

ДВА ПАРТИКУЛЯРИСТИЧНИХ ПІДХОДИ ДО БАЛАНСУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ¹



Х. РУЇЗ МАНЕРО

*доктор філософії, професор філософії права
(Університет Аліканте, Іспанія)*

Метою цієї статті є вивчення та критичний аналіз двох сучасних, відносно сучасних, напрямів робіт, які захищають партикуляристичний підхід у правових контекстах, представниками яких є Луїджі Феррайолі і Бруно Челано. В обох випадках вибір на користь партикуляризму пов'язаний із співвіднесенням між собою конституційних принципів. Утім масштаб поглядів дуже відрізняється для кожного з цих авторів. Різниця, по-перше, обумовлена тим, що погляд кожного із авторів на особливості конституційного регулювання прав у нашій правовій системі є дуже різним. По-друге, підходи названих вчених сильно розрізняються, оскільки автори розходяться у поглядах на те, на яку, власне, із ідеальних моделей регулювання конституційних прав, що кожним із них відстоюється, має бути схожим саме конституційне регулювання. Зайвим буде додавати, що обидва автори пояснюють, яке регулювання конституційних прав найдужче наближується до того варіанта, який кожен із них собі уявляє. По-третє, масштаб вибору на користь партикуляристичного підходу є дуже різним для кожного із цих авторів, оскільки рівень можливих конфліктів між правами в наших конституційних системах також розрізняється відповідно до реконструйованих концепцій кожного із них. Давайте подивимося.

У ситуації із Б. Челано має місце явний захист партикуляристичного підходу щодо всіх випадків суперечності між конституційними принципами і, ми

¹ Переклад з англійської мови С. Погребняка і О. Уварової.

маємо сказати, про партикуляристичний підхід до юридичної аргументації в цілому (і більше того, до практичного аргументування)¹. У випадку із Л. Феррайолі відстоювання партикуляризму, з одного боку, не представлено самим цим терміном (термін «партикуляризм» відсутній у його термінології); крім того, і понад усе: на думку Л. Феррайолі, і це добре відомо, у більшості справ колізія між принципами є просто очевидною, а тому може бути вирішена через застосування «абстрактних рішень», зокрема, через рейтинг або ієрархію конституційних принципів, до яких можна звернутися у будь-якій справі. І лише у надзвичайно невеликій кількості випадків таке ранжування або заздалегідь продумане абстрактне рішення не можуть бути застосовані. Для вирішення цієї незначної кількості справ Л. Феррайолі обирає — на противагу співвіднесенню принципів, як це має місце у загальному випадку, що відстоюється більшістю авторів-принципістів², — те, що він називає «рівною вагою». Така «рівна вага», на мою думку, є чистою альтернативою партикуляристичному підходу. Почнемо із поглядів Л. Феррайолі.

Залишковий партикуляризм Л. Феррайолі

Як я вже вказував, цей підхід не є явно партикуляристичним. Навпаки, відповідно до Л. Феррайолі, конституційні принципи значною мірою є ранжованими або являють собою ієрархію «в абстрактному вигляді», тобто поза і незалежно від особливостей конкретної справи. Першим із таких ієрархічних критеріїв є критерій, який ставить основні права, що складаються із простих імунітетів, а не правомочностей або повноважень, на вершину ієрархії. По-друге, Л. Феррайолі вважає «набагато більш важливими» всі основні права, у тому числі «соціальні права і права на свободу», які мають зайняти в ієрархії більш високе місце, аніж акти здійснення основних прав громадянської автономії, які також є повноваженнями. Висновок Л. Феррайолі є таким, що «у нас є три види основних прав — прості фундаментальні імунітети, права на певні свободи і права-повноваження — перші з яких мають перевагу над всіма іншими, в той час як третя група є підпорядкованою в загальній ієрархії усім іншим [2, с. 6; 3, с. 19–56; 4; 5, с. 44]. Ця ідея Л. Феррайолі щодо своєрідного рейтингу прав в її загальному вигляді зазнала критики з різних причин³, і я був змушений також її критикува-

¹ Див. серед інших текстів Б. Челано: «Якою має бути наука конституційного права», «Можливість бути скасованим і зважування. Про можливість стабільної версії», «Етичний плюралізм, партикуляризм і характеристика бажаності: потрібна модель», «Чи можемо ми вибирати між партикуляризмом і універсалізмом» — у книзі Б. Челано «Закон, справедливість, причини. Нариси 2000–2007» [1].

