

ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ У СУДОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

С. ПОГРЕБНЯК

*доктор юридичних наук,
професор кафедри теорії держави і права
(Національний університет
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»)*



В умовах правової держави заборона надмірного державного втручання у свободу особи розглядається як аксіоматична вимога: держава має право обмежувати права людини лише тоді, коли це дійсно необхідно, і тільки в такому обсязі, в якому її заходи будуть розмірними до переслідуваної мети. Іншими словами, у цій сфері проголошується та діє принцип пропорційності (розмірності, адекватності). В його основу покладена ідея, згідно з якою загальний інтерес, яким керується держава, не може бути таким, що придушує свободу окремої особи [1, с. 166]. Він покликаний захистити індивіда, коли той залишається віч-на-віч із державою, і є передумовою того, що регулятивне втручання має бути підходящим до цілей, які ним досягаються [2, с. 136].

На думку деяких дослідників, ідея пропорційності та елементи її змісту були відомі вже в давні часи, а також у Середні віки [3, с. 3]. Наприклад, Й. Крістоферсен зазначає, що положення, більш-менш пов'язані із сучасним принципом пропорційності, можна знайти в Кодексі Хаммурапі 1792–1750 рр. до н. е. (зокрема, правила 196, 197 та 200), Старому Заповіті (Вихід 21.23–25) [4, с. 31].

Багато хто вважає, що ідея пропорційності веде свій відлік із аристотелівської концепції справедливості, що, до речі, частково пояснює успіх концепції пропорційності в усьому світі. Так, Аристотель стверджував, що справедливе — це пропорційне, а несправедливе — те, що порушує пропорційність [5, с. 152]. Він виходив з того, що належне при розподілі (*justitia distributiva*) полягає в пропорційності: кожний має отримати по заслугі, по гідності. Тому розподільній справедливості відповідає геометрична, тобто пропорційна рівність. Належне при обміні й відплаті передбачає рівність, проте не пропорційну, а арифметичну, тобто кількісну [5, с. 152–153].

Ідея пропорційності також знайшла своє відображення у відомому вислові Ульпіана (Дигести, 1.1.10 pr.): «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*» (справедливість — це незмінне і постійне прагнення надати кожному належне йому право) [6, с. 86–87]. Символом пропорційності також

© С. Погребняк, 2012

можуть бути терези Феміди, які в цьому контексті відповідають за точність відповідних вимірювань [7, с. 13]. Як символ балансування, як відображення правосуддя терези беруть свій початок, принаймні, від давніх греків і єгиптян [4, с. 32]. Це ще одне переконливе свідчення давнього існування тісного зв'язку між судочинством і пропорційністю.

Ідея пропорційності отримала свій подальший розвиток у праві на самооборону, обґрунтованому в працях Цицерона, Св. Августина, Томи Аквінського та ін. Так, Тома Аквінський формулює закон самооборони держав і здійснює перше розкладання концепції Аристотеля у вигляді добре відомого на сьогодні багатоступінчастого тесту на пропорційність. Він стверджує, що мають існувати умови для того, щоб застосування сили було справедливим: сила повинна бути необхідною; вона не повинна бути надмірною, а має бути пропорційною; сила повинна використовуватися сувереном відповідно до правил [8, с. 5].

Ідею пропорційності можна знайти у Великій Хартії Вольностей (зокрема, п. 20), англійському Біллі про права 1689 р. та Біллі про права 1791 р.¹

Вважається, що значний внесок у просування цієї ідеї зробив Г. Гроцій, який запропонував застосовувати пропорційність не лише у взаємовідносинах держав, а й у взаємовідносинах індивідів. У цілому, саме у Г. Гроція відбувається об'єднання давнього поняття справедливості як розуму, середньовічної концепції пропорційної самооборони та сучасної концепції балансу інтересів [8, с. 5].

Слід також звернути увагу на роль Ч. Беккарія у теоретичному обґрунтуванні цього принципу. Так, виступаючи за обмеження у використанні покарань, він висловив важливе зауваження більш загального характеру: «Кожне покарання, яке не є абсолютно необхідним, — говорить великий Монтеск'є, — є тиранічним. Ця доктрина може бути більш універсальною таким чином. Кожна дія влади, яку одна особа здійснює щодо іншої особи і яка не є абсолютно необхідною, є тиранічною» [4, с. 31].

