Тамара Дудаш

докторка 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/louu-2025-07-021

УДК 340.12: 341.231.14

АРГУМЕНТОВЧІ АЛГОРИТМИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК СПОСОБИ ПРАВНОГО ВИРІШУВАННЯ

Анотація. Європейські стандарти прав людини у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція, ЄКПЛ) сформульовані дуже загально й не встановлюють чітких правил поведінки. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) не може застосовувати їх у спосіб простого кваліфікування фактів справи (субсумування). Для правного вирішування справ про дотримування конвенційних стандартів прав людини цей суд вдається щонайменше до складного субсумування як алгоритму правного вирішування. Якщо ж формулювання стандарту таке, що складного субсумування недостатньо, Суд зважує конкурівні права чи інтереси. Для цього він застосовує аргументовчі алгоритми, які часто називає тестами. Такі тести зазвичай містять критерії та послідовність кроків оцінювати та зважувати певне питання.

Оскільки досліджування особливостей аргументовчих алгоритмів, що забезпечують правне вирішування у практиці Європейського суду з прав людини, ще не ставало предметом загальнотеорійного аналізу в українській правничій доктрині, мета цієї статті полягає в тому, щоб заповнити зазначену прогалину.

За результатами досліджування встановлено, що аргументовчі алгоритми Суду напрацьовані "від справи до справи"; основними аргументовчими алгоритмами є складне субсумування та різні тести зважування; застосовний у конкретній справі чи категорії справ аргументовчий алгоритм залежить насамперед від формульовання конвенційного стандарту права людини та складності справи.

Проаналізовано аргументовчі алгоритми, що їх використовує Суд у своїй практиці для правного вирішування. Встановлено, що найбільш витребуваним в українській правовій системі є тест на пропорційність, що дає змогу вирішувати питання про порушення Конвенції через установлення пропорційності втручання у право, щодо якого у тексті Конвенції встановлені чіткі легітимні цілі втручання (зокрема, статті 8, 9, 10, 11 Конвенції, стаття 1 Першого протоколу до Конвенції). Аргументовчі алгоритми складного субсумування Суд використовує для встановлення наявності порушення тих конвенційних прав, які передбачають низку гарантій, що їх має виконати держава (зокрема, статті 5, 6 Конвенції).

Ключові слова: права людини; складна субсумпція; зважування й балансування; правова аргументація; практика Європейського суду з прав людини.

© Тамара Дудаш, 2025

Європейські стандарти прав людини у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод[1] сформульовані дуже загально й не встановлюють чітких правил поведінки. Європейський суд з прав людини не може застосовувати їх у спосіб простого кваліфікування фактів справи (субсумування). Для правного вирішування справ про дотримування конвенційних стандартів прав людини цей суд вдається щонайменше до складного субсумування як алгоритму правного вирішування. Якщо ж формульовання стандарту таке, що складного субсумування недостатньо, Суд зважує конкурівні права чи інтереси. Для цього він застосовує аргументовчі алгоритми, які часто називає тестами. Такі тести зазвичай містять критерії й послідовність кроків оцінювати та зважувати певне питання. Вплив же практики Європейського суду з прав людини на правничу систему України значний. Дедалі більшої ваги набувають аргументовчі алгоритми ЄСПЛ, бо їх запозичують національні суди. Тому такі аргументовчі алгоритми потребують критичного осмислювання.

Правове аргументування та його способи досліджували, зокрема: Н. Мак-Кормік[2], Р. Алексі[3], Ю. Габермас[4], М. Павчнік[5] та авторка цієї статті[6]. Аргументування ЄСПЛ ставало предметом аналізу в різних ракурсах, зокрема, у працях С. Гріра[7], Б. Чали[8], А. Нусбергер[9], Г. Юдківської[10], Я. Ґерардз та Г. Сенден[11]. Оскільки досліджування особливостей аргументовчих алгоритмів, що забезпечують правне вирішування у практиці Європейського суду з прав людини, ще не ставало предметом загальнотеорійного аналізу в українській правничій доктрині, мета цієї статті полягає у тому, щоб заповнити зазначену прогалину.

---

[1] 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> (дата звернення 27.07.2025).

[2] N MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (Oxford University Press 2010).

[3] R Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (trans. J. Rivers, Oxford University Press 2002).

[4] J Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (trans. W. Rehg) (Cambridge 1996).

[5] M Pavčnik, 'Legal Decisionmaking as a Responsible Intellectual Activity: A Continental Point of View' [1997] 72 Washington Law Review 481–504.

[6] Т Дудаш, 'Правова аргументація: загальнотеоретична характеристика' (дис д-ра юрид наук 2024).