² Принципізм — система етичних норм, базована на таких моральних принципах, як автономія — свобода волі, благодійність — спрямування на творення добра, ненанесення шкоди і справедливість — у соціальному розподілі вигод і тягот. Прихильники принципізму вказують на те, що від самого початку історії людства більшість моральних рішень базується на цих моральних принципах, оскільки вони є частиною або є сумісними із більшістю інтелектуальних, релігійних або культурних переконань. — *Прим. ред.*

³ Серед критиків — П. Коммандуччі в статті «Проблеми сумісності між основними правами» [6], П. Салазар у статті «Обмеження на більшість і соціальна метафора контракту в демократичній теорії Л. Феррайолі. Два спірних питання» [7], Ж. Ж. Морезо «Про конфлікти між правами» [8].

ти в останній публікації в Доха. Я вважаю, що в нашій правовій системі всі основні права без винятку поступаються іншим або, навпаки, переважають над ними залежно від певного набору загальних обставин, тобто не працюють подібні ієрархії в абстрактному вигляді, вони не є справедливими для будь-якого можливого випадку. І я вважаю, зокрема, що концепція Л. Феррайолі включає в себе особливо сильну версію так званої «горизонтальної дії основних прав», їх нормативної сили щодо дій людей, що, на мою думку, не відповідає реальності нашої правової системи [9]. Не будемо зупинятися тут на цих відгуках, оскільки предмет нашої розмови становлять саме ті випадки, в яких, відповідно до концепції самого Л. Феррайолі, така ієрархія або «абстрактні рішення» є не застосовними. Йдеться, зокрема, про зіткнення між правами на певні свободи, правами, які відповідно до підходу самого Л. Феррайолі, не перебувають у ієрархічному зв'язку один з одним у наших конституційних текстах. У таких випадках колізія, на його думку, має вирішуватись не шляхом співвіднесення норм (або принципів), як це має місце у загальному випадку, і саме цей підхід відстоюється низкою авторів-принципістів, а шляхом врахування обставин конкретної справи (в його термінології, «справедливого балансування»). Давайте почнемо із тези, в якій Л. Феррайолі пояснює, по-перше, що, на його думку, розуміється під співвіднесенням (балансуванням) авторами-принципістами, і, по-друге, як насправді має розумітися таке співвіднесення, на його думку. Л. Феррайолі говорить таке: «Чинне право є єдиною мовою, доступною для застосування судьями з метою надання оцінки фактам, щодо яких їм потрібно винести рішення, таким як крадіжка або розтрата, здійснення свободи слова або наклеп, не тому, що вони зважують значення цих слів, тобто правила про крадіжку, розтрату, свободу преси чи наклеп (ми більше зважуємо, коли говоримо слова «стілець» або «крісло»), а тому, що вони оцінюють (або якщо хочете, зважують) унікальні характеристики обставин справи, що робить їх більш ідентифікованими і розумно використовуваними для кваліфікації таких обставин, як крадіжки, розтрата, законне використання свободи преси або завдання шкоди особистій гідності особи» [2, с. 8]¹.

Я, зі свого боку, думаю, перше, що має бути сказано про цей текст: Л. Феррайолі дає характеристику співвіднесення принципів між собою авторами-принципістами у термінах, в яких навряд хтось із них міг би впізнати себе: ніхто, наскільки мені відомо, не стверджував, що співвіднесення (або зважування) полягає у встановленні «ваги» щодо «значення слів». Такі автори вказують, що сукупність аргументів, що присутні за загальних обставин, можуть наводитись на користь кожного із конфлікуючих принципів. Можливо, то буде зайвим, але я проілюструю вказану ідею на одному прикладі, настільки звичному, що від нього вже могли втомитися: припустимо, ми маємо конфлікт між правом на приватність і свободою інформації, який проявляється у питанні, чи

¹ «Таке співвіднесення [...] призначене для застосування не щодо правил, а скоріше, до фактів з метою юридичної кваліфікації» [5, с. 47–48]. Із цього ж приводу Х. Руїз Манеро: «Якщо ми говоримо про «співвіднесення», то, як видається, більш правильно просто [...] сказати, що метою цього процесу є встановлення індивідуальної, унікальної і неповторної конотації фактів і ситуацій, оцінка яких завжди є різною, навіть коли вони стосуються тих самих правил» [9, с. 83].

