

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА: ДЕМОКРАТИЧЕСКИЙ ПУТЬ*

Т. КЭМПБЕЛЛ**

В статье рассматривается проблема соотношения политической и юридической функций 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. При этом одна из причин для того, чтобы предпочесть легалистскую модель верховенства права, состоит в первостепенной важности права человека на самоопределение, которое включает в качестве составляющей право человека на жизнь в демократической системе правления и участие в ней. В качестве конкретного примера более демократического разоружения прав человека, который иллюстрирует альтернативу основанному на правах человека судебному контролю, как сильному, так и слабому, и охватывает важную составляющую делиберативной политики в рамках преимущественно рыночной модели демократии, рассматривается австралийский Акт о правах человека (парламентском контроле) 2011 г. Этот документ возлагает ответственность за продвижение и защиту прав человека непосредственно на плечи правительства, гражданского общества и отдельных граждан, обеспечивающих легитимный фундамент, на котором должен вырасти более эффективный и устойчивый прогресс, чем тот, которого можно было бы



Том Кэмпбелл,
профессор права и философии,
Центр прикладной философии
и социальной этики,
Университет Чарльза Стёрта
(Канберра, Австралия)

* Доклад на пленарном заседании XXVI Всемирного конгресса Международной ассоциации философии права и социальной философии «Права человека, демократия, верховенство права и современные социальные вызовы в сложных обществах», состоявшегося 21–26 июля 2013 г. в Белу-Оризонте (Бразилия).

Campbell T. Human Rights: a Democratic Way // XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy. Human Rights, Democracy, Rule of Law and Contemporary Social Challenges in Complex Societies. Belo Horizonte, 2013. P. 63–76.

** Tom Campbell is a professor of law and philosophy, Centre for Applied Philosophy and Public Ethics, Charles Sturt University (Canberra, Australia).

Перевод с английского языка С. И. Максимова (s_maximov@ukr.net), Н. И. Сатохиной (satokhina@mail.ru).

© Tom Campbell, 2013

© Максимов С. И., Сатохина Н. И., перевод на русский язык, 2013

ожидать от делегирования этой ответственности судам, действующим за рамками своих привычных полномочий.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: права человека, демократия, судебный контроль, парламентский контроль, легализм, этический позитивизм, верховенство права.

CAMPBELL T. HUMAN RIGHTS: A DEMOCRATIC WAY

The article deals with the problem of the relation of political and legal functions of the human rights, primarily in the constitutional context of the British Commonwealth. 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, control that would facilitate both individual autonomy and democratic effectiveness. Whereby, one reason for favouring the legalistic mode of the rule of law is the paramount importance of the human right to self-determination, a right which includes the human right to live under and participate in a democratic system of government. Australian Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 is considered as a concrete example of a more democratic deployment of the human rights which illustrates an alternative to human rights-based judicial review, both strong and weak, and includes a significant ingredient of deliberative politics within a dominantly market model of democracy. This document puts the responsibility for the furtherance and protection of human rights directly on the shoulders of government, civil society and individual citizens which provide a legitimate base to generate an effective and enduring progress beyond that which can be expected from the delegation of this responsibility to courts operating outside their normal powers.

KEYWORDS: human rights, democracy, judicial review, parliamentary scrutiny, legalism, ethical positivism, rule of law.

Несложно обнаружить просчеты в правовых и политических действиях даже самых демократических государств. Многочисленные примеры социальной и политической несправедливости и управленческой неэффективности остаются без внимания, и эти несправедливость и неэффективность часто приумножаются демократическими правительствами. Элементы пресловутой «тирании большинства» также лежат на поверхности. Гораздо менее очевидна нередко более жестокая тирания сильных меньшинств, способных использовать частную промышленность и общественную жизнь в собственных интересах. Нечестные избирательные системы, недостоверная информация, плохое управление, равнодушные граждане и недальновидные политики — это только некоторые из многочисленных проблем, которыми изобилуют современные демократические государства. В целом демократия на первый взгляд кажется не совсем естественным феноменом, коль скоро так много в человеческой природе и политических обстоятельствах работает против нее.¹

Поэтому неудивительно, что мы пытаемся минимизировать дефекты существующих в мире демократий за счет разнообразных институциональных усовершенствований. Многие из этих стратегий вполне заслуживают одобрения. Развитие образования, большее экономическое равенство, более открытые СМИ, менее предвзятое правосудие, — все это (и не только это) жизненно необходимо для здорового и эффективного

¹ Keane J. *The Life and Death of Democracy*. New York, 2009.

демократического правления.² Однако не все стратегии улучшения функционирования демократий, какими бы благими ни были их цели, могут рассматриваться как демократические усовершенствования. Одна из таких спорных стратегий, популярная сегодня почти повсеместно, — это включение в конституции абстрактных норм о правах человека, чтобы уполномочить суд действовать в качестве гаранта соблюдения демократических процедур и их результатов. Вместе с тем включение в конституции прав человека с целью обеспечения основанного на правах человека судебного контроля («слабого» или «сильного») — это политика не только в значительной степени неэффективная, но и не вполне демократичная, а если признать существование права человека на демократию, то и внутренне противоречивая. В целом такие стратегии ни в теории, ни на практике не приносят пользы ни демократии, ни правам человека.

Выступать против конституционализации норм о правах человека в целях судебного контроля — не значит критиковать права человека как таковые, по крайней мере, если эта критика не касается их ненадлежащей и неэффективной институционализации, которая часто противоречит самому предназначению прав человека, в частности праву человека на самоопределение. Критика конституционализации судебного контроля над соблюдением прав человека не является также критикой судебного контроля над соблюдением законности в действиях правительства в целом. На самом деле, хорошо продуманное верховенство права является существенной предпосылкой легитимного демократического правления. Кроме того, законодательству, призванному имплементировать права человека, можно придать форму, которая прекрасно сочеталась бы с так понимаемым верховенством права. Более того, акты о правах человека и права человека в целом могут быть отделены от *судебных* ограничений достижений демократии и использоваться, напротив, для дальнейшего повышения их *политического* значения в самом демократическом процессе. Декларации, билли, хартии или конвенции о правах человека могут быть разработаны и институционализированы для того, чтобы послужить скорее законодательному контролю, чем судебному.³

Я рассматриваю эти дискуссионные подходы преимущественно в конституционном контексте Соединенного Королевства и (Британского) Содружества,⁴ особенно Австралии, моей родины. Это сделано в надежде на то, что они будут интересны тем, кто находится в других юрисдикциях и, скорее всего, в других политических обстоятельствах. Конечно, на этих дебатах лежит тень американской модели «конституционной демократии», которая предполагает закрепленный в конституции Билль о правах и «сильный» судебный контроль, т. е. согласно делу *Marbury v. Madison*⁵ суды могут

² В качестве классического обоснования этой стратегии см.: *Dworkin R. A Bill of Rights for Britain*. London, 1990.