Проте за розповсюдженою версією пропорційність як принцип бере початок у праві Німеччини. Уперше він спеціально згадується у 1799 р. В. Єллінеком, який визначає його як принцип поліцейського права [9, с. 70]. Одні дослідники знаходять його витоки в положеннях законів, що були впроваджені Фрідріхом Великим (зокрема, в Кодексі публічного права). Ці положення обмежували розсуд органів держави при здійсненні поліцейських функцій, уповноважуючи їх застосовувати тільки засоби, необхідні для забезпечення громадського порядку, спокою та безпеки [10, с. 71–72; 11, с. 70].

Інші вчені пов'язують розвиток цього принципу із Пруським загальним земельним правом 1794 р. (*Allgemeines Landrecht*). У 1791 р. розробник його проекту К. Саварець наголошував на тому, що пропорційність є першим принципом публічного державного права, а також, що держава уповноважена обмежувати свободу особи лише настільки, наскільки це необхідно для збереження свободи і безпеки всіх. На думку К. Саварця, пропорційність слід вбачати також у тому, що шкода, яка повинна попереджатися обмеженням свободи, має бути набагато значнішою, ніж шкода, якої зазнають громадськість чи окрема людина через

¹ Див. восьму поправку до Конституції США, згідно з якою не можна встановлювати надмірних застав, накладати надмірних штрафів або вдаватися до жорстоких і надзвичайних покарань.

таке обмеження [9, с. 69–70]. Перший принцип публічного права К. Саварця має певну схожість зі знаменитим ліберальним принципом Дж. С. Міла про самозахист як підставу втручання у вільні дії особи [12, с. 19]. Логічно, що ст. 10(2) цього акта наділила уряд повноваженнями здійснювати поліцейський нагляд з метою забезпечити громадський спокій, але обмежуючи такі повноваження лише необхідними для досягнення цієї мети заходами. Стаття встановлювала, що «поліція повинна приймати необхідні заходи для підтримання громадського спокою, безпеки і порядку».

У період з 1882 р. до 1914 р. Вищий адміністративний суд Пруссії постійно використовував тест на пропорційність при дослідженні легітимності втручання уряду в економічне та соціальне життя. Наприклад, у прецедентному рішенні у справі Кройцберга (1882 р.), він скасував рішення берлінської влади, яке забороняло будівництво споруд, що загороджували вид на національний пам'ятник, на тій підставі, що уряд може діяти лише для запобігання загрози громадської безпеки і не має права нав'язувати громадянам власні естетичні погляди. У справі щодо заборони п'єси Г. Гауптмана «Ткачі» Вищий адміністративний суд Пруссії зазначив, що поліція не може заборонити постановку п'єси, ґрунтуючись лише на слабкій вірогідності того, що вона призведе до заколоту [13, с. 64–66].

Після Другої світової війни завдяки діяльності Федерального Конституційного Суду Німеччини пропорційність стає принципом не лише адміністративного, а й конституційного права, а згодом набуває статус загального принципу права.

На сьогодні цей принцип також можна знайти у різних формулюваннях багатьох національних та наднаціональних правових систем. Він визнається загальним принципом права ЄС. У Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, на відміну від права ЄС, принцип пропорційності прямо не закріплений. Незважаючи на це він є одним із найважливіших принципів, який, мабуть, найбільш часто застосовується у практиці Європейського суду з прав людини [14, с. 68–69].

Для правильного застосування судами принципу пропорційності важливе значення має *тест на пропорційність*. Він має одну й ту ж основну двоетапну структуру. На першому етапі суд повинен встановити, що владними діями виявилось обмежене певне право. На другому етапі влада повинна продемонструвати суду, що вона переслідувала певну легітимну мету і що обмеження було пропорційне цій меті.

