати певною мірою як схвалення або відхилення прийнятих законів, яке можливе завдяки легалістським якостям законодавства. Той факт, що вибори органів влади — це вибір, який робиться, скоріше, виходячи з попередньої діяльності, ніж обіцянок щодо майбутнього, робить зв'язок між непрямою демократією і політичним легалізмом більш реальним. Для того щоб адекватно оцінити діяльність влади, має вже існувати чітке та за іншими критеріями формально

добре законодавство, що уможливило б цю оцінку. Це необхідно для того, щоб виборці могли раціонально підійти до оцінки діяльності уряду. Відповідно, демократична ефективність передбачає певну частку права в легалістському сенсі.

### **В. Права людини і верховенство права в позитивістському сенсі**

Головні аргументи проти заснованого на правах людини судового контролю сконцентровані навколо недоліків, що свідчать про брак демократії, добре систематизованих Джеремі Волдроном<sup>1</sup>, а також навколо прогнозованої неефективності такого контролю, так переконливо проілюстрованої Кейт Евінг [30, с. 48]. Тут я зосереджуся на проблемі верховенства права у цих двох напрямках критики.

Для цього слід почати з визнання того факту, що права людини можуть виражатись у праві в легалістському сенсі. Формальні якості права в позитивістському сенсі жодним чином не виключають бажаності та можливості законодавства, що закріплює права людини. Заборона тортур, смертної кари, рабства і торгівлі людьми — всі ці провідні питання прав людини у більшості суспільств стикаються тільки з такими проблемами щодо формальних стандартів, які є цілком вирішуваними. Інакше кажучи, можливе існування такого явища, як формально добре законодавство про права людини. Формальні заперечення проти норм, що закріплюють права людини, виникають тільки у тому випадку, якщо, сформульовані в абстрактних і загальних моральних поняттях, вони використовуються для того, щоб скасувати, призупинити або визнати недійсним спеціальне законодавство за допомогою ніби правової, але насправді політичної форми моральної аргументації.

Звісно, формальні недоліки закріплення у праві абстрактних тверджень про права людини з часом можуть бути частково усунені в ході триваючої роками історії судових рішень, які конкретизують абстрактні поняття за допомогою властивого загальному праву стилю судової аргументації. Завдяки останньому загальні принципи або ціннісні судження впливають на прийняття окремих рішень, завдяки чому ці принципи і судження стають більш формальними і менш навантаженими моральною термінологією [31]. Широко сформульовані принципи завжди можуть набути кращої форми — форми законодавства — в ході розвитку прецедентного права в межах компетенції органу, що створює прецедент. Однак аби ця трансформація була успішною, встановлюються легалістські обмеження щодо інтерпретації того, що саме розглядати як широко сформульовані моральні цінності. Таким чином, звужується їх обсяг і підривається мета судового контролю, яка полягає у забезпеченні всебічної перевірки прийнятих демократичним шляхом політичних рішень. Більше того, зростання обсягу прецедентного права з питань прав людини призводить до відмежування дискусії про права людини від звичайного політичного дискурсу, у такий спосіб збільшуючи загальний дефіцит демократії. Породження величезного масиву прецедентного права, достатньо віддалено пов'язаного з початковими текстами, що стверджують права людини, демонструє той факт, що права людини як цін-

<sup>1</sup> Див., наприклад: [29, с. 18].

нісні судження утворюють формально неадекватне право, яке не відповідає своїй меті у позитивістському суді, заснованому на законі.

Тут ми маємо протистояти потужній контратаці, що апелює до почуттів та широко використовується апологетами судового контролю за дотриманням прав людини. Їх аргумент полягає в тому, що прагнення зберегти чітке розмежування між правотворчою функцією законодавчих органів і правозастосовчою функцією судів з метою забезпечення автономії громадян і демократичної ефективності опиняється перед проблемою прийняття рішення більшістю як у самих законодавчих органах, так і в ході обрання їх членів. Хоча широка участь виборців і можлива, однак, якщо рішення все ж мають базуватись на принципі більшості, демократичний процес не забезпечує автономії кожного, а лише автономію тих, хто опинився у складі більшості на момент прийняття рішення. Демократи можуть апелювати до цінності максимізації автономії в межах діапазону припустимих можливостей, додаючи, вірогідно, що існує елемент автономії, який передбачає повагу і визнання гідності при наділенні рівними можливостями участі у процесі, навіть якщо доведеться поступитись принципом більшості. Ця проблема більшості є головною проблемою демократичної критики судового контролю за дотриманням прав людини, і вона відкриває шлях для конституціоналізації розподілу законодавчої влади і залучення до цього процесу виражених у термінах моралі та занадто абстрактних принципів прав людини як переважного способу захисту фундаментальних інтересів політичних меншин, особливо коли вони утворені неоднорідними стійкими соціальними групами. Без сумніву, захист таких меншин — найсильніший аргумент на користь заснованого на правах людини судового контролю. У даному випадку на користь судового контролю свідчить той факт, що захист уразливих меншин компенсує недоліки, що виникають з обмеження легалістських характеристик формально доброго закону.

