

КОНСТРУКЦІЯ ФОРМАЛЬНИХ ПРИНЦИПІВ У «ПРАВІ КОМБІНАЦІЇ» РОБЕРТА АЛЕКСІ¹

М. БОРОВСЬКІ
доктор права, професор
Інституту публічного права,
конституційної теорії та філософії права
(Гейдельберзький університет
імені Рупрехта і Карла, Німеччина)



У післямові до своєї «Теорії конституційних прав» Роберт Алексі пропонує те, що він називає «правом комбінації» (*«Law of Combination»*). Згідно з цією доктриною формальні принципи — такі, як конституційний принцип, що відображає владу демократично легітимованого законодавчого органу — не можуть, самі по собі, мати перевагу над змістовним принципом. Навпаки, вони можуть робити це тільки в комбінації щонайменше з одним іншим змістовним принципом². Це означає конструктивну відмінність між формальними і змістовними принципами. У цьому есе досліджуються конструктивні схожості й відмінності між формальними і змістовними принципами, а також те, чи можна пояснити ці відмінності «правом комбінації» Алексі.

¹ Переклад з англійської С. Погребняка.

² Robert Alexy, 'Postscript', in Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, transl Julian Rivers (Oxford University Press: Oxford, 2002), 388-425, at 423: «Процедурні формальні принципи можуть відкинути змістовні принципи конституційних прав тільки у зв'язку з іншими змістовними принципами». Дивіться також наступний уривок, в якому Алексі торкається комбінації формального і змістовного принципів: «Цей процедурний [формальний] принцип, разом із змістовним принципом [...], може бути збалансованим з принципом конституційних прав» (Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, transl Julian Rivers (Oxford University Press: Oxford, 2002), 82 (курсив наш. — М. Б.)). Дивіться також наступний уривок, в якому Алексі використовує множинні «змістовні принципи», які можуть бути прочитані як вказівка на поєднання формальних і змістовних принципів на одній стороні терезів: «[П]роблема прогнозу стає одним із балансування відповідних змістовних конституційних принципів з формальним принципом демократично легітимованої компетенції законодавчого органу приймати рішення» (там само, 313 (курсив наш. — М. Б.)). Проте німецький оригінал тексту менш ясний щодо цього питання. Він може бути прочитаний за допомогою однини або множини: 'Das Prognoseproblem wird damit zu einem Problem der Abwägung zwischen dem jeweils betroffenen materiellen grundrechtlichen Prinzip und dem formellen Prinzip der demokratisch legitimierten Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers', Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3rd edn (Suhrkamp: Frankfurt on Main, 1996), 427. Використання однини навряд чи можна узгодити з "правом комбінації". Див. також Alexy, 'Postscript' (див. вище), 417, де він обговорює конкуренцію між «процедурним принципом, [який] вимагає, що демократично легітимований законодавчий орган має прийняти так багато важливих рішень для суспільства, як це можливо» — з однієї сторони терезів і «принципом змістовних конституційних прав» — з іншої; другий змістовний принцип не згадується взагалі.

Стверджуватиметься, що «право комбінації» Алексі дійсно пропонує важливе розуміння природи особливо важливого застосування формальних принципів, використання цих принципів у перегляді влади безпосередньо демократично легітимованої законодавчої влади. Те, що «право комбінації» застосовується тут, однак не виходить із конструкції формальних принципів як таких; це слідує, радше, зі змісту цих конкретних формальних принципів. Їхній зміст робить їх залежними від балансування принаймні двох інших принципів. Для формальних принципів, які є незалежними у цьому сенсі, «право комбінації» не застосовується.

Після (А) огляду щодо розмежування між правилами і принципами будуть розглянуті (В) конструктивні характеристики формальних принципів. Третій розділ (С) присвячено відмінностям формальних принципів, що є або незалежними, або залежними від балансування інших принципів.

А. Різниця між правилами і принципами

Спільним між формальними і змістовними принципами є те, що обидва вони вважаються принципами відповідно до теорії принципів, яка відрізняє правила, принципи і форми їх застосування, категоризації та балансування¹.

І. Принципи

Принципи є нормами, які піддаються балансуванню². Справді, де принципи конкурують і такий конфлікт не може бути вирішений шляхом апеляції до інших заходів, вони вимагають балансування³. Інакше кажучи, принципи, на відміну від правил, мають вимір ваги⁴. Принципи мають бути досягнуті з певною метою⁵, і

¹ Теорія принципів була розвинута Рональдом Дворкіним в ході атаки на юридичний позитивізм, див.: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1977), 22–45 et passim. Спираючись на ці розбіжності, Роберт Алексі розвинув теорію принципів, див. Robert Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (2000) 13 *Ratio Juris*, 294-304; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 44-110. Див. також: Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (Nomos: Baden-Baden, 1990), 52-87; Jan-Reinard Sieckmann, *Recht als normatives System* (Nomos: Baden-Baden, 2009), 21-94; Martin Borowski, 'Prinzipien als Grundrechtsnormen' (1998) 53 *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 307-35; Martin Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2006), 195-202; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 2nd edn (Nomos, Baden-Baden 2007), 68-113.

² Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 27; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 50; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 80, 95-6.

³ Інші заходи «придатність» і «необхідність», як перші два підпринципи принципу пропорційності в його широкому сенсі. Про ці підпринципи, див.: Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 66-9. Дотепер ці принципи використовуються в перегляді конституційних або основоположних прав; обмеження права в питанні може вимагати формальних критеріїв, таких як «передбачене законом» відповідно до ст. 9(2), 10(2), 11(2) Європейської конвенції про права людини (ЄКПЛ) або «відповідно до закону» у ст. 8(2) ЄКПЛ. Якщо формальна вимога не буде виконана, то втручання не виправдане в будь-якому випадку, незалежно від змістовних засобів, таких як балансування. Про формальні обмежувальні засоби конституційних або основоположних прав, див.: Martin Borowski, 'Limiting Clauses' (2007) 1 *Legisprudence* 197-240, at 207-10.

⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 26-7; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 50; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 113.

⁵ Дворкін розрізняє «політики» і «принципи». Він називає «політикою» такий вид стандарту, що встановлює цілі, яких має бути досягнуто; зазвичай це поліпшення якоїсь економічної, політичної або соціальної характеристики суспільства», Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 22 (курсив наш). На відміну від цього, «принцип» є «стандартом, якого слід дотримуватися не тому, що він

вони, отже, були охарактеризовані як накази досягнення¹. Там, де принципи конкурують, балансування визначає, який принцип має перевагу в обставинах конкретної справи². Принцип, що зазнав поразки, залишається юридично чинним³.

II. Правила

Однак, правила не піддаються балансуванню взагалі⁴. Конфлікти правил завжди призводять до припинення дії одного з правил або введення застереження про виключення, використовуючи ту чи іншу максиму — наступний закон скасовує дію попереднього, спеціальний закон скасовує дію загального закону або вищий закон скасовує дію нижчого⁵. Таким чином, вимір ваги служить для розрізнення між правилами і принципами.

