ПРИНЦИПИ ПРОПОРЦІЙНОСТІ І ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ

Лученко М. М.,

У статті розглядаються окремі теоретичні аспекти співвідношення принципів пропорційності і верховенства права. Досліджується значення законності, правової визначеності, заборони дискримінації як елементів верховенства права для застосування судами трискладового тексту на пропорційність. Доводиться, що пропорційність є принципом і водночас юридичним інструментом визначення, наскільки вимоги верховенства права було дотримано під час здійснення владних повноважень у сфері публічного управління та інших релевантних сферах.

Ключові слова: пропорційність, верховенство права, тест на пропорційність, законність, правова визначеність, недискримінація.

В статье рассматриваются отдельные теоретические аспекты соотношения принципов пропорциональности и верховенства права. Исследуется значение законности, правовой определенности, запрета дискриминации как элементов верховенства права для применения судами трехэлементного теста на пропорциональность. Аргументируется, что пропорциональность является принципом и одновременно юридическим инструментом определения, насколько требования верховенства права были соблюдены при осуществлении властных полномочий в сфере публичного управления и в других релевантных сферах.

Ключевые слова: пропорциональность, верховенство права, тест на пропорциональность, законность, правовая определенность, недискриминация.

The article explores several theoretical aspects of correlation between the principle of proportionality and the rule of law as one of the pillars of European legal orders along with human rights and democracy. The author offers a brief explanation of basic ideas of the Rule of Law doctrine. The intrinsic link between the rule of law and other European legal values, particularly human rights, is emphasized. Although in philosophy of law and legal science there are some attempts to argue that this link can be broken, because in several countries arbitrary state power can be limited with non-human-rights mechanisms, the author shows that human rights is the only criteria of institutional, systematic and stable limitation of state arbitrariness.

The article also address the question of the role of legality, legal certainty, and non-discrimination, as elements of the rule of law, in three-pronged test of proportionality employed by the European Court of Human Rights in its jurisprudence. It is shown that application of the principle of proportionality starts with legality and legal certainty issues. The conception of quality of law, developed by the European Court of Human Rights is applicable here. If a law is unclear or have retroactive effect, a judge can conclude that there is a violation of the rule of law and that administrative acts adopted on the basis of this law could be disproportionate. Non-discrimination is important on the third prong of the test for proportionality helping a court to decide whether a concrete measure or restriction imposed on an individual or entity is proportionate.

The author concludes that proportionality serves as both a principle and legal tool or technique of checking whether requirements of the rule of law have been followed by public

bodies and officials in the sphere of public governance, as well as in other relevant spheres.

Key words: proportionality, rule of law, test for proportionality, legality, legal certainty, non-discrimination.

Постановка проблеми та її актуальність. Принцип пропорційності є вагомим інструментом та юридичною технікою захисту прав фізичних і юридичних осіб у відносинах із суб'єктами публічної влади, що може використовуватися адміністративними судами відповідно до ч. 2 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України. Водночас пропорційність не можна розглядати окремо від верховенства права як загальної вимоги до діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, їх посадових осіб, інших носіїв публічно-владних повноважень, оскільки оцінюючи пропорційність адміністративних актів судді адміністративних судів мають звертатися до елементів верховенства права (законності, правової визначеності тощо). Тому як перед теорією права, так і перед адміністративно-правовою наукою стоїть завдання дослідження співвідношення принципів пропорційності і верховенства права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Принцип верховенства права колись був цілковитою загадкою для вітчизняної науки, навіть попри його закріплення у статті 8 Конституції України. Проте починаючи з початку 2000-х років вийшло чимало праць вітчизняних учених із верховенства права у царині філософії та теорії права (М.І. Козюбра, С.І. Максимов, О.В. Петришин, С.П. Погребняк, П.М. Рабінович, М.В. Цвік та ін.), конституційного права (М.М. Гультай, С.П. Головатий, С.В. Шевчук, М.В. Савчин тощо), адміністративного права (В.Б. Авер'янов, Д.В. Лученко, В.П. Тимошук та ін.), міжнародного права (Г.В. Вайпан, К.В. Горобець, О.А. Мірошниченко та ін.). Можна сказати, що проблематика верховенства права, його роль у правовій і політичній системах суспільства, елементи та їх взаємозв'язок стали чи не найпопулярнішою темою, яка у тій чи іншій мірі присутня в усіх сферах юридичних досліджень.