Тест на пропорційність включає в себе три критерії: по-перше, засіб, призначений для досягнення мети влади, повинен підходити для досягнення цієї мети (*доречність*); по-друге, з усіх підходящих має бути обрано той засіб, який у найменшій мірі обмежує право приватної особи (*необхідність*); по-третє, збиток приватній особі від обмеження її права повинен бути пропорційний вигоді уряду щодо досягнення поставленої мети (*пропорційність у вузькому сенсі*) [13, с. 61]. Пропорційність у вузькому сенсі також нерідко іменують *принципом балансування* [4, с. 33].

Цей традиційний трирівневий тест на пропорційність є продовженням більш загальної «крок за кроком» інтерпретації: визначення змісту права і наяв-

ності втручання; перевірки законності заходу; визначення легітимності мети, що переслідується, і ретельного дослідження пропорційності відповідно до вказаних вище трьох елементів [4, с. 34].

Оцінюючи доречність засобу, суд повинен взяти до уваги факт існування категорично заборонених засобів (наприклад, катувань), що робить недоречним подальший аналіз тих чи тих обмежень на предмет їх пропорційності. Крім того, у цій ситуації оцінюванню підлягає легітимність мети, що переслідується відповідним заходом. Легітимність має впливати з конституції і законів (наприклад, законодавець не може просувати ідеї, які здаються йому «гарними» на відміну від «поганих ідей», підтримувати «істинні» релігійні культу на відміну від «помилкових») [15, с. 61]. В основі вимоги легітимності мети знаходиться думка, відповідно до якої державні заходи не можуть здійснюватися без відповідної мети. Подібна мета вимагає об'єктивного виправдання, за відсутності якого громадянин легко може стати об'єктом безцільної політики [9, с. 68].

З питанням про легітимність мети, що переслідується, тісно пов'язана проблема розмірності засобів, заходів чи дій, за допомогою яких вона досягається. Захід чи дія є доречними, якщо вони по-справжньому обґрунтовані і придатні для досягнення мети (наприклад, здійснюється аналіз того, чи є пункція спинномозкової рідини придатним методом визначення осудності обвинуваченого, чи сприяють жорсткі вироки у кримінальних справах зниженню злочинності) [15, с. 61]. Іншими словами, у цьому випадку має бути дотримана вимога ефективності в тому сенсі, що застосування певного заходу повинне ґрунтуватися на деяких емпіричних даних про його здатність для просування або досягнення мети, що переслідується [4, с. 161].

Окремим випадком недоречності заходів є положення нормативно-правових актів, що покладають обов'язки, які неможливо виконати. Ця вимога базується на відомому давньоримському принципі: «*Nemo ultra posse obligatus est або impossibilium nulla obligatio est*» (Цельс, Дигести, 50.17.185), українською це звучить так: «Нікого не можна зобов'язати до того, що він (або ніхто) не в змозі виконати». На думку Б. Шлоера, критерієм оцінки цієї вимоги є принцип можливості, тобто здатність адресата виконати те, що вимагається законом. При цьому йдеться як про юридичну можливість (можливість виконати законними шляхами), так і про фактичну можливість (об'єктивна можливість виконати певний обов'язок) [3, с. 11–12]. Неможливість виконання свідчить про те, що мета, на реалізацію якої спрямовано певне зобов'язання, не може бути досягнута, отже, обраний захід є непридатним [16, с. 78].

Те, що захід чи дія є доречними для досягнення певної легітимної мети, необов'язково свідчить про те, що вони є єдино можливими. Якщо існують інші, менш обтяжливі засоби, то у держави не має розумних причин використовувати засоби, що передбачають більше втручання: більш м'які засоби є оптимальними; вони краще відповідають інтересам громадян, при цьому однаковою мірою відповідаючи інтересам держави. Ця вимога розглядається як юридичний еквівалент принципу оптимальності Парето [15, с. 61–62]. Вимога доречності та необхідності правових обмежень також означає, що розмір (обсяг) публічно-правового обмеження має бути диференційований залежно від конкретних обставин. Вимога найменш обтяжливих засобів нерідко пояснюється за допо-

могою популярного вислову, відповідно до якого не слід розколювати горіх кувалдою [4, с. 109].

