

## Трибуна Молодого Вченого

DOI: 10.33663/1563-3349-2022-33-568-574

УДК 340.11

**А. О. РОМАШКО,**  
аспірант Інституту держави і права  
імені В. М. Корецького НАН України\*  
ORCID: 0000-0002-9255-0602

### КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ПРОПОРЦІЙНОСТІ<sup>1</sup>

*У статті досліджується принцип пропорційності та аналізуються концептуальні підходи до його застосування. Розглядаються дві основні концепції застосування принципу пропорційності: оптимізаційна (optimizing) та обмежуюча державу (state-limiting). Виходячи із характеристики кожної із концепцій застосування принципу пропорційності, виокремлюються та формуються їх найбільш характерні ознаки, особливості та відмінності.*

**Ключові слова:** верховенство права, принцип пропорційності, концепції, обмеження державної влади, права людини.

**Romashko Anton. Conceptual approaches to the application of principle of proportionality**

*The article reviews the principle of proportionality and examines conceptions of principle of proportionality application. The article addresses two main conceptions of principle of proportionality application: optimizing and state-limiting conceptions. Proceeding from the characteristics of each conception of principle of proportionality application, the author highlights and formulates the most characteristic features, peculiarities, and distinctions of each conception.*

**Key words:** Rule of law, principle of proportionality, conceptions, limitation of government, human rights.

---

\* **Romashko Anton**, Postgraduate Student of Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine

**Вступ.** Згідно зі ст. 8 Основного Закону в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Загальновизнаним є те, що складовою верховенства права, на рівні з принципами поділу влади, юридичної визначеності, рівності, незалежності суду є принцип пропорційності. Конституційний Суд України неодноразово наголошував, що принцип справедливості та принцип пропорційності є одними з визначальних у діяльності органів державної влади<sup>1</sup>. Крім того, за твердженням КСУ, зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, у пропорційності<sup>2</sup>. Також очевидним є те, що майже в кожному рішенні Європейського суду з прав людини можна віднайти посилання на принцип пропорційності. Наразі сфера дії принципу пропорційності поширилась як на процес правозастосування, так і на процес правотворення, а його регулювання охоплює як публічно-правові, так і приватно-правові відносини. Відтак, принцип пропорційності є надзвичайно актуальним, вагомим та дієвим правовим інструментом в умовах сьогодення. Тому, враховуючи обставини сьогодення, зокрема пандемію коронавірусу, та, що більш важливо – збройну агресію РФ проти України, роль держави у житті громадян значно посилюється, а в даному випадку принцип пропорційності є саме тим запобіжником, який має утримувати державу від виходу за межі дозволеного (пропорційного) втручання у права людини.

**Постановка проблеми.** Наразі принцип пропорційності є одним з найбільш важливих та часто застосовуваних правових інструментів, що використовуються задля забезпечення уникнення порушення та надмірного втручання держави у права людини або, відповідно, констатації того, що певне втручання було пропорційним. Оскільки ключовими умовами функціонування держави є людиноцентризм, належний захист прав людини, реальне обмеження державної влади, то принцип пропорційності набув неабиякого значення та ваги при розгляді питань, що стосуються абсолютно усіх сфер суспільного життя, куди має доступ держава. Втім, попри те, що принцип пропорційності вже добре відомий у зарубіжній юридичній науці та практиці державотворення, його вивченню приділяється все більше уваги як в Україні, так і за її межами. Зокрема, лише поодинокі іноземні дослідження присвячені розгляду концепцій застосування принципу пропорційності, а на теренах України такі дослідження майже відсутні. Відтак, на нашу думку, існує потреба у аналізі сучасних концепцій застосування принципу пропорційності та, вірогідно, започаткування наукової дискусії на цю тему, адже підходи до застосування принципу пропорційності впливають на результати його застосування.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідженням принципу пропорційності займалися такі вітчизняні науковці та правники, як: В. Буткевич, Ю. Євтошук, М. Козюбра, Р. Майданик, С. Погребняк, П. Рабінович, С. Шевчук. Серед іноземних дослідників принципу пропорційності можемо виділити таких як: П. Аджой, Т. Алейнікофф, Р. Алексі, А. Барак, Г. Веббер,

С. Грір, Р. Дворкін, В. Джексон, Й. Крістофферсон, Р. Фрейз, А. Шайо, К. Екштайн, Д. Ріверс, Ю. Габермаса, Т. Хартлі, П. Халсрой.