наблизить або забезпечить виникнення бажаної економічної, політичної або соціальної ситуації, а тому, що він є вимогою справедливості, чесності або якогось іншого морального виміру» (там само). Він поспішає додати, що цією розбіжністю часто можна нехтувати (там само, 22-3) і що «принципи політики та інші види стандартів» разом утворюють клас «принципів у загальному сенсі» (там само, 22-3). Принципи в загальному сенсі містять загальну вимогу, що мають бути досягнуті максимально можливою мірою, залежно від того, що фактично і юридично можливо. Те, що досягнуто, можна назвати «метою», незалежно від того, чи має вона моральний вимір (принципи в сенсі Дворкіна) чи ні (політика в сенсі Дворкіна). Таким чином, немає жодних переконливих причин, чому необхідно зарезервувати «мету» для політики в сенсі Дворкіна. Надалі, «мета» буде використовуватися для принципів у загальному сенсі.

¹ Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (n. 2), 300. See also Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 47-8, 67-9: «вимоги досягнення». Треба відзначити, що «накази про досягнення», точно кажучи, є правилами. Про цю критику, див.: Aulis Aarnio, 'Taking Rules Seriously', Werner Maihofer and Gerhard Sprenger (eds), *Law and the States in Modern Times* (Steiner: Stuttgart, 1990), 180-92, at 187; Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 65. Однак, слід розрізнити «накази досягнути» і «накази, що мають бути досягнуті». У той час як перші є правилами, другі характеризують принципи. Про це розрізнення див.: Robert Alexy, 'The Institutionalization of Reason', Luc J. Wintgens (ed), *The Law in Philosophical Perspectives. My Philosophy of Law* (Kluwer: Dordrecht, Boston, and London, 1999), 23-45, at 39; Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (n. 2), 300-1; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 91-3.

² Навіть при тому, що балансування є характеристикою принципів, їх застосування може передбачати сумзумпцію певною мірою. Про сумзумпцію при застосуванні принципів див.: Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 101-4, 118-20.

³ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 25 et passim; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 50; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 80.

⁴ Якщо бути точним, правила ніколи не розглядаються як правила при балансуванні: наприклад, їм не можна надати вагу. Правила можуть, однак, залежати від підсумків балансування принципів. Такі залежні правила є нестрогими правилами, на відміну від строгих правил, див.: Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 102-3. Несуворі правила не можуть бути абсолютними — так само, як, наприклад, і принципи. Треба відзначити, що в розглянутому випадку принципи, що підтримують такі правила, можуть конкурувати з іншими відповідними принципами. Про реконструкцію цього «конфлікту» між принципами, що підтримують правило, та інших принципів, див.: там само, 93, 112, 144. Див. також: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 27: «Правова система може [...] віддавати перевагу правилу, що підтримується більш важливими принципами». Про правила як «свого роду компроміс між конкуруючими принципами», див. там само, 77. Коротше кажучи, там, де правило залежить від результатів балансування принципів, визначення змісту цього правила сприяє балансуванню.

⁵ Ці три максими традиційно визнані в цивільному праві, див.: Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung* (Winter: Heidelberg, 1935), 41-58. Про ці максими в німецькому праві див.: Robert Alexy and Ralf Dreier, 'Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany', D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Statutes* (Dartmouth: Aldershot et al., 1991), 73-121, at 99; про ці максими в міжнародному праві див.: Erich Vranes, 'Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior — Zur Rechtsnatur der "Konfliktlösungsregeln"' (2005) 65 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Rechtsvergleichung* 391-405 з наступними посиланнями. Про ці максими в

Другий¹ критерій Дворкіна для розрізнення між правилами і принципами є моделлю «все або нічого», яка, стверджує він, характерна для правил². «Якщо в наявності обумовлені правилом факти, тоді або правило дійсне, а значить, слід прийняти відповідь, що міститься в ньому, або ж воно недійсне, і в цьому разі воно нічим не допоможе вирішенню справи»³. Правило може містити винятки; ці винятки, проте, можуть бути перераховані⁴. На відміну від цього, якщо принцип переважається принципом-конкурентом, це, на думку Дворкіна, не встановлює «виняток» до першого. Більше того, такі «контрприкладі [...] навіть теоретично не піддаються перерахуванню». У тому числі перерахування в принципі «не робитиме для більш точного або навіть повного викладу принципу»⁵.

Критерій моделі «все або нічого» не може бути проаналізовано тут більш детально⁶. Двох зауважень повинно вистачити в цьому контексті. По-перше, можливість перерахування винятків із правил часто критикують⁷. Якщо ця критика виявляється слушною, то винятки ані з правил, ані з принципів не можуть бути перераховані. Більше того, застереження щодо винятку в «правилі» може містити принцип⁸. Чим більше норма — «правило» — не має ваги в собі і розраховує, відповідно до критерію виміру ваги, як правило⁹. Для винятків із принципу, які не можуть бути перераховані (обставини, за яких принцип програє), винятки з цього правила (які залежать від цього принципу) не можуть бути перераховані. Це означає, що відповідно до критерію моделі «все або нічого» «правило з винятком, що містить принцип» буде вважатися принципом¹⁰. На

контексті теорії принципів див.: Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 49 (*lex posterior i lex specialis*); Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (n. 2), 296 (*lex posterior i lex superior*); Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison' (2003) 16 *Ratio Juris*, 433-49, at 434 (усі три максими). Див. також: Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (n. 2), 198. Див. також Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 27: «Правова система може регулювати такі [...] конфлікти за іншими правилами, що надають перевагу *правилу, прийнятому вищим органом, або правилу, прийнятому пізніше, або більш спеціальному правилу, або щось подібне*» (курсив наш. — М. Б.).

¹ Насправді, в схемі Дворкіна щодо критеріїв для розрізнення норм і принципів «вимір ваги» є другим критерієм, а модель «все або нічого» — першим. Згідно з Дворкіним, перший критерій «зумовлює» другий, див.: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 26.

² Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 24-6.

³ Там само, 24.

⁴ Там само, 25.

⁵ Там само, 25-6. Також див. там само, 76.

⁶ Для аналізу цього критерію див. R. Alexy, 'Zum Begriff des Rechtsprinzips', Werner Krawietz *et al.* (eds), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz* (Duncker & Humblot: Berlin, 1979), 59-87, at 68-70; Robert Alexy, 'Rechtsregeln und Rechtsprinzipien', D. Neil MacCormick, Stavros Panou, and Luigi Lombardi Vallauri (eds), *Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken* (Steiner: Stuttgart, 1985), 13-29, at 16; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 76-7.

⁷ Див., наприклад, Colin Tapper, 'A Note on Principles' (1971) 34 *Modern Law Review* 628-34, at 631; Joseph Raz, 'Legal Principles and the Limits of Law' (1972) 81 *Yale Law Journal* 823-54, at 836; див. також George C. Christie, 'The Model of Principles' (1968) 17 *Duke Law Journal* 649-669, at 657: «Я думаю, що ця точка зору відносно природи правил є явно помилковою».

⁸ У тому самому напрямі про «перехрещення» правил і принципів див.: Tapper, 'A Note on Principles' (n. 18), 630-1.

⁹ Про такі залежні правила див. виноску 4 на с. 133.

¹⁰ Див.: Alexy, 'Zum Begriff des Rechtsprinzips' (n. 17), 69; Alexy, 'Rechtsregeln und Rechtsprinzipien' (n. 17), 16; Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 57-8; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 76-7.

закінчення, критерій моделі «все або нічого» навряд чи вважається переконливим критерієм для розрізнення правил і принципів.