Питання пропорційності теж посіли своє місце у вітчизняній юридичній науці. Йдеться про праці Ю.Г. Барабаша, Ю.О. Євтушок, С.П. Погребняка, Т.І. Фулей, С.В. Шевчука, Б. Шлоера, Г.Ю. Юдківської. Водночас проблеми співвідношення принципу пропорційності і верховенства права чи його елементів в аспекті адміністративного права і процесу не отримали належної уваги у літературі, що актуалізує відповідні наукові пошуки.

Метою статті є розкриття окремих теоретичних аспектів співвідношення принципу пропорційності і верховенства права, що може стати підґрунтям як для вирішення релевантних прикладних проблем адміністративного права, так і для належного застосування принципу пропорційності в адміністративному судочинстві.

Лученко М. М., 2019

Виклад основного матеріалу. Ми, звичайно, не ставимо собі за мету розкрити у цій публікації зміст верховенства права в усіх його складових. Проте деякі позиції варто прояснити, щоб визначення співвідношення верховенства права і принципу пропорційності було більш предметним.

Варто також зазначити, що останнім часом загострилась дискусія навколо терміна на позначення верховенства права. С.П. Головатий запропонував використовувати термін «правовладдя», який він вжив у своєму перекладі «Мірило правовладдя» (Rule of Law Checklist), ухвалений Комісією за демократію через право (Венеціанською комісією) у 2016 р. [12]. На нашу думку, верховенство права дійсно важко аналізувати методами семантики чи тлумачити, використовуючи граматичні засоби інтерпретації, оскільки йдеться про питому англomовний термін, чий переклад з використанням певних слів, зумовлений радше традицією, ніж певними аналітичними чи логічними міркуваннями. Тому, справді, намагання витлумачити верховенство права, звертаючись до значення слів «верховенство» і «право» [15, с. 3] чи до встановлення внутрішньої логіки цього виразу (верховенство чого і над чим) [1, с. 129], навряд чи є науково плідним. Але саме тому, ми не вбачаємо також особливої користі у дебатах навколо того, який вираз краще: верховенство права чи правовладдя. Така дискусія видається схоластичною, адже обидва ці вирази позначають одне і теж саме - доктрину Rule of law, і саме на розкритті змісту цієї доктрини варто концентруватися.

Верховенство права є одним з надбань західної традиції права, засадничим принципом правопорядків спочатку західних, а зараз і багатьох інших держав у світі, а так само міжнародних організацій і об'єднань (наприклад, ООН, Європейський Союз, Рада Європи). Відомо, що у континентальній Європі існує також доктрина правової держави, що своїм корінням йде у німецьку філософію і юриспруденцію XIX століття [18], але, по-перше, доктрини верховенства права і правової держави поступово зближувалися протягом XX століття [17, с. 25], а по-друге, саме для цілей дослідження пропорційності це розрізнення не має значення, адже ідея пропорційності присутня в обох цих доктринах і навіть початково народжується саме у Німеччині.

Документи і Ради Європи, і ЄС закріплюють триаду правових цінностей - верховенство права, права людини і демократія. Системний аналіз цих документів дозволяє говорити про взаємопов'язаність цих цінностей, перетинання, навіть накладання одне на одне [17, с. 25]. Це важливо для розуміння принципу пропорційності з двох причин:

По-перше, принцип пропорційності має значення для ефективної дії і втілення в юридичну практику усіх названих цінностей.

По-друге, ідею пропорційності, тобто збалансованість прав приватних осіб і публічних інтересів, представлених діяльністю публічної влади, буде надзвичайно важко обґрунтувати, ігноруючи взаємозв'язок між фундаментальними правами, верховенством права і демократією.