можете ви легально розкрити певну інформацію про історію психіатричного лікування кандидата на посаду, скажімо, голови уряду. Стикаючись із подібною справою і виходячи із того, що немає заздалегідь передбаченого правила із визначення, яке із конфлікуючих прав має здобути пріоритет, ми маємо, згідно із принципіалістськими авторами, зважити аргументи на користь права на приватність і аргументи на користь свободи інформації, зважаючи на обставини цієї справи. І результатом такого зважування завжди є певне правило поведінки: наприклад, правило, що в ситуації із кандидатом на посаду голови уряду і психіатричним анамнезом свобода інформації переважає над правом на приватність (через важливість психіатричної здатності приймати рішення, часто серйозні та невідкладні, які доводиться приймати прем'єр-міністру, тощо). Природно, таке правило не визначає пріоритету свободи інформації над правом на приватність щодо будь-якої іншої справи, де постане колізія між цими двома правами. Наприклад, якщо йдеться про історію психіатричної хвороби кандидата у мери, а не прем'єр-міністри (напевно, можна стверджувати, що рішення, які доводиться приймати меру, не є настільки важливими, навіть якщо мер страждає на певний психічний розлад та ін.). Так само щодо кандидата на посаду голови уряду, якщо проблема полягає вже не в історії психіатричної хвороби, а, скажімо, йдеться про історію дерматологічної хвороби (яка жодним чином не впливає на здатність приймати рішення зі складних питань тощо). В усіх таких випадках ми завжди фокусуємось на рівні загальних обставин. Якщо у справі немає інших відповідних загальних обставин, що відрізняються від раніше розглянутої справи, обидві справи мають отримати однакові рішення, оскільки на них слід поширити одне й те саме правило.

Однак, за Л. Феррайолі, ми маємо зважувати аргументи не щодо кожного права, що вступає в конфлікт із іншим правом, в аспекті загальних обставин справи, а щодо індивідуальних обставин справи, «унікальних особливостей обставин справи», висловлюючись його словами. Погодьтеся, «зважування унікальних особливостей обставин справи», якщо читати буквально, є складним для розуміння виразом. Втім виходити із буквального розуміння було б несправедливо щодо Л. Феррайолі. Очевидно, він мав на увазі, як я думаю, що ми повинні зважувати аргументи на користь кожного конфлікуючого права у взаємозв'язку з унікальними особливостями розглядуваних обставин.

На мою думку, тим не менше, якщо ми не будемо розглядати такі «унікальні особливості», як окремі прояви загальних властивостей, в нас не буде жодного способу оперувати термінами, за допомогою яких ми спілкуємося із іншими. І ми навіть не зможемо зафіксувати їх якимсь чином, окрім як певного роду некомунікативну інтуїцію, що є також проявом інтерсуб'єктивного неконтрольованого¹. Рішення, яке ми відстоюємо в такий спосіб, не зможе бути представ-

¹ Звичайно, завжди є можливість віднайти «унікальні характеристики» у справі, які є такими, що піддаються комунікативній передачі, тобто можуть знаходити лінгвістичний вираз і не простежується при цьому певна комбінація типових властивостей. Так трапляється, якщо в нашому описанні справи ми використовуємо власні назви або певний опис особи чи осіб. Але розгляд особи чи осіб, що беруть участь у справі, так само як і їх власність, очевидно, вимагає явної відмови від претензій на універсалізацію, яка є невід'ємною частиною нашої ідеї обгрунтування.

лене в термінах, які призначені для обґрунтування; воно обов'язково буде здаватися довільним. Така ситуація має місце, оскільки наша ідея обґрунтування включає в себе ідею прагнення вирішувати схожі випадки схожим чином, або, іншими словами, ідею про те, що справи, в яких наявні ті самі прояви загальних властивостей, мають отримувати однакові рішення. У випадку колізії між принципами, що підлягають застосуванню, на мою думку і на протигагу Л. Феррайолі, необхідно розглянути підстави, за якими кожний принцип розглядається не з точки зору «нездоланої унікальності», а з позиції певного набору властивостей, що утворюють певні загальні випадки.