[7] S Greer, '"Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate' [2004] 63(2) The Cambridge Law Journal 412–434.

[8] B Çalı, 'Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)' in Hélène Ruiz Fabri (ed), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (OUP 2020) <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3426.013.3426/law-mpeipro-e3426> (accessed 11.06.2025).

[9] A Nußberger, 'Hard Law or Soft Law – Does It Matter? Distinction Between Different Sources of International Law in the Jurisprudence of the ECtHR', in Anne van Aaken, Iulia Motoc (eds), *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press 2018) 48–52.

[10] Г Юдківська, '"Правило чіткої лінії" в справі Еванс проти Сполученого Королівства – новий підхід Європейського суду з прав людини до зважування конфліктних інтересів' [2007] 4 Судова апеляція 125–135.

[11] J Gerards, H Senden, 'The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights' [2009] 7(4) International Journal of Constitutional Law 628–629.

1. Чому правне[12] вирішування?

У західній правничій традиції можна вважати усталеним розуміння правного вирішування *(legal decision-making)* не як механічного правозастосовування, а значно ширше[13].

Знаним дослідником цього явища у теорійному й філософійному ракурсах є словенський дослідник М. Павчнік. Як доводилось зазначати[14], він виокремив три підходи до розуміння правного вирішування: 1) як класичного правозастосовування; 2) як прояву ступеневості права та 3) як нормативної конкретизації закону.

1.1. Правне вирішування як класичне правозастосовування

Згідно з першим підходом правозастосовування завжди слідує за законом і є механічною дією, що відтворює закон у конкретних суспільних відносинах[15]. "Відправними точками" цього підходу є такі. Рішення вже ухвалив законодавець, а правозастосовувач має лише знайти заздалегідь дане рішення. Присуд є повторювання норми права для конкретних випадків. Абстрактну формулу норми права наповнюють конкретні особи і дії, визначені часом, місцем і предметом. Присуд є новим опублікуванням норми права в конкретній формі[16].

Ядром правозастосовування вважають так звану субсумпцію (правну кваліфікацію фактів), яку К. Енгіш свого часу назвав "туди-сюди блуканням погляду". Йдеться про те, що у процесі провозастосовування для фактичного складу норми права суттєвим є те, що має стосунок до конкретних обставин справи, а для обставини справи суттєвим є те, що має стосунок до більшого засновку. "Туди-сюди блукання погляду" уможливлює зіставити передбачений нормою права фактичний склад норми права та обставини справи[17].

Як зауважив М. Павчнік, класичне, чисте "правозастосовування" перебільшує не тільки значення закону, а й життєвих обставин справи, що потребують правного вирішування. Представники цього підходу розглядають закон як сукупність однозначних і закритих моделей (типів) учинення дій, що їх можна переносити в суспільне життя. Життєві обставини справи по-

[12] У цій статті вжито такі прикметники у таких значеннях: "правний" – "ґрунтований на праві і той, що його регулює нормативне право"; "правовий" – "той, що має стосунок до права чи властивий праву"; "правничий" – "стосовний всієї правової царини (правництва) чи правника". Про обґрунтування цих значень див.: Т Дудаш, 'Властива правнича мова як засіб протидіяти російській агресії проти України (під оглядом наукового спадку академіка Петра Рабіновича)' [2024] 10 Право України 103–105.

[13] MacCormick (n 2) 146–147; Pavčnik (n 5) 481–504.

[14] П Рабінович, Т Дудаш, 'Правозастосовче аргументування у судовому процесі (загальнотеоретичні аспекти)' [2022] 29(4) Вісник Національної академії правових наук України 15–36.

[15] Pavčnik (n 5) 488.

[16] M Pavčnik, *Juristisches Verstehen und Entscheiden vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung; ein Beitrag zur Argumentation im Recht* (Springer 1993).

[17] K Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (Heidelberg 1963).

ставлені на той же рівень, що й обставини справи, які немовби чекають на охоплювання "автоматом субсумції"[18].

Проте механічне зіставлення не завжди продуктивне для правного вирішування. Ще одним чинником, що зумовлює обмеженість правозастосовування як правного вирішування, є те, що, як зазначив М. Павчнік, механічне субсумування є ідеологійна тенденція, притаманна всім тоталітарним політичним системам. У них фактичним носієм "креативності" й "істини" є найвищий політичний орган, а правозастосовувач є тільки засіб здійснювати його політичну волю[19].

Із зазначеного випливає, що класичне правозастосовування є "механічний автомат субсумування", що не допускає жодної креативності правозастосовувача.