Один із підходів етичного позитивізму до проблеми більшості полягає в тому, що йдеться про дещо більше, ніж статистична більшість тих, хто шляхом голосування визначає результат, унаслідок чого проблема уразливих соціальних та економічних меншин усувається на другий план. Цей підхід, однак, вкрай однобічно орієнтований на існуючий стан речей і дає можливість як сильним, так і уразливим меншинам перешкоджати автономії більшості. Далі ми стикаємося з постійно виникаючими складними емпіричними питаннями, наприклад, чи має окремий закон розглядатись як результат нездатності стримати сильні в соціальному та економічному плані меншини, або чи є вибір цього закону невинуватим обмеженням автономії соціальних та економічних меншин, що накладається більшістю<sup>1</sup>.

Інший підхід до проблеми більшості заснований на тезі, що меншини захищені належним поєднанням загальності та конкретності формально добрих законів, які дають чітке уявлення про категорії осіб, права і обов'язки яких зачіпаються цим законодавством. Це полегшує визначення уразливих груп, що перебувають у небезпеці, і, таким чином, свідчить про коректність закону в

---

<sup>1</sup> Інша лінія аргументації спирається на те, що системи, створені для захисту уразливих меншин, як правило, виявляються захопленими меншинами сильними (див.: [32]).



цьому сенсі. Насправді, цю категоризацію можна розглядати як додатковий раціональний аргумент на користь верховенства права в позитивістському сенсі. Він полягає в тому, що формальна справедливість, тобто однаковий підхід до однакових людей у однакових ситуаціях, передбачає наявність правил, що пояснюють категорії залучених осіб, а також відповідний підхід до них<sup>1</sup>.

Проте таке пояснення ще не гарантує того, що не буде серйозного дискримінаційного впливу законодавства, яке визначає групи, що можуть бути дискриміновані. У дійсності, чітке визначення у новому законі тих, чії права і обов'язки можуть зачіпатися, можна розглядати як забезпечення можливості для егоїстичної і безтурботної більшості здобувати вигоду для себе.

Хоча вона і залежить від результатів, досягнутих в окремих суспільствах, проблема більшості, здається, відкрила шлях для обґрунтування принаймні форми заснованого на правах людини судового контролю, зведеного до захисту уразливих меншин через відокремлення законодавчої влади, обмеженої у виконанні цієї функції. Тут тягар доведення перекладається на критику судового контролю за дотриманням прав людини, якій належить продемонструвати, або що існує кращий і більш демократичний шлях вирішення проблеми більшості, або що не існує такого вирішення проблеми, яке б не збільшувало дефіцит демократії у судовому контролі. Питання про те, як довести те, чого вимагає цей тягар доведення, змушує нас звернути увагу на нормативний підхід до того, що саме встановлює і що виправдовує демократія.

## 2. Ринковий вибір або публічний дискурс?<sup>2</sup>

Поняття ринку та обговорення становлять підґрунтя конкуруючих сьогодні нормативних теорій демократії. Спрощуючи це протистояння, можна виокремити, з одного боку, теорію ринку, що походить від Джеймса Мілля [34], Єремї Бенґама й Йозефа Шумпетера [35], які розглядали виборців як споживачів, що колективно «купають» органи влади для задоволення власних потреб і побажань. Ця теорія відповідає принципу «одна людина — один голос», що передбачає зрівняння у правах на політичному ринку. Інша крайність — це теорія участі, або деліберативна теорія, яка розглядає демократію як форму спільного ухвалення рішень на основі обговорення певної проблеми зацікавленими суб'єктами, що спирається на аргументи, які стосуються радше публічних, ніж приватних інтересів. Варіант такого підходу знаходимо в роботах Юргена Габермаса [36; 37] і Рональда Дворкіна [38].

<sup>1</sup> Продовжуючи цей напрям думки, слід зазначити, що формальна справедливість, обґрунтована легалізмом, може розглядатись як частина того, що можна назвати «моральною формою» обґрунтування, відповідно до якої моральна правильність найкраще виражена у правилах, сформульованих в межах методології Канта, згідно з якою максими моралі, а звідси і права, повинні пройти перевірку на універсальність. Правило утилітаризму базується на подібній логіці, коли відповідь на це питання залежить від попередніх результатів загального підкорення максими, що включає правило. Якщо ми хочемо, щоб право було морально виправданим, то це методологія копіювання у законотворчості. Якщо ж ми хочемо, щоб люди з різними моральними переконаннями знали, яке правило є обов'язковим, то воно має бути виражене у чітких і не пов'язаних із мораллю термінах.