Важливо розуміти, що передумовою застосування принципу пропорційності є уявлення про необхідність забезпечення балансу між правами приватних осіб і публічними інтересами та примат приватних інте-

ресів перед публічними, оскільки публічний інтерес, виражений в потребі публічного порядку чи безпеки, вимог суспільної моралі чи здоров'я, розглядається як підстава для розумного втручання у приватні інтереси, які за відсутності, таких підстав можуть здійснюватися безперешкодно. Сама потреба у забезпеченні такого балансу систематично, інституційно виражена у демократичній державі, яка, на відміну від авторитарної держави, мусить забезпечувати баланс між публічним і приватним, виконуючи функцію репрезентації волі народу. Звичайно, певний баланс присутній і в авторитарній державі, адже за відсутності певного погодження інтересів держави і суспільства політична система стає надто крихкою і режим може бути зруйновано під впливом зовнішніх чи внутрішніх катаклізмів. Проте, цей баланс визначається передусім інтересами самої держави, яка вільна від нього відступати і діяти свавільно, нав'язуючи свої інтереси суспільству.

Крім того, примат приватних інтересів перед публічними може бути безперешкодно обґрунтований лише, якщо ми визнаємо ідею прав людини. Історія і сучасні приклади держав, які скептично налаштовані до концепції прав людини, показують, що в умовах, коли прав не визнаються чи існують лише на папері, публічний інтерес завжди домінує над приватним. Саме він становить основу функціонування держави, яка може на власний розсуд обмежувати свободу людини, втручатися в її автономію, обмежувати її розвиток, мотивуючи це «бажанням більшості», «державним інтересом», «необхідністю єдності» тощо.

Так само й доктрина верховенства права у цілому існує у взаємодії з доктриною прав людини. У юридичній науці, зокрема, у філософії права, трапляються спроби цілковито відмежувати верховенство права (а відповідно і його елементи, зокрема і пропорційність) від фундаментальних прав. Так, американський юрист у сфері філософії права і конституціоналізму П. Гаудер доводить, що верховенство права визначається здатністю великої групи людей ефективно захищати дотримання ухвалених у країні законів [2, с. 30]. У свою чергу, вважає Гаудер, цей захист стабільно можливий там, де виконуються три підпринципи верховенства права: урегульованість (тобто встановлення правил, які регламентують поведінку людей), публічність (оприлюднення цих правил) і загальність (ці правила повинні ставитися до людей як до рівних і передбачати диференційоване відношення до осіб лише там, де це виправдано підставами, які визнають ці підстави як загальні) [2, с. 33]. Проте і тут ми бачимо прихований зв'язок з ідеєю прав людини. Держава встановлює регулювання, засноване на принципі рівності, а так само дотримується цих принципів (наприклад, не ухвалює секретних законів, не нівелює Конституцію і закони через нормотворчість органів виконавчої влади) лише тоді, коли вона визнає для себе зобов'язання, які випливають з прав людини і демократичних принципів урядування.

Питання елементного складу верховенства права отримало розвиток у працях багатьох вчених [див.: 6; 7; 14]. Хоча в цих роботах є консенсус із приводу багатьох елементів, щодо інших елементів спори тривають. Наприклад, М.І. Козюбра доводить, що елементом верховенства права є поділ влади [7, с. 15], що підтримується не всіма вченими з огляду на те, що поділ влади більше належить до питань демократії. Щодо пропор-

ційності, то більшість вчених погоджуються з тим, що пропорційність становить вимогу верховенства права або впливає з нього. Окремо варто згадати про думку С.П. Погребняка, який визначає пропорційність як загальний принцип права, який через верховенство права з'єднується з засадничими цінностями, покладеними в основу правової системи. Безпосередньо пропорційність пов'язується зі змістовним аспектом справедливості [14, с. 202].

У Доповіді Венеціанської комісії про верховенство права 2011 р. [3] йдеться про такі елементи (аспекти) верховенства права: 1) законність, зокрема, прозорий, підзвітний і демократичний процес ухвалення законодавства; 2) правова визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя, що забезпечують незалежні та неупереджені суди, у тому числі під час судового розгляду адміністративних актів; 5) дотримання прав людини; 6) недискримінація і рівність перед законом.