³ Литература по этой теме, конечно, весьма обширна. Я опираюсь в основном на Джереми Уолдрона, особенно на: *Waldron J. The Core Case against Judicial Review* // *Yale Law Journal*. 2006. N 115. — См. также: *Bellamy R. Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge, 2007; *Tushnet M. Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, 2000. — Из моих последних работ по этой теме см.: *Campbell T. Parliamentary Review with a Democratic Charter of Rights* // *The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays*. Oxford, 2011.

⁴ *Hirschl R. Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge (Mass.), 2004.

⁵ 1 Cr. 137 (1803).

не применять законодательство, которое, по их мнению, противоречит Биллю о правах. В Соединенном Королевстве согласно Акту о правах человека 1998 г. существует гораздо более слабая и не закрепленная Конституцией версия судебного контроля, предусматривающая техническую возможность для парламента отменить или проигнорировать решение суда, в соответствии с которым акт парламента «несовместим» с Европейской конвенцией о правах человека.⁶ Несколько более сильный, закрепленный в Конституции, вариант существует в Канаде, где решение суда о том, что закон противоречит Канадской хартии прав и свобод 1982 г., может быть отменено только другим законом, принятым «вопреки» этой несовместимости.⁷ Австралия — страна, представители которой принимали активное участие в разработке Всеобщей декларации прав человека 1948 г., — является в этом смысле интересным исключением,⁸ и я завершу эту статью, привлекая ваше внимание к недавно принятому Акту о правах человека (парламентском контроле) 2011 г., который воплощает идею в первую очередь политического, а не судебного нормативного акта о правах человека.⁹

I. ЛЕГАЛИЗМ, ДЕМОКРАТИЯ И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Проблема предпочтения политических или судебных функций прав человека полна концептуальных ловушек. Нигде это не проявляется так очевидно, как в дискуссиях о «верховенстве права» и связанных с ним терминах, таких как «легализм», «законность» и собственно «право».¹⁰ Однако в рамках разновидности нормативной юриспруденции, которой мы следуем здесь¹¹ и которая пытается рекомендовать предпочтительные с точки

⁶ *Hiebert J. L. Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model // Modern Law Review. 2006. N 69. P. 7; Gearty C. Principles of Human Rights Adjudication. Cambridge, 2004; Kavanagh A. Constitutional Review under the UK Human Rights Act 1998. Cambridge, 2009.*

⁷ *Gardbaum S. The New Commonwealth Model of Constitutionalism // American Journal of Comparative Law. 2001. N 49. P. 707.*

⁸ Историческая «исключительность» Австралии в вопросе институционализации прав человека обеспечивает превосходный экспериментальный контроль, в ходе которого оценивается способность судебного контроля влиять на права человека. Она также обеспечивает возможность рассматривать новые подходы к институционализации прав человека в свете настойчивой критики судебного контроля за соблюдением прав человека (*Galligan B., Morton F. L. Australian Exceptionalism: Rights Protection without a Bill of Rights // Protecting Human Rights Without a Bill of Rights. Aldershot, 2006; Byrnes A., Charlesworth H., McKinnon G. Bills of Rights in Australia. History, Politics and Law. Sydney, 2009.*)

⁹ Существуют также акты о правах человека, созданные на основе британской модели, в штате Виктория и в Австралийской столичной территории (АСТ). В 2009 г. правительство инициировало совещательный процесс, в ходе которого было получено более 35 000 выводов, сводящихся к тому, что «австралийский Акт о правах человека, который вполне согласован с законодательством Виктории и АСТ, мог бы обеспечить упругие нити в федеральном одеяле защиты прав человека» (Австралийский Союз 2009 г.). Его рекомендации не были имплементированы. Вместо этого был принят Акт о правах человека 2011 г. — часть австралийской системы прав человека.

¹⁰ Из обширной литературы я обращаю ваше внимание на: *Raz J. The Rule of Law and Its Virtue // Law Quarterly Review. 1977. N 93. P. 195–211; Waldron J. The Rule of Law. An Essentially Contested Concept? // Law and Philosophy. 2002. N 21. P. 137; Tamanaha B. Z. On the Rule of Law. History, Politics, Theory. Cambridge, 2004; Bingham T. The Rule of Law. London, 2010.*

¹¹ См. об этом: *Dworkin R. Justice in Robes. Cambridge, 2006. P. 140–187; West R. Normative Jurisprudence. Cambridge, 2011; Priel D. Description and Evaluation in Jurisprudence // Law and Philosophy. 2010. N 29. P. 633.*

зрения морали формы права и власти, мы не связаны утверждением о «правильном» значении этих спорных терминов, и можем выдвигать в качестве условия семантический анализ, целью которого является наиболее четкое выражение предпочтительной с моральной точки зрения позиции.

Выбранное мной определение «демократии» сконцентрировано на равенстве в политической власти. Но об этом позже. Сначала я разработаю нормативно ориентированное определение «верховенства права», вышедшее из традиции правового позитивизма, не в его аналитической или эмпирической версии, а как часть нормативного подхода, который я называю «этическим (или нормативным) правовым позитивизмом».¹² Этический позитивизм приближается к формальной, или «легалистской», версии верховенства права, выражая точку зрения, согласно которой управление должно осуществляться посредством законов, которые, независимо от их содержания, являются всеобщими, хотя им и присуща разумная доля конкретности, ясными, непротиворечивыми, выполнимыми и предсказуемыми, а также, что особенно важно, являются как можно более «морально нейтральными», или «исключающими» моральную терминологию, так, чтобы их можно было понять и применить без обращения к моральным убеждениям граждан, должностных лиц и судов.¹³ Я обозначаю эту концепцию верховенства права в разных местах как «формализм», «политический легализм» и «этический позитивизм».

Причины, по которым следует принять эту легалистскую концепцию верховенства права, не сводятся только к демократическим. На самом деле, такой легализм можно считать необходимой чертой всякого эффективного правления, независимо от природы его целей.¹⁴ Однако существует и ряд сугубо демократических причин для принятия этого типа легализма как политической нормы. Здесь я рассматриваю два таких демократических аргумента. Первый основан на значимости индивидуальной и коллективной автономии, второй — на эффективности в аспекте достижения демократических идеалов. В дальнейшем эта же схема применяется к проблеме институционализации прав человека.

