

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.12

С. П. Погребняк

доктор юридичних наук, професор кафедри теорії держави і права Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

ТЕСТ НА ПРОПОРЦІЙНІСТЬ

Стаття присвячена розгляду пропорційності як загального принципу права. Досліджене походження цього принципу, продемонстровані особливості розуміння пропорційності в Античності, в Середні віки та в Новий час. Проаналізовані структура та критерії тесту на пропорційність, що підлягає застосуванню. Визначений зміст цього тесту, розглянуті його основні вимоги.

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

Статья посвящена рассмотрению пропорциональности как общего принципа права. Исследовано 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 этого теста, рассмотрены его основные требования.

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

The article is devoted proportionality as a general principle of law. This principle origin is analyzed, the peculiarities of proportionality 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 are analyzed. The proportionality test is defined; its basic requirements are considered.

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

В умовах правової держави заборона надмірного державного втручання у свободу особи розглядається як аксіоматична вимога: держава має право обмежувати права людини тільки тоді, коли це дійсно необхідно, і тільки в такому обсязі, в якому її заходи будуть розмірними переслідуваній меті. Іншими словами, у цій сфері проголошується та діє принцип пропорційності (розмірності, або адекватності). В основу цього принципу покладена ідея, згідно з якою загальний інтерес, яким керується держава, не може бути таким, що придушує свободу окремої особи [1, с. 166]. Він покликаний за-

хистити 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. Крістофферсен зазначає, що положення, більш-менш пов'язані із сучасним принципом пропорційності, можна знайти в Кодексі Хаммурапі 1792–1750 до н. е. (див. правила 196, 197 та 200), Старому Завіті (Вихід 21.23-25) [4, с. 31].

© Погребняк С. П., 2013

Багато-хто вважає, що ідея пропорційності веде свій відлік із аристотелівської концепції справедливості, що, до речі, частково пояснює успіх концепції пропорційності у всьому світі. Так, Аристотель стверджував, що справедливе – це пропорційне, а несправедливе – те, що порушує пропорційність [5, с. 152]. Стагірит виходив із того, що належне при розподілі (*justitia distributiva*) полягає в пропорційності: кожний має отримати по заслугі, по гідності. Тому розподільний 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 можуть бути терези Феміди, які в даному контексті відповідають за точність відповідних вимірювань [7, с. 13]. Як символ балансування, як відображення правосуддя терези мають коріння, принаймні, від давніх греків і єгиптян [4, с. 32]. Це є ще одним переконливим свідченням давнього існування тісного зв'язку між судочинством та пропорційністю.

Ідея пропорційності отримала свій подальший розвиток у праві на самооборону, обґрунтованому в роботах Цицерона, Св. Августина, Томи Аквінського та ін. Так, Тома Аквінський формулює закон самооборони держав і здійснює перше розкладання концепції Аристотеля у вигляді добре відомого сьогодні багатуступінчастого 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 (див. п. 20), англійському Біллі про права 1689 р. та Біллі про права 1789 р. (див. восьму поправку до Конституції США, згідно з якою не можна встановлювати надмірних застав, накладати надмірних штрафів або вдаватися до жорстоких і надзвичайних покарань).

Вважається, що значний внесок у просування цієї ідеї зробив Гуго Гроцій, який пропонує застосовувати пропорційність не тільки 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 даного принципу. Так, виступаючи за обмеження у використанні покарань, він висловив важливе зауваження більш загального характеру: «Кожне покарання, яке не є абсолютно необхідним, говорить великий Ш. Л. 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» [цит. за: 4, с. 31].

Проте за поширеною версією пропорційність як принцип бере початок у праві Німеччини. Уперше він спеціально згадується в 1799 р. Вальтером Єллінеком, який визначає його як принцип поліцейського права [9, с. 70]. Одні дослідники знаходять його витoki 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 необхідні засоби 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 Карл Готтліб Саварець наголошував на тому, що пропорційність є першим принципом публічного державного права. Він підкреслював, що держава уповноважена обмежувати свободу особи лише остільки, оскільки це необхідно для збереження свободи і безпеки всіх. На думку Саварця, пропорційність слід вбачати також у тому, що шкода, яка повинна попереджатися обмеженням свободи, має бути набагато значнішою, ніж шкода, якої зазнають громадянська чи окрема людина через таке обмеження [9, с. 69–70]. Перший принцип публічного права Саварця має певну схожість із 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 ці повноваження лише необхідними для досягнення цієї мети мірами. Стаття встановлювала, що «поліція повинна приймати необхідні міри для підтримання громадського спокою, безпеки і порядку».

Між 1882 і 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) він скасував рішення берлінської влади, яке забороняло будівництво будівель, 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 «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 Конституцій-

ного Суду Німеччини пропорційність стає принципом не лише адміністративного, а й конституційного права, а згодом набуває статусу загального принципу права.

Сьогодні цей принцип можна знайти також 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 в практиці Європейського суду з прав людини [14, с. 68–69].

Для правильного застосування принципу пропорційності важливе значення має *тест на пропорційність*. Він має одну і ту ж основну двоетапну структуру. На першому етапі слід установити, що владними діями виявилось обмежене певне право. На другому етапі влада повинна продемонструвати, 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 наявності втручання; перевірки законності заходу; визначення легітимності мети, що переслідується, і ретельного дослі-

дження пропорційності відповідно до вищевказаних трьох елементів [4, с. 34].