Отже, пропорційність не виокремлюється тут як елемент чи аспект верховенства права. Принцип пропорційності згадано у виданому Венеціанською комісією у 2016 р. Переліку контрольних питань для оцінки дотримання верховенства права [12], але лише у контексті неможливості надання зворотної сили нормам, які запроваджують юридичну відповідальність. Але складники пропорційності відносяться до всіх перелічених аспектів, і всі ці аспекти так чи інакше впливають на розуміння і застосування принципу пропорційності.

Законність є першим етапом аналізу пропорційності втручання держави у права приватних осіб. Важливо відмітити, що йдеться не просто про дотримання закону як певних приписів, викладених в акті з такою назвою. У Доповіді Венеціанської комісії вказується на певну якість законодавства в контексті дотримання належної процедури ухвалення. Більш об'ємно доктрина якісного закону розкрита у юриспруденції Європейського суду з прав людини, де якість означає певні вимоги до норм закону (зрозумілість, виконуваність, відповідність підзаконного регулювання закону тощо), а так само процедури його ухвалення, тлумачення і застосування [5].

Важливим є і принцип правової визначеності, який також пов'язаний із визначенням пропорційності державного втручання на первісному етапі аналізу. Правова визначеність вимагає не лише оприлюднення ухвалених законів чи інших нормативно-правових актів, але знову ж таки відносної зрозумілості їх змісту з тим, щоб приватні особи, залучивши, якщо потрібно, фахівців з права, могли прогнозувати і визначати свою поведінку. Правова визначеність стосується також і правозастосування. Практика застосування норм закону при вирішенні індивідуально-конкретних справ, зокрема і правових спорів, має бути сталою, однаковою в однакових справах, і передбачуваною, раптові і безпідставні зміни в адміністративній практиці, винятки, коли на тлі однаково вирішуваних справ періодично з'являються ті, що вирішуються по-іншому, недопустимі.

Заборона свавілля стосується пропорційності на етапі визначення відповідності рішень, дій або бездіяльності суб'єктів публічно-владних повноважень законів, адже існування закону є одним із критеріїв, що орган державної влади чи місцевого самоврядування, відповідна посадова особа чи інший суб'єкт публічного управління не діє суто на власний розсуд. Але заборона свавілля водночас стосується і того, що втручання цього

суб'єкта переслідує певну легітимну мету, а не відбувається через те, що держава вдається до дій, важливість яких для суспільства сумнівна, чи дій, які несуть лише посилення повноважень держави без жодної суспільно корисної цілі, що має досягатися через це, чи чиновник шукає власного зиску тощо. Таким чином, заборона свавілля з'єднує перший і другий етап аналізу, заснованого на пропорційності. Висновок, що держава чи її агент не діють свавільно, тобто мають правову підставу для своїх дій і водночас переслідують належну мету, здійснюючи їх, дозволяє перейти до третього, ключового етапу аналізу пропорційності, тобто до визначення пропорційності у вузькому сенсі.

Доступ до правосуддя, що забезпечують незалежні та неупереджені суди, у тому числі під час судового розгляду адміністративних актів, є тим елементом чи аспектом верховенства права, який власне забезпечує принцип у пропорційності у дії. Хоча не викликає сумнівів, що пропорційність має визначати діяльність усіх суб'єктів владних повноважень і має враховуватися і при оцінці їх рішень, дій або бездіяльності, зокрема, і під час відомчого контролю і розгляду скарг, поданих в адміністративному порядку, саме система адміністративних судів є центральним інститутом, що може змусити інші гілки влади, а так само усіх носії управління повноважень діяти пропорційно.