<sup>2</sup> У цій частині розвиваються ідеї, висловлені у: [33].

Теорії ринку забезпечують аналіз в економічному стилі демократичного вибору і процесу, переважно у представницьких системах. Йдеться про теорії вибору і переваг, що передбачають егоїзм учасників. Деліберативні теорії — це ті з сучасних форм теорій участі, які наголошують на значенні внутрішніх дебатів щодо змісту необхідного загального блага і зазвичай асоціюються з прямою демократією. Це теорії дискусії, консенсусу та, іноді, оволодіння знанням [39, с. 26], орієнтовані на досягнення компромісу, соціальної справедливості і стабільності, що водночас сприяє вирішенню проблеми більшості у демократичних державах. Деліберативні теорії прагнуть забезпечити або прагматичну, або епістемологічну основу узгодженого правління. Вони містять комунітаристський і громадський елементи, які виглядають більш привабливо, ніж безмежний індивідуалізм і фрагментарність ринкових альтернатив, за якими демократія являє собою купівлю-продаж кандидатів, партій або еліт у такий спосіб, щоб якомога більше людей отримали бажане [40; 41; 42; 43].

У контексті гіпотези про взаємозв'язок демократії і прав людини через легалізм від нас можна очікувати надання переваги більш цивілізованим, а тому більш привабливій, деліберативній теорії. У дійсності легалізм як вибір формально доброго закону тісно пов'язаний з обговоренням. Обрання загальних, але емпірично конкретних норм — складне завдання, що потребує міркування, подібного моральним дебатам.

Утім загальноприйнято розглядати демократію переважно як цивілізовану дискусію щодо загального блага. Якщо б це відповідало дійсності, проблему більшості було б практично вирішено, але, на жаль, це не так. Демократії породжують багато дебатів, але небагато з них відбуваються у формі неупередженої дискусії щодо загального блага. Частіше за все має місце боротьба за владу, орієнтована на власні інтереси, замаскована за допомогою публічних виступів та тільки частково пом'якшена ідеєю загального блага. У таких обставинах дискурсивне розуміння демократії набуває рис небезпечної політичної пастки, яка полягає в тому, що якщо обговорення складає сутність демократії, то насправді існують аргументи на користь віддання прав людини на розсуд безвідповідальній, але чітко вираженій еліті, що не перебуває під тиском виборчої політики. Ці занепокоєння підтверджуються коментарями філософа-республіканця Філіппа Петті, який відзначив, що деліберативний поворот призводить до «деполітизації» демократії<sup>1</sup>, за якої здатність вести дійсно об'єктивну і обізану моральну дискусію про загальне благо є доволі рідкісним явищем, яке не так вже й просто знайти серед звичайних виборців і ще складніше серед політиків, залежних від голосів останніх.

---

<sup>1</sup> «Якщо обговорення дійсно має керувати суспільним життям, то не залишається іншого вибору, крім деполітизації публічних рішень різними шляхами. Чи означає це, що суспільне обговорення суперечить ідеалу демократії? Так, якщо демократія означає лише реалізацію колективної волі. Ні... якщо вона означає надання громадської оцінки: точніше, реалізацію тих міркувань, які народ схвалює як прийнятні для визначення державної політики... Так само як війна є занадто важливою, щоб залишати її в руках генералів, так і деліберативна демократія є занадто важливою, щоб залишати її в руках політиків. Немає демократизації без деполітизації» [44].

Очевидність того, що в моральному і політичному обґрунтуванні слід надати перевагу логічному мисленню, інтелектуальній комунікації і неупередженій участі у коректній дискусії, не скасовує того факту, що у цілеспрямованих і освічених людей є власні моральні й політичні вподобання, що зумовлюють їх політичні погляди. Погляди цілеспрямованих та освічених людей не завжди поділяють інші громадяни в силу прямого або імпліцитного припущення про егоїзм, притаманний політичній дискусії. Головне відкриття теорії ринку полягає в тому, що, принаймні в політиці, егоїзм переважає, і відповідно мають бути механізми штучного узгодження інтересів. Водночас ті, хто прагнуть політичної влади і отримують її, мають переконати більшість громадян у тому, що вони діють або хочуть діяти в інтересах останніх. Згідно з цим підходом, краще нормативне підґрунтя реальної демократії — це гомогенні суспільства з невисоким рівнем освіти і громадянських свобод, де задоволення інтересів більшості достатньо добре гарантоване, хоча зазвичай і не розподілене належним чином, і все це тією мірою, яка дозволяє вважати цю політичну систему кращою за всі інші. У цьому сенсі демократія — це процес вибору, механізм, який передусім захищає і просуває інтереси якомога більшої кількості людей. Демократія існує для того, щоб протистояти неминучим перевагам тих невразливих меншин, які в іншому разі отримали б надмірну політичну або економічну владу. Таким чином, теорії ринку змальовують картину міцної та надійної системи, у якій виборці можуть впливати на владу і змушувати її робити хороші речі, які вона в іншому разі не розглядала б. Стверджується, що ці переваги не мають бути поставлені під загрозу в ході зменшення значення і сфери вибору в політичному процесі.