III. Принципи як моральні фонові стандарти та як позитивне право

Принципи часто розуміють, по-перше, як вид фонових стандартів, які знаходяться при інтерпретації позитивного права або прецедентів. Почнемо з відмінності між правилами і принципами, розробленої Дворкіним в його атаці на позитивізм; вона все ще помітно використовується як основа для аргументів проти позитивізму¹¹. Для тих, хто стверджує на користь непозитивістських концепцій права, моральний характер правових принципів є ключовим¹². Однак, наслідки принципів для концепції права не будуть розглядатися надалі.

По-друге, принципи зазвичай сприймаються насамперед як фонові стандарти. Наприклад, відповідно до відомих аргументів Дворкіна судді не мають розсуду, що впливає з відкритої текстури правил; радше, вони пов'язані принципами¹³. У той час як правила зазвичай чітко сформульовані в позитивному праві, принципи не є такими. Позитивне право може включати принципи як безпосередньо, так і ні; крім того, не лише побічно в силу того, що певне правило в позитивному праві підтримується певним принципом «у фоновому режимі». Це був особливий аналіз конституційних положень від Роберта Алексі — з ілюстраціями з німецької конституції — який звернув увагу на те, що принципи можуть бути застосовані безпосередньо до справ, а не тільки при інтерпретації статуту або прецедентів для вирішення справи¹⁴. Наступні висновки будуть орієнтовані насамперед на принципи, позитивовані¹⁵ в конституційні положення.

¹¹ Згідно з Дворкіним, позитивізм пропускає важливу роль принципів у правовій аргументації (Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 22, 123). Про його «інтерпретивізм» див., зокрема, Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1986), 87, 410 і в інших місцях.

¹² Дворкін стверджує, що принципи не можуть бути ідентифіковані за одними формальними критеріями, Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 29. Згідно з Алексі, принципи, — які кожна правова система, за його словами, обов'язково включає, — утворюють необхідний зв'язок між правом і мораллю, див.: Robert Alexy, *The Argument from Injustice* (Clarendon: Oxford, 2002), 68-81; Robert Alexy, 'An Answer to Joseph Raz', George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart: Oxford and Portland, Oregon, 2007), 37-55, at 54-5. Див., крім того, Franz Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (Springer: Vienna and New York, 1982), 289-90.

¹³ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 29-30.

¹⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1). Треба відзначити, що Дворкін також приділяє певну увагу конституційним положенням як принципам (ілюстровано Конституцією США), див.: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n. 2), 131-49.

¹⁵ Може здаватися, що ідея «позитивованих принципів», не враховує, на перший погляд, позицію теорії принципів, розробленої внаслідок атаки на позитивізм. Треба відзначити, що навіть якщо всі правові принципи обов'язково мають моральну природу, це не виключає їхньої можливості позитивації. Мораль може бути включена до позитивного права. Це припущення є загальним для тих, хто підтримує інклюзивний позитивізм; воно було б, звичайно, відхилено прихильниками ексклюзивного позитивізму. Якщо не всі правові принципи обов'язково мають моральну природу, то ті не можуть становити частину позитивного права.

В. Різниця між формальним і змістовним принципами

Звернімося тепер до формальних і змістовних принципів, які можна розрізнити на основі того, як визначається мета, що має бути досягнута.

І. Змістовні принципи

Змістовні принципи¹ вважаються підставами для рішення, доводами, які відображають основний зміст принципу. Прикладом може служити принцип у справі «Ріггс проти Палмера»², що «ніхто не повинен отримувати вигоду від своїх неправомірних дій», до якого апелює Дворкін³. Відповідно до змісту принципу, майбутній спадкоємець, який вбив свого діда, щоб претендувати на спадщину, не визнаний таким, що має належну вимогу. Інший приклад: принцип охорони навколишнього середовища в німецькій конституції⁴ вимагає, щоб рішення органів державної влади були екологічно безпечними. Однак добре відомо, що екологічно безпечні способи виробництва товарів часто є дорожчими, ніж менш екологічно чисті способи⁵. Вимога екологічно обґрунтованих методів виробництва вимушує підприємця, як правило, вибирати більш дорогі засоби виробництва. Це заважає свободі займатися підприємництвом за власним бажанням, що охороняється як конституційне право згідно з німецькою конституцією⁶. Можна, звичайно, сперечатися про те, які змістовні принципи переважають інші. Це буде залежати, в першу чергу, від (1) абстрактної ваги відповідних принципів і (2) від інтенсивності втручання в них⁷. Визначення цих величин включає нормативні аргументи⁸. Проте цілі, які повинні бути досягнуті щодо цих двох принципів, не припускають попередніх владних рішень будь-якої особи або установи⁹.

¹ Вислів «змістовний принцип» було вперше використано в контексті теорії принципів Дворкінім, див.: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (п. 2), 38.

² 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

³ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (п. 2), 23.

⁴ Ст. 20а Основного Закону (ОЗ) передбачає охорону навколишнього середовища як конституційний принцип у Німеччині. Див. також для ЄС ст. 6, 174 ЕС.

⁵ Треба відзначити, що це необов'язково так. Принципи не конкурують «як такі», вони конкурують тільки за обставин певної справи: якщо факт (дія або стан) сприяє реалізації мети, яка має бути досягнута принципом P_i, і заважає досягненню мети, яка має бути досягнута принципом P_j, тоді P_i і P_j конкурують. Якщо факт (1) сприяє меті, що має бути досягнута обома принципами, або (2) перешкоджає обома цілям, що мають бути досягнуті обома принципами, або (3), щонайменше, не має стосунку до мети, що мають бути досягнуті одним із принципів, то вони не конкурують.

⁶ Ст. 12 ОЗ. Див. також для ЄС ст. 16 Хартії основних прав ЄС. В Європейській конвенції з прав людини, а також у протоколах до неї відсутня явна гарантія свободи підприємницької діяльності. Однак, багато аспектів цієї свободи охоплюються ст. 8, 10, 11, 14 ЕЧПР, див.: Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3rd edn (C.H. Beck, Helbing Lichtenhahn, and Manz: Munich, Basel, and Vienna, 2008), 415-7.

⁷ Ці два фактори утворюють разом із надійністю емпіричних і нормативних передумов ядро «формули ваги» Алексі. Про формулу ваги див.: Robert Alexy, 'The Weight Formula', trans Bartosz Brozek and Stanley L. Paulson, *Studies in the Philosophy of Law*, Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek, and Wojciech Zatuski (eds), vol. 3 (Jagellonian University Press: Cracow, 2007), 9-27, at 20-7; Alexy, 'On Balancing and Subsumption' (п. 11), 446. Див. також Alexy, 'Postscript' (п. 1), 419.

⁸ Ці нормативні аргументи знаходяться поза теорією принципів як структурної теорії. Див., наприклад, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1), 107; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (п. 2), 28, 121-2, 190; Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (п. 2), 234.

⁹ Дійсність конституційних принципів як владних рішень установчих зборів, як правило, не заперечується. Проте, з моральної точки зору, можна дивитися на рішення установчих зборів, як, між

Здійснюючи балансування змістовних принципів, можна створити послідовну й узгоджену правову систему¹. Однак неможливо адекватно зобразити владний вимір права, апелюючи виключно до змістовних принципів. Деякі рішення мають вагу не через їх зміст, а тому, що вони являють собою певну процедуру, пройдену юридичною владою. Найбільш очевидними прикладами можуть бути законодавчий процес або судочинство². Тепер подивимось на формальні принципи.