Слід мати на увазі, що при судовій оцінці доречності й необхідності заходу залежно від категорії справи можна використовувати стандарти різного рівня жорсткості. Наприклад, американська конституційна доктрина пропонує три види стандартів: *суворе дослідження (strict scrutiny)*, який означає, що дозволені дії мають здійснюватися лише в ім'я найважливіших інтересів держави («принципові інтереси») і повинні бути найменш обмежувальним засобом їх дотримання («вузьке застосування») [17, с. 35]; *проміжне дослідження (intermediate scrutiny)*, яке вимагає лише демонстрації «суттєвого взаємозв'язку» між політикою, що пропонується, і «важливою урядовою метою»; *раціональне дослідження (rational scrutiny)*, яке вимагає лише демонстрації «раціонального зв'язку» з легітимними цілями влади [18, с. 182–183].

Забороні надмірності заходів протиставлена заборона їхньої недостатності, яка теж характеризує проблематику припустимості обмежень. Заборона недостатності заходів обґрунтовується переважно з позицій прав людини та є втіленням захисної функції держави [16, с. 80].

Водночас у науковій літературі слушно звертають увагу на те, що лише в поодиноких випадках вжиті заходи є абсолютно ірраціональними і завжди можливо стверджувати, що вони придатні й необхідні для досягнення законної мети. Тому негативна відповідь на перші два пункти тесту дається судом рідко. По суті, поширеними є випадки, в яких перевірка пропорційності заходів зводиться до порівняння інтенсивності втручання з метою, яка переслідується. Іншими словами, інтенсивність обмежень не повинна бути надмірною щодо легітимних потреб та інтересів, до забезпечення яких прагне конкретне обмеження: «Ваги, які використовуються Судом, здається, означають, що чим більше обмежується право або чим суттєвіший аспект права, порушений обмеженням, тим більш суттєвими і переконливими повинні бути легітимні цілі, для досягнення яких це обмеження накладається» [19, с. 51–52]. У цій ситуації беруться до уваги правові та моральні цінності суспільства, відбувається порівняння, зважування і балансування прав, інтересів і цілей сторін.

Баланс можна вважати справедливим (оптимальним) лише за умови, що обмеження, яке запроваджується, не посягає на саму сутність того чи того права та не призводить до втрати його реального змісту. Нагадаємо, що правило, згідно з яким сутність основного права в жодному разі не може бути порушена, вважають загальноновизнаним Європейський суд з прав людини та Конституційний Суд України. Так, Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував на тому, що обмеження прав і свобод людини і громадянина визнаються допустимими, якщо вони здійснені згідно з чинним законодавством і відповідають правилу «збереження основного змісту прав і свобод» (рішення від 20 травня 1999 р. у справі «Реквені проти Угорщини», рішення Великої палати від 13 лютого 2003 р. у справі «Партія добробуту та інші проти Туреччини»). Конституційний Суд України посилався на це правило, зокрема, в рішеннях від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками, від 12 червня 2007 р. № 2-рп/2007 у справі про утворення політичних партій в Україні та від 22 травня 2008 р. № 10-рп/2008 у справі щодо пред-

мета та змісту закону про Державний бюджет України, від 26 грудня 2011 р. № 20-рп/2011, а також від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012.

Тест на пропорційність може бути побудований двома різними способами: *строго вертикально*, коли пропорційність залежить від послідовного виконання однієї юридичної вимоги за іншою (доречність, необхідність, балансування), та *гнулко горизонтально*, коли традиційні вимоги (доречність і необхідність) враховуються як фактори для загальної оцінки (балансирування). Різниця між цими способами може бути проілюстрована на прикладі застосування судами Канадської Хартії про права та свободи та Південноафриканського Білля про права¹.