Загальний партикуляризм Б. Челано

Партикуляризм, який захищає Б. Челано, дуже відрізняється від підтримуваного Л. Феррайолі. На відміну від Л. Феррайолі, Б. Челано визнає в загальних рисах бачення щодо співвіднесення, що переважно поширено серед авторів-принципіалістів. Л. Феррайолі, як ми бачили, дотримується тієї точки зору, що більшість конфліктів між принципами може бути вирішена за допомогою заздалегідь визначених «абстрактних рішень» і відзначає, що зважування щодо загальних випадків, яке відстоюють автори-принципіалісти, «є методом, що надмірно розширює судовий розсуд до точки, де суддя вже не підкорюється закону» [5, с. 47]. Б. Челано, навпаки, стверджує, що переважання того або іншого з принципів, що діють одночасно, завжди має визначатися залежно від обставин конкретної справи: тому для Б. Челано не існує нічого подібного до «абстрактних рішень». Навпаки, конституційне регулювання прав за допомогою заздалегідь визначених моделей, що названі Л. Феррайолі «абстрактними рішеннями», передбачає нерухоме співвідношення принципів, що не може, на думку Б. Челано, забезпечити «розумну, чуттєву дисципліну права» [1, с. 203]. Більше того, на протигагу думці Л. Феррайолі про те, що в конституційній мові «не повинні заохочуватися нечіткість і невизначеність у будь-якому випадку, і, навпаки, слід перевіряти і використовувати мову настільки вичерпно, наскільки це можливо» [10, с. 83], Б. Челано заперечує твердження, що наявність оціночних, а тому розпливчастих, термінів у нашій конституції і особливо в тих її положеннях, які врегульовують права, є дефектом. Конституційні положення, які одночасно приписують і умови реалізації права, і модель поведінки, яку воно захищає, викласти в суто описових термінах буде «часто неможливо», на переконання Б. Челано, оскільки це приведе нас до «абсурдних висновків» [1, с. 201].

Отже, Б. Челано визнає одночасно дескриптивну (описову) і прескриптивну (приписуючу) тези, які, як правило, вважаються характерними для принципізму. Описова теза складається із твердження, що, за нашими конституціями, врегулювання прав здійснюється централізовано через принципи, і характерним для принципів є те, що, з одного боку, вони характеризуються застосуванням дуже оціночних термінів для моделювання належної поведінки в своєму змісті. З другого боку, вони не визначають наперед умов, за яких той чи інший принцип буде переважати над іншими принципами. Нормативна теза полягає у твердженні про бажаність того, щоб конституційне регулювання прав виходило із узгодженого в своїй основі розуміння принципів.

Базуючись на цих вихідних тезах, Б. Челано спрямовує свою позицію із захисту партикуляризму на критику розуміння балансування (співвіднесення), що запропоноване Жозе Жуаном Морезо [1, с. 235; 11, с. 267]. У будь-якому разі критика з боку Б. Челано спрямована не тільки на точку зору Ж. Ж. Морезо, а в цілому на те, що ми можемо назвати типовим поглядом принципістів на балансування (співвіднесення). Зокрема, Б. Челано заперечує ідею, що результатом співвіднесення між собою двох принципів щодо загальних обставин справи є правило, яке передбачає виняток для врегулювання ситуації, щодо якої ми не маємо нічого, окрім двох конкуруючих принципів. Однак, віддавши належне критиці з боку Б. Челано, необхідно коротко нагадати, як саме ця ідея представлена у стандартному принципіалістському баченні. Як добре відомо, відправною точкою є те, що, як тільки-но було зазначено, принципи є нормами, які не визначають у своєму антецеденті, в будь-якій іншій умові свого застосування можливість вчинити дію, яка деонтично модалізована в її (нормі) консеквентні, і сама деонтична модальність існує тільки на перший погляд. На шляху від такої первісної деонтичної модальності до кінцевої деонтичної модальності має бути визначено, чи походить принцип, який розглядається в світлі певної справи, від іншого принципу, який, у зв'язку із цією справою, має більшу вагу. Якщо дотримуватися цього погляду, конституційні принципи, які встановлюють права, обов'язково перебувають у напрузі, оскільки в багатьох випадках права, що ними захищаються, одночасно будуть перебувати під дією інших принципів, що передбачають можливість вчинення дій, несумісних із такими правами. Або, іншими словами, оскільки в багатьох випадках дії, що є прикладами застосування того чи іншого права, передбаченого конституційним принципом, одночасно є також прикладом порушення іншого права, передбаченого іншим конституційним принципом, і навпаки. Продовжимо використовувати один із звичних прикладів: свобода інформації, з одного боку, повага честі й гідності або приватності — з другого, є конституційними правами, проте ми маємо багато випадків, коли використання свободи інформації включає в себе порушення честі або приватності, і багато прикладів того, коли повага до гідності або приватності обмежує використання свободи інформації. У такого роду конфліктах, як слідує із головної течії сучасної філософії права, можна сформулювати конфліктуючі права в гармонійній ієрархії, яка встановлює пріоритет кожного з них щодо інших, які могли б конкурувати із ним, але не у спосіб, запропонований Л. Феррайолі, тобто «в абстрактному вигляді» або для будь-якого можливого випадку конфлікту, але щодо певної категорії випадків (або, іншими словами, щодо загальних випадків). Це, я вважаю, ключова ідея стандартного погляду на співвіднесення між собою принципів, що розуміється як операція, що спрямована на конструювання правила, яке визначає пріоритет одного із них у випадках, що мають певний набір ознак. Наприклад, продовжуючи наведений вище приклад, правило, вироблене нашим Конституційним судом, відповідно до якого у випадках конфлікту між свободою інформації і правом на повагу честі та гідності, перше має пріоритет тільки у випадку, коли інформація стосується громадськості, є правдивою і передається без використання образливих виразів; якщо якась із названих вимог не виконується, пріоритет надається повазі до честі й гідності. Правила такого типу визначають остаточно, що має бути зроблено; таке