II. Формальні принципи

Почнемо з того, що в дослідженні принципів добре повернутися до ролі, що відіграють формальні принципи на сьогодні. Цей погляд служить для заповнення фону «права комбінації» Алексі. Після цього буде розглянуто конструкцію формальних принципів.

1. Формальні принципи в дослідженні принципів

Формальні принципи були введені в дослідження принципів для того, щоб зобразити, в першу чергу, владний вимір деяких правових рішень³.

Початок протиставлення формальних і змістовних принципів можна знайти в «Серйозному погляді на права» Дворкіна. У своєму аналізі щодо розсуду він пише: «Будь-який суддя, який пропонує змінити існуючу доктрину, має враховувати деякі важливі стандарти, які виступають проти відступу від встановленої доктрини, і ці стандарти є також великою частиною принципів»⁴. Прикладами, відповідно до Дворкіна, є «верховенство законодавчого орга-

іншим, на виконання моральних формальних принципів. Утім комплексне дослідження моральних формальних принципів виходить за рамки цієї статті.

¹ Однак, питання в тому, чи правова система обов'язково містить формальні принципи. Зікманн розглядає формальні принципи як важливу і концептуально необхідну рису правових систем, див.: Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (п. 2), 148. Це, звичайно, правильно, що право обов'язково повинно мати владний вимір. Вірно також і те, що формальні принципи можуть бути використані, щоб описати владний вимір систем норм. Формальні принципи не є, однак, тільки засобом для реконструкції владних структур. Якщо повноваження є абсолютними, а не відносними — так що владні рішення не можуть бути в перспективі предметом балансування, — влада є радше остаточною *prima facie*. На тлі концептуального протиставлення правил і принципів можна говорити про формальне правило замість формального принципу. Таким чином, дещо слабшою тезою, ніж у Зікманна, було б те, що право обов'язково повинно мати владний вимір. Оскільки цей вимір має бути відновлений за допомогою або формальних принципів, або формальних правил, то право обов'язково містить, відповідно до цієї слабкої тези, щонайменше, одну з цих двох категорій норм.

² Треба відзначити, що відповідно до класичної доктрини в континентальній європейській юриспруденції прецеденти не є юридично обов'язковими для всіх. Оскільки вони впливають на наступні рішення, ці наслідки мають лише фактичний характер. Про цю класичну доктрину в німецькій юриспруденції див.: Karl Larenz and Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3rd edn (Springer: Berlin et al., 1995), 255; Hans-Joachim Koch and Helmut Rübmann, *Juristische Begründungslehre* (Beck: Munich, 1982), 188. Однак сучасні підходи припускають, що прецеденти певною мірою є юридично обов'язковими, див.: Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (Clarendon: Oxford, 1989), 274-9; Robert Alexy and Ralf Dreier, 'Precedent in the Federal Republic of Germany', D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Precedents* (Ashgate: Aldershot et al., 1997), 17-64, at 26-54. Є багато того, що можна сказати на користь тези про те, що формальні принципи є ключем до розуміння влади прецедентів.

³ Владу певних рішень у праві не слід плутати з владою права. Друга стосується відносин між правом і мораллю, перша — питання, хто має повноваження та якою мірою застосовувати право.

⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (п. 2), 37.

ну” — набір принципів, які вимагають, щоб суди демонстрували кваліфіковану повагу до актів законодавчої влади» — і «доктрина прецеденту — інший набір принципів, що віддзеркалюють справедливість і ефективність послідовності»¹. Обидва вони, стверджує він, «схиляють до статус-кво»². Дворкін називає ці принципи «консервативними принципами» і бачить їх як протиставлення «змістовним принципам»³. Навіть при тому, що він згадує «верховенство законодавчого органу» і «доктрину прецеденту» як два найбільш яскраві приклади рішень, які є *prima facie* обов’язковими завдяки владі тих, хто прийняв їх, він робить акцент на «послідовності»⁴, а не на владі. Послідовність може служити для захисту владного рішення; втім це буде лише в тому випадку, однак, якщо «статус-кво»⁵ в цей час захищене «послідовністю», яку було створено владним рішенням. «Послідовність» також може захистити просте традиційне правило, не створене за допомогою владного рішення. Більше того, «послідовність» може навіть конкурувати з владними рішеннями⁶.

У своїй «Теорії конституційних прав» (1985)⁷ Роберт Алексі посилається на «відмінність між двома основними типами принципів, яка має широкомасштабне значення, а саме відмінність між змістовними, або матеріальними, і формальними, або процесуальними, принципами»⁸. Хоча формальні принципи вважаються важливою доктриною в теорії Алексі, він зупиняється на конкретних прикладах, а не на дослідженні їх конструкції: «Формальним, або процедурним, принципом є, наприклад, принцип, який говорить про те, що демократичні законодавчі збори приймають рішення, що мають значення для суспільства в цілому»⁹. Кількома сторінками вище, де Алексі використовує формальні принципи для визначення *prima facie* природи правил¹⁰, читаєш: «Існують й інші принципи, які також мають перемагати, такі як ті, що правила, встановлені владною дією в межах своєї юрисдикції, мають дотримуватися, і принцип, що не слід відходити від усталеної практики без поважної причини. Такі принципи можуть бути названі “формальними принципами”»¹¹.

¹ Там само.

² Там само, 37-8.

³ Там само, 38.

⁴ Там само, 37.

⁵ Там само, 38 (виділення опущені).

⁶ Якщо законодавчий орган вносить зміни або скасовує статут, «послідовність» вимагає, щоб «статус-кво» лишився без змін. Однак владне рішення законодавчого органу вимагає, щоб «статус-кво» був змінений відповідно до бажань законодавчої влади як висловлений у законодавчому процесі. Законодавче верховенство переважає, як правило, «послідовність». Вони не повинні вказувати той самий напрям.

⁷ Книга була опублікована в Німеччині 1985 р.; переклад англійською Джуліани Ріверс був опублікований 2002 р. (Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1)).

⁸ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1), 82 (виділення опущені).

⁹ Там само.

¹⁰ Де правило «конкурує» з принципом, принцип має бути збалансованим з принципами, що підтримують правило (якщо правило не є строгим правилом, див. виноску 4 на с. 133). Не тільки змістовні принципи підтримують нестроге правило; формальні принципи теж пропонують, як слідує з наступної цитати Алексі в тексті.

¹¹ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1), 58 (виділення в оригіналі). «Принцип, згідно з яким не слід відходити від усталеної практики без поважної причини» нагадує «набір принципів, що відображають справедливість і ефективність послідовності» Дворкіна, див.: Dworkin, *Taking Rights Seriously* (п. 2), 37. Треба відзначити, що вимога *prima facie* того, щоб статус-кво було підтримано,

Досить повне дослідження формальних принципів можна знайти в «Моделі правил і моделі принципів правових систем» Яна-Райнарда Зікманна¹. Згідно із Зікманном, характеристикою формальних принципів є те, що вони забезпечують *prima facie* достатні докази прихильності результату процедури². Далі він додає, що відповідне рішення, яке виводиться з відповідної процедури, яка створила зобов'язання, є, як правило, таким, що прийняте особами або установами іншими, ніж ті, хто, зрештою, зобов'язані результатами³. Зікманн підкреслює, як і Алексі⁴, що формальні принципи передбачають з'ясування владних структур у правовій системі⁵.