1.2. Правне вирішування як прояв ступеневості права

Ідея про ступеневість права розвинута у чистій теорії права Г. Кельзена. Теорія про ступеневу будову джерел права ґрунтована на засаді, що нормативне право регулює своє власне породження. Право передбачає, як виникають його складники і як вони повинні пов'язуватись один з одним. Право вищого ступеня (наприклад, норма закону) визначає суб'єктів і провадження, в якому компетентний орган повинен породжувати право нижчого ступеня (наприклад, присуд і договір). Право вищого ступеня окреслює більше чи менше також і зміст, яким зв'язане право нижчого ступеня[20].

На думку Г. Кельзена, вирішальне для правного вирішування те, що мовний сенс норми права не однозначний. Тому правозастосовувач рухається невідворотно всередині мовних рамок, що допускають декілька можливостей застосовувати норму[21]. Чиста теорія права визначає ці рамки, зокрема, через мовне, логічне й системне тлумачення, яке не виходить за межі права як норми. Як правило, цими засобами не можна визначити "правильне", єдине можливе значення норми. Норма є зазвичай тільки рамками значення, які залишають правозастосовувачу ігровий простір оцінювання під час правного вирішування. Значеннєво "відкритий простір" робить правне вирішування творчим усередині допущених правом вищого ступеня рамок[22].

Із зазначеного випливає, що позитивне право створює нормативні рамки, які не є ні цілком визначені, ні невизначені. У межах цих рамок має рухатися правне вирішування. Ступеневість позитивного права у кельзенівському розумінні дає змогу вирішувачу бути творцем правного рішення у конкретній справі, але лише у рамках норми права. "У рамках норми права"

pravoua.com.ua

[18] Pavčnik (n 16) 2.
[19] Ibid. 3–4.
[20] Ibid. 5.
[21] H Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Wien 1960) 348.
[22] Ibid. 240–241, 348–349.

тут означає у межах мовного й системного тлумачення права розуміти й застосовувати право так, як не забороняє норма права.

1.3. Правне вирішування як нормативна конкретизація

Згідно з цим підходом, що його сповідує М. Павчнік, правне вирішування не є ні "голим правозастосовуванням", ні чистим актом волі, який досліджують тільки *ex post facto,* а є відповідальною інтелектуальною діяльністю, у якій переконливо аргументують правне рішення[23]. На його думку, нормативна конкретизація означає, що закон пропонує більш чи менш довільні (зв'язані) рамки. Ні законний фактичний склад, ні обставина справи не є доконечно заздалегідь даними. Заздалегідь даними є правні приписи, як вони викладені в законах (чи інших джерелах права. – *Авт.*). Заздалегідь даною є комплексна життєва обставина справи – предмет правного вирішування. На думку М. Павчніка, правне рішення завжди є результат *оцінювальної синтези.* Воно створює із нормативного підходу законний фактичний склад й утворює на основі фактичної передумови рішення доконечну обставину справи, яка узгоджується із законним фактичним складом[24]. Тобто правне рішення надає форми правно значущому стану фактів, який відповідає нормативному (тому, що його встановлює норма). Відносна креативність рішення залежить від ступеня неоднозначності, який виявлений у нормативних приписах та життєвій ситуації[25].

Крім того, М. Павчнік розглядає правне вирішування як процес, у якому факти справи вступають у діалог із нормами права, і такий діалог набуває форми низки актів оцінювання з боку людини-вирішувача. Остання перебуває в центрі цього процесу як живий діяч, що робить право конкретним[26]. М. Павчнік вважає теорію нормативної конкретизації однією з теорій аргументації: правне рішення полягає ані не в повному застосовуванні закону, ані в свавільній волі застосовувача, а є раціонально виправданим рішенням, з огляду на більшу чи меншу відкритість змісту закону та обставин справи[27]. "Відкритість змісту закону" ще раніше зауважували представники аналітичної традиції у філософії права Г. Гарт і Н. Мак-Кормік через утямки* "відкрита будова права" *(open texture of law)*[28] та "аргументовна природа права" *(arguable nature of law)*[29].

Із зазначеного випливає, що правне вирішування як нормативна конкретизація ґрунтоване на тому, що нормативні рамки, які створює позитивне

[23] Pavčnik (n 16) 9.
[24] Ibid. 8.
[25] Ibid. 490.
[26] Ibid. 483.
[27] Ibid. 490.
* Слово "утямок" є зрепресованим українським відповідником скалькованого з російської мови слова "поняття".
[28] H Hart, *The Concept of Law* (Oxford 1994) 129.
[29] MacCormick (n 2) 12.