правило застосовується доти, поки не виникає новий окремий випадок, що відрізняється додатковою властивістю, яка не охоплюється вже виробленим правилом і є значущою настільки, що вимагає вироблення нового правила. Правила, що є результатом співвіднесення принципів між собою, вироблені органами правозастосування, не є, як і жодне правило, абсолютно стійкими; завжди існує можливість, що правило у випадках із несподіваними комбінаціями властивостей не зможе охопити їх собою, або іншими словами, що такі випадки виявляться прикладами аксіологічних прогалин¹.

Тим не менше, ці правила, у свою чергу, є відносно стабільними, оскільки вони остаточно визначають, що повинно бути зроблено, як я вже сказав, до тих пір, поки окремий випадок не встановить властивість, яка не охоплюється таким правилом, що буде вимагати перегляду існуючого правила. І в цьому випадку результатом, як уже зазначалося, стане нове більш точне правило. Стандартний погляд не передбачає відповідей, що були б правильними тільки для індивідуального випадку, оскільки відповіді є правильними або неправильними не щодо характеристик окремої справи, а щодо певного типу справ.

Ця ідея, що співвіднесення принципів між собою призводить до правила, наявність якого має значення у ситуації, в якій у нас є тільки конкуруючі між собою принципи, є об'єктом критики Б. Челано. За його словами, таке значення буде наявним тільки тоді, коли в результаті балансування принципів виробляється абсолютно стійке правило, правило, яке може бути сформульоване як умовно непереборне. Наявність не зовсім стійкого правила не виключає того, що баланс буде порушено будь-яким випадком, що матиме місце у майбутньому. А це означає, відповідно до ідеї Б. Челано, що балансування, яке розуміється таким чином, хоча і представляється як подолання партикуляризму, залишає партикуляризм недоторканим [1, с. 236].

Проте, це, на мій погляд, перебільшені висновки. Звичайно, Б. Челано правий, коли він говорить, що правило, яке виникає в результаті балансування між двома принципами для врегулювання певного випадку, є таким, що підлягає перегляду. Воно є таким, оскільки ми не можемо виключити можливість виникнення нового випадку, що буде відрізнятися певними характеристиками настільки, що потрібно буде вироблення нового правила. Щоб виключити таку можливість, ми повинні мати те, що Б. Челано назвав тезою кінцевої актуальності [1, с. 249; 13, с. 348–349], тобто критерій, за допомогою якого, апіорі, визначаються, по-перше, всі характеристики, що можуть мати значення, і, по-друге, всі можливі комбінації таких характеристик, що можуть бути представленими у майбутніх справах. Якщо у нас був би такий критерій, ми могли б, як вказав Ж. Ж. Морезо, реконструювати правову систему як набір правил, що не переглядаються, тобто «як набір умовних правил, антецедент яких є достатньою умовою концевента» [11, с. 286]. Але є очевидним, що визначення усіх характеристик, що можуть мати значення для справи, і усіх можливих комбінацій таких характеристик є чимось, що виходить за межі епістемологічних можливостей людських створінь. Утім, згідно із Ж. Ж. Морезо, «оскільки, звичайно,

¹ Поняття «аксіологічна прогалина» походить, як можна припустити, з роботи К. Альчуррона і Є. Булігіна [12].