З цього випливає два висновки, важливі для функціонування верховенства права загалом. По-перше, держава має прагнути забезпечити якомога ширший і простіший доступ громадян до суду. Доступність правосуддя є ключовою передумовою реальної дії верховенства права [13, с. 34-47]. Може здатися, що це означає, що чим менше приватні особи відчувають перепон у зверненні до суду, тим краще для верховенства права. Але це не зовсім так. Справді, звернення до суду і, особливо, оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єктів владних повноважень не повинно бути обтяженим зайвими тягарями чи фільтрами. Зокрема, це стосується впровадження досить простих вимог оформлення позовної заяви, помірного розміру судовий збір і пільг в його сплаті, надання достатнього часу для звернення до суду тощо. Проте має бути встановлено розумний баланс, який би попереджав надмірне навантаження на судову владу і зловживання процесуальними правами, зокрема, і на етапі ініціювання судової справи. Конкретні механізми такого балансу можуть відрізнятися, але зазвичай йдеться про судовий збір (тобто він не має бути ані великим, ані відсутнім взагалі), заборона повторного звернення з одним і тим самим вимогом оформлення позовної заяви, помірного розміру судовий збір і пільг в його сплаті, надання достатнього часу для звернення до суду тощо. Проте має бути встановлено розумний баланс, який би попереджав надмірне навантаження на судову владу і зловживання процесуальними правами, зокрема, і на етапі ініціювання судової справи. Конкретні механізми такого балансу можуть відрізнятися, але зазвичай йдеться про судовий збір (тобто він не має бути ані великим, ані відсутнім взагалі), заборона повторного звернення з одним і тим самим вимогом оформлення позовної заяви, помірного розміру судовий збір і пільг в його сплаті, надання достатнього часу для звернення до суду тощо.

Водночас, і це другий висновок, з позиції забезпечення дії принципу пропорційності ми не підтримуємо

запровадження в Україні інших, крім адміністративно-господарського оскарження, способів вирішення публічно-правових спорів (примирення, позасудові арбітражі, медіація тощо). Важко погодитись з авторами (наприклад, О.Д. Сідельниковим [16]), які доводять, наприклад, корисність медіації між приватними особами і суб'єктом публічно-управлінських повноважень, між якими виник публічно-правовий спір. Крім очевидних корупційних ризиків, невідповідності суті таких спорів позасудовим способом їх вирішення [9, с. 298], варто говорити також про те, що застосування таких способів фактично ставить під сумнів обов'язок суб'єкта владних повноважень діяти у відповідності до вимог, викладених у ч. 2 ст. 2 КАС України, зокрема, і вимоги діяти пропорційно. Примирення, якщо воно відбувається за межами судового процесу, медіація, третейський суд тощо, якщо ухвалення рішення обмежує наступне право звернення до суду для безпосереднього оскарження рішень, дій або бездіяльності суб'єкта владних повноважень, а не, наприклад, рішення третейського суду чи результату медіації послаблює право на судовий захист та можливості судового контролю і негативно позначається на стані верховенства права загалом.

Дотримання прав людини, як аспект верховенства права, задає рамку для аналізу пропорційності вже на третьому етапі, коли суддя має оцінити пропорційність у вузькому сенсі, тобто збалансованість приватних і публічних інтересів, обґрунтованість державного втручання у свободу приватних осіб. Це ще один аспект нерозривного і дуже важливого зв'язку між правами людини і верховенством права як двома доктринами, які становлять підмурок правових систем і держав країн Європи. Звичайно, можна говорити, що державне свавілля може обмежуватися не лише через права людини (інститути обмеження можуть існувати у вільних та традиційних суспільствах, де влада державного суверена обмежена релігійними авторитетами чи суспільною владою керівників локальних племен [8, с. 342-346]). Проте, лише права людини становлять конкретний, незалежний від держави критерій системного обмеження її влади.