а) Автономия и верховенство права в позитивистском смысле (the Rule of Positivist Law). Некоторые из аргументов в пользу политического легализма основаны на утверждении, согласно которому условием расширения индивидуальной автономии является осведомленность субъектов права относительно того, что закон запрещает, к чему он обязывает и что рекомендует, вкупе с гарантией того, что вне определенных в законе типов поведения граждане юридически свободны действовать по своему усмотрению. Это мощное соединение расширяющейся автономии,

¹² Впервые сформулировано в: *Campbell T. Ethical Positivism // Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. Stuttgart, 1987. P. 67*; позже в: *Campbell T. The Legal Theory of Ethical Positivism. Aldershot, 1996.* — См. также: *MacCormick D. N. The Ethics of Legalism // Ratio Juris. 1989. N 2. P. 184*; *Waldron J. Normative (or Ethical) Positivism // Hart's Postscript. Oxford, 2001.*

¹³ В терминах современного правового позитивизма это форма (в данном случае нормативная форма) «исключающего» правового позитивизма (*Raz J. Practical Reason and Norms. Oxford, 1975*). Наиболее известное современное приближение к этой позиции обнаруживается в: *Fuller L. L. The Morality of Law. London, 1969.* — Фуллер относится к представителю скорее процедурных теорий естественного права, чем этического позитивизма (*Campbell T. The Legal Theory of Ethical Positivism. P. 32–36*; *Schauer F. Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making. Oxford, 1991*).

¹⁴ *Hart H. L. A. The Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. 1957–1958. N 71. P. 593.*

возникающей из возможности избежать государственных санкций, и свободы действовать там, где нет никаких правовых запретов, теоретически применимо и ценно при любой форме правления и было особенно важным для пробуждения нашего современного демократического сознания. Но автономия, основанная на политическом легализме, расширяется благодаря автономии, которая проявляется в участии в создании и одобрении законов, и выступает частью последней. Как негативная свобода делать то, что не предусмотрено законом, так и позитивная свобода равноправно участвовать в принятии законов, субъектами которых мы являемся, основаны на ценности автономии как таковой и в качестве обеспечения защиты и поддержки индивидуальных интересов. Индивидуальная автономия, которой способствует принятие легализма в качестве политического идеала, еще больше расширяется в демократических государствах, где граждане имеют право голоса в рамках коллективного одобрения законов, которым они подчиняются.

Все эти аспекты обеспечения индивидуальной автономии в праве и посредством него предполагают легализм в правотворчестве, а также точность в применении и администрировании права, что предусматривает существование правил, соответствующих определенным критериям всеобщности, определенности, понятности, непротиворечивости, стабильности, выполнимости и отсутствия моральной терминологии. Таким образом, когда у граждан есть этот вид политического выбора, можно считать, что они осуществляют нечто вроде контролирующего выбора в отношении правил, обязывающих и уполномочивающих их. Основанные на выборе политические процессы, которые включают выбор между формально хорошими альтернативными законами, способствуют реализации индивидуальной автономии через коллективный выбор только в том случае, если существует согласие относительно определенного содержания того, что выбирается.

В условиях демократии верховенство права в легалистском смысле (*the rule of legalistic law*) имеет еще одну функцию, в рамках которой оно служит осязаемым критерием ретроспективной оценки деятельности правительства. Это происходит тогда, когда политические дебаты сосредоточены на законодательных достижениях и рекомендациях конкурирующих политиков и партий. В данном случае верховенство права в позитивистском смысле служит основой для обеспечения демократической ответственности посредством общественной критики и итогового контроля избирателей над принятием законов, регулирующих жизнь членов данного политического сообщества. Для того чтобы выполнять эту демократическую функцию, законопроекты и принятые законы должны быть ясными и четкими, что делает возможными их рациональную критику и одобрение. Недостаточно того, что избиратели могут выбирать правительство, у них также должна быть возможность осуществлять широкий контроль над ним. И этого можно достичь отчасти посредством ответственности органов власти перед обществом за законотворчество и его результаты как в будущем, так и в настоящем.

Такое сочетание демократических функций верховенства права в позитивистском смысле предполагает особый взгляд на разделение (а не отделение) властей, в соответствии с которым избранная власть через законодательные органы принимает законы, а суды применяют их в неизменном виде к конкретным обстоятельствам. Такое разделение властей делает возможной ответственность органов власти за принятые законы и их последствия, которые могут наступить только в том случае, если данные

законы могут быть и являются надлежащим образом приведенными в исполнение чиновниками и судами. В полной мере ответственное правление предполагает эффективное политическое устройство, в котором избранная власть принимает законы о правосудии, в то время как суды ограничены применением этих законов в рамках установления фактов по отдельным делам. Требования, которые таким образом выдвигаются к формальным качествам законодательства и соответствующим компетенциям судов, высоки и трудновыполнимы, однако эти формалистские цели неотделимы от свобод, которым сопутствует имеющееся в демократии преимущество автономии.¹⁵ Степень их реализации прямо пропорциональна степени реализации преимуществ автономии в хорошо функционирующей демократии. Практический аспект проблемы, предполагающий изменение в рабочем порядке этого идеального типа демократического права, в частности, в том случае, когда суды сталкиваются на практике с формально слабым законом, не затрагивает фундаментальную этическую ценность этой модели «демократического позитивизма».

б) Демократическая эффективность и верховенство права в позитивистском смысле. Второй традиционный аргумент в пользу верховенства права в позитивистском смысле — это эффективная реализация государственной политики. Успешный гражданский контроль и соглашения о сотрудничестве наиболее эффективно осуществляются в том случае, когда можно приблизиться к непротиворечивому определению обязательного или возможного поведения. Особенно в больших обществах, когда политические инструменты должны иметь некоторую степень точности, коммуникация относительно правил управления должна быть, соответственно, тоже четкой. В частности, в плюралистических обществах с их многообразием моральных и политических взглядов имеются убедительные причины для того, чтобы принять «исключающую» форму этического позитивизма, в соответствии с которой законы не должны содержать абстрактной этической терминологии, поскольку такая терминология не обеспечивает достаточно четкого указания на то, что является обязательным или дозволенным.

Этот второй, практический, аргумент применим к большинству форм правления, а не только к демократии. Эффективная демократия предполагает право в легалистском смысле (*legalistic law*), однако оно делает эффективной и диктатуру. Можно сказать, что эффективность представляет ценность только тогда, когда ее результаты желательны, и что демократии обычно дают лучшие результаты, чем иные политические системы. Хотя мы не можем принимать на веру это преимущество демократических систем на данном этапе анализа. Тем не менее я предполагаю, что это особо важный момент для политического легализма в обеспечении демократической эффективности.