неймовірно думати про регулярний перегляд всіх конституційних принципів, що включає в себе білль про права», «більш правдоподібною виглядає думка про різні стабільні версії, пов'язані із мікронаборами конституційних принципів» [11, с. 286], такі як – ми продовжуємо той самий приклад – мікронабір, до якого входять право на честь і недоторканність приватного життя і, по-друге, права на свободу інформації. На мій погляд, єдине, що станеться, якщо ми обмежимося мікронаборами, як їх запропоновано, це те, що виникнення можливості того, що певну властивість не взяли до уваги, буде менш ймовірним, ніж це було б, якби нам довелось охопити всі конституційні принципи. І справді, після того як викристалізувалася доктрина Конституційного суду про пріоритетність права на честь і приватність, наскільки мені відомо, нових справ, які б змушували її переглянути, не з'являлося. Це правило, як добре відомо, базується на властивостях значущості інформації для громадськості, її достовірності та невикористанні образливих висловів. Поява нової справи, характеристики якої вимагають перегляду вже існуючого правила, не може бути повністю виключена. Ми могли б звільнитися від такої необхідності повністю, якби мали можливість передбачити всі можливі значущі характеристики та їх комбінації, що будуть представлені в майбутніх справах. Але оскільки ми не маємо дару всезнання, ми ніколи не зможемо бути впевнені, що характеристики або їх комбінації, про які ми навіть не думали, не виявляться значущими для справи, і тому ми ніколи не можемо бути впевнені, що не з'явиться новий випадок, який вимагатиме перегляду вже існуючого правила. Відповідно, ми не можемо розумно розраховувати на абсолютну стабільність правил, вироблених у результаті співвіднесення конкуруючих принципів. Проте, на мою думку, це не означає, на відміну від того, що про це думає Б. Челано, що перехід від конкуруючих принципів до правила, яке виражає баланс між ними для певного набору випадків, є кроком, який залишає речі такими, якими вони були до того. Б. Челано правий, що крок від принципу А, що конкурує із іншим принципом Б, до правила, яке передбачає, що А переважає або поступається Б, у зв'язку із певним набором характеристик справи є переходом від одного правила, що підлягає перегляду, до іншого перегляданого правила. Наголошувати на цьому, однак, означає забувати, що можливість перегляду наявна в кожній із таких справ, у відповідний спосіб, і це, на мою думку, головний недолік підходу Б. Челано.

Висновок про те, що здатність до перегляду правила присутня у кожному такому випадку, є неминучим, якщо ми відштовхнемося від розуміння того, що різниця між простими справами і складними полягає в тому, що справа є простою, якщо дотримуються тільки дві умови: по-перше, ми маємо заздалегідь встановлене правило, під яке ми можемо підвести свій випадок, і по-друге, що застосування цього правила до нашого випадку не є спірним. Якщо це так, наявне правило, що встановлює відносини пріоритетності між двома принципами у світлі певного набору загальних обставин, підлягає застосуванню до кожного випадку, в якому загальний набір таких обставин присутній; відповідно, виконується перша умова для кваліфікації таких справ як простих. Друга умова – щодо відсутності спору з приводу такого застосування – буде виконуватися увесь час, допоки не з'явиться нова справа, що буде вимагати іншого нормативного рішення. Стверджуючи це, відбувається використання концепцій

К. Альчуррона і Є. Булігіна [12]: якщо щодо загального випадку ми маємо тільки конкуруючі між собою принципи, право констатує нормативну прогалину щодо справи, яка розглядається¹; нормативна прогалина заповнюється, коли ми маємо правило, яке передбачає, що у такій справі пріоритет належить одному із конкуруючих принципів.

Природно, наявність правил включає в себе усунення нормативної прогалини, але наявність правил не гарантує, що, стосовно справи, яка має нові характеристики, не виникне аксіологічна прогалина. Але так само, як наявність нормативної прогалини, означає, що будь-який випадок, який потрапляє до цієї сфери, є складною справою, що вимагає обговорення, спрямованого на вироблення правила для її вирішення. Можлива наявність аксіологічної прогалини означає, що ви не можете апріорно виключити можливість того, що випадок, який охоплюється дією правила, виявиться врешті-решт складною справою через наявність певних додаткових властивостей. Ці додаткові властивості повинні бути прийняті до уваги (або принаймні, якщо це ставити під питання, то якщо вони повинні бути прийняті до уваги), для того, щоб зіставити їх із іншим нормативним рішенням. Або, інакше кажучи: будь-який випадок, в якому немає заздалегідь встановленого правила, під яке можна підвести випадок, що виник, є складною справою. Випадок, який охоплюється дією правила, зазвичай є легкою справою, проте вона може стати складною, якщо можна буде стверджувати, або принаймні виникне щодо цього спір, що стосовно неї застосування заздалегідь встановленого правила призводить до оціночного неприйняттого рішення відповідно до балансу між принципами, що мають значення для справи. Це означає, якщо використовувати категорії Ф. Шауера [15, с. 91], що у першому випадку, коли ми маємо тільки принципи, орган правозастосування повинен уважно придивлятися до їх важливості щодо обставин справи. На противагу, у випадку, коли ми маємо заздалегідь встановлене правило, буде достатньо, якщо правозастосовний орган швидко на перший погляд визначить, що серед обставин справи немає жодної, яка не врахована правилом і могла б вимагати іншого нормативного вирішення відповідно до принципів. Природно, якщо такий поверховий погляд виявляє наявність обставин подібного роду, правозастосовний орган має уважно придивитися до справи. Тобто до співвіднесення принципів слід звертатися тільки у тому разі, коли на руках правозастосовця є тільки такі принципи. Це говорить про те, що справа набуде характеру складної. Але в цій ситуації так само наявність заздалегідь встановленого правила відрізняє її від ситуації, коли правила немає взагалі. Наявність такого правила означає, що у гру вступають не тільки ті принципи, що стосуються суті справи (субстантивні принципи), але і такі принципи (інституційні принципи), як принципи стабільності, передбачуваності, поваги до владного суб'єкта, що встановив правило, тощо. Отже, відмова від заздалегідь встановленого правила можлива тоді і тільки тоді, коли баланс субстантивних принципів, які підтримують відхилення від встановленого правила, переважає ті інституційні принципи, що мають відношення до цього правила.