**Метою статті** є аналіз основних концептуальних підходів до застосування принципу пропорційності та виокремлення їх ключових характерних ознак на основі вітчизняних та зарубіжних наукових підходів.

**Виклад основного матеріалу.** Очевидно, що державі, якій надана монополія на владу, дуже важко самообмежуватися у своїй діяльності, відповідно, таке обмеження забезпечується системою стримувань і противаг. Як слушно зазначає С. Шевчук, важливим внеском США у розвиток доктрини конституціоналізму є пропозиція створити писану конституцію, яка визначатиме контури «обмеженого правління» та об'єднуватиме не тільки позитивні норми права, а й неписані норми та принципи природно-правового походження<sup>2</sup>. Власне, таке обмеження правління за допомогою системи стримувань і противаг має забезпечуватися з урахуванням пропорційності. Однак застосування принципу пропорційності може бути дещо різним, залежно від підходу до його сутності та змісту. До прикладу, суб'єкт правозастосування у процесі виконання повноважень може дійти різних висновків і остаточно відповідь на питання пропорційності може бути зовсім іншою. Наперед зазначимо, що формат статті не дає змоги здійснити повноцінний аналіз, однак спробуємо коротко охарактеризувати основні концептуальні підходи до застосування принципу пропорційності та, відповідно, зробити певні висновки.

Ведучи мову безпосередньо про концепції застосування принципу пропорційності, варто зазначити, що, на думку П. Аджоя, за останні роки викристалізувалися дві основні концепції застосування принципу пропорційності: британська (ймовірно, П. Аджой має на увазі концепцію, яка сформувалася у судовій практиці Великої Британії та застосовується у судочинстві країн загального права) та європейська<sup>3</sup>. На продовження цього інші науковці стверджують, що на практиці можна простежити два основні варіанти застосування принципу пропорційності: оптимізаційна концепція (optimizing proportionality), що також часто іменується як «європейська», і так звана обмежуюча державу пропорційність (state-limiting proportionality), яка також іменується як «британська». Дві згадані концепції застосування принципу пропорційності ґрунтуються на різних засадах судового контролю та його межах<sup>4</sup>. Розглядаючи ці концепції, Д. Ріверс зазначає, що оптимізаційна концепція пропорційності – це модель застосування пропорційності, яка спрямована на встановлення справедливого балансу між основними (фундаментальними) правами людини та іншими правами / інтересами держави та/або людини найбільш адекватним та ефективним чином. Обмежуюча державу концепція застосування принципу пропорційності – це модель, яка, по суті, спрямована на захист права та забезпечення примату і непорушності прав людини в конституційній системі, що забезпечується ефективним судовим контролем у формі сукупності тестів, що гарантують втручання суду в державну політику з метою захисту конкретного права<sup>5</sup>. Як стверджують

Г. Бонджованні та С. Валентіні, основна відмінність між цими моделями полягає у ставленні судової влади до конфліктуючих прав та інтересів. Якщо йдеться про оптимізаційну модель пропорційності, то судовий контроль у даному випадку покликаний визначити, наскільки права можуть бути обмежені та, відповідно, захищені від незаконного втручання держави, як можна оптимізувати це втручання, зменшити рівень втручання з огляду на зміст та обсяг права тощо. З іншого боку, якщо аналізувати обмежуючу державу модель, то метою судового контролю є встановлення меж втручання держави. Іншими словами, обсяг втручання визначається виключно виходячи зі змісту та обсягу права<sup>6</sup>.