В силу сложности демократических процессов в больших обществах существует, как правило, намного больше звеньев в цепи приказов, чем в монархических или олигархических государствах. В результате распространённое возражение против демократического правления состоит в том, что, несмотря на все атрибуты выборов и гражданских свобод,

¹⁵ Классический аргумент против политического легализма этического позитивизма состоит в том, что он просто невыполним — ни в отношении законодательства, ни в отношении правосудия. Насколько это соответствует действительности — вопрос, конечно, спорный, но дискуссии здесь вполне допустимы в той степени, в которой они позволяют приблизиться к идеалу законодательства в легалистском смысле (*legalistic legislation*) и формального правосудия.

граждане на самом деле имеют весьма ограниченный контроль над тем, что делает власть. Чтобы рассмотреть эту проблему, обратимся к отдельному типу управленческой эффективности, связанному с передачей намерений избирателей правительству и законодательному органу, затем чиновникам и судам и, наконец, назад к гражданам, т. е. с коммуникацией, которая необходима, если демократический процесс предполагает в сколько-либо значительной степени реализацию реального выбора людей. Проблема состоит в том, чтобы увидеть, как это работает в современных представительных системах, где выборы рассматриваются не как выбор законов, а как выбор власти. Только в прямой демократии люди непосредственно вовлечены в правотворчество. При этой (возможно, предпочтительной, но сегодня неосуществимой) форме демократии существует прямая связь между демократическим правотворчеством и максимизацией согласия посредством выбора формально хороших законов. Наверное, максимум того, на что мы можем еще надеяться, — это демократическая эффективность представительного законодательного собрания. И все же создания права в легалистском смысле через представительное собрание законодателей недостаточно. Независимо от их источника, легалистские законы служат некоторым целям автономии, следовательно, есть весомые аргументы для избирателей голосовать за законодателей, которые являются сторонниками легализма. Но для настоящей выборной состязательности должны быть подробные манифесты, которые давали бы четкое представление об обещанных законодательных программах, а также разъяснили бы функции представителей как делегатов, избранных для того, чтобы принять именно те законы, которые были обещаны, а не те, которые власть решит принять впоследствии. Таким образом, это подводит нас к идее о важности осмысленного участия избирателей в выборе формально хороших законов.

Все это можно рассмотреть ретроспективно. Выборы можно рассматривать отчасти как одобрение или отклонение принятых законов, что возможно благодаря легалистским качествам законодательства. Тот факт, что выборы органов власти — это выбор, который делается скорее на основе предшествующей деятельности, чем будущих обещаний, делает связь между непрямой демократией и политическим легализмом более осуществимой. Для того чтобы адекватно оценить деятельность власти, должно уже существовать четкое и в других отношениях формально хорошее законодательство, которое делало бы эту оценку возможной. Это необходимо для того, чтобы избиратели могли рационально подойти к оценке достижений правительства. Следовательно, демократическая эффективность предполагает определенную долю права в легалистском смысле.

в) Права человека и верховенство права в позитивистском смысле. Главные аргументы против основанного на правах человека судебного контроля сосредоточены вокруг изъянов, свидетельствующих о недостатке демократии и хорошо систематизированных Джереми Уолдроном,¹⁶ а также вокруг прогнозируемой неэффективности такого контроля, так убедительно проиллюстрированной Кейт Эвинг.¹⁷ Здесь я сосредоточусь на проблеме верховенства права в этих двух направлениях критики.

¹⁶ См., напр.: *Waldron J. A Rights-Based Critique of Constitutional Rights // Oxford Journal of Legal Studies. 1993. N 13. P. 18.*

¹⁷ *Ewing K. D., Tham J.-C. The Continuing Futility of the Human Rights Act // Public Law. 2008. P. 48.*

Для этого следует начать с признания того факта, что права человека могут быть выражены в праве в легалистском смысле. Формальные качества права в позитивистском смысле никоим образом не исключают желательности и возможности законодательства, закрепляющего права человека. Запрет пыток, смертной казни, рабства и торговли людьми — все эти ведущие проблемы прав человека в большинстве обществ сталкиваются только с такими трудностями в отношении формальных стандартов, которые вполне преодолимы. Иными словами, возможно существование такого явления, как формально хорошее законодательство о правах человека. Формальные возражения против законодательства о правах человека возникают только в том случае, если, выраженное в абстрактных и общих моральных понятиях, оно используется для того, чтобы отменить, приостановить или признать недействительным специальное законодательство посредством якобы правовой, но на самом деле политической формы моральной аргументации.

Конечно, формальные недостатки закрепления в праве абстрактных утверждений о правах человека со временем могут быть частично исправлены в процессе продолжающейся годами истории судебных решений, которые конкретизируют абстрактные понятия посредством свойственного общему праву стиля судебной аргументации. Благодаря последнему общие принципы или ценностные суждения влияют на принятие отдельных решений, за счет чего эти принципы и суждения становятся более формальными и менее нагруженными моральной терминологией.¹⁸ Широко сформулированные принципы всегда могут быть облечены в лучшую форму — форму законодательства — в процессе развития прецедентного права в пределах компетенции создающего прецеденты органа. Однако для того чтобы эта трансформация была успешной, устанавливаются легалистские ограничения относительно интерпретации того, что именно рассматривать в качестве широко сформулированных моральных ценностей. Таким образом, сужается их объем и подрывается цель судебного контроля, состоящая в обеспечении всесторонней проверки принятых демократическим путем политических решений. Более того, увеличение объема прецедентного права по вопросам прав человека приводит к отграничению дискуссии о правах человека от обыкновенного политического дискурса, таким образом увеличивая общий дефицит демократии. Порождение огромного массива прецедентного права, весьма отдаленно связанного с изначальными текстами, утверждающими права человека, демонстрирует тот факт, что права человека как ценностные суждения создают формально неадекватное право, не соответствующее своим целям в позитивистском суде, основанном на законе.