Навіть якщо так, то чи передбачає ринкова демократія верховенство права в позитивістському сенсі? Чи передбачає ринкова модель легалізм? Чи недостатньо обрати органи влади, які, після відповідного внутрішнього обговорення, зупиняться на чомусь, більш невизначеному, ніж необхідні закони, нададуть чиновникам та судам можливість для подальшої конкретизації в ході відповідного обговорення, а потім нададуть виборцям можливість оцінити результати ретроспективно? Таким чином, право в легалістському сенсі не може бути важливою складовою здійснення контролю за обраною владою, що може ефективно захищати і підтримувати інтереси людей.

Це повертає нас до підстав, за якими вважається, що ринкова влада політичного споживача розширюється завдяки тому, що можна назвати гарним маркуванням продуктів на полиці, а також прорахунком вигід від вчинку в світлі того, що обіцяє це маркування. Безсумнівно, існують більш або менш ефективні політичні ринки, і такі системи не можуть працювати добре в умовах нестачі інформації і відсутності справжньої конкуренції, майже так само, як ефективні економічні ринки, що передбачають доступність інформації та рівність можливостей для виробників і продавців.

Чи не заходить аналогія з ринком занадто далеко? Чи не існує принципових відмінностей між купівлею товарів і політичним вибором? Існують як мінімум дві дуже важливі відмінності. Перша полягає в тому, що на виборах кожний повнолітній має один голос, в той час як покупці мають зовсім нерівні суми грошей. Принаймні це вважається нормальним для демократичних ринків. Це не так у випадку другої відмінності, яка полягає в тому, що покупці діють виходячи

з індивідуальних потреб і побажань, у той час як виборці, якими б не були їх наміри, голосують за те, що поряд з ними отримують й інші. Фактично, представники меншості взагалі не отримують того, за що вони платять своїми головами.

Таким чином, ми повернулись до проблеми більшості. Чи тільки більшість може бути захищена від влади, і чи тільки інтереси більшості можуть відстоюватись у будь-якій реалістичній ринковій моделі демократії? Зрозуміло, що культура раціональної дискусії може пом'якшити нечутливість більшості до потреб меншості і сприяти зростанню альтруїстичних поглядів, проте, згідно з теорією ринку, цей ефект зводиться нанівець через особисті вподобання. Відповідно, залишається раціональний аргумент на користь необхідності здійснити аналог заборони продажу небезпечних товарів або принаймні товарів, небезпечних для уразливих меншин. Єдина проблема тут полягає в тому, що складно визначити і узгодити, що саме є небезпечними політичними товарами. Зазвичай різниця у поглядах більшості та меншості зводиться до того, що є, а що не є неприйнятним поведінням із меншістю. Існують очевидні і беззаперечні винятки, такі як тортури, голод, рабство. У таких справах логіка судового контролю за дотриманням прав людини може бути настільки ж однозначною, як і добре складений договір із покупцем. Відповідно, ми зацікавлені у системі судового контролю за умови, що вона суворо обмежена такими однозначними випадками кричущого зловживання. Можливо, обмежена і піддана ретельній перевірці форма судового контролю на основі певних чітко сформульованих прав людини, що стосуються захисту уразливих меншин, може принести більше егалітарного блага, ніж шкоди для демократії.

На мій погляд, сильна форма судового контролю, навіть якщо вона обмежена цими рамками, залишається сумнівною, оскільки являє собою процес, що викликає розбіжності, які складно узгодити, і який суперечить аргументам автономії та ефективності, розглянутим вище<sup>1</sup>. Однак проблема більшості може мати достатню моральну вагу для того, щоб обґрунтувати більш слабкі форми судового контролю за дотриманням прав людини, коли парламент має останнє слово в дискусії, у якій теоретично можуть брати участь усі зацікавлені суб'єкти. Навіть якщо демократія є передусім питанням розподілу політичної влади у такий спосіб, щоб надати можливість якомога більшій кількості людей захищати їх інтереси, процес захисту уразливих меншин, який істотно не зменшує влади більшості, можна розглядати як цінне доповнення до егоїстичної політичної дискусії та прийняття рішень. На це, вочевидь, сподіваються ті, хто надає перевагу британському стилю актів про права людини, який його прихильники часто називають «діалогічною» моделлю, заснованою на деліберативній взаємодії судів, уряду, парламенту і народу з метою пом'якшення проблеми більшості.