¹ У цьому сенсі сформулював поняття нормативної прогалини Х. Руїз Манеро у праці «Деякі уявлення про право та прогалини у ньому» [14].

Отже, на закінчення ми можемо підсумувати дві особливості. По-перше, маючи заздалегідь встановлене правило, багато випадків видаються, з першого поверхового погляду, легкими справами; це ті випадки, в яких правильність застосування одного й того ж правила не видається спірною. Друга особливість полягає в тому, що у тих випадках, для яких правильність застосування правила виявляється спірною, дискурс, спрямований на побудову балансу, який сформує основу для вирішення справи, не включає в себе ті самі складові, як у ситуації, коли застосуванню підлягають тільки субстантивні принципи, оскільки за наявності встановленого правила у гру також вступають інституційні принципи, пов'язані із таким правилом. З цієї точки зору, відмінність у підході, яка впливає із наявності заздалегідь встановлених правил (на мою думку), також як і їх розумність (також на мою думку), жодним чином не є безглуздою чи несуттєвою, але явно важливою.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Celano B.* Derecho, justicia, razones : ensayos 2000–2007 / B. Celano. — Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. — 510 p.
2. *Ferrajoli L.* El constitucionalismo entre principios y reglas / L. Ferrajoli // *Doxa*. — № 5. — 2012. — P. 6.
3. *Ferrajoli L.* Los fundamentos de los derechos fundamentales / Ed. by Antonio de Cabo and Gerardo Pisarello / L. Ferrajoli. — Madrid : Editorial Trotta, 2001. — 339 s.
4. *Ferrajoli L.* Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia / L. Ferrajoli // Vol. 1 : Teoria del diritto. — Laterza : Storia e società, 2007. — 757 p.; Vol. 2: Teoria della democrazia. — Laterza : Storia e società, 2007. — 713 p.
5. *Ferrajoli L.* Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista / L. Ferrajoli // *Doxa*. — 2011. — № 34. — P. 15–54.
6. *Commanducci P.* Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales / P. Commanducci [Електронний ресурс] — Режим доступу : http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=128&Itemid=27.
7. *Salazar Ugarte P.* Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas / P. Ugarte Salazar // In *Garantismo : estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* / M. C. Sánchez, P. S. Ugarte. — Madrid : Trotta, 2005. — P. 429–446.
8. *Moreso J. J.* Sobre los conflictos entre derechos / J. J. Moreso // In *Garantismo : estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* / M. C. Sánchez, P. S. Ugarte. — Madrid : Trotta, 2005. — P. 159–170.
9. *Manero Ruiz J.* A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, 'soluciones en abstracto' y 'ponderaciones equitativas' / J. Manero Ruiz // *Doxa*. — 2012. — № 35.
10. *Ferrajoli L.* Dos modelos de constitucionalismo / L. Ferrajoli, J. Ruiz Manero. — Editorial Trotta, 2012. — 160 p.
11. *Moreso J. J.* La constitución. Modelo para armar / J. J. Moreso. — Madrid, Barcelona, Buenos Aires : Marcial Pons, 2009. — 360 p.
12. *Alchourrón C.* Normative Systems / C. Alchourrón, E. Bulygin. — New York-Wien : Springer, 1971. — 226 p.
13. *Bayón Mohino J. C.* La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción / J. C. Bayón Mohino. — Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1991. — 800 p.