Тут мы должны противостоять мощной, апеллирующей к чувствам контратаке, широко используемой апологетами судебного контроля над соблюдением прав человека. Их аргумент состоит в том, что стремление к сохранению четкого разграничения между правотворческой функцией законодательных органов и правоприменительной функцией судов с целью обеспечения автономии граждан и демократической эффективности сталкивается с проблемой принятия решения большинством как в самих законодательных собраниях, так и в процессе избрания их членов. Хотя широкое участие избирателей и возможно, однако, если решения все же

¹⁸ *Waluchow W. J. A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree. Cambridge, 2007.*

должны основываться на принципе большинства, демократический процесс не обеспечивает автономию каждого, а только автономии тех, кто оказался в составе большинства на момент принятия решения. Демократы могут апеллировать к ценности максимизации автономии в пределах диапазона допустимых возможностей, добавляя, вероятно, что существует элемент автономии, предполагающий уважение и признание достоинства при наделении равными возможностями участия в процессе, даже если придется поступиться принципом большинства. Эта проблема большинства — главная проблема демократической критики судебного контроля над соблюдением прав человека, и она открывает путь для конституционализации разделения законодательной власти и вовлечения в этот процесс выраженных в терминах морали и слишком абстрактных принципов прав человека как предпочтительного способа защиты фундаментальных интересов политических меньшинств, особенно когда они образованы неоднородными устойчивыми социальными группами. Без сомнения, защита таких меньшинств — самый сильный аргумент в пользу основанного на правах человека судебного контроля. В данном случае в пользу судебного контроля говорит тот факт, что защита уязвимых меньшинств компенсирует издержки, возникающие из ограничения легалистских характеристик формально хорошего закона.

Один из подходов этического позитивизма к проблеме большинства состоит в том, что речь идет о чем-то большем, чем статистическое большинство тех, кто путем голосования определяет итог, в результате чего проблема уязвимых социальных и экономических меньшинств отодвигается на второй план. Однако этот подход крайне односторонне ориентирован на существующее положение вещей и дает возможность как сильным, так и уязвимым меньшинствам препятствовать автономии большинства. Далее мы сталкиваемся с постоянно возникающими сложными эмпирическими вопросами, например: должен ли отдельный закон рассматриваться в качестве результата невозможности сдержать сильные в социальном или экономическом плане меньшинства, или является ли выбор этого закона неоправданным ограничением автономии социальных и экономических меньшинств, накладываемым большинством?¹⁹

Другой подход к проблеме большинства основан на утверждении, согласно которому меньшинства защищены надлежащим сочетанием всеобщности и конкретности формально хороших законов, дающих четкое представление о категориях лиц, чьи права и обязанности затрагиваются данным законодательством. Это облегчает определение находящихся в опасности уязвимых групп и, таким образом, свидетельствует о корректности закона в этом отношении. На самом деле эту категоризацию можно рассматривать как дополнительный рациональный аргумент в поддержку верховенства права в позитивистском смысле. Он состоит в том, что формальная справедливость, т. е. одинаковый подход к одинаковым людям в одинаковых ситуациях, предполагает наличие правил, проясняющих категории вовлеченных лиц, а также соответствующий подход к ним.²⁰

¹⁹ Другая линия аргументации основана на том, что системы, устанавливающие защиту уязвимых меньшинств, как правило, оказываются захваченными сильными меньшинствами (*Nichol D. Business Rights as Human Rights // The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays. Ch. 11 Oxford, 2011*).

²⁰ Продолжая эту линию мысли, нужно отметить, что формальная справедливость, обоснованная легализмом, может рассматриваться как часть того, что можно назвать «моральной формой» обоснования, в соответствии с которой моральная правильность

Однако такое прояснение еще не гарантирует того, что не будет серьезного дискриминационного воздействия законодательства, выявляющего группы, которые могут быть дискриминированы. На самом деле четкое определение в новом законе тех, чьи права и обязанности могут быть затронуты, можно рассматривать как обеспечение возможности для эгоистичного и беззаботного большинства извлекать выгоду для себя.

Будучи зависимой от результатов, достигнутых в отдельных обществах, проблема большинства, кажется, открыла путь для обоснования как минимум формы основанного на правах человека судебного контроля, сведенного к защите уязвимых меньшинств посредством отделения законодательной власти, ограниченной в выполнении данной функции. Тут бремя доказывания перекладывается на критику судебного контроля над соблюдением прав человека, которой надлежит показать, что либо существует лучший и более демократический путь решения проблемы большинства, либо не существует такого решения проблемы, которое не увеличивало бы дефицит демократии в судебном контроле. Вопрос о том, как доказать то, чего требует это бремя доказывания, заставляет нас обратить внимание на нормативный подход к тому, что именно устанавливает и что оправдывает демократия.

II. РЫНОЧНЫЙ ВЫБОР ИЛИ ПУБЛИЧНЫЙ ДИСКУРС?²¹

Понятия рынка и обсуждения положены в основу конкурирующих в настоящее время нормативных теорий демократии. Упрощая это противопоставление, можно выделить, с одной стороны, теорию рынка, идущую от Джеймса Милла,²² Иеремии Бентама и Йозефа Шумпетера,²³ которая рассматривает избирателей как потребителей, коллективно «покупающих» органы власти для удовлетворения собственных потребностей и желаний. Эта теория соответствует принципу «один человек — один голос», что предполагает уравнивание в правах на политическом рынке. Другая крайность — это теория участия, или делиберативная теория, которая рассматривает демократию как форму совместного принятия решений в ходе обсуждения определенной проблемы заинтересованными субъектами, на основе аргументов, затрагивающих скорее публичные, чем частные интересы. Вариант такого подхода находим в работах Юргена Хабермаса²⁴ и Рональда Дворкина.²⁵

лучше всего выражена в правилах, сформулированных в рамках методологии Канта, согласно которой максимы морали, а отсюда и права, должны пройти проверку на универсальность. Правило утилитаризма основано на подобной логике, когда ответ на этот вопрос зависит от предварительных результатов общего подчинения максиме, включающей правило. Если мы хотим, чтобы право было морально оправданным, то это — методология подражания в законотворчестве. Если же мы хотим, чтобы люди с различными моральными убеждениями знали, какая максима (или правило) является обязательной, то она должна быть выражена в четких и не связанных с моралью терминах.