Незважаючи на те, що ці формулювання дають можливість зробити припущення, що формальні принципи є класом принципів, при їх дослідженні одній групі приділяють особливу увагу: формальним принципам, які застосовуються при перегляді влади демократично легітимованого парламенту⁶. Зокрема, влада парламенту в умовах, коли під загрозою знаходиться баланс конституційних принципів, зайняла центральне місце⁷. Виникає питання про те, якою мірою

і вимога *prima facie* того, щоб владне рішення поважалося, необов'язково є тим самим (див. виноску 6 на с. 138 і супровідний текст).

¹ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2).

² Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 147; Sieckmann, *Recht als normatives System* (n. 2), 137. Див. також Luis Virgilio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume* (Nomos: Baden-Baden, 2003), 145, 150; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 88, 127.

³ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 152. Слід відзначити, що особи або установи за допомогою формальних принципів також можуть бути зв'язані власними рішеннями. Наприклад, суди можуть бути зв'язані їхніми власними прецедентами. Інший приклад зв'язаності власними рішеннями — «Модель конкуруючих інтерпретацій закону» Зікманна («Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen»). Див.: Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 162-4; Jan-Reinard Sieckmann, 'Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung. Das Problem der Begrenzung der Besteuerung' (2002) 41 *Der Staat*, 385-405, at 398-403; Sieckmann, *Recht als normatives System* (n. 2), 200-4.

⁴ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), 58.

⁵ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 148; він же, *Recht als normatives System* (n. 2), 135.

⁶ Найбільш спірним аспектом перевірки юридичних повноважень парламенту є межі повноважень при невизначеності щодо емпіричних і нормативних умов балансування конституційних принципів (оцінного розсуду). Про відмінність між оцінним і структурним розсудом див.: Alexy, 'Postscript' (n. 1), 394-425; Julian Rivers, 'Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing'; George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (Hart: Oxford and Portland, Oregon, 2007), 167-87, at 169-78; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 124-30. Про формальні принципи перевірки оцінного розсуду див., зокрема, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), 82, 191-2, 312-3; Alexy, *Postscript* (n. 1), 418-9; Robert Alexy, 'Verfassungsrecht und einfaches Recht' (2002) 61 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 7-33 (27-8); Marius Raabe, 'Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag', Christoph Grabenwarter *et al.* (ed) (Kohlhammer: Stuttgart *et al.*, 1994), 83-100, at 93-9; Marius Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis* (Nomos: Baden-Baden, 1998), 207-48; Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume* (n. 52), 136-44 і в інших місцях. Див. також Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (n. 2), 162-4; Sieckmann, 'Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung' (n. 53), 398-403; Sieckmann, *Recht als normatives System* (n. 2), 200-4; Jan-Reinard Sieckmann, 'Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte', L. Clérico and J.-R. Sieckmann (eds), *Grundrechte, Prinzipien, und Argumentation* (Nomos: Baden-Baden, 2009), 39-66, at 57-60. Див., крім того, Wolfgang Enderlein, *Abwägung in Recht und Moral* (Alber: Freiburg and Munich, 1992), 338; Marcel Kaufmann, 'Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip' (1997) 8 *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 161-86, at 175-6.

⁷ Це обговорюється в наукових дослідженнях принципів як проблеми емпіричного оцінного розсуду. Про відмінність між емпіричним оцінним і нормативним оцінним розсудом див.: Alexy,

конституційний суд має брати до уваги емпіричні передумови, на які опирався парламент при прийнятті певного статуту. Цей фокус видається цілком зрозумілим, тому перегляд оцінного розсуду є передумовою для спростування заперечення доцільності аналізу конституційних прав на основі теорії принципів, а саме: заперечення того, що цей аналіз не враховує владу демократично легітимованого парламенту¹. Проте цей фокус не допомагає примиритися з феноменом формальних принципів в цілому — тим паче, що принципи, які застосовуються при перегляді оцінного розсуду², є окремими прикладами формальних принципів.

2. Конструкція формальних принципів

Формальний принцип наділяє компетенцією створювати мету, яка має бути досягнута в сенсі теорії принципів³.

а) Мета, яка має бути досягнута за допомогою формальних принципів

Найбільш важливою характеристикою формальних принципів є те, що, на відміну від змістовних принципів, вони не проявляють фіксований, матеріальний зміст⁴. Вони підтримують зобов'язання за результатами процедури або рішення. Тобто щось має бути досягнуто, бо це є результатом певної процедури або рішенням органу. Однак «процедуру», не слід розуміти вузько. Це може відноситися до правового процесу, наприклад, законодавства, або це може відноситися просто до рішення особи або установи, що вважається владою. Після того, як процедуру було проведено або один раз влада прийняла рішення⁵, фіксується

'Postscript' (n. 1), 414-25; Rivers, 'Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing' (n. 56), 177-8; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 126-30.

¹ Це заперечення було потужно розвинуто Ернстом-Вольфгангом Бьокенфьордом, впливовим колишнім суддею Німецького Конституційного суду. Див. Ernst-Wolfgang Böckenförde, 'Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik', *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2nd edn (Suhrkamp: Frankfurt on Main, 1992), 190-1; Ernst-Wolfgang Böckenförde, 'Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?' (2004) 31 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 598-603, at 603. Див. також Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2003), 83; Franz-Josef Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik* (Mohr Siebeck: Tübingen, 2005), 55.

² Див. виноску 56.

³ Див. Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 127. Ця характеристика охоплює рішення осіб або установ, які *prima facie* є обов'язковими, що, безумовно, є ядром значення виразу «формальні принципи», як таке, що й досі використовується в працях з теорії принципів. Однак Алексі в одному місці згадує про «принцип, що не слід відходити від усталеної практики без поважної причини», як про «формальний принцип» (Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 58 (виділення опущені)). Виникає питання, чи можна розуміти «усталену практику» як «рішення» при реалізації правової компетенції. Якщо ні, то розуміння Алексі формальних принципів, що наводилося вище, буде ширшим, ніж розуміння, яке підтримується в цій статті. Втім це питання не може бути описано тут більш детально. Воно повинно бути достатнім в цьому контексті, щоб зосередитися на ядрі значення «формальних принципів», яке охоплюється характеристикою в тексті.

⁴ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 127-8. Алексі йде далі, стверджуючи, що формальні принципи не мають «ніякого змісту» замість «не мають фіксованого основного змісту»: «Цей принцип є формальним принципом, тому що він *не має ніякого змісту*, але стверджує, як зміст встановлюється» (Alexy, 'Postscript' (n. 1), 416 (курсив додано)). Однак, формальні принципи можуть похвалитися змістовним критерієм, який обмежує суть, що має бути досягнута як результат їх здійснення. Це означає, що такий формальний принцип містить, зі змістовної точки зору, рамку, всередині якої орган може визначити суть, яка має бути досягнута; однак, це не уповноважує визначити суть, що має бути досягнута за межами цієї рамки. Про змістовні критерії у формальних принципах див. В. II. 2. b).

⁵ Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 128.

матеріальний зміст мети, яку буде досягнуто. Як тільки це сталося, структура балансування формального і змістовного принципів не відрізняється від балансування двох змістовних принципів¹.

б) Елемент компетентності формальних принципів

Норми компетенції² уповноважують створювати, змінювати або скасовувати правові норми³. Повноваження здійснюються інституційними актами. Інституційний акт⁴ передбачає правила, які надають звичайному акту⁵ значення правового акта. Наприклад, угода стає дійсним правовим актом, де є правила, які визначають щось як дійсний договір і ці правила були дотримані в розглянутому випадку. Без структури правил, що визначають дії як юридичні за характером, акт буде, в кращому випадку, лише соціальним фактом, створюючи лише очікування або ймовірність обміну товарами, а не юридичним зобов'язанням.