Отже, іноземні науковці виокремлюють дві концепції застосування принципу пропорційності, які узагальнено можна розрізнити передусім за ступенем судового активізму, роллю та метою, яку ставить перед собою суд, а також змістом та рівнем необхідного захисту права.

Водночас Е. Янг стверджує, що ці дві версії застосування пропорційності є не альтернативними, а взаємодоповнюючими. Перша концепція має на меті визначити ступінь та обсяг захисту прав шляхом відповідного балансування між конкуруючими правами та інтересами; друга версія має на меті визначити межі, в яких держава має змогу законно впливати (втручатися) на права, враховуючи безумовний примат фундаментальних прав людини перед будь-якими суспільними інтересами. Відтак можна стверджувати, що перша модель базується на концепції прав як інтересів, які можуть або не можуть переважати одне над одним залежно від обставин; натомість друга модель покладається на безумовний пріоритет прав над суспільними інтересами. Поряд з тим ці дві парадигми судового контролю не є несумісними або суперечливими, а скоріше такими, що дають змогу судам виконувати різні функції, які в принципі можна поєднувати. У разі оптимізації судовий контроль виконує функцію визначення обсягу та ступеня захисту, що надається конкретним правам у правовій державі. У випадку обмеження держави судовий контроль виконує функцію визначення та формалізації обмежень, які накладаються на державу, виходячи із обсягу та змісту права<sup>7</sup>.

Якщо ж знову повертатися до розрізнення концепцій застосування принципу пропорційності, то стверджується також, що основна відмінність між оптимізаційною моделлю пропорційності та обмежуючою державу полягає у двох основних аспектах. По-перше, ці концепції вказують на відмінність між матеріальним і формальним виміром захисту прав, тобто між питаннями, що стосуються допустимості втручання у права, та питанням, що стосується сфери та ступеня судового контролю за таким втручанням. По-друге, вони розрізняються в контексті пластичності пропорційного рішення, не лише у сутнісному вимірі, де поєднуються різні форми аргументації, але також у формальному вимірі, де пропорційність охоплює цілу низку різних моделей захисту прав таким чином, щоб обсяг і ступінь судового контролю міг бути пропорційним у контексті оптимізаційної або обмежуючої державу концеп-

ції – залежно від контексту та обставин, в яких суди вирішують питання втручання у права людини<sup>8</sup>. Більше того, обмежуюча державу концепція полягає в обмеженні іншого органу державної влади і сприйнятті підходу, що права належать до зони відповідальності суду, а здійснення політики належить до зони відповідальності законодавчої та виконавчої влади, право і суспільний інтерес чітко розмежовуються<sup>9</sup>.

Таким чином, можна визначити такі ознаки оптимізаційної концепції застосування принципу пропорційності: 1) уподібнення та прирівнення конкретного права та суспільного інтересу; 2) необхідність пошуку балансу між конкретним правом і суспільним інтересом; 3) увага та захист одночасно як прав, так і конкуруючого суспільного інтересу; 4) гарантування верховенства права шляхом балансування та зважування, а не шляхом суворого обмеження державного (суспільного інтересу). Якщо ж вести мову про обмежуючу державу концепцію, то, виходячи з наведеного, вважаємо її ознаками такі: 1) принципове розмежування конкретного права та державного (суспільного) інтересу; 2) однозначний і категоричний примат права над будь-яким суспільним інтересом; 3) широка дискреція судової влади; 4) мета у вигляді захисту прав людини; 5) першочерговий аналіз цілей і заходів, а не пошук балансу між правом і суспільним інтересом задля відповіді на питання пропорційності.