²¹ В этой части развиваются идеи, высказанные в: *Campbell T. Legal Positivism and Deliberative Democracy // Current Legal Problems. 1998. N 51.*

²² *Mill J. The Liberty of the Press // Encyclopaedia Britannica. 5th ed. London, 1982.*

²³ *Schumpeter J. Capitalism, Socialism and Democracy. New York, 1950.*

²⁴ *Habermas J. 1) Moral Consciousness and Deliberative Action. Cambridge, 1990; 2) Between Facts and Norms. Cambridge, 1997.*

²⁵ *Dworkin R. Law's Empire. London, 1986.*

Теории рынка обеспечивают анализ в экономическом стиле демократического выбора и процесса преимущественно в представительных системах. Это теории выбора и предпочтений, предлагающие эгоизм участников. Делиберативные теории — это те из современных форм теорий участия, которые делают акцент на роли внутренних дебатов о содержании необходимого общего блага и традиционно ассоциируются с прямой демократией. Это теории дискуссии, консенсуса и иногда приобретения знания,²⁶ созданные для достижения компромисса, социальной справедливости и стабильности, что в то же время способствует разрешению проблемы большинства в демократических государствах. Делиберативные теории стремятся обеспечить либо прагматическую, либо эпистемологическую основу согласованного правления. Они содержат коммунитаристский и гражданский элементы, которые выглядят более привлекательно, чем безудержный индивидуализм и фрагментарность рыночных альтернатив, согласно которым демократия представляет собой куплю-продажу кандидатов, партий или элит таким образом, чтобы как можно большее количество людей получили желаемое.²⁷

В контексте гипотезы о взаимосвязи демократии и прав человека через легализм от нас можно ожидать предпочтения более цивилизованной, а потому и более привлекательной делиберативной теории. В действительности легализм как выбор формально хорошего закона тесно связан с обсуждением. Выбор всеобщих, но эмпирически конкретных норм — сложное задание, требующее рассуждения, подобного моральным дебатам.

Тем не менее общепринято рассматривать демократию преимущественно как цивилизованную дискуссию относительно общего блага. Если бы это соответствовало действительности, проблема большинства была бы практически разрешена, но, увы, это не так. Демократии порождают много дебатов, но многие их них проходят в форме беспристрастной дискуссии об общем благе. Чаще всего имеет место борьба за власть, ориентированная на собственные интересы, замаскированная с помощью публичных выступлений и лишь частично смягченная идеей общего блага. В таких обстоятельствах дискурсивное понимание демократии приобретает черты опасной политической ловушки, состоящей в том, что если обсуждение составляет сущность демократии, значит, на самом деле, существуют доводы в пользу передачи прав человека на откуп безответственной, но четко выраженной элите, не находящейся под давлением избирательной политики. Эти опасения подтверждаются комментариями философа-республиканца Филиппа Петти, который отметил, что делиберативный поворот ведет к «деполитизации» демократии,²⁸ когда способность вести действительно

²⁶ *Cohen J.* An Epistemic Concept of Democracy // *Ethics*. 1986. N 97. P. 26.

²⁷ *Gutman A., Thompson D.* Democracy and Disagreement. Cambridge, 1996; *Bohman J., Rehg W.* Deliberative Democracy. Cambridge, 1997; *Nino C.* The Constitution of Deliberative Democracy. New Haven, 1996; *Dryzek J., Niemeyer S.* Foundations and Frontiers of Deliberative Governance. New York, 2010.

²⁸ «Если обсуждение действительно должно руководить общественной жизнью, то не остается иного выбора, кроме деполитизации публичных решений разными путями. Означает ли это, что публичное обсуждение противоречит идеалу демократии? Да, если демократия означает только реализацию коллективной воли. Нет... если она означает общественную оценку, точнее, реализацию тех соображений, которые народ считает допустимыми для определения государственной политики... Так же как война слишком важна, чтобы оставлять ее в руках генералов, так и делиберативная демократия слишком важна, чтобы оставлять ее в руках политиков. Нет демократизации без деполитизации»

объективную и просвещенную моральную дискуссию об общем благе является довольно редким феноменом, и его не так-то просто найти среди обычных избирателей, а еще сложнее среди политиков, которые зависят от голосов последних.

Очевидно, что в моральном и политическом обосновании следует предпочесть логическое мышление, интеллектуальную коммуникацию и непредвзятое участие в корректной дискуссии, однако это не отменяет того факта, что у целеустремленных и осведомленных людей существуют собственные моральные и политические предпочтения, определяющие их политические взгляды. Убеждения целеустремленных и образованных людей не всегда разделяются остальными гражданами по причине прямого или имплицитного предположения об эгоизме, присущем политической дискуссии. Главное открытие теории рынка состоит в том, что, как минимум, в политике эгоизм преобладает, и, следовательно, должны быть механизмы искусственного согласования интересов. В то же время те, кто стремится к политической власти и получает ее, должны убедить большинство граждан, что они действуют или хотят действовать в интересах последних. В соответствии с этим подходом лучший нормативный фундамент реальной демократии — это гомогенные общества с невысоким уровнем образования и гражданских свобод, где удовлетворение интересов большинства достаточно гарантировано, хотя, как правило, и не распределено надлежащим образом, и все это в той степени, которая позволяет считать данную политическую систему лучшей, чем все другие. В этом смысле демократия — это избирательный процесс, механизм, который прежде всего защищает и продвигает интересы как можно большего количества людей. Демократия существует для того, чтобы противостоять неизбежным преимуществам тех неуязвимых меньшинств, которые в противном случае получили бы избыточную политическую и экономическую власть. Таким образом, теории рынка обрисовывают картину прочной и надежной системы, позволяющей избирателям влиять на власть и заставлять ее делать хорошие вещи, которые она иначе не рассматривала бы. Утверждается, что эти преимущества не должны быть поставлены под угрозу в ходе сокращения значения и сферы выбора в политическом процессе.

Даже если так, предполагает ли рыночная демократия верховенство права в позитивистском смысле? Предусматривает ли рыночная модель легализм? Не достаточно ли избрать органы власти, которые после соответствующего внутреннего обсуждения останутся на чем-то более неопределенном, чем необходимые законы, дадут чиновникам и судам возможность дальнейшей конкретизации в ходе соответствующего обсуждения, а затем предоставят избирателям возможность оценить результаты ретроспективно? Таким образом, право в легалистском смысле не может быть важной составляющей в осуществлении контроля над избранной властью, который может эффективно защищать и продвигать интересы людей.

Это возвращает нас к основаниям, по которым считается, что рыночная власть политического потребителя расширяется благодаря тому, что можно назвать хорошей маркировкой продуктов на полке, а также расчетом выгод от поступка в свете того, что обещает эта маркировка. Несомненно, существуют более и менее эффективные политические рынки, и такие системы не могут работать хорошо в условиях нехватки

(Pettit P. Depoliticizing Democracy // Deliberative Democracy and Its Discontents. Aldershot, 2006. P. 93–105).

информации и отсутствия настоящей конкуренции, почти так же, как эффективные экономические рынки, которые предполагают доступность информации и равенство возможностей среди производителей и продавцов.