Формальні принципи надають повноваження створити мету для досягнення. Ця мета, яка повинна бути досягнута, становить основний зміст формального принципу, коли це згодом врівноважується конкуруючими принципами. Існує разюча схожість між (1) повноваженнями, наданими нормами компетенції для створення правових норм, і (2) повноваженнями, наданими формальними принципами для створення мети, яка має бути досягнута. Обидва види повноважень здійснюються шляхом прийняття інституційних актів. Тобто «процедура» або «рішення органів влади», в контексті здійснення формального принципу, є ні чим іншим, як звичайним актом (або комплексом звичайних актів), що інтерпретується як інституційний акт, це на фоні правил, що визначають акт як інституційний. Правила, визначаючи інституційний акт, можуть зробити цей інституційний акт зумовленим або формальними чи процедурними умовами, з одного боку, або змістовними — з другого, і це правильно для обох видів повноважень. Обидва — відомі норми компетенції та формальні принципи — забезпечують необхідні засоби для створення чогось нормативного за

¹ Borowski, Grundrechte als Prinzipien (n. 2), 128.

² Вислови «повноваження» чи «юридичні повноваження» використовуються здебільшого як синоніми.

³ Про норми компетенції чи юридичні повноваження див., зокрема, Joseph Raz, 'Voluntary Obligations and Normative Powers', Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson (eds), *Normativity and Norms* (Clarendon: Oxford, 1998), 451-70; Robert Alexy, 'Alf Ross' Begriff der Kompetenz', Andreas Hoyer, Hans Hattenhauer, Rudolf Meyer-Pritzl, and Werner Schubert (eds), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert* (Nomos: Baden-Baden, 2008), 43-64; Neil MacCormick, 'Powers and Power-Conferring Norms', in *Normativity and Norms*, 493-506; Dick W. P. Ruiter, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects* (Kluwer: Dordrecht, Boston, and London, 1993); Dick W. P. Ruiter, 'Legal Powers', in *Normativity and Norms*, 471-91. Про ранні характеристики див. E.-R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, vol. 2 (Perthes: Gotha, 1883), 50; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2nd edn (Mohr: Tübingen, 1905), 47-8; A. J. Merkl, 'Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues', Alfred Verdross (ed), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet* (Springer: Vienna, 1931), 252-94, at 281. Про норми компетенції в чистій теорії права Кельзена див.: Bobbio, 'Kelsen and Legal Power', in *Normativity and Norms*, 435-49.

⁴ Див. про інституційні акти: Raz, 'Voluntary Obligations and Normative Powers' (n. 65), 452-3; Ruiter, *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects* (n. 65), 91-102; Dick W. P. Ruiter, *Legal Institutions* (Kluwer: Dordrecht, Boston, and London, 2001), 71-96; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 149-59.

⁵ Про розбіжність між звичайним актом і приписуванням значення цьому акту див.: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1st edn (Deuticke: Leipzig and Vienna, 1934), 16-21; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2nd edn (Deuticke: Vienna, 1960), 1-4.

характером — правової норми в першому випадку, і мети, що має бути досягнута, — в другому¹.

3. Висновок

Здається, досі не має жодної різниці у структурі змістовних і формальних принципів, які можуть пояснити «право комбінації». Після того як орган зафіксував мету, що досягається, немає структурних відмінностей між балансуванням формального принципу і змістовного принципу та балансуванням двох змістовних принципів щодо один одного². Різниця полягає радше у визначенні мети, що має бути досягнута, яка не може виправдати «право комбінації». Так само, як можна збалансувати змістовні принципи самі по собі щодо інших принципів, можна збалансувати і формальні принципи щодо інших принципів. Таким чином, немає жодних структурних властивостей формальних принципів, які могли би бути пояснені «правом комбінації».

С. Незалежні та залежні формальні принципи

Однак «право комбінації» Алексі вказує на важливу властивість деяких прикладів формальних принципів. Деякі приклади формальних принципів демонструють мету, яка має бути досягнута, що обов'язково відноситься до балансування інших принципів. Це використовується, коли формальний принцип вимагає *prima facie* того, щоб владне рішення балансування було прийнято. Я буду називати ці формальні принципи «залежними формальними принципами». Незалежні формальні принципи є принципами, в яких цього немає. Оскільки незалежні формальні принципи проявляють менш складну структуру і тому вважаються нормальним випадком³, я почну з них.

І. Незалежні формальні принципи

Достатньо тут запропонувати два приклади незалежних формальних принципів: кінцеве встановлення розсуду законодавчого органу за німецькою конституцією і свободу релігії та совісті як конституційне право.

¹ Оскільки більшість праць про норми компетенції передували теорії принципів, навряд чи можна було очікувати явного обговорення того, чи розширюють норми компетенції можливості для створення змістовних принципів або суті, що має бути досягнута принципами.

Якщо компетенційний елемент формальних принципів дає можливість створювати цілі, які мають бути досягнуті, і якщо конкретна конструкція балансування формального принципу якоїсь мети, що має бути досягнута, не відрізняється від балансування змістовних принципів, то можна запитати, чи робить феномен «формальних принципів» трохи більше, ніж пояснює, що норми компетенції можуть служити для надання повноважень створювати змістовні принципи. Наприклад, Роберт Алексі інтерпретує кінцеві встановлення розсуду як такі, що привели до компетенції законодавця створювати змістовні принципи (див. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (п. 1), 82; див. також виноску 74 у цій статті). Це буде ігнорувати, однак, той факт, що (1) елемент компетенції і (2) мета, що має бути досягнута, яка створюється при здійсненні цього компетенційного елемента, — обидва розуміються як частина формального принципу. Див. також Martin Borowski, 'Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung', L. Clerico and J.-R. Sieckmann (eds), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation* (Nomos: Baden-Baden, 2009), 99-128, at 121-6, де захищається розуміння, що ґрунтується на формальному принципі.

² Див. В. П. 2. а).

³ Слід відзначити, що й досі на тлі фокусу в дослідженнях принципів (див В. П. 1.) залежні принципи з'являються радше як «нормальний випадок». Це враження зникає, однак, як тільки реалізований весь спектр прикладів формальних принципів і проаналізована їх конструкція.

1. Кінцеве встановлення розсуду законодавчого органу

У німецькій правовій системі законодавець уповноважений створювати (змістовні) принципи, що мають можливість наблизити в перспективі принципи, які явно згадані в конституції¹. Класичним прикладом у ранньому рішенні Федерального конституційного суду є принцип «збереження та підтримки ручних ремесел»². Законодавець був уповноважений реалізувати цю мету певною мірою та відповідно обмежити свободу професії³. Однак законодавець не мав конституційного обов'язку переслідувати цю мету. Чи буде цей принцип створено, було питанням, що залишалося на його розсуд. Принцип «збереження та підтримки ручних ремесел» має право обмежувати інші конституційні принципи, незалежно від будь-якої комбінації принципів. Таким чином, феномен кінцевого встановлення розсуду демократично легітимованого парламентського законодавця зумовлений незалежним формальним принципом⁴.