право, невизначені. Їх визначає вирішувач через "синтезу цінностей" і належне раціональне обґрунтовування правного рішення. При цьому, на відміну від ступеневого підходу до правного вирішування, вирішувач не обмежений мовним і системним тлумаченням права, щоб розуміти право так, як не забороняє правна норма. Креативність правного рішення залежить від ступеня багатозначності нормативного підходу і комплексної життєвої обставини справи, тобто ступеня неоднозначності норми права і складності фактів.

Підсумовуючи розуміння правного вирішування, констатуємо, що цей термін позначає утямок не про механічне субсумування задля ухвалювання судового рішення. Йдеться про раціональне виправдування рішень, з огляду на більшу чи меншу відкритість змісту джерела права та обставин справи. Саме таке розуміння правного вирішування продуктивне для досліджування аргументовчої практики Європейського суду з прав людини. Адже, застосовуючи Конвенцію, Суд її нормативно конкретизує. Правне вирішування ЄСПЛ – це раціональне виправдування його судових рішень з огляду на більшу чи меншу відкритість норм ЄКПЛ та обставин справи. Водночас обставинами справи для ЄСПЛ слугують як реальні життєві обставини, які, ймовірно, призвели до порушення ЄКПЛ, так і відповідне національне законодавство, міжнародне право та інші джерела твердого й м'якого права для певної ситуації – предмета правного вирішування ЄСПЛ.

2. Що таке аргументовчі алгоритми?

Слово "алгоритм" позначає систему правил, що вказують, у якій послідовності треба виконувати кожне з цих правил, щоб після певної кількості операцій розв'язати будь-яку задачу даного типу[30]; систематичну процедуру, яка за визначену кількість кроків дає відповідь на запитання або розв'язування проблеми[31]. Слово "аргументовчий" має значення "призначений аргументувати"; "той, що аргументує"[32]. З огляду на зазначене термін "аргументовчий алгоритм" ЄСПЛ у цьому досліджуванні позначає систематичну процедуру, що містить певну кількість кроків, які призначені аргументувати правне рішення ЄСПЛ.

Використовування терміна "аргументовчі алгоритми", на нашу думку, виправдане специфікою правного вирішування ЄСПЛ. По-перше, як доводилося зазначати, норми про права людини часто сформульовані дуже загально, як і належить стандартам і не встановлюють чітких правил поведінки[33]; по-друге, Суд бере до уваги як життєві обставини, так і національне

[30] А Анисимов, 'Алгоритм', *Енциклопедія Сучасної України* (І Дзюба, А Жуковський, М Железняк та ін редкол, Інститут енциклопедичних досліджень НАН України 2001) <https://esu.com.ua/article-43598> (дата звернення 23.05.2025).
[31] 'Algorithm', *(Encyclopaedia Britannica)* <https://www.britannica.com/science/algorithm> (accessed 12.05.2025).
[32] 'Додаток № 1 "Терміносистема правової аргументації"', у Т Дудаш (н 6) 542.
[33] Т Дудаш, 'Зважування і балансування прав людини як спосіб правового аргументування' [2023] 6 Право України 34.

законодавство. Це спричиняє специфіку способів правового аргументування, до яких вдається ЄСПЛ. Такі способи передбачають певну послідовність кроків – критеріїв оцінювання чи тестів, які різняться залежно від структури стандарту конвенційного права. Наприклад, критерії оцінювати жорстокість поводження у ст. 3 Конвенції є алгоритмом, що дає змогу встановити, чи реальне поводження з людиною досягає того ступеня жорстокості, що робить його забороненим на підставі ст. 3 Конвенції. Також аргументовчим алгоритмом є складники тесту на пропорційність, до якого Суд удається, вирішуючи справи про порушення статей 8, 9, 10, 11 Конвенції, та інших конвенційних тестів, наприклад тесту на дискримінацію. Адже у них також є послідовність кроків, до яких систематично вдається ЄСПЛ на підставі конвенційних формулювань та власної практики.

2.1. Які є способи правного аргументування?

У наукових розвідках з питань правової аргументації правне кваліфікування (субсумування) фактів, зважування й балансування вважають способами (методами) аргументування, зокрема у працях Р. Алексі[34], Н. МакКорміка[35], А. Печеніка[36].

Субсумпційне аргументування є правне кваліфікування фактів, ґрунтоване на схемі силогізму, коли факти "підводять" під фактичний склад норми права. Засновки субсумпції (норми права чи факти) можуть потребувати додаткового аргументування. Тоді йдеться про складну субсумпцію (у термінах Р. Алексі). Це трапляється тоді, коли застосовна норма права потребує тлумачення або якщо є конкуренція застосовних норм, або додаткового аргументування потребують життєві обставини, щоб набути правної значущості.