Оцінюючи доречність засобу, необхідно взяти до уваги факт існування категорично заборонених засобів (наприклад, катувань), що робить недоречним подальший аналіз тих чи інших обмежень на предмет їх пропорційності. Крім того, у даній 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 по кримінальних справах зниженню злочинності) [15, с. 61]. Іншими словами, у даному випадку має бути дотримана вимога ефективності в тому сенсі, що застосування певного заходу повинне ґрунтуватися на деяких емпіричних даних про його здібності 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), тобто «нікого не можна зобов'язати до того, що він (або ніхто) не в змозі виконати». На думку Б. Шлоера, критерієм оцінки щодо 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 спрямоване 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 єдиноможливими. Якщо існують інші, менш обтяжливі засоби, то у держави немає розумних причин використовувати засоби, що передбачають більше втручання: більш м'які засоби є оптимальними; вони краще відповідають інтересам громадян, при цьому в рівній мірі відповідаючи інтересам держави. Ця вимога розглядається як юридичний еквівалент принципу оптимальності Парето [15, с. 61–62]. Вимога доречності та необхідності правових обмежень означає також, що розмір (обсяг) самого публічно-правового обмеження має бути диференційований залежно від конкретних обставин. Вимога найменш обтяжливих засобів нерідко пояснюється за допомогою популярного вислову, відповідно до якого не слід розколювати горіх кувалдою [4, с. 109].

Слід мати на увазі, що при 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», та *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 слухно звертають увагу на те, що лише в рідкісних випадках вжиті заходи є абсолютно ірраціональними і завжди можливо стверджувати, що вони придатні і необхідні для досягнення законної мети. Тому негативна відповідь на перші два пункти тесту дається нечасто. По суті, набагато поширеними є випадки, в яких перевірка пропорційності зводиться до порівняння інтенсивності втручання з метою, яка переслідується. Іншими словами, інтенсивність обмежень не повинна бути надмірною щодо легітимних потреб та інтересів, забезпечення яких прагне конкретне обмеження: «Ваги, які використовуються Судом, здається, означають, що чим більше обмежується право або чим більш суттєвий 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, відбуваються порівняння, зважування та балансування прав, інтересів та цілей сторін.

Баланс можна вважати справедливим (оптимальним) лише за умови, що обмеження, яке запроваджується, не посягає на саму сутність того чи іншого права та не призводить до втрати його реального змісту. Нагадаємо, що прави-

ло, згідно з яким сутність змісту 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 «Реквенції 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 предмета та змісту закону про Державний бюджет України.

Тест на пропорційність може бути побудований двома різними способами: *стро́го вертикально*, коли пропорційність залежить від послідовного виконання однієї юридичної вимоги за іншою (доречність → необхідність → балансування), та *гну́чко горизонтально*, коли традиційні вимоги (доречність і необхідність) враховуються як фактори для загальної оцінки (балансування). Різниця між цими способами може бути проілюстрована на прикладі застосування судами Канадської Хартії про права та свободи та Південноафриканського Білля про права (докладніше з цього приводу див. [4, с. 35–36]).

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

Література

1. Козюбра М. І. Верховенство права – основоположний принцип правової і політичної систем України / М. І. Козюбра // *Правова система України: історія, стан та перспективи* : у 5 т. – Х. : Право, 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* / T. Tridimas. – 2nd ed. – Oxford University Press, 2007. – сxxi + 591 pp.
3. Шлоер Б. Принцип адекватності в європейському та українському публічному праві / Б. Шлоер // *Укр. прав. часоп.* – 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] / J. Christoffersen. – Режим доступу: http://nijhoffonline.nl/book?id=nij9789004170285_nij9789004170285_i-670
5. Аристотель. Никомахова этика : пер. с древнегреч. / Аристотель // *Соч.* : в 4 т. – М. : Мысль, 1983. – Т. 4. – С. 53–293.
6. Дигесты Юстиниана : пер. с лат. / отв. ред. Л. Л. Кофанов. – М. : Статут, 2002. – Т. 1. Книги I–IV. – 584 с.
7. Хеффе О. Справедливость: Философское введение : пер. с нем. / О. Хеффе. – М. : Праксис, 2007. – 192 с.
8. Engle E. The history of the general principle of proportionality: an overview [Електронний ресурс] / E. Engle. – 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. / П.-А. Альбрехт. – Одеса : Астропринт, 2006. – 160 с.
10. Гаджиев Г. А. Конституционные принципы рыночной экономики (развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации) / Г. А. Гаджиев. – М. : Юристъ, 2002. – 286 с.
11. Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначеності конституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід) / С. Шевчук // *Вісн. Акад. прав. наук України.* – 2000. – № 1 (20). – С. 69–76.
12. Міл Дж. С. Про свободу : есе ; пер. з англ. / Дж. С. Міл. – К. : Основи, 2001. – 463 с.
13. Коэн-Элия М. Американский метод взвешивания интересов и неметкий тест на пропорциональность: исторические корни / М. Коэн-Элия, И. Порат // *Сравнит. конституц. обозрение.* – 2011. – № 3. – С. 59–81.
14. Старженецкий В. В. Россия и Совет Европы: право собственности / В. В. Старженецкий. – М. : Городец, 2004. – 208 с.
15. Шлинк Б. Пропорциональность: к проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей / Б. Шлинк // *Сравнит. конституц. обозрение.* – 2012. – № 2. – С. 56–76.
16. Штобер Р. Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок : пер. с нем. / Р. Штобер. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 400 с.
17. Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» / М. Ташнет // *Сравнит. конституц. обозрение.* – 2006. – № 2 (55). – С. 28–36.
18. Шапиро И. Моральные основания политики : пер. с англ. / И. Шапиро. – М. : КДУ, 2004. – 304 с.
19. Цакиракис С. Пропорциональность: посягательство на права человека? / С. Цакиракис // *Сравнит. конституц. обозрение.* – 2011. – № 2. – С. 47–66.