Таким чином, послідовне і добросовісне застосування судами принципу пропорційності, судова перевірка актів на їх доречність та необхідність і, як наслідок, встановлення справедливого балансу є важливою передумовою для забезпечення прав людини, утвердження верховенства права.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Козюбра М. І.* Верховенство права — основоположний принцип правової і політичної систем України // *Правова система України: історія, стан та перспективи* : у 5 т. — Х., 2008. — Т. 1 : *Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України* / за заг. ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — С. 148–173.
2. *Tridimas T.* *The General Principles of EU Law.* — 2nd ed. — 2007. — СХХІ, 591 pp.
3. *Шлоер Б.* Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві // *Український правовий часопис.* — 2003. — № 3 (8). — С. 3–27.
4. *Christoffersen J.* Fair balance — a study of proportionality, subsidiarity and primarity in the european convention on human rights [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://nijhoffonline.nl/book?id=nij9789004170285_nij9789004170285_i-670.
5. *Аристотель.* Никомахова етика : соч. : в 4 т. / пер. с древнегреч. — М., 1983. — Т. 4.
6. *Дигести* Юстиниана / пер. с лат. ; отв. ред. Л. Л. Кофанов. — М., 2002. — Т. 1. — Книги I–IV. — 584 с.
7. *Хеффе О.* Справедливость: философское введение / пер. с нем. — М., 2007. — 192 с.
8. *Engle E.* The history of the general principle of proportionality: an overview [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431179.
9. *Альбрехт П.-А.* Забута свобода: принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку / пер. з нім. — О., 2006. — 160 с.
10. *Гаджиев Г. А.* Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). — М., 2002. — 286 с.
11. *Шевчук С.* Значення загальноправового принципу пропорційності для визначеності конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) // *Вісник Академії правових наук України.* — 2000. — № 1 (20). — С. 69–76.
12. *Міл Дж. С.* Про свободу : есе / пер. з англ. — К., 2001. — 463 с.

¹ Докладніше з цього приводу див.: [4, с. 35–36].

13. Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и неметкий тест на пропорциональность: исторические корни // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 3. — С. 59–81.
14. Старженецкий В. В. Россия и Совет Европы: право собственности. — М., 2004. — 208 с.
15. Шлинк Б. Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей // Сравнительное конституционное обозрение. — 2012. — № 2. — С. 56–76.
16. Штобер Р. Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок / пер. с нем. — М., 2008. — 400 с.
17. Таинет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» // Сравнительное конституционное обозрение. — 2006. — № 2 (55). — С. 28–36.
18. Шапиро И. Моральные основания политики / пер. с англ. — М., 2004. — 304 с.
19. Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? // Сравнительное конституционное обозрение. — 2011. — № 2. — С. 47–66.

Погребняк С. П. Принцип пропорційності у судовій діяльності

Анотація. Стаття присвячена розгляду пропорційності як загального принципу права. Досліджено походження цього принципу, продемонстровано особливості розуміння пропорційності в Античності, в Середні віки та в Новий час. Проаналізовано структуру та критерії тесту на пропорційність, що підлягає застосуванню судом. Визначено зміст принципу пропорційності, розглянуто його основні вимоги.

Ключові слова: пропорційність, адекватність, надмірність, легітимна мета, доречні й необхідні засоби, зважування та балансування, тест на пропорційність.

Погребняк С. П. Принцип пропорциональности в судебной деятельности

Аннотация. Статья посвящена рассмотрению пропорциональности как общего принципа права. Исследована происхождение этого принципа, продемонстрированы особенности понимания пропорциональности в Античности, в Средние века и в Новое время. Проанализированы структура и критерии теста на пропорциональность, который подлежит применению судом. Определено содержание принципа пропорциональности, рассмотрены его основные требования.

Ключевые слова: пропорциональность, адекватность, избыточность, легитимная цель, уместные и необходимые средства, взвешивание и балансирование, тест на пропорциональность.

Pogrebniak S. The Principle of Proportionality in Judicial Practice

Summary. The article is devoted to proportionality as a general principle of law. This principle origin is analyzed, the peculiarities of its interpretation in the Ancient Times, in the Middle Ages and in the Modern Time are demonstrated. The structure and criteria of the judicial proportionality test that has to be administrated by the Court are analyzed. The content of the principle of proportionality is defined; its basic requirements are considered.

Key words: proportionality, adequacy, redundancy, legitimate aim, suitable and necessary measures, weighing and balancing, proportionality test.