2. Свобода релігії та совісті

Свобода релігії та совісті передбачає свободу особистості вибирати⁵ релігійну або моральну позицію, яка конституційно захищена. Цей конституційний захист означає, що свобода релігії та совісті може обмежити інші конституційні права або конституційні блага. Наприклад, носіння покриття з причин релігійного характеру вимагає набагато більш високого рівня захисту, ніж носіння

¹ Це, як правило, прямо передбачено в обмежувальних положеннях щодо конституційних прав (див. про обмежувальні положення в цілому і в німецькій конституції, а також в ЄКПЛ Borowski, 'Limiting Clauses' (n. 4), 205-12). Колективні блага, передбачені в Конституції, зазвичай не супроводжуються граничним пунктом; існує, однак, презумпція на користь здатності до обмеження конституційних благ.

Для того щоб висловити той факт, що обидва види принципів — права і блага, прямо передбачені в Конституції, та принципи, створені парламентським законодавцем — виявляють конституційний статус, має бути введена відмінність між *конституційним статусом першого ступеня* (принципи, які прямо передбачені в конституції) і *конституційним статусом другого ступеня* (принципи, які встановлюються законодавцем). Див. про це розрізнення Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 80-2; Borowski, 'Prinzipien als Grundrechtsnormen' (n. 2), 319-20; Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (n. 2), 117-8, 124-5, 245; Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (n. 2), 519, 541; Borowski, 'Limiting Clauses' (n. 4), 212-4; Borowski, 'Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung' (n. 68), 106-8.

² BVerfGE (Рішення Німецького федерального конституційного суду), 13, 97 (110). Більше прикладів у Alexy, 'Postscript' (n. 1), 395.

³ Див. В. І.

⁴ Про тлумачення цього принципу як формального див.: Borowski, 'Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung' (n. 68), 125-6. Проте Алексі вважає, що він є змістовним принципом. Після посилання на оцінний розсуд (обговорюється в подальшому — С. П.) він пише: «Цей процедурний принцип, разом із *змістовним принципом*, що забезпечує певний другорядний публічний інтерес, може бути збалансованим з конституційним принципом, який гарантує право індивіда» (Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 82 (курсив додано)). Більше того, він не згадує формальні принципи взагалі, де він обговорює кінцеве встановлення розсуду в «Постскрипті» (Alexy, 'Postscript' (n. 1), 395-6). Формальні принципи застосовуються тільки в розділі про перегляд оцінного розсуду (там само, 414-25).

⁵ Слід визнати, що ідея вибору тут припускає дуже складний психологічний процес, в якому переплітаються елементи вільних рішень і відчуття зобов'язань, а також різних пізнавальних та емоційних елементів. Про «вибір» релігійної або моральної позиції див. Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (n. 2), 400-2.

покриття з міркувань моди¹. Однак індивід, не зобов'язаний зайняти позицію, заявивши про свою прихильність до тієї чи іншої релігії, атеїзму або будь-якої філософії життя (світогляд); він чи вона може залишатися абсолютно байдужим(ою), коли релігія є стурбованою. Визначення щодо певної релігії, атеїзму або щодо конкретної філософії життя є соціальним фактом. Однак конституційний захист цієї позиції означає, що цей соціальний факт має бути відображений у правовій сфері. Оскільки релігійна позиція особистості користується тільки *prima facie* захистом, вона описує цілі, що мають бути досягнуті. Визначившись із певною релігією, атеїзмом або конкретною філософією життя, індивід конкретизує мету досягти свободи релігії та совісті, як це передбачено в Конституції. Ця мета, яка має бути досягнута, може обмежити інші конституційні права чи колективні блага, передбачені в конституції² — незалежно від комбінації будь-яких інших принципів. Таким чином, релігійна свобода також може бути зрозуміла, принаймні, в широкому сенсі, як незалежний формальний принцип.

II. Залежні формальні принципи

Найбільш важливим прикладом залежних формальних принципів є ті принципи, які в дослідженнях принципів використовуються при перегляді компетенції законодавця. Таким чином, я повинен зосередитися на цих принципах в цьому розділі. По-перше, принцип, що використовується в перегляді влади чи розсуду законодавця та його наслідків у балансуванні, вимагає пояснення того, як залежність цього принципу буде аналізуватися.

1. Принцип, що використовується при перегляді розсуду законодавця

Феномен розсуду в теорії принципів — це феномен, який має місце при перегляді рішення про балансування. Його можна проілюструвати за допомогою прикладу, наведеного вище³, щодо конкуренції принципу охорони навколишнього середовища і свободи підприємництва як двох змістовних принципів. Розгорнемо цей приклад далі: парламентський статут вимагає, щоб відхідний газ, що походить від промислового виробництва, не містив більше певної кількості діоксиду сірки. Тут є не тільки конфлікт між принципом охорони навколишнього середовища і принципом свободи підприємництва; є також парламентський статут, що вважається владною спробою вирішити конкуренцію цих принципів за умови фактів, описаних у парламентському статуті.

а) Відносна влада рішень парламенту

У правовій системі, в якій жоден суд не уповноважений переглядати рішення парламенту, влада парламенту є абсолютною. Розсудливість, в якій був би сенс, не відіграє тут ніякої ролі. Проте у правових системах, в яких конституцій-

¹ Див. про носіння ісламського покриття як захищеного релігійною свободою згідно з ЄКПЛ, Рішення про прийнятність ЄСПЛ від 15 лютого 2001 р., Application No. 42393/98, *Dahlab v Switzerland*; Рішення ЄСПЛ від 10 листопада 2005 р., Application No. 44774/98, *Leyla Sahin v Turkey*, (2006) E.L.R. 73.

² Див. про таку модель: М. Borowski, 'Der Grundrechtsschutz des religiösen Selbstverständnisses', А. Haratsch, N. Janz, S. Rademacher, S. Schmal, and N. Weiß (eds), *Religion und Weltanschauung im säkularen Staat* (Kohlhammer: Stuttgart et al, 2001), 49-80, at 63-80; Borowski, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes* (n. 2), 251-91.

³ Див. В. І.

ний суд¹ уповноважений переглядати акти парламентського законодавця, питання полягає в тому, чи має рішення парламенту щодо балансування принципів якусь владу взагалі. Цього не було б у випадку, якби конституційний суд прийняв рішення з питання про збалансованість без будь-якого розгляду рішення парламенту і згодом виміряв би рішення парламенту за показниками власного рішення. Рішення парламенту не було б нічим більшим, ніж простою спробою збалансувати відповідні принципи правильно, не маючи при цьому самостійної ваги. На тлі того, що парламент може претендувати на пряму демократичну легітиміацію, інтерпретація парламентських статутів як таких, що не мають самостійної ваги, навряд чи витримує критику. Таким чином, компроміс між цими двома крайнощами — абсолютною владою і відсутністю влади взагалі — вдається розумним: виявлення відносної влади балансувати рішення парламенту. Ця відносна влада обумовлена формальним принципом, що вимагає *prima facie* поважати рішення парламентського законодавця про балансування².

б) *Свобода дій з урахуванням формального принципу*

Щоб проілюструвати, як «розсуд» викликається формальним принципом, згаданим вище, може бути виокремлено три сценарії. Розгляд формального принципу має ефект додавання ваги до одного з двох змістовних принципів³. До якого змістовного принципу додається вага, залежить просто від рішення парламентського законодавця.