На практиці, однак, слабка форма судового контролю за дотриманням прав людини набагато більше поширена, ніж захист уразливих меншин від чітко визначених форм несправедливості. Більше того, його вплив є в цілому невітш-

---

<sup>1</sup> На підтвердження того, що наслідки слабкої форми судового контролю є невизначеними – або вона завершується співучастю в урядових порушеннях, або сильним судовим розсудом – див.: [45].

ним навіть у цьому відношенні. Це так частково через те, що на рівні конкретизації, яку передбачає формально добрий закон, не існує угод, уявних або реальних, які уклалися б між судами, парламентами, урядами і народом щодо точного значення загальних тверджень про права людини, з якими вони працюють. Британські суди обережні в інтепретації дискусійного законодавства та прийнятті «Декларацій несумісності» (йдеться про несумісність з Європейською конвенцією прав людини). Можливо, причина в тому, що будь-який авантюрист міг би поставити питання про неконституційність. Як наслідок, помилки уряду в галузі прав людини часто отримують явне і безспірне судове визнання за рахунок схвалення судами сумнівного законодавства.

До того ж британський Об'єднаний парламентський комітет з прав людини схильний працювати відповідно до другої моделі, за якою суди уповноважені радше не обговорювати питання прав людини, а надавати їм власного вираження і морального витлумачення. Ще більше ця практика поширена у робочому проєкті «Заяв про сумісність» (тобто сумісність з Євроконвенцією) [46, с. 40]. Проте у більш широкому політичному сенсі, питання, пов'язані з правами людини, має взяти на себе технічна судова експертиза, що використовує спеціальну термінологію і процедури, таким чином, повертаючи дебати зі своєрідного морального дискурсу, в якому можуть брати участь й інші. Складається враження, що права людини — це радше правове і судове, ніж моральне і політичне питання, тому пов'язані з ними проблеми мають скоріше вирішуватись у судах, ніж бути сферою відповідальності політиків, а відповідно, у кінцевому підсумку, й виборців. Крім того, процес інтепретації абстрактних моральних ідеалів, виражених зазвичай у біллях та конвенціях про права, таких як свобода слова, свобода договору або недоторканність життя як такого, з метою отримання правил, які є достатньо ясними і конкретними для того, щоб вирішити проблему наклепу (у випадку свободи слова), примусу і недобросовісної реклами (у випадку свободи договору) або абортів та евтаназії (у випадку життя), врешті-решт вимагає радше морального, ніж правового судження. Такі судження виявляють конкуруючі моральні інтуїції та залучають низку економічних і соціальних факторів, стосовно яких суди на практиці погано захищені та позбавлені достатнього морального і політичного впливу. Що ж до головної проблеми цієї статті, то коли межа між політикою і правом розмивається і руйнується розподіл правотворчої і правозастосовчої влади, то досягнення верховенства права значно звужуються. Йдеться, зокрема, про обмеження державної влади вимогою здійснення її за допомогою закону і відповідно до нього. У результаті надія на діалог між судами, урядом і виборцями згасає і практично зникає.

Проте дискусії у британському Об'єднаному парламентському комітеті з прав людини, так само як і відповідні процеси у міністерствах, які працюють над «Заявами про сумісність», були досить цінними. У зв'язку з цим виникають цікаві питання, наприклад, чи можуть бути позитивні аспекти цих процесів збережені та примножені без залучення судів до прийняття Декларацій про несумісність і покладання на них обов'язку інтепретувати законодавство у такий спосіб, щоб зробити його сумісним з конвенціями про права людини [47, с. 79]. Якщо відволіктися від окремих складнощів такого руху в контексті

Європейського Союзу, де розширений судовий режим прав людини виконує особливу політичну роль кузні культурної ідентичності як основи європейського патріотизму, існують підстави для розгляду переваг для прав людини такого устрою, у якому вся відповідальність за права людини зосереджена у демократичному процесі, як мінімум, до тих пір, поки вони втілені у законодавстві, що робить можливим їх застосування в судах.

### 3. Демократична альтернатива

Завершимо розгляд окремих теорій конкретним прикладом більш демократичного розвитку прав людини, який ілюструє альтернативу заснованому на правах людини судовому контролю, як сильному, так і слабкому, та охоплює важливу складову деліберативної політики в рамках переважно ринкової моделі демократії.