Не заходит ли аналогия с рынком слишком далеко? Не существует ли принципиального различия между покупкой товаров и политическим выбором? Есть как минимум два очень важных отличия. Первое состоит в том, что на выборах каждый совершеннолетний имеет один голос, в то время как покупатели имеют совсем не равные суммы денег. По крайней мере, это считается нормальным для демократических рынков. Это не так в случае второго отличия, которое состоит в том, что покупатели действуют исходя из индивидуальных потребностей и желаний, в то время как избиратели, какими бы ни были их намерения, голосуют за то, что наравне с ними получают и другие. Фактически представители меньшинства вообще не получают того, за что они платят своими голосами.

Таким образом, мы вернулись к проблеме большинства. Только ли большинство может быть защищено от власти, и только ли интересы большинства могут отстаиваться во всякой реалистичной рыночной модели демократии? Понятно, что культура рациональной дискуссии может смягчить нечувствительность большинства к потребностям меньшинства и способствовать возрастанию альтруистических взглядов, но согласно теории рынка этот эффект нейтрализуется их личными предпочтениями. Следовательно, остается рациональный аргумент в пользу необходимости произвести аналог запрета продажи опасных товаров или, как минимум, товаров, которые опасны для уязвимых меньшинств. Единственная проблема здесь состоит в том, что сложно определить и согласовать, что именно является опасными политическими товарами. Обычно различия во мнениях между большинством и меньшинством сводятся к тому, что является, а что не является неприемлемым обращением с меньшинством. Существуют очевидные и бесспорные исключения, такие как пытки, голод, рабство. В таких делах логика судебного контроля над соблюдением прав человека может быть настолько же однозначной, как и хорошо составленный договор с покупателем. Следовательно, мы заинтересованы в системе судебного контроля в той мере, в какой она строго ограничена такими однозначными случаями вопиющего злоупотребления. Возможно, ограниченная и внимательно контролируемая форма судебного контроля на основе некоторых четко сформулированных прав человека, относящихся к защите уязвимых меньшинств, может принести больше эгалитарного блага, чем вреда для демократии.

По моему мнению, сильная форма судебного контроля, даже если он ограничен этими рамками, остается спорной, поскольку представляет собой процесс, вызывающий разногласия и противоречивый аргументам автономии и эффективности, рассмотренным выше.²⁹ Однако проблема большинства может иметь достаточный моральный вес для того, чтобы обосновать более слабые формы судебного контроля над соблюдением прав человека, когда парламент имеет последнее слово в дискуссии, в которой теоретически могут участвовать все заинтересованные субъекты. Даже если демократия есть прежде всего вопрос распределения

²⁹ В подтверждение того, что последствия слабой формы судебного контроля являются неопределенными — либо она заканчивается соучастием в правительственных правонарушениях, либо сильным судебным контролем, — см.: *Tushnet M. Weak Courts, Strong Rights; Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton, 2007. Ch. 3.*

политической власти таким образом, чтобы предоставить возможность как можно большему количеству людей защищать свои интересы, процесс защиты уязвимых меньшинств, который существенно не уменьшает власти большинства, можно рассматривать как ценное дополнение к эгоистичной политической дискуссии и принятию решений. На это, очевидно, надеются те, кто предпочитает британский стиль актов о правах человека, который его сторонники часто называют «диалогичной» моделью, основанной на делиберативном взаимодействии судов, правительства, парламента и народа с целью смягчения проблемы большинства.

На практике, однако, слабая форма судебного контроля над соблюдением прав человека гораздо более распространена, чем защита уязвимых меньшинств от четко обозначенных форм несправедливости. Более того, его воздействие в целом неутешительно даже в этом отношении, отчасти потому, что на уровне конкретизации, которую предполагает формально хороший закон, не существует соглашений, воображаемых или реальных, которые заключались бы между судами, парламентами, правительствами и народом о точном значении общих утверждений о правах человека, с которыми они работают. Британские суды осмотрительны в отношении того, насколько далеко они могут зайти в радикальной интерпретации дискуссионного законодательства, а также в отношении принятия «деклараций несовместимости» (речь идет о несовместимости с Европейской конвенцией прав человека). Возможно, причина в том, что всякий авантюрист мог бы поставить вопрос о неконституционности. В результате ошибки правительства в области прав человека часто получают явное и бесспорное судебное признание за счет одобрения судами сомнительного законодательства.

К тому же британский Объединенный парламентский комитет по правам человека склонен работать согласно второй модели, в соответствии с которой суды уполномочены скорее не обсуждать вопросы прав человека, а придавать им свое собственное выражение и моральное истолкование. Еще больше эта практика распространена в рабочем проекте «Заявлений о совместимости» (т. е. совместимости с Евроконвенцией).³⁰ Между тем в более широком политическом смысле вопросы прав человека должна взять на себя техническая судебная экспертиза, которая использует специальную терминологию и процедуры, таким образом, извлекая дебаты из своеобразного морального дискурса, в котором могут участвовать и другие. Складывается впечатление, что права человека — это в большей степени правовой и судебный, чем моральный и политический вопрос, поэтому связанные с ними проблемы должны скорее решаться в судах, чем быть сферой ответственности политиков, а соответственно, в конечном счете, и избирателей. Кроме того, процесс интерпретации абстрактных моральных идеалов, выраженных, как правило, в биллях и конвенциях о правах, таких как свобода слова, свобода договора или неприкосновенность жизни как таковой, с тем чтобы прийти к правилам, которые достаточно ясны и конкретны для решения проблемы клеветы (в случае свободы слова), принуждения и недобросовестной рекламы (в случае свободы договора) или аборт и эвтаназии (в случае жизни), в конце концов, требует скорее морального, чем правового суждения. Такие суждения обнаруживают конкурирующие моральные интуиции и вовлекают ряд экономических и социальных факторов, в отношении которых суды на практике плохо

³⁰ *Hiebert J. L. Governing Like Judges // The Legal Protection of Human Rights. Sceptical Essays. Oxford, 2011. P. 40.*

защищены и лишены достаточного морального и политического влияния. Что же касается главной проблемы этой статьи, то когда грань между политикой и правом размывается и разрушается разделение правотворческой и правоприменительной властей, достижения верховенства права значительно сужаются. Речь идет, в частности, об ограничении государственной власти требованием ее осуществления посредством закона и согласно ему. В результате надежда на диалог между судами, правительством и избирателями гаснет и практически исчезает.