14. *Manero Ruiz J.* Algunas concepciones del depecho y sus lagunas / J. Ruiz Manero // F. Atria, E. Bulygin, J. J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez, J. Ruiz Manero: Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial. — Madrid-Barcelona : Marcial Pons, 2005. — P. 103–127 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.marcialpons.es/static/pdf/100742265.pdf>.
15. *Schauer F.* Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life / F. Schauer. — Oxford : Clarendon Press, 1991. — 254 p.

Руїз Манеро Х. Два партикуляристичних підходи до балансування конституційних принципів

Анотація. Метою цієї статті є вивчення та аналіз двох сучасних поглядів прибічників партикуляризму у правовому контексті — Л. Феррайолі й Б. Челано.

В обох випадках вибір на користь партикуляризму розглядається у світлі питання про співвіднесення між собою конституційних принципів, але масштаб цього вибору є дуже різним для кожного із цих авторів. У випадку із Л. Феррайолі, який навіть не використовує термін «партикуляризм», переважна більшість конфліктів між принципами може бути вирішена шляхом застосування «абстрактних рішень», справедливих для будь-якого можливого випадку. Б. Челано, навпаки, стверджує, що переважання того або іншого з принципів, що діють одночасно, завжди має визначатися залежно від обставин конкретної справи, тому для нього не існує нічого подібного до «абстрактних рішень».

Сам автор статті виділяє три групи випадків: 1) прості справи, коли є наперед встановлене правило поведінки, що підлягає застосуванню без звернення до принципів; 2) випадки, коли правозастосовний орган стикається із повною відсутністю правила поведінки і має вирішувати справу за допомогою субстантивних принципів права; 3) складні справи, коли наперед встановлена норма є, але звернення до субстантивних принципів вказує на необхідність відхилення від неї при вирішенні розглядуваного випадку.

Ключові слова: партикуляризм, конституційні принципи, прогалина, Луїджі Феррайолі, Бруно Челано.

Руиз Манеро Х. Два партикуляристических подхода к балансированию конституционных принципов

Аннотация. Целью этой статьи является изучение и анализ двух современных взглядов сторонников партикуляризма в правовом контексте — Л. Феррайоли и Б. Челано.

В обоих случаях выбор в пользу партикуляризма рассматривается в свете вопроса о соотношении между собой конституционных принципов, но масштаб этого выбора очень отличается для каждого из этих авторов. В случае с Л. Феррайоли, который даже не использует термин «партикуляризм», подавляющее большинство конфликтов между принципами может быть разрешено путем применения «абстрактных решений», справедливых для любого возможного случая. Б. Челано, наоборот, утверждает, что преобладание того или иного из принципов, действующих одновременно, всегда должно определяться в зависимости от обстоятельств конкретного дела, поэтому для него не существует ничего, схожего с «абстрактными решениями».

Сам автор статьи выделяет три группы случаев: 1) простые дела, когда есть заранее установленное правило поведения, подлежащее применению и не требующее обращения к принципам; 2) случаи, когда правоприменительный орган сталкивается с отсутствием правила поведения и должен решать дело путем обраще-

ния к субстантивным принципам; 3) сложные дела, когда заранее установлена норма, но обращение к субстантивным принципам указывает на необходимость отклонения от нее при решении рассматриваемого случая.

Ключевые слова: партикуляризм, конституционные принципы, пробел, Луиджи Феррайоли, Бруно Челано.

Ruiz Manero J. Two Particularistic Approaches to the Balancing of Constitutional Principles

Summary. The purpose of this paper is to examine and criticize two recent defenses of particularism in legal contexts, by L. Ferrajoli and B. Celano.

In both cases, the choice in favour of particularism concerns the balancing between constitutional principles, but the scope of this choice is very different in each of these authors: in Ferrajoli's case, the option in favour of particularism (a term that is alien to his vocabulary) is rather residual, since most conflicts between principles can be solved, in his opinion, applying «abstract solutions», valid for any possible case. In Celano's case, however, there is an explicit defense of a particularist approach to every case of conflict between constitutional principles and, more generally, to the whole sphere of practical reasoning.

The author of the article identifies three types of cases: 1) the simple case when there is a pre-established rules of conduct to be applied, and 2) cases where the enforcement authority is faced with a complete lack of rules of conduct and shall decide the case by substantive principles of law, and 3) the hard cases where advance is norm, but an appeal to the substantive principles indicates the impossibility of its application to the case under consideration.

Key words: particularism, constitutional principles, gap, Luigi Ferrajoli, Bruno Celano.