У практичній площині це особливо помітно саме на прикладі пропорційності, адже пропорційність у вузькому сенсі передбачає відповідь на питання, наскільки втручання у права людини було потрібне («необхідне у демократичному суспільстві» мовою Європейської конвенції з прав людини). Якщо втручання було потрібним, то немає порушення її норм, поряд з порушенням змістовних прав, а так само може становити окремих аспект судового аналізу і визначати, чи було порушення взагалі. Крім того, у справі «Релігійна спільнота Свідків Єгови проти Австрії» ЄСПЛ вказав, що «стаття 14 [Конвенції] не забороняє державі - учаснику ставитися до [релігійних] груп по-різному задля усунення «фактичної

нерівності» між ними; більш того, за певних обставин відмова вжити заходи для усунення нерівності за допомогою диференційованого ставлення може сама по собі утворювати порушення цієї статті». Тому, дискримінаційне ставлення суб'єкта владних повноважень до приватної особи, що знайшло свій вираз у його рішеннях, діях чи бездіяльності, так само має враховуватися при аналізі пропорційності. Якщо втручання явно відрізняється від тих інших випадків втручання своєю інтенсивністю чи рівнем обмеження свободи приватної особи, можна впевнено стверджувати, що відповідне рішення чи дія не проходять тест на пропорційність.

Висновки. Пропонований аналіз показує, що у співвідношенні з іншими елементами чи аспектами верховенства права принцип пропорційності не може визначатися як ще один його елемент. Скоріше у пропорційності ми знаходимо принцип, тест і водночас юридичний інструмент визначення, наскільки різні аспекти верховенства права і сам цей принцип загалом було дотримано під час здійснення владних повноважень у сфері публічного управління, а так само у й інших сферах, до яких принцип пропорційності дотичний (у сучасних джерелах до цих сфер відносять, зокрема, і приватне право [4, с. 46-55]). Висновок про пропорційність дій держави чи її агентів означає, що в індивідуально-конкретній справі було збалансовано приватні і публічні інтереси, а при вчиненні таких дій (зокрема, і ухваленні нормативно-правових та індивідуально-правових актів) дотримано вимоги верховенства права.

Література

1. Вовк Д. Проблеми визначення та дії принципу верховенства права. *Право України*. 2003. № 11. 127-130.
2. Гаудер П. Верховенство права у реальному світі / пер. з англ. Харків : Право, 2018.
3. Доклад Комиссии Совета Европы за демократию через право (Венецианской комиссии) о верховенстве права (2011). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus).
4. Євтушок Ю. Принцип пропорційності як невід'ємна складова верховенства права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2015. 214 с.
5. Закурін М. Дискреція - дія на власний розсуд. Поняття та прояви. *Вісник господарського судочинства*. 2009. № 4. С. 17-24.
6. Козюбра М. Верховенство права і Україна. *Право України*. 2012. № 1-2. С. 35-53.
7. Козюбра М. Верховенство права: українські реалії та перспективи. *Право України*. 2010. № 3. С. 6-18.
8. Крігер М. Чому верховенство права є надто важливим, щоб лишити його юристам. *Філософія права і загальна теорія права*. 2014. № 1. С. 323-349.
9. Лученко Д. Механізм оскарження в адміністративному праві: теоретичні й прикладні аспекти : монографія. Харків : Право, 2017. 440 с.
10. Лученко Д. Про новий проект Адміністративно-процедурного кодексу України в аспекті проблем адміністративного оскарження. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: «Економічна теорія і право». Харків : Право, 2013. № 1. С. 223-231.
11. Лученко Д. Про позасудове оскарження в адміністративному праві та перспективи його розвитку в Україні. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: «Економічна теорія і право». 2012. № 1. С. 97-105.

12. Мірило правовладдя : коментар, глосарій, Rule of Law Check list / пер. з англ. С. Головатий. Київ : ВАІТЕ, 2017. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/Mirylo_pravovladya.pdf.

13. Овчаренко О. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації : монографія. Харків : Право, 2008. 304 с.

14. Погребняк С. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія. Харків : Право, 2008. 240 с.

15. Рабінович П. Верховенство права (за матеріалами практики Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України). *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 2. С. 3-16.

16. Сидельніков О. Інститут примирення сторін в адміністративному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2017. 202 с.

17. Туорі К. Спільне у сутності верховенства права і правової держави. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 24-28.

18. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. Харків : Консум, 2002. 296 с.

*Лученко М. М.,
здобувач кафедри
адміністративного та господарського права
Запорізького національного університету*