Будемо говорити, що, з точки зору конституційного суду, в балансуванні конституційних принципів охорони навколишнього середовища та свободи підприємництва максимальний вміст діоксиду сірки у відхідних газів є X проміле. По-перше, якщо припустити, що парламентський статут передбачає саме цей ліміт, то статут, очевидно, відповідає стандарту перегляду. Розсуд не під питанням. Однак статут може забезпечити більш високий або низький ліміт.

По-друге, якщо припустити, що парламентський статут, визнаючи особливо екологічно орієнтовану політику, встановлює більш низький ліміт, X-n проміле SO₂, цей закон не є сам по собі неконституційним. Навпаки, він виявиться конституційним, якщо змістовний принцип охорони навколишнього середовища в поєднанні з формальним принципом вимагає *prima facie*, щоб рішення парла-

¹ Тобто суди, які уповноважені здійснювати конституційний нагляд. В австрійській і німецькій моделі централізованого конституційного контролю це повноваження зберігає централізований конституційний суд; у децентралізованій моделі це повноваження розподіляється між більшою кількістю судів судової системи в цілому. Див. про ці дві моделі конституційного контролю: Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (Bobbs-Merrill: Indianapolis, Kansas City, and New York, 1971), 46-51 and 69-77.

² Про цей принцип див., наприклад, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 1), 82, 191-2, 313. Рішення про балансування спирається на приписування ваги принципам виходячи з обставин конкретної справи. Це приписування ваги залежить, у свою чергу, від аналітичних, емпіричних і нормативних посилок. Якщо надається, приміром, розсуд відносно емпіричних посилок рішення про балансування (див., наприклад, 'Postscript' (n. 1), 414-5), то це один з аспектів всього процесу балансування. Навіть якщо виходить з ладу весь процес балансування при прийнятті рішень з епістемних, нормативних та аналітичних посилок, формальний принцип, вимагаючи *prima facie* того, щоб ці рішення поважалися, залишається залежним формальним принципом. Посилки актуальні тільки тому, що вони є посилками, на які спирається рішення законодавця про балансування.

³ У прикладі два принципи, що баланшуються законодавцем, є змістовними принципами. Слід відзначити, що принципи, що баланшуються парламентським законодавцем, необов'язково є змістовними принципами. Ці принципи також можуть бути незалежними формальними принципами. Це означає, що балансування, здійснене парламентським законодавцем, може об'єднати будь-яку кількість змістовних або незалежних формальних принципів, від двох і більше.

ментського законодавця про балансування, яке має поважатися, переважало свободу підприємництва як змістовний принцип при X -n проміле SO_2 .

По-третє, якщо припустити, що парламентський статут, визнаючи політику сприяння високому економічному зростанню, встановлює більш високий ліміт, X_{+n} проміле SO_2 . Знову ж, цей статут не є сам по собі неконституційним. Формальний принцип, який вимагає *prima facie*, що рішення парламентського законодавця про балансування, яке має поважатися, додавало вагу до свободи підприємництва так, щоб ці два принципи, взяті разом, могли переважити змістовний принцип охорони навколишнього середовища.

Чи додає формальний принцип достатню вагу для відповідного змістовного принципу, так щоб обидва вони переважували інший змістовний принцип на X -n проміле SO_2 , або X_{+n} проміле SO_2 , залежить від ваги двох змістовних принципів і ваги формального принципу в цих обставинах. Чим більша вага надається формальному принципу, тим більше рішення парламентського законодавця може відійти від результату балансування змістовних принципів самих по собі. Коротше: більша свобода дій надається парламентському законодавцю.

2. Залежність формального принципу, що використовується при перегляді розсуду при балансуванні

Формальний принцип, який вимагає *prima facie*, що рішення парламентського законодавця про балансування має поважатися, відноситься, за своєю природою, до конкуренції між двома або більше принципами. Якби не було жодної конкуренції між щонайменше двома принципами, то, за визначенням, не було б рішення про балансування. Таким чином, цей формальний принцип може додати тільки вагу на один бік при конкуренції принципів; він не може бути незалежним як один бік конкуренції.

Оскільки цей формальний принцип обов'язково стосується балансування інших принципів, то можна розрізняти такі інші принципи, як принципи першого порядку¹ і залежний формальний принцип як принцип другого порядку. Це не означає, що слід розрізняти два різні рівні балансування: по-перше, балансування принципів першого порядку і, по-друге, балансування цього результату з принципом другого порядку. Моделлю, яка виступає в більшості праць з теорії принципів, є модель балансування всіх відповідних формальних і змістовних принципів в один крок². Однак таке балансування в один крок не може приховати той факт, що різні види принципів розглядаються в цьому балансуванні: змістовні та/або незалежні формальні принципи і залежні формальні принципи.

D. Висновок

«Право комбінації» Алексі вказує на важливу властивість формальних принципів, що використовуються при перегляді оцінного розсуду. Однак «право комбінації» належить до тих принципів не тому, що вони є формальними принципами, а тому, що це окремий випадок формальних принципів, у силу

¹ Такими «принципами першого порядку» можуть бути змістовні принципи та/або незалежні формальні принципи (див. виноску 3 на с. 145).

² Про цю модель та її переваги див.: Borowski, 'Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung' (n. 68), 115-6.

свого змісту, залежно від балансування інших принципів. Є приклади формальних принципів, що не залежать від балансування інших принципів, і в цих випадках «право комбінації» не має застосування.

Боровські М. Конструкція формальних принципів у «праві комбінації» Роберта Алексі

Анотація. У цьому есе досліджуються конструктивні схожості та відмінності між формальними і змістовними принципами, а також те, чи можна пояснити ці відмінності «правом комбінації» Р. Алексі. Після огляду щодо розмежування між правилами і принципами розглядаються конструктивні характеристики формальних принципів. Останній розділ присвячений відмінностям формальних принципів, що є або незалежними, або залежними від балансування інших принципів. Стверджується, що існують приклади формальних принципів, що не залежать від балансування інших принципів, і в цих випадках «право комбінації» не має застосування.

Ключові слова: принцип, балансування принципів, змістовний принцип, формальний принцип, незалежний і залежний формальні принципи.

Боровски М. Конструкция формальных принципов в «праве комбинации» Роберта Алекси

Аннотация. В этом эссе исследуются конструктивные сходства и различия между формальными и содержательными принципами, а также то, можно ли объяснить эти различия «правом комбинации» Р. Алекси. После обзора по поводу разграничения правил и принципов рассматриваются конструктивные характеристики формальных принципов. Последний раздел посвящен различиям формальных принципов, являющихся или независимыми, или зависимыми от балансирования других принципов. Утверждается, что существуют примеры формальных принципов, не зависящих от балансирования других принципов, и в этих случаях «право комбинации» не применяется.

Ключевые слова: принцип, балансирование принципов, содержательный принцип, формальный принцип, независимый и зависимый формальные принципы.

Borowski M. The Structure of Formal Principles in Robert Alexy's «Law of Combination»

Summary. In this essay enquiry is made into the structural resemblances and differences between formal and substantive principles and whether the differences can be explain Alexy's «Law of Combination». After an outline of the distinction between rules and principles the structural characteristics of formal principles are examined. The last section is devoted to the distinction of formal principles that are either independent or dependent on the balancing of other principles. It is argued that there are instances of formal principles that are not dependent on the balancing of other principles, and to these cases the «Law of Combination» has no application.

Key words: principle, balancing of principles, substantive principle, formal principle, independent and dependent formal principles.