Це *Акт про права людини (парламентський контроль) (2011)*, закон Австралійського Союзу, який набув чинності минулого року. Більшість австралійців все ще не чули про нього, і більшість австралійських юристів не розглядають його як справжній акт про права людини, оскільки він не передбачає механізму судового контролю. Австралійський акт відкрито не надає жодних особливих повноважень судам, але він містить інші заходи, які можна знайти в інших слабких формах актів про права людини, таких як британський Акт про права людини (1998), що передбачає виконавчі «Заяви про сумісність» (у випадку Сполученого Королівства йдеться про сумісність з Європейською конвенцією прав людини) і заснування парламентського комітету для аналізу законопроектів та діючого законодавства, що складається з членів обох політичних партій з обох палат парламенту. Однак австралійські суди не зобов'язані інтерпретувати законодавство таким чином, щоб воно було сумісним з правами людини, і не уповноважені робити «Заяви про несумісність», які, хоча і не скасовують законодавство, але ініціюють цей процес, після чого парламент може переглянути законодавство в світлі зробленої судом заяви.

Об'єднаний парламентський комітет з прав людини повинен здійснювати нагляд, виходячи не з Австралійської конвенції про права, а в світлі ратифікації Австралією семи угод про права людини, на основі яких він обговорює спірні питання з відповідним міністром і робить звіти перед обома палатами парламенту, які розглядаються в ході утвердження нового законодавства. Передбачається також, що Комітет проводить громадське розслідування щодо діючого законодавства та інших питань, пов'язаних з правами людини, запропонованих Генеральним прокурором<sup>1</sup>.

На жаль, цей Акт про права людини буде привертати суспільну увагу в тих випадках, коли суди робитимуть заяви про несумісність законодавства з правами людини, і, таким чином, провокувати цікавий конфлікт між парламентом і судами. І, як більшість парламентських комітетів, яких у Парламенті Австралії багато, він, без сумніву, буде до певної міри, зазнавати впливу політичних партій. Крім того, Австралійський акт має деякі цікаві та потенційно важливі особливості. По-перше, одна з особливостей полягає в тому, що він не обмежений

---

<sup>1</sup> Детальніше див.: [48, с. 58].

громадянськими і політичними правами, що є типовим обмеженням для судового контролю. Угоди, що ним охоплюються, містять усі питання прав людини, у тому числі, наприклад, Міжнародний пакт про економічні, соціальні й культурні права, Конвенцію про попередження всіх форм расової дискримінації та Конвенцію про попередження дискримінації щодо жінок. Це вкрай широка сфера для Акта про права людини, який може працювати добре як підтримка моніторингу ООН угод про права людини. По-друге, ще один примітний фактор полягає в тому, що Акт є частиною системи прав людини, яка охоплює загальноновизнану незалежну Комісію з прав людини та великий масив законодавства з прав людини [49; 50]. По-третє, він, зі своїми суто політичними функціями, не передбачає обов'язкового зв'язку з конституційними суперечностями, які примушують поставити під сумнів демократичну легітимність більшості орієнтованих на суди актів про права людини, що відводять свій погляд від морального і політичного обговорення проблем прав людини в очікуванні судових рішень із схожих проблем. Нарешті, він покладає відповідальність за просування і захист прав людини безпосередньо на плечі уряду, громадянського суспільства та окремих громадян, що забезпечують легітимий фундамент, на якому має вирости більш ефективний і тривалий прогрес, ніж той, якого можна було б очікувати від делегування цієї відповідальності судам, що діють за рамками своїх звичних повноважень.

Я не стверджую, що ця австралійська модель краща за інші, або що вона прийнятна для всіх держав і всіх обставин. Насправді, хоча зараз вона і є дуже активною, їй загрожує занепад у разі недостатньої політичної підтримки і громадської байдужості. Багато-що залежить від того, наскільки вона цікава ЗМІ та підтримується австралійцями. Але для тих, хто займається питаннями демократії та прав людини, вона, безумовно, заслуговує на увагу.

Нарешті, про глобальний контекст. Інституціалізація прав людини, всупереч загальним прагненням філософії прав людини, не може і не повинна відбуватись однаково для всіх. Проте існують інші характерні виклики, що виникають на рівні глобальних інституцій. Певна транснаціональна гармонізація режимів прав людини — це життєво важливий пріоритет, якщо йдеться про глобальну справедливість. І, незважаючи на те, що ця гармонізація має охоплювати ефективну імплементацію верховенства права, на глобальному рівні культурна багатоманітність є такою, що вона ускладнює розробку позитивного права на транснаціональному рівні. Однак, як було обґрунтовано вище, одна з причин того, щоб надати перевагу легалістській моделі верховенства права, полягає у першорядній важливості прав людини для самовизначення — це те право, що, на мою думку, охоплює як складову право людини на життя у демократичній системі правління та участь у ній. Це тільки один із багатьох викликів глобалізації прав людини. У даному разі небезпека, яка має нас хвилювати, полягає в тому, що на шкоду правам людини ми отримуємо «більше права» і «менше демократії»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Розділяючи слова і почуття Петри Добнер: [51].

## ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Keane J.* The Life and Death of Democracy / J. Keane. — New York : W. W. Norton, 2009. — 992 p.
2. *Dworkin R.* A Bill of Rights for Britain / R. Dworkin. — London : Chatto, 1990. — 59 p.
3. *Waldron J.* The Core Case against Judicial Review / J. Waldron // Yale Law Journal. — 2006. — № 115. — P. 1346–1406.
4. *Bellamy R.* Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy / R. Bellamy. — Cambridge : Cambridge University Press, 2007. — 270 p.
5. *Tushnet M.* Taking the Constitution Away from the Courts / M. Tushnet. — Princeton : Princeton University Press, 2000. — 254 p.
6. *Campbell T.* Parliamentary Review with a Democratic Charter of Rights / T. Campbell // The Legal Protection of Human Rights : Sceptical Essays. — Oxford : Oxford University Press, 2011.
7. *Hirschl R.* Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism / R. Hirschl. — Cambridge Mass : Harvard University Press, 2004. — 286 p.
8. *Hiebert J. L.* Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model / J. L. Hiebert // Modern Law Review. — 2006. — № 69. — P. 7–28.
9. *Gearty C.* Principles of Human Rights Adjudication / C. Gearty. — Cambridge : Cambridge University Press, 2004. — 230 p.
10. *Kavanagh A.* Constitutional Review under the UK Human Rights Act 1998 / A. Kavanagh. — Cambridge : Cambridge University Press, 2009.
11. *Gardbaum S.* The New Commonwealth Model of Constitutionalism / S. Gardbaum // American Journal of Comparative Law. — 2001. — № 49. — P. 707–760.
12. *Galligan B.* Australian Exceptionalism: Rights Protection without a Bill of Rights / B. Galligan, F. L. Morton // Protecting Human Rights without A Bill of Rights. — Aldershot : Ashgate, 2006. — P. 17–39.
13. *Byrnes A.* *Charlesworth H., McKinnon G.* Bills of Rights in Australia: History, Politics and Law / A. Byrnes, H. Charlesworth, G. McKinnon. — Sydney : UNSW Press, 2009.
14. *Raz J.* The Rule of Law and Its Virtue / J. Raz // Law Quarterly Review. — 1977. — P. 195–211.
15. *Waldron J.* The Rule of Law: An Essentially Contested Concept? / J. Waldron // Law and Philosophy. — 2002. — № 21. — P. 137–164.
16. *Tamanaha Brian Z.* On the Rule of Law: History, Politics, Theory / Brian Z. Tamanaha — Cambridge : Cambridge University Press, 2004. — 180 p.
17. *Bingham T.* The Rule of Law / T. Bingham. — London : Penguin, 2010. — 224 p.
18. *Dworkin R.* Justice in Robes / R. Dworkin. — Harvard University Press, 2006.
19. *West R.* Normative Jurisprudence / R. West. — Cambridge : Cambridge University Press, 2011. — 209 p.
20. *Priel D.* Description and Evaluation in Jurisprudence / D. Priel // Law and Philosophy. — 2010. — № 29.
21. *Campbell T.* Ethical Positivism / T. Campbell // Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. — 1987.
22. *Campbell T.* The Legal Theory of Ethical Positivism / T. Campbell. — Aldershot : Dartmouth, 1996. — 250 p.
23. *MacCormick D. N.* The Ethics of Legalism / D. N. MacCormick // Ratio Juris. — 1989. — № 2.