Проте відкритою залишається дискусія щодо того, яка з цих концепцій є більш дієвою, застосовною та ефективною. На нашу думку, у питаннях захисту прав людини потрібно уникати категоричних підходів і керуватися виключно обставинами кожної конкретної справи, однак варто зазначити, що, керуючись загально визнаними демократичними цінностями, обмежуюча державу концепція є більш застосовною. Так, оскільки принцип пропорційності покликаний саме захистити права і обмежити державне втручання, державне свавілля тощо, то керуватися потрібно саме приматом прав людини над будь-чим іншим.

**Висновки.** На сучасному етапі розвитку юридичної думки в теорії права прийнято здійснювати поділ концепцій застосування принципу пропорційності на оптимізаційну концепцію (*optimizing proportionality*) та на обмежуючу державу пропорційність (*state-limiting proportionality*). Основною ознакою першої концепції застосування пропорційності є отождолення права і суспільного інтересу та, відповідно, пошук балансу між ними. Що стосується другої, то основною її ознакою є чітке розмежування права та суспільного інтересу і, відповідно, аналіз цілей і заходів, а не пошук балансу. Кожна з концепцій застосування принципу пропорційності має свої переваги та недоліки, тому, з практичної точки зору, неможливо надати перевагу жодній з них. У даному контексті варто зазначити, що класифікація концепцій застосування принципу пропорційності наразі має суто теоретичний характер. Ця класифікація заснована на відповідній аргументації рішень органів законодавчої, виконавчої, судової гілок влади. Дати відповідь на питання, яка концеп-

ція застосовна у кожному конкретному випадку можливо лише з огляду на цілі та аргументи, висловлені при прийнятті того чи іншого рішення.

Для вітчизняної юридичної науки концепції застосування принципу пропорційності є новим та недослідженим явищем. Однак з огляду на сучасні глобалізаційні процеси, у тому числі у сфері правового регулювання, ці явища потребують подальшого вивчення та аналізу, адже не можемо виключати того, що в подальшому згадані у цій статті концепції застосування принципу пропорційності матимуть і практичний вплив на розвиток важливих суспільних відносин.

1. Рішення Конституційного Суду України від 26 грудня 2011 року у справі № 20-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-11#Text>.
2. Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року у справі № 15-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text>.
3. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007. С. 147.
4. Ajoy P. B. Administrative Action and The Doctrine of Proportionality in India. *Journal of Humanities and Social Science*. Volume 1. Issue 6. (September-October 2012). pp. 16–23. P. 18–20. URL: <https://www.iosrjournals.org/iosr-jhss/papers/Vol1-issue6/D0161623.pdf>.
5. Bongiovanni, G., Gerald Postema, Antonino Rotolo, Giovanni Sartor, Doug Walton, and Chiara Valentini. Handbook of Legal Reasoning and Argumentation. Dordrecht: Springer, 2018. 764 p. P. 604.
6. Julian Rivers. Proportionality and Variable Intensity of Review. *The Cambridge Law Journal*. Volume 65. № 1. (March 2006). pp. 174–207. P. 176–177. URL: <http://www.jstor.org/stable/4509179>.
7. Bongiovanni, G., Gerald Postema, Antonino Rotolo, Giovanni Sartor, Doug Walton, and Chiara Valentini. Handbook of Legal Reasoning and Argumentation. Dordrecht: Springer, 2018. 764 p. P. 604–605.
8. Huscroft, G., Miller, B., & Webber, G. (2014). Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning. In G. Huscroft, B. Miller, & G. Webber (Eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (p. Iii). Cambridge: Cambridge University Press. P. 49–52.
9. Bongiovanni, G., Gerald Postema, Antonino Rotolo, Giovanni Sartor, Doug Walton, and Chiara Valentini. Handbook of Legal Reasoning and Argumentation. Dordrecht: Springer, 2018. 764 p. P. 606.
10. Julian Rivers. Proportionality and Variable Intensity of Review. *The Cambridge Law Journal*. Volume 65. №1. (March 2006). pp. 174–207. P.176, 179–180. URL: <http://www.jstor.org/stable/4509179>.

### References

1. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 26 hrudnia 2011 roku u spravi № 20-rp/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-11#Text> [ukr].
2. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 2 lystopada 2004 roku u spravi № 15-rp/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text> [ukr].
3. Shevchuk S. Sudova pravotvorchist: svitovyi dosvid i perspektyvy v Ukraini. Kyiv: Referat, 2007. S. 147 [ukr].
4. Ajoy P. B. Administrative Action and The Doctrine of Proportionality in India. *Journal of Humanities and Social Science*. Volume 1. Issue 6. (September-October 2012). pp. 16–23. P. 18–20. URL: <https://www.iosrjournals.org/iosr-jhss/papers/Vol1-issue6/D0161623.pdf>.
5. Bongiovanni, G., Gerald Postema, Antonino Rotolo, Giovanni Sartor, Doug Walton, and Chiara Valentini. Handbook of Legal Reasoning and Argumentation. Dordrecht: Springer, 2018. 764 p. P. 604.
6. Julian Rivers. Proportionality

and Variable Intensity of Review. *The Cambridge Law Journal*. Volume 65. № 1. (March 2006). pp. 174–207. P. 176–177. URL: <http://www.jstor.org/stable/4509179> 7. Bongiovanni, G., Gerald Postema, Antonino Rotolo, Giovanni Sartor, Doug Walton, and Chiara Valentini. Handbook of Legal Reasoning and Argumentation. Dordrecht: Springer, 2018. 764 p. P. 604–605. 8. Huscroft, G., Miller, B., & Webber, G. (2014). Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning. In G. Huscroft, B. Miller, & G. Webber (Eds.), Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning (p. Iii). Cambridge: Cambridge University Press. P. 49–52. 9. Bongiovanni, G., Gerald Postema, Antonino Rotolo, Giovanni Sartor, Doug Walton, and Chiara Valentini. Handbook of Legal Reasoning and Argumentation. Dordrecht: Springer, 2018. 764 p. P. 606. 10. Julian Rivers. Proportionality and Variable Intensity of Review. *The Cambridge Law Journal*. Volume 65. № 1. (March 2006). pp. 174–207. P. 176, 179–180. URL: <http://www.jstor.org/stable/4509179>.

**Romashko Anton. Conceptual approaches to the application of principle of proportionality**

*Upon the Article 8 of the Constitution of Ukraine the principle of the rule of law is recognized and effective in Ukraine. It is generally accepted that the principle of proportionality is a key component (sub-principle) of the rule of law along with the principle of legal certainty, principle of separation of powers, equality before the law, judicial independence. The principle of proportionality is considered to be one of the most transparent and effective mechanisms for the protection of human rights nowadays. Even though the principle of proportionality is a well-known principle both for the national and foreign jurisprudence, only a few foreign articles are devoted to the conceptions of application of the principle of proportionality while such studies are absent in Ukraine at all. Therefore, in our opinion, there is a need to analyze modern conceptions of application of principle of proportionality in order to start the scientific discussion in Ukraine because approaches to its application affect the results of the application of the latter. There are two conceptions of principle of proportionality application: optimizing conception and state-limiting conception. These two conceptions can be distinguished from one another by the extent of juridical activism and extent of right protection based on its content.*

*Proceeding from examination of two main conceptions of principle of proportionality application: optimizing and state-limiting conceptions, the following features of these conceptions can be highlighted. As for the optimizing conception, assimilation (equating) of right and public interest, balancing between the right and public interest, equal protection of both rights and public interest, the rule of law shall be achieved through the balancing, not through the limiting the state. On the other hand, when it comes to the state-limiting conception – there is a clear distinction between the rights and public interest, absolute primacy of rights over any public interest, wide discretion of the judiciary, the rule of law shall be achieved through the protection of human rights.*

**Key words:** Rule of law, principle of proportionality, conceptions, limitation of government, human rights.