Тем не менее дискуссии в британском Объединенном комитете по правам человека, равно как и соответствующие процессы в министерствах, которые работают над заявлениями о совместимости, были достаточно ценными. В связи с этим возникают интересные вопросы, например, могут ли положительные аспекты этих процессов быть сохранены и приумножены без вовлечения судов в принятие деклараций о несовместимости и возложения на них обязанности интерпретировать законодательство таким образом, чтобы сделать его совместимым с конвенциями о правах человека.³¹ Если отвлечься от отдельных сложностей такого хода в контексте Европейского Союза, где расширенный судебный режим прав человека выполняет особую политическую роль кузницы культурной идентичности как основы европейского патриотизма, существуют основания для рассмотрения преимуществ для прав человека такого устройства, в котором вся ответственность за права человека сосредоточена в демократическом процессе, как минимум до тех пор, пока они воплощены в законодательстве, что делает возможным их применение в судах.

III. ДЕМОКРАТИЧЕСКАЯ АЛЬТЕРНАТИВА

Завершим рассмотрение отдельных теорий конкретным примером более демократического разворачивания прав человека, который иллюстрирует альтернативу основанному на правах человека судебному контролю, как сильному, так и слабому, и охватывает важную составляющую делиберативной политики в рамках преимущественно рыночной модели демократии.

Это Акт о правах человека (парламентском контроле) 2011 г. — закон Австралийского Союза, который вступил в силу в прошлом году. Большинство австралийцев все еще не слышали о нем, и большинство австралийских юристов не рассматривают его как настоящий акт о правах человека, поскольку он не предусматривает механизм судебного контроля. Австралийский акт открыто не предоставляет никаких особых полномочий судам, но он содержит другие меры, которые можно обнаружить в других слабых формах актов о правах человека, таких как британский Акт о правах человека 1998 г., который предусматривает исполнительные «заявления о совместимости» (в случае Соединенного Королевства это означает совместимость с Европейской конвенцией прав человека) и учреждает парламентский комитет для анализа законопроектов и действующего законодательства, состоящий из членов обеих политических партий из обеих палат парламента. Однако австралийские суды не обязаны интерпретировать законодательство таким образом, чтобы оно было совместимо

³¹ *Campbell T. Incorporation through Interpretation // Sceptical Essays on Human Rights. Oxford, 2001. P. 79.*

с правами человека, и не уполномочены делать «заявления о несовместимости», которые хотя и не отменяют законодательства, но инициируют этот процесс, после чего парламент может пересмотреть законодательство в свете сделанного судом заявления.

Парламентский Объединенный комитет по правам человека должен осуществлять надзор исходя не из Австралийской конвенции о правах, а в свете ратификации Австралией семи соглашений о правах человека, на основе которых он обсуждает спорные вопросы с соответствующим министром и делает отчеты перед обеими палатами парламента, рассматривающими эти отчеты в ходе утверждения нового законодательства. Предполагается также, что Комитет проводит общественные расследования в отношении действующего законодательства и других вопросов, связанных с правами человека, предложенных ему генеральным прокурором.³²

К сожалению, этот Австралийский акт о правах человека будет привлекать общественное внимание в тех случаях, когда суды будут делать заявления о несовместимости законодательства с правами человека, и, таким образом, провоцировать интересный конфликт между парламентом и судами. И, как большинство парламентских комитетов, которых в парламенте Австралии существует множество, он, несомненно, будет до определенной степени приглушен партийными политическими соображениями. Кроме того, Австралийский акт имеет некоторые интересные и потенциально важные особенности. Одна из них состоит в том, что он не ограничивается гражданскими и политическими правами, что является нормальным ограничением для судебного контроля. Соглашения, которые охватываются им, содержат все вопросы, связанные с правами человека, в том числе, например, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Конвенцию о предотвращении всех форм расовой дискриминации и Конвенцию о предотвращении дискриминации в отношении женщин. Это крайне широкая сфера для акта о правах человека, который может работать хорошо в качестве поддержки мониторинга ООН соглашений о правах человека. Второй примечательный фактор состоит в том, что акт является частью системы прав человека, которая включает общепринятую независимую Комиссию по правам человека и большой массив соответствующего законодательства.³³ В-третьих, он со своими глубоко политическими функциями не предполагает обязательной связи с конституционными противоречиями, которые заставляют усомниться в демократической легитимности большинства ориентированных на суды актов о правах человека, которые уводят свой взгляд от морального и политического обсуждения связанных с правами человека проблем в ожидании судебных решений по схожим проблемам. Наконец, он возлагает ответственность за продвижение и защиту прав человека непосредственно на плечи правительства, гражданского общества и отдельных граждан, обеспечивающих легитимный фундамент, на котором должен вырасти более эффективный и устойчивый прогресс, чем тот, которого можно было бы ожидать от делегирования этой ответственности судам, действующим за рамками своих привычных полномочий.

³² Подробнее см.: *Kinley D., Ernst C. Exile on Main Street. Australia's Legislative Agenda for Human Rights // European Human Rights Law Review. 2012. N 1. P. 58.*

³³ *Commonwealth of Australia. Australia's National Human Rights Action Plan. Sydney, 2012; Gerber P., Castan M. Contemporary Perspectives on Human Rights Law in Australia. Sydney, 2013.*

Я не утверждаю, что эта австралийская модель лучше других или что она применима ко всем государствам и всем обстоятельствам. На самом деле, будучи очень активной сейчас, она может прийти в упадок в случае недостаточной политической поддержки и общественного безразличия. Многие зависят от того, насколько она интересна СМИ и поддерживается австралийцами. Но для тех, кто занимается вопросами демократии и прав человека, она, безусловно, достойна внимания.

Наконец, о глобальном контексте. Институционализация прав человека вопреки всеобщим стремлениям философии прав человека не может и не должна проходить одинаково для всех. Однако существуют другие характерные вызовы, возникающие на уровне глобальных институций. Некоторая транснациональная гармонизация режимов прав человека — это жизненно важный приоритет, если речь идет о глобальной справедливости. И несмотря на то что эта гармонизация должна включать эффективную имплементацию верховенства права, на глобальном уровне культурное многообразие таково, что оно затрудняет разработку позитивного права на транснациональном уровне. Однако, как было обосновано выше, одна из причин для того, чтобы предпочесть легалистскую модель верховенства права, состоит в первостепенной важности права человека на самоопределение — это то право, которое я интерпретирую как включающее в качестве составляющей право человека на жизнь в демократической системе правления и участие в ней. Это только один из многих вызовов глобализации прав человека. В данном случае опасность, которая должна волновать нас, состоит в том, что в ущерб правам человека мы получим «больше права» и «меньше демократии».³⁴

³⁴ Вторя словам и чувствам Петры Добнер: *Dobner P. More Law, Less Democracy. Democracy and Transnational Constitutionalism // The Twilight of Constitutionalism? Oxford, 2010.*