24. *Waldron J.* Normative (or Ethical) Positivism / J. Waldron // Hart's Postscript. — Oxford : Oxford University Press, 2001. — P. 411—433.
25. *Raz J.* Practical Reason and Norms / J. Raz. — Oxford : Oxford University Press, 1975. — 220 p.
35. *Fuller Lon L.* The Morality of Law / Lon L. Fuller. — London : Hutchinson, 1969. — 215 p.
36. *Schauer F.* Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making / F. Schauer. — Oxford : Clarendon, 1991. — 272 p.
37. *Hart H. L. A.* The Separation of Law and Morals / H. L. A. Hart // Harvard Law Review. — 1957-8. — № 71. — P. 593—629.
38. *Waldron J.* A Rights-Based Critique of Constitutional Rights / J. Waldron // Oxford Journal of Legal Studies. — 1993. — № 13. — P. 18—51.
39. *Ewing K. D.* The Continuing Futility of the Human Rights Act / K. D. Ewing // Public Law. — 2008.
40. *Waluchow W. J.* A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree / W. J. Waluchow. — Cambridge : Cambridge University Press, 2007. — 283 p.
41. *Nichol D.* Business Rights as Human Rights / D. Nichol // The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays. — Oxford : Oxford University Press, 2011. — Chapter 11. — P. 229—243.
42. *Campbell T.* Legal Positivism and Deliberative Democracy / T. Campbell // Current Legal Problems. — 1998. — № 51. — P. 65—92.
43. *Mill J.* The Liberty of the Press / J. Mill // Encyclopaedia Britannica. — 5<sup>th</sup>edn. — 1982.
44. *Schumpeter J.* Capitalism, Socialism and Democracy / J. Schumpeter. — New York : Harper and Row, 1950. — 431 p.
45. *Habermas J.* Moral Consciousness and Deliberative Action / J. Habermas. — Cambridge : MIT Press, 1990. — 225 p.
46. *Habermas J.* Between Facts and Norms / J. Habermas. — Cambridge : Polity, 1997.
47. *Dworkin R.* Law's Empire / R. Dworkin. — London : Fontana, 1986. — 453 p.
48. *Cohen J.* An Epistemic Concept of Democracy / J. Cohen // Ethics. — 1986. — № 97. — P. 26—38.
49. *Gutman A.* Democracy and Disagreement / A. Gutman, D. Thompson. — Cambridge : Harvard University Press, 1996. — 432 p.
50. *Bohman J.* Deliberative Democracy / J. Bohman, R. William. — Cambridge : MIT Press, 1997. — 447 p.
51. *Nino C.* The Constitution of Deliberative Democracy / C. Nino. — New Haven : Yale University Press, 1996.
52. *Dryzek J.* Foundations and Frontiers of Deliberative Governance / J. Dryzek, S. Niemeyer. — New York : Oxford University Press, 2010.
53. *Pettit P.* Depoliticizing Democracy / P. Pettit // Deliberative Democracy and Its Discontents. — Aldershot : Ashgate, 2006. — P. 93—105.
54. *Tushnet M.* Weak Courts, Strong Rights; Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law / M. Tushnet. — Princeton University Press, 2007. — 288 p.
55. *Hiebert J. L.* Governing Like Judges / J. L. Hiebert // The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays. — Oxford : Oxford University Press, 2011.
56. *Campbell T.* Incorporation through Interpretation / T. Campbell // Sceptical Essays on Human Rights. — Oxford : Oxford University Press, 2001.
57. *Kinley D.* Exile on Main Street: Australia's Legislative Agenda for Human Rights / D. Kinley, C. Ernst // European Human Rights Law Review. — 2012. — № 1. — P. 58—70.

58. *Commonwealth of Australia*, Australia's National Human Rights Action Plan. — 2012.
59. *Gerber P.* Contemporary Perspectives on Human Rights Law in Australia / P. Gerber, M. Castan. — Sydney : LawBook, 2013.
60. *Dobner P.* More Law, Less Democracy: Democracy and Transnational Constitutionalism / P. Dobner // *The Twilight of Constitutionalism?* — Oxford : Oxford University Press, 2010. — 368 p.

**Кемпбелл Т. Права людини: демократичний шлях**

**Анотація.** У статті розглядається проблема співвідношення політичної та юридичної функції прав людини переважно у конституційному контексті Британської Співдружності. Автор відстоює позицію легалізму, або етичного позитивізму, що передбачає таку модель верховенства права, згідно з якою акти про права людини мають служити, радше, не судовому, а законодавчому контролю, що сприяло б як автономії особистості, так і демократичній ефективності.

**Ключові слова:** права людини, демократія, судовий контроль, парламентський контроль, легалізм, етичний позитивізм, верховенство права.

**Кэмпбелл Т. Права человека: демократический путь**

**Аннотация.** В статье рассматривается проблема соотношения политической и юридической функции прав человека преимущественно в конституционном контексте Британского Содружества. Автор отстаивает позицию легализма, или этического позитивизма, предполагающего такую модель верховенства права, в соответствии с которой акты о правах человека должны служить, скорее, не судебному, а законодательному контролю, что способствовало бы как автономии личности, так и демократической эффективности.

**Ключевые слова:** права человека, демократия, судебный контроль, парламентский контроль, легализм, этический позитивизм, верховенство права.

**Campbell T. Human Rights: a Democratic Way**

**Summary.** The article deals with the problem of the relation of political and legal functions of the human rights principally in the constitutional context of the Commonwealth of Nations. The author advocates the position of legalism, or ethical positivism, involving a model of the rule of law, according to which human rights Acts must serve legislative, rather than judicial, review that would facilitate both individual autonomy and democratic effectiveness.

**Key words:** human rights, democracy, judicial review, legislative review, legalism, ethical positivism, rule of law.