



Тамара Дудаш

кандидатка юридичних наук, доцентка,  
доцентка кафедри теорії та філософії права  
Львівського національного університету імені Івана Франка  
(Львів, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4424-052X>  
tamara.dudash@lnu.edu.ua

DOI: 10.33498/Юшп-2023-06-033

УДК 340.1

## ЗВАЖУВАННЯ І БАЛАНСУВАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК СПОСІБ ПРАВОВОГО АРГУМЕНТУВАННЯ

АНОТАЦІЯ. Оскільки права людини часто сформульовані дуже загально і не є правилами поведінки, вони не можуть бути застосовані у спосіб кваліфікації фактів справи. Для належного правового обґрунтування застосування стандартів прав людини доводиться зважувати й балансувати конкурентні права. У наукових розвідках із питань правової аргументації зважування і балансування небезпідставно розглядають як спосіб правового аргументування, який доповнює юридичну кваліфікацію фактів (так звану субсумпцію). Оскільки дослідження особливостей зважування і балансування прав людини як способу правового аргументування не ставало предметом теоретичного аналізу в українській правничій доктрині, мета цієї статті полягає у тому, щоб заповнити зазначену прогалину.

За результатами дослідження встановлено, що в доктрині немає чіткого бачення предмета зважування і балансування. Таким предметом вважають як принципи права, до яких можна прирівняти права людини, так і аргументи. Норми, що закріплюють права людини, функціонують як принципи права у розрізі особливостей їхнього зважування. Зважувати слід порівнювані складники, що наповнюють принцип права чи право людини, а саме: інтереси, інкорпоровані до кожного з конкурентних прав людини; цінності, інкорпоровані до кожного з конкурентних принципів права; наслідки, до яких призведе надання переваги тому чи іншому з конкурентних принципів права чи прав людини. В іншому разі таке зважування стає некоректним.

Проаналізовано доктринальні та практичні алгоритми, за якими можна здійснювати зважування і балансування прав людини та принципів права. Встановлено, що найбільш витребуваним в українській правовій системі є тест балансування, що його використовує Європейський суд з прав людини, встановлюючи відповідність втручання у право легітимній меті такого втручання (тест на пропорційність). Проте зважування і балансування прав людини не обмежується цим тестом і його застосування не завжди є підставним. Виснувано, що варто звернути увагу на практично застосовні доктринальні пропозиції тесту зважування, які дають змогу балансувати інтереси, що інкорпоровані в права людини.

Ключові слова: права людини; субсумпція; зважування і балансування; правова аргументація.

© Тамара Дудаш, 2023

Свого часу Г. Гарт сформулював тезу про відкриту текстуру права (*open texture of law*)<sup>1</sup>, яка, мабуть, ніколи не втратить своєї актуальності. Адже вона наголошує на такій властивості позитивного права, як його здатності бути відкритим до подальшого розвитку через обґрунтування (аргументацію) і тлумачення. Дещо пізніше Н. Маккормік зауважив, що позитивне право має аргументувальну природу (*arguable nature of law*)<sup>2</sup>, яка підтверджує ту саму властивість, яку виявив Г. Гарт. Зазначене ще більше актуалізуються, якщо йдеться про необхідність застосування норм про права людини, які часто сформульовані дуже загально, як і належить стандартам: вони не можуть бути застосовані у спосіб кваліфікації фактів справи, бо не є правилами поведінки; для належного правового обґрунтування застосування стандартів прав людини доводиться зважувати й балансувати конкурентні права та інкорпоровані в них інтереси. Ба більше, у наукових розвідках з питань правової аргументації зважування і балансування прав людини, принципів права небезпідставно розглядають як спосіб правового аргументування, який доповнює юридичну кваліфікацію фактів (так звану субсумпцію) (зокрема у працях Р. Алексі<sup>3</sup>, Н. Маккорміка<sup>4</sup>, А. Печеніка<sup>5</sup>).

У найбільш загальних формулюваннях пишуть про зважування аргументів Н. Маккормік та Р. Саммерс. Вони ведуть мову саме про зважування аргументів як ситуацію, у якій один аргумент переважає інший<sup>6</sup>. Найбільш рельєфне теоретичне підґрунтя для зважування і балансування прав людини та принципів права представлене у працях Е. Фетеріс<sup>7</sup>, Р. Алексі<sup>8</sup>, Г. Марцілли<sup>9</sup>. В українській науковій юридичній літературі про зважування прав людини йдеться здебільшого в аспекті застосування принципу пропорційності у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), зокрема у працях В. Кістяника<sup>10</sup>, Я. Берназюка<sup>11</sup>, П. Рабіновича, С. Рабіновича та О. Панкевича<sup>12</sup>. Він вирішує відповідність втручання у конвенційні права вимогам Конвенції про захист прав

<sup>1</sup> Г. Харт, *Поняття права* (пер с англ, Е. Афонасин, С. Моисеев ред, Изд-во С-Петербур ун-та 2007) 131.

<sup>2</sup> N MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (Oxford University Press 2010) 12.

<sup>3</sup> R. Alexy, *Theory of Legal Argumentation: the Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (trans by R. Adler and N. MacCormick, Clarendon Press 1989) 221.

<sup>4</sup> MacCormick (n 2) 180.

<sup>5</sup> A. Peszenik, *On Law and Reason* (Springer Science+Business Media 1989) 19, 28.

<sup>6</sup> N. MacCormick, R. Summers, *Interpreting statutes. A comparative study* (Dartmouth 1991) 527.

<sup>7</sup> E. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions* (2-nd edition, Springer 2017).

<sup>8</sup> R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (trans J. Rivers, Oxford University Press 2002).

<sup>9</sup> G. Marcilla, 'Balancing as a guide to legislative reasoning' [2010] IV (1) *Legisprudence* 93.

<sup>10</sup> В. Кістяник, 'Судова аргументація: особливості, порівняльний аналіз та вітчизняна і зарубіжна практика' (дис канд юрид наук, 2021) 35.

<sup>11</sup> Я. Берназюк, 'Принцип пропорційності у практиці Європейського суду з прав людини' [2021] 6 (18) *Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління* 197.

<sup>12</sup> П. Рабінович, С. Рабінович, О. Панкевич, 'Пошук верховенства права як балансування соціальних інтересів' [2022] 29 (3) *Вісник Національної академії правових наук України* 15.

людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)<sup>13</sup> та протоколів до неї, застосовуючи тест на пропорційність такого втручання, якщо цього вимагає формулювання такого права у Конвенції (наприклад, статей 8, 9, 10, 11, статті 1 Першого протоколу<sup>14</sup>) або шукаючи справедливий баланс інтересів, зважуючи їх у конкретній ситуації для того, щоб виявити, чи держава не перевищила свободу розсуду, обмеживши певне право людини, виконуючи свої позитивні обов'язки за Конвенцією. Національні суди часто “беруть на озброєння” алгоритми аргументування ЄСПЛ, вирішуючи, чи дотримано конвенційних прав людини у національній правовій системі. Проте зважування і балансування варто розглядати не лише як прояв застосування принципу пропорційності та правозастосовний алгоритм ЄСПЛ, імplementований у національну правову систему. Його визнають способом аргументування складних питань, пов'язаних із застосуванням прав людини чи принципів права як у юридичній доктрині, так і в правозастосовній практиці органів конституційної юрисдикції, зокрема Федерального конституційного суду Німеччини. Дослідження М. Савенка<sup>15</sup>, С. Погребняка<sup>16</sup>, присвячені зважуванню прав людини у діяльності й українських судів, зокрема Конституційного Суду України (далі – КСУ), і пропонують аналіз правозастосовних алгоритмів щодо зважування і балансування саме конституційних прав у емпіричному ракурсі.

Оскільки дослідження особливостей зважування і балансування прав людини як способу правового аргументування не ставало предметом теоретичного аналізу в українській правничій доктрині, мета цієї статті полягає у тому, щоб заповнити зазначену прогалину.

Для цілей цієї статті під способами аргументування розумітимемо способи використання його засобів (аргументів). Адже аргументування (обґрунтування) у найбільш загальному сенсі полягає саме в наведенні аргументів<sup>17</sup>.

*Що саме зважують і балансують, здійснюючи правове аргументування?* Відповідь на це запитання постає у результаті аналізу міркувань дослідників правової аргументації.

Ще у своєму есе Дж. Віздом 1944 р. звернув увагу на таку особливість правового обґрунтування, через яку його не можна віднести ні до де-

<sup>13</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини) <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text)> (дата звернення: 14.04.2023).

<sup>14</sup> Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_535#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text)> (дата звернення: 14.04.2023).

<sup>15</sup> М Савенко, ‘Юридична аргументація в конституційному судовому процесі: методологічний аспект’ (2012) 129 Наукові записки НаУКМА: Юридичні науки 15.

<sup>16</sup> С Погребняк, ‘Принцип пропорційності в українській юридичній практиці та практиці ЄСПЛ’ в Ківалов С (ред), *Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини*: зб. наук. ст. Міжнар. наук.практ. конф. (2012) 294.

<sup>17</sup> Т Dudash, ‘Analyzing Legal Argumentation: What Theoretical Model is the Most Comprehensive?’ [2022] 31 (3) *Studia Iuridica Lublinensia* 85.

дукційного, ні до індукційного у їхньому звичайному значенні, яке має ефект унікальності. Процес обґрунтування у праві є не ланцюжком математичного обґрунтування, в якому кожен наступний крок впливає з попереднього і в якому помилка у будь-якому кроці робить помилковими подальші кроки. Правове обґрунтування є питанням зважування і врахування усіх факторів, з яких кожен сам собою підтримує певний висновок, і балансування їх проти тих факторів, які не підтримують такого висновку. У результаті, висновок має бути досягнуто на основі збалансування підстав, а не на основі виведення від засновків до висновків чи від відомих до невідомих фактів. Підстави для висновку є взаємозалежними, тому помилка в одній не залишить висновок без підтримки; такі підстави є, за метафорою Дж. Віздона, 'як ніжки стільця, а не ланки ланцюжка'<sup>18</sup>.

Як зазначив Н. Маккормік, хоча зазначена точка зору була скритикована, але вона є цінною у тому сенсі, що ми маємо звести до купи багато факторів, коли ми шукаємо аргумент у судовому рішенні щодо обґрунтованості чогось. Такий процес зведення до купи – від описування до ретельного вивчення окремих справ у різних сферах – із тим, щоб встановити, як саме зрозуміти процес, і називають, може й помилково, "зважуванням" чи "балансуванням" різних факторів у рішенні суду<sup>19</sup>.

На потребу пошуку балансу принципів права у правозастосуванні вказував і Р. Дворкін. На його думку, конкретні правові питання завжди пов'язані з оцінюванням балансу у сукупності принципів, коли тлумачать правову проблему, пов'язану зі спірним застосуванням норм права до фактів. Норми, які інкорпують стандарти, функціонують так, як принципи, у тому сенсі, що вони потребують балансування. Право повинно відображати баланс між цінностями у загальних термінах, і воно його відображає, групуючи цінності у їхніх практичних проявах<sup>20</sup>.

Із зазначеного випливає, що аргументування принципів права та прав людини, які сформульовані абстрактно, не можуть бути застосовані як норми, які фіксують правила поведінки – у спосіб юридичної кваліфікації фактів. Для їхнього застосування доводиться вдаватися до зважування цінностей, інтересів чи вимог до держави, які інкорпоровані в ці принципи права чи права людини.

В англomовному варіанті праці "Теорія конституційних прав"<sup>21</sup> Р. Алексі обґрунтував такий спосіб (метод) правозастосовчого обґрунтування, як зважування і балансування. З його погляду, у складних справах підстави "за" та "проти" певних рішень і колізії цих підстав мають бути розв'язані засобами зважування і балансування принципів пра-

<sup>18</sup> J Wisdom, 'The Descriptive Interpretation of Science' (1944) 56 Proceedings of the Aristotelian society 157.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> R Dworkin. *Taking Rights Seriously* (Duckworth 1978).

<sup>21</sup> Alexy (n 8).

ва. Р. Алексі дійшов висновку, що субсумпція (юридична кваліфікація фактів, від англ. *subsume* – віднести до певної категорії) та зважування і балансування є двома вимірами правового обґрунтування, які можуть та повинні бути поєднані для того, щоб якомога більше була реалізована раціональність правової аргументації<sup>22</sup>. Тому до зважування і балансування принципів права й прав людини вдаються тоді, коли субсумпційне аргументування не дозволяє належним чином обґрунтувати юридичне вирішення (*legal decision making*). Це може траплятися, зокрема, у разі потреби заповнити прогалину у праві, виправдати обрання одного з можливих тлумачень норми права, виправдати відступ від букви закону.

На думку Е. Фетеріс, концепція зважування і балансування, що впливає з принципу пропорційності, основним аргументувальним патерном для обґрунтування вирішення конфлікту між принципами права<sup>23</sup>. На нашу думку, досягнення пропорційності між конкурентними інтересами можна вважати метою зважування і балансування різних принципів права та прав людини. Мабуть, саме тому тест на зважування відповідності Конвенції втручання у певне право людини, що його застосовує ЄСПЛ, отримав назву “тест на пропорційність”. Як слушно зазначив С. Погребняк, принцип пропорційності

ґрунтується на ідеї справедливості. Принцип пропорційності тісно пов’язаний зі змістовною справедливістю, яка вимагає, зокрема, пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню, відповідності цілей законодавця і засобів, що обираються для їх досягнення, встановлення і диференціювання публічно-правового обмежень залежно від конкретних обставин, що обумовлюють їх запровадження <...> Тільки так можна віддати кожному йому належне, тобто досягти справедливості в правовому регулюванні<sup>24</sup>.

Застосовуючи зважування і балансування принципів права та прав людини, правозастосувач виявляє певні інтереси чи цінності, інкорпоровані у принципи права або права людини, виявляє та може порівняти наслідки від задоволення одного конкурентного права людини чи принципу права і незадоволення іншого. Проте ці всі критерії порівнювання не можуть бути еkleктично змішані. Зважувати слід порівнювані складники, що наповнюють принцип права чи право людини, а саме: інтереси, інкорпоровані до кожного з конкурентних прав людини; цінності, інкорпоровані до кожного з конкурентних принципів права; наслідки, до яких

<sup>22</sup> R Alexy, ‘On balancing and subsumption. A structural comparison’ [2003] 16 (4) Ratio Juris 448.

<sup>23</sup> Feteris (n 7) 145.

<sup>24</sup> Погребняк (n 16) 299.

приведе надання переваги тому чи іншому з конкурентних принципів права чи прав людини. В іншому разі таке зважування стає некоректним.

Для ілюстрації зазначеного звернемося до аргументації у п. 7.3 Рішення КСУ у справі за конституційною скаргою Абрамовича Олексія Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 2 частини другої статті 40 Житлового кодексу України (щодо дискримінації у реалізації права на житло). Суд зважував свободу пересування та вільний вибір місця проживання з правом на отримання державного житла і надав таку аргументацію, яка розпочинається з тези про відсутність узгодженості між правами, яка є висновком аргументувальної конструкції:

7.3. Виходячи з розуміння конституційних прав і свобод людини як єдиної й цілісної системи Конституційний Суд України констатує, що встановлення законодавцем у пункті 2 частини другої статті 40 Кодексу зв'язку між реалізацією громадянином права на житло в населеному пункті, у якому він перебував на обліку тих, хто потребує поліпшення житлових умов, і виїздом на постійне місце проживання до іншого населеного пункту *не узгоджується* з гарантованими Конституцією України кожному, хто законно перебуває на території України, свободою пересування, вільним вибором місця проживання (частина перша статті 33 Основного Закону України)<sup>25</sup>.

Далі КСУ навів аргумент щодо негативних наслідків для конституційних прав від реалізації конкурентного права – права на житло, що по суті є визнанням того, що ці права конкурують:

Гарантовані Конституцією України свобода пересування, вільний вибір місця проживання не можуть бути ефективно реалізовані за умови, якщо законодавче регулювання поведінки особи щодо їх здійснення *допускає настання несприятливих для особи наслідків*, які не можуть бути виправданими з огляду на конституційні цінності<sup>26</sup>.

Далі КСУ конкретизував ці негативні наслідки обмеження свободи пересування та вільного вибору місця проживання для інших конституційних прав:

Зниження внутрішньої мобільності особи в сучасному суспільстві істотно ускладнює реалізацію особою низки її інших прав, гарантованих Ос-

<sup>25</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Абрамовича Олексія Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 2 частини другої статті 40 Житлового кодексу України (щодо дискримінації у реалізації права на житло) від 22 червня 2022 р. № 3-39/2021(86/21) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-22#top>> (дата звернення: 14.04.2023).

<sup>26</sup> Там само.

новним Законом України, зокрема прав: брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, на рівне право доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування (стаття 38), на здійснення підприємницької діяльності, яку не заборонено законом (стаття 42), на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку вона вільно обирає або на яку вільно погоджується (стаття 43), на соціальний захист (стаття 46), на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування (стаття 49), на освіту (стаття 53)<sup>27</sup>.

Далі КСУ констатував, що свобода пересування і вільний вибір місця проживання можуть бути обмежені, але не свавільно:

Конституційний Суд України водночас ураховує, що свобода пересування, вільний вибір місця проживання можуть бути обмежені законом, що визначено частиною першою статті 33 Конституції України. Однак таке законодавче регулювання (установлення винятків із цієї свободи) *не може бути свавільним, а навпаки – воно має бути узгоджене з конституційними цінностями та виправдане з огляду на суспільний інтерес*<sup>28</sup>.

Але жодної спроби пояснити, чому прив'язка отримання державного житла до місця проживання особи є свавільною чи спроби витлумачити, який суспільний чи публічний інтерес був у тому, щоб отримання житла прив'язували до місця проживання особи, суд не здійснив. Натомість після цього він просто констатував, що таке обмеження позбавлене легітимної мети та не є виправданим:

Конституційний Суд України зазначає, що обмеження конституційної свободи пересування, вільного вибору місця проживання, яке міститься в пункті 2 частини другої статті 40 Кодексу, позбавлене легітимної мети та не є виправданим<sup>29</sup>.

Зрештою, КСУ дійшов висновку (повторив тезу), що п. 2 ч. 2 ст. 40 Кодексу не узгоджується з ч. 1 ст. 33 Основного Закону України.

У наведеній аргументувальній конструкції замість зважування конкурентних прав (свободи пересування та вільний вибір місця проживання з правом на отримання державного житла) КСУ, визнаючи негативні наслідки для конституційних прав, стверджує про відсутність легітимної

<sup>27</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Абрамовича Олексія Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 2 частини другої статті 40 Житлового кодексу України (щодо дискримінації у реалізації права на житло) від 22 червня 2022 р. № 3-39/2021(86/21) (н 25).

<sup>28</sup> Там само.

<sup>29</sup> Там само.

мети та суспільного інтересу в їхньому обмеженні, одночасно покликаючи на абстрактні конституційні цінності, які б мали виправдати такі негативні наслідки. Хоча, мабуть, певний суспільний інтерес у тому, щоб територіальна громада надавала державне житло тим, хто проживає саме в ній, а не в іншій, все ж можна простежити. Інше питання, чи він виправдовує обмеження конкурентних прав. Крім того, не було проаналізовано ні абстрактної, ні конкретної ваги конкурентних прав, ні того, чи можна було задовольнити право на житло менш шкідливими для інших конституційних прав засобами, ні те, чи незадоволення права на житло переважає над задоволенням свободи пересування і вільного вибору місця проживання, і навпаки. Тобто зважування як таке так і не відбулося, бо не було знайдено аспектів для порівняння цих прав та віддання переваги певному за певним алгоритмом.

Як здійснюють зважування та балансування прав людини? Відповідь на це питання є неоднозначною в доктрині та в юридичній практиці. Розглянемо деякі позиції.

Зважування і балансування принципів права здійснюють іншими засобами, ніж субсумпційне обґрунтування. Р. Алексі запропонував два закони балансування. Перший він вважає основоположним і називає сутнісним законом балансування (*Substantial Law of Balancing*) та сформулював так:

1. Чим більший ступінь незадоволення чи негативних наслідків для одного права людини чи принципу права, тим більшою має бути важливість задоволення іншого.

Цей закон конкретизований трьома стадіями обґрунтування:

- 1) встановлення важливості (абстрактної ваги) конкурентного права чи принципу порівняно з іншим;
- 2) встановлення важливості застосування певного права чи принципу, про який ідеться, порівняно з іншим; їхня домірність може бути легкою, середньою й сильною;
- 3) чи важливість задоволення другого принципу виправдовує незадоволення першого.

Раціональність балансування у контексті правового обґрунтування залежить від обґрунтування судових рішень про ступінь втручання, ступінь важливості та зв'язку між цими рішеннями<sup>30</sup>.

Другий закон балансування Р. Алексі назвав епістемічним законом балансування (*Epistemic Law of Balancing*), бо він стосується надійності емпіричних презумпцій [засновків для першого закону балансування – Т. Д.] і сформулював так: '2. Чим важчим є втручання у конституційне право, тим більшою має бути певність засновків (підстав) для такого

<sup>30</sup> Alexy (n 22) 436.



втручання<sup>31</sup>. Водночас він наголосив, що зважування і балансування, як і субсумпція, розпочинається з засновків, які самі собою не є результатом зважування і балансування<sup>32</sup>.

Р. Алексі наводить приклад застосування закону балансування у практиці Федерального конституційного суду Німеччини у справі про конфлікт між правом на вільний розвиток своєї особистості (ч. 1 ст. 2 Конституції ФРН<sup>33</sup>) у зв'язку з гідністю людини (ч. 1 ст. 1 Конституції ФРН) та правом на свободу вираження (ч. 1 ст. 5 Конституції ФРН) через трансляцію документального фільму про особу, притягнуту до кримінальної відповідальності, що могло поставити під загрозу її ресоціалізацію [мати негативні наслідки саме для прав особи. – Т. Д.]:

Зважування має враховувати інтенсивність втручання в особисту сферу спричинене такою програмою [документальним фільмом. – Т. Д.], з одного боку <...>; з іншого боку необхідно оцінити інтерес, який може задовольнити така програма; треба вирішити, чи цей інтерес також можна задовольнити без або з менш різким втручанням у захист особистості<sup>34</sup>.

З огляду на результати зважування інтенсивності втручання у право на розвиток особистості, інтересу, який задовольняє свобода вираження поглядів у цій справі та можливості його задоволення менш різким втручанням у право особи, суд дійшов висновку, що перевагу має право на розвиток особистості. Суд порівнював саме конкурентні права за певним алгоритмом – послідовністю критеріїв порівнювання.

Звернемо увагу на той факт, що в законах балансування Р. Алексі не фігурує виправдальна (легітимна) мета втручання у право людини. Мабуть, це пов'язано з тим, що вона не сформульована щодо всіх прав людини або її доцільно встановлювати не в усіх випадках зважування, особливо якщо встановлюють наслідки втручання у право. Водночас у Р. Алексі зважування і балансування саме прав людини пов'язане зі 1) зважуванням інтересів, які стоять за такими правами, саме у конкретній справі, 2) ступенем інтенсивності втручання у права людини та 3) можливості задовольнити інтерес, якому віддана перевага, менш шкідливими для іншого інтересу засобами.

“Тест балансування” запропонувала й іспанська дослідниця Г. Марцілла. Він слугує для вирішування конфліктів між конституційними принципами. Адже, як вона слушно зазначає, конституційні принципи, які виглядають сумісними на абстрактному рівні, можуть вступати

<sup>31</sup> Alexy (n 22) 446.

<sup>32</sup> Ibid 436.

<sup>33</sup> Basic Law for the Federal Republic of Germany <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gg/englisch\\_gg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html)> (accessed: 14.04.2023).

<sup>34</sup> BVerfGE 35, 202 (219).

у колізії в окремих справах, коли слід застосувати декілька таких принципів. Ці принципи можуть надати декілька суперечливих підстав [для ухвалення рішення. – Т. Д.], а правозастосувач не може проігнорувати жодну з них з огляду на те, що йдеться про конституційні підстави. Переважання одного принципу над іншим можна встановити лише з огляду на обставини конкретної справи. Крім того, Г. Марцілла наголосила, що принципи можуть гармоніювати або перебувати у конфлікті. Балансування означає пошук найкращого рішення, коли суперечливі підстави обґрунтування з однаковою вагою конкурують<sup>35</sup>.

Метою балансування, як зазначає Г. Марцілла, є встановлення зв'язку переважання між релевантними принципами, обумовлене конкретною справою. Вважаємо, що це є нічим іншим як пошуком пропорційності чи справедливості.

Г. Марцілла зазначає, що балансування вирішує це за допомогою чотириступеневого тесту, який пропонує<sup>36</sup>.

На першій стадії, на її думку, встановлюють *конституційно легітимну мету*, яка надає підстави для ігнорування чи обмеження одного з декількох принципів, про які йдеться. На цій стадії відкидають будь-яке втручання у конституційні принципи, яке не підтримують легітимні конституційні принципи, тобто відкидають такі заходи чи таке втручання, які мають на меті незаконні чи соціально нерелевантні цілі. Як було зазначено, якщо такі цілі не зафіксовані у позитивному праві, то їх приписує правозастосувач як іманентні для правової системи у процесі обґрунтування, користуючись своїм розсудом.

На другій стадії, на думку Г. Марцілли, необхідно забезпечити, щоб згадане обмеження певного принципу супроводжувалося придатними засобами для задоволення іншого конституційного принципу, про який ідеться. Ця стадія потребує емпіричних перевірок, які підпадають під закони ймовірностей, і тут виключають ті втручання, які є безперспективними. На нашу думку, тут залишається незрозумілим, що авторка має на увазі під “придатними засобами для задоволення іншого конституційного принципу”? Це засоби, що передбачені в позитивному праві або ж не заборонені у правовій системі? Водночас незрозуміло, чи йдеться про конституційні принципи, які належать одному чи різним суб'єктам? Тут, як і на попередній стадії пропонованого чотириступеневого тесту, є широке поле розсуду для аргументувача.

По-третє, вважає Г. Марцілла, потрібно перевірити, що *саме це обмеження принципу є необхідним* у тому сенсі, що нема інших більш “легких” чи нешкідливих можливостей для досягнення мети. На цій стадії аналізують, чи ціль можна досягти або виконати через різні дії чи заходи

<sup>35</sup> Marcilla (n 9) 99–100.

<sup>36</sup> Ibid.

таким чином, щоб вони призвели до ідентичних чи подібних результатів із найменшою шкодою для основоположних прав, що пов'язані з ними.

По-четверте, необхідно, щоб обмеження принципу можна було вважати *пропорційним у вузькому сенсі*, тобто: після зважування засобів і переваг, надають пріоритетності одному з принципів на шкоду іншому чи іншим. Інакше кажучи, забезпечивши, щоб захід, який завдає шкоди одному з принципів, переслідував легітимну мету, він має вважатись адекватним і необхідним. Балансування вимагає ще одного кроку для виключення тих засобів, які, незважаючи на можливі переваги, не становлять пропорційної відповіді на завдану шкоду чи зважаючи на незручності, до яких може призвести їхнє імplementування<sup>37</sup>. Із зазначеного незрозуміло, пропорційність чого встановлюють на цій стадії: конкурентних принципів чи засобів, придатних для задоволення (реалізації) цих принципів?

З одного боку, до аргументувальних кроків тесту балансування, що його пропонує Г. Марцілла, є поставлені вище питання. З другого боку, таке бачення балансування у правозастосуванні, що його запропонувала Г. Марцілла, співзвучне із застосуванням принципу пропорційності у практиці Європейського суду з прав людини. Принаймні запропоновані стадії охоплюють і встановлення легітимної мети, і необхідності, і пропорційності. Проте у Конвенції – принаймні в деяких її статтях – зазначені підстави для втручання у конвенційне право та виправдані (легітимні) цілі для такого втручання. Якщо ж цього не передбачено у формулюванні прав людини, то це стає прерогативою розсуду правозастосувача. При цьому йдеться не про мету закону, що передбачає втручання у право людини, а про мету, що виправдовує втручання у це право людини.

В алгоритмі Г. Марцілли є додаткові кроки, зокрема на другій стадії – перевірка наявності придатних засобів для задоволення іншого конституційного принципу, ніж того, що його хочуть обмежити. Встановлення придатності засобів втручання є важливим аспектом і має входити в тест балансування. Як зазначав С. Погребняк, перевірку розмірності засобів втручання у право людини здійснюється за трьома критеріями: придатність, необхідність і заборона надмірності. Це означає, що непридатні, непотрібні й надмірні заходи заборонені<sup>38</sup>.

Крім того, погодимося з С. Погребняком, що закон, яким запроваджуються певні обмеження, повинен давати змогу визначити мету їх встановлення. Найчастіше мета запровадження певних обмежень виражена в неявній формі. Така практика не є задовільною в умовах верховенства права, оскільки відсутність вказівки на мету акта ускладнює оцінку його обґрунтованості та пропорційності, зменшує суспільну довіру до права.

<sup>37</sup> Marcilla (n 9).

<sup>38</sup> Погребняк (n 16) 301.

У цьому випадку правозастосовний орган вимушений встановлювати мету при тлумаченні закону<sup>39</sup>.

Питанню зважування присвячена увага й Е. Фетеріс. Вона розглядає його не як окремий вимір правового обґрунтування, а ширше. З її погляду, аргументація, що ґрунтується на зважуванні й балансуванні, є спеціальним типом аргументації, у якому зважують різні тлумачення норми права. Таке зважування здійснюють, на думку Е. Фетеріс, на основі певного критерію чи правила вирішування, яке специфікує, чому певному вирішенню або тлумаченню потрібно надати перевагу над іншим з погляду права. Вона вважає, що зважування можна застосувати лише для особливого типу складних справ<sup>40</sup>. Звідси, зважування і балансування принципів права в Е. Фетеріс забезпечує тлумачення права.

Проте Е. Фетеріс не конкретизує, що вважати такими “особливо складними справами” і чим вони відрізняються від просто “складних справ”. На думку Е. Фетеріс, у певних справах виникає необхідність зважувати аргументи, зокрема, коли йдеться про аргументи з принципів права, які застосовують до обставин справи через відсутність норми, чи коли слід зважувати аргументи з наслідків для різних суб’єктів.

На думку Е. Фетеріс, правило вирішування часто залишається прихованим. Проте воно має конкретизувати зважувальні фактори, а також спосіб, у який встановлюють пріоритетність між аргументами. “З’єднувальний” аргумент, що містить реконструйоване правило вирішення, на її думку, є необхідним у юридичному контексті через вимогу можливості його універсалізації, яка означає, що подібні справи слід розглядати у подібний спосіб, і має бути виражений у правилі, висунутому для обґрунтування вибору певної альтернативи<sup>41</sup>.

Е. Фетеріс пропонує базовий прототипний аргументувальний патерн для зважування аргументів у складних справах:

1. Правове рішення: Правові наслідки мають (не мають) настати.		& 1.1'
1.1 Правова кваліфікація фактів X1, X2.		Переформулювання застосовної правової норми R як R': Якщо факти X1, X2, то правові наслідки Y мають (не мають) настати.
1.1'.1a Обґрунтування формулювання R' на основі C1.	1.1'.1b Обґрунтування формулювання R" на основі C2.	1.1'.1a'-1.1'.1b' Правило рішення: специфікація критерію, на підставі якого C2 важить більше ніж C1.
1.1'.1a.1 (...)	1.1'.1b.1 (...)	1.1'.1a'-1.1'.1b'.1 Обґрунтування правила рішення у світлі більш абстрактного принципу

<sup>39</sup> Погребняк (н 16).

<sup>40</sup> Feteris (н 7) 244.

<sup>41</sup> Ibid 246.

У зазначеній схемі, як пояснила Е. Фетеріс, норма права  $R''$  (1.1') виправдана на основі процесу зважування і балансування. Зважування і балансування стосується насамперед аргументів 1.1'.1a та 1.1'.1b. Це два конкурентні аргументи, які є кандидатами на виправдання правила  $R$  (як  $R'$  та  $R''$ ) на основі міркувань  $C1$  (для  $R'$ ) й  $C2$  (для  $R''$ ). Своєю чергою, ці аргументи мають бути надалі виправдані. Міркування  $C1$  та  $C2$  сформульовано у термінах кваліфікації, яка ґрунтується на застосуванні певних критеріїв зважування. Таке застосування певних критеріїв має бути далі виправдане посиланням на спосіб, у який застосовують ці кваліфікації. Рішення сформулювати застосовне правило як  $R''$  має перевагу для його обрання з-поміж інших варіантів, тому правило вирішення має бути запропоноване як аргумент-зв'язка (1.1'.1a–1.1'.1b'), який виправдовує вибір. Правило вирішення (1.1'.1a–1.1'.1b') є специфікацією правила, на підставі якого встановлено, що міркування  $C2$  застосовні до  $R''$  важать більше ніж міркування  $C1$  застосовні до  $R'$ <sup>42</sup>.

Зазначений аргументувальний патерн дає загальне уявлення про те, як працює обґрунтування через зважування аргументів. Цей патерн позначає цілу аргументувальну структуру зважування аргументів, адже містить дві субсумпції. Той факт, що, як правило, рішення має бути обґрунтоване у світлі “більш загального принципу” робить зважування аргументів залежними від певного критерію оцінювання аргументів для їхнього зважування. Зі схеми аргументувального патерну Е. Фетеріс можна простежити, що субсумпція відбувається у межах зважування (перш ніж зважувати певні принципи, права чи інтереси людини мають бути висунувані аргументи з таких принципів, прав чи інтересів людини).

Вважаємо, що таке правило вирішення, чи “з'єднувальний аргумент”, як його назвала Е. Фетеріс, виражений у практиці застосування тесту на пропорційність ЄСПЛ і є сутнісним законом балансування у термінах Р. Алексі. Ідеться про третю стадію (ступінь) триступеневого тесту на пропорційність, кожна з ланок якого, своєю чергою, має свої критерії оцінювання. Саме на третій стадії ЄСПЛ дає відповідь на питання про те, чи втручання у конвенційне право людини було пропорційним до виправдальної (легітимної) мети втручання.

Зважування і балансування прав людини у своїй практиці здійснюють суди. Ідеться як про ЄСПЛ, так і про національні суди, зокрема КСУ та Верховний Суд.

Простежимо це на прикладі рішення Великої Палати Верховного Суду у справі від 20 січня 2021 р. № 800/162/14 (пункти 20–23). У цьому рішенні застосовано алгоритм оцінювання ЄСПЛ для встановлення наявності чи відсутності порушення права на повагу до приватного життя позивачки:

<sup>42</sup> Feteris (n 7) 245.

Згідно зі статтею 8 Конвенції кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або захисту прав і свобод інших осіб.

Велика Палата з урахуванням наведених вище обставин вважає, що втручання у право позивачки на повагу до її приватного життя було, але немає жодних підстав стверджувати про порушення такого права у світлі пункту 2 статті 8 Конвенції. Згідно з практикою ЄСПЛ для того, щоб втручання не суперечило статті 8 Конвенції, воно має здійснюватися відповідно до закону, переслідувати легітимну мету та бути необхідним у демократичному суспільстві для досягнення цієї мети<sup>43</sup>.

Далі Велика Палата аналізує обставини справи крізь призму зазначених критеріїв і доходить висновку про відсутність порушення права на повагу до приватного життя позивачки. Водночас вирішення пропорційності обмеження права на повагу до приватного життя Велика Палата сформулювала так:

Якщо врахувати важливість суспільних інтересів, що захищалися у відповідний історичний період, мету захисту національної безпеки, конституційного ладу, необхідність гарантування прав і свобод людини на всій території України та зіставити їх із приватними інтересами позивачки, то не вбачається, що звільнення позивачки з посади судді КСУ було непропорційним і не виправданим у демократичному суспільстві. З урахуванням наведеного, оцінюючи пропорційність заходів, застосованих у справі стосовно позивачки, відносно досягнення їх мети, спрямованої на правову охорону та захист Конституції України, не можна не визнати, що пропорційність втручання була витримана, а саме втручання не дозволяє визнати його порушенням права на повагу до приватного життя<sup>44</sup>.

У такий спосіб Велика Палата, покроково виконуючи алгоритм ЄСПЛ, обґрунтувала, чому втручання у право було пропорційним: сформулювала аргумент від супротивного (“не можна не визнати”) та послалася на переважання обставин, які виправдовують втручання, над інтересами заявниці. Тому тут правило вирішення не можна вважати цілком експлікованим, хоча з'єднувальний аргумент є.

<sup>43</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі від 20 січня 2021 р. № 800/162/14 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/96406949>> (дата звернення: 14.04.2023).

<sup>44</sup> Там само.

Децо інший алгоритм вирішення у справах, де ЄСПЛ вирішує, чи держава виконала позитивні обов'язки щодо захисту конвенційного права, і чи не вийшла за межі наданої їй свободи розсуду, обмеживши таке право. Він не потребує встановлення легітимної мети втручання у право, але враховує мету того закону, який передбачав втручання у право заявниці. Наприклад, у п. 90 рішення Великої Палати у справі “*Evans v. the United Kingdom*” у справі від 10 квітня 2007 р. № 6339/05 Велика Палата приєдналася до аргументу палати, що викладений у п. 60 цього ж рішення, щодо зважування інтересів заявниці та іншої особи (за якими стоять інтереси суспільства в цілому, як це визнала Велика Палата у п. 74 рішення):

Існують серйозні міркування державної політики, які є в основі рішення законодавця підтримати чітко сформульовану норму, яка мала за мету як створити юридичну визначеність, так і сприяти довірі в суспільстві до законодавчого регулювання у такій делікатній сфері [як процедура екстракорпорального запліднення]. Отже, як і національні суди, палата Європейського суду не вважає, що відсутність можливості діяти [проводити екстракорпоральне запліднення] всупереч відкритій згоді навіть у винятковій ситуації заявниці, порушує справедливий баланс інтересів, що його вимагає ст. 8 Конвенції, чи виходить за межі широкої свободи розсуду, що надана державі у цьому питанні<sup>45</sup>.

У цьому аргументі правило зважування також не експліковане належним чином. Засновком для висновку про дотримання справедливого балансу інтересів заявниці та її колишнього партнера є “міркування державної політики, які чітко юридично визначили мету норми і викликали довіру суспільства”. А чому це так, чому міркування державної політики та юридична визначеність, переважають над правом жінки народити генетично споріднену дитину, залишилося прихованим. Але обґрунтування вибудовано навколо такого поняття-принципу як “справедливий баланс інтересів” (*fair balance*). Цей аргумент, по суті, є сумішшю телеологічного й політичного аргументів, утворено в результаті зважування інтересів з метою пошуку пропорційності або справедливого балансу інтересів різних осіб.

Висновки. Наведення аргументів набуває специфічних форм у правовій аргументації, зокрема правозастосовчій. Способами аргументування можна вважати субсумпційне аргументування (через юридичну кваліфікацію фактів) й аргументування через зважування і балансування.

У доктрині немає чіткого бачення предмета зважування й балансування. Таким предметом вважають як принципи права, до яких можна

<sup>45</sup> *Evans v. the United Kingdom*. App 6339/05. 10.04.2007 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046>> (accessed: 14.04.2023).

прирівняти права людини (Р. Дворкін, Р. Алексі, Е. Фетеріс), так і аргументи (Н. Маккормік і Р. Саммерс). У наведених баченнях предмету зважування і балансування не вбачаємо суперечності: принципи права та права людини якраз і можуть виконувати функції аргументів. Хоча зважування будь-яких аргументів – це не те саме, що зважування принципів права чи прав людини.

Норми, що закріплюють права людини, функціонують як принципи права, оскільки закріплюють стандарти таких прав, сформульовані у гранично загальних термінах. Це уподібнює їх до принципів права у розрізі особливостей їхнього зважування. У будь-якому разі, і за принципами права, і за правами людина часто стоять інші принципи чи інтереси, до зважування яких, зрештою, доводиться вдаватися, зважуючи принципи права чи права людини.

Застосовуючи зважування і балансування принципів права та прав людини, правозастосувач виявляє певні інтереси чи цінності, інкорпоровані у принципи права або права людини, виявляє та може порівняти наслідки від задоволення одного конкурентного права людини чи принципу права і незадоволення іншого. Проте ці всі критерії порівнювання не можуть бути еkleктично змішані. Зважувати слід порівнювані складники, що наповнюють принцип права чи право людини, а саме: інтереси, інкорпоровані до кожного з конкурентних прав людини; цінності, інкорпоровані до кожного з конкурентних принципів права; наслідки, до яких призведе надання переваги тому чи іншому з конкурентних принципів права чи прав людини. В іншому разі таке зважування стає некоректним.

Щодо того, за яким алгоритмом можна здійснювати зважування і балансування прав людини та принципів права, також є різні підходи. Р. Алексі та Е. Фетеріс будують алгоритм зважування і балансування більш загально, а Г. Марцілла пропонує тест балансування, який ґрунтується на оцінюванні виправданості втручання у право людини, подібний до того, що його використовує ЄСПЛ. У цих пропозиціях можна вбачати те, що Е. Фетеріс називає правило вирішення (з'єднувальний аргумент). Натомість, автоматично використовувати той алгоритм зважування і балансування конвенційних прав, що його застосовує ЄСПЛ, не завжди підставно. Адже ЄСПЛ застосовує його з огляду на формулювання деяких, але не всіх, конвенційних прав, яке охоплює і законність втручання, і виправдальну (легітимну) мету втручання, і його необхідність у демократичному суспільстві. Тоді як конституційні права можуть не містити встановлених у Конституції меж втручання у конституційні права. Якщо ж таких меж втручання немає, то правилом вирішення може слугувати те, що має за мету пошук справедливого балансу інтересів, як це робить ЄСПЛ. Тоді ж доводиться встановлювати мету закону,



на підставі якого обмежують право людини, виявляти, чиї інтереси захищає таке обмеження і обґрунтовувати яким з конкурентних інтересів віддати перевагу.

У будь-якому разі, зважуючи конкурентні в певній ситуації права людини, суди повинні враховувати формулювання такого права та виробляти власні послідовні та чіткі алгоритми зважування таких прав, які можуть бути універсалізовані у подібних справах.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Dworkin R, *Taking Rights Seriously* (Duckworth 1978) (in English).
2. Feteris E, *Fundamentals of Legal Argumentation. Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions* (2-nd ed, Springer 2017) (in English).
3. MacCormick N, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (Oxford University Press 2010) (in English).
4. MacCormick N, Summers R, *Interpreting statutes. A comparative study* (Dartmouth 1991) (in English).
5. Peszenik A, *On Law and Reason* (Springer Science+Business Media 1989) (in English).

#### *Edited and translated books*

6. Alexy R, *A Theory of Constitutional Rights* (trans J Rivers, Oxford University Press 2002) (in English).
7. Alexy R, *Theory of Legal Argumentation: the Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (trans by R Adler, N MacCormic, Clarendon Press 1989) (in English).
8. Hart H, *Poniatiiie prava* (per s angl, Afonisin E, Moiseev S ed, 2007) (in Russian).

#### *Journal articles*

9. Alexy R, 'On balancing and subsumption. A structural comparison' [2003] 16 (4) *Ratio Juris* 448 (in English).
10. Dudash T, 'Analyzing Legal Argumentation: What Theoretical Model is the Most Comprehensive?' [2022] 31 (3) *Studia Iuridica Lublinensia* 85 (in English).
11. Marcilla G, 'Balancing as a guide to legislative reasoning' [2010] IV (1) *Legisprudence* 93 (in English).
12. Wisdom J, 'The Descriptive Interpretation of Science' (1944) 56 *Proceedings of the Aristotelian society* 157 (in English).
13. Berzaniuk Y, 'Pryntsyp proporsyynosti u praktytsi Yevropeiskogo sudu z prav liudyny' [2021] 6 (18) *Ekspert: paradygmy yurydychnykh nauk i derzhavnogo upravlinnia* 197 (in Ukrainian).
14. Rabinovych P, Rabinovych S, Pankevych O, 'Poshuk verkhovenstva prava yak balansuvannia sotsialnykh interesiv' [2022] 29 (3) *Visnyk Natsionalnoi akademiyi pravovykh nauk Ukrainy* 15 (in Ukrainian).
15. Savenko M, 'Yurydychna argumentatsiya v konstytutsiynomu sudovomu protsesi: metodologichni aspekt' (2012) 129 *Naukovi zapysky NaUKMA: Yurydychni nauky* 15 (in Ukrainian).

Тамара Дудаш

*Conference papers*

16. Pohrebniak S, 'Pryntsyp proporsyynisni v ukrayinskiy yurydychniy praktytsi ta praktytsi ESPL' v Kivalov S (red), *Pravove zabezpechennia efektyvnogo vykonannia rishen i zastosuvanniapraktyky Yavropeiskogo sudu z prav liudyny: zbirnyk naukovykh statei Mizhnarodnoyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi* (2012) (in Ukrainian).

*Theses*

17. Kistianyk V, 'Sudova argumentatsiia: osoblyvosti, porivnialnyi analiz ta vitchyzniana i zarubizhna praktyka' (dys kand yuryd nauk, 2021) (in Ukrainian).

Tamara Dudash

WEIGHTING AND BALANCING OF HUMAN RIGHTS  
AS A METHOD OF LEGAL REASONING

**ABSTRACT.** Since human rights are articulated as standards, they cannot be applied through legal qualification of facts. To justify the application of human rights standards, weighting and balancing of competing interests inherent in human rights is necessary. In the legal doctrine weighing and balancing is considered as a method of legal reasoning that differs from and is additional to the legal qualification of facts (the so-called subsumption). Since research of weighing and balancing of human rights as a method of legal reasoning has not been provided yet in Ukrainian legal theory, the purpose of this article is to fill this gap.

The author concluded that there is no a clear vision of the subject-matter of weighing and balancing in the legal doctrine. Both legal principles and human rights as well as arguments are reasonably considered to the subject-matter of weighing and balancing. Human rights function as legal principles in terms of their application. Comparable features inherent in the legal principle or human right should be weighted, namely: the interests incorporated in each of the competing human rights; values incorporated into each of the competing legal principles; the consequences of giving preference to one or another of the competing legal principles or human rights. Otherwise, such weighing becomes false.

The particular steps and patterns of weighing and balancing of human rights are under consideration. It is stated that Ukrainian courts mainly follow the European Court of Human rights providing balancing test to evaluate whether the inference into a particular human right had basis in law and whether it could be justified by legitimate aim and was necessary in democratic society. However, the weighing and balancing of human rights is not limited to this proportionality test. The author examines doctrinal views of balancing test stages, which can be used to seek a balance of competing interests inherent in human rights.

**KEYWORDS:** human rights; subsumption; weighing and balancing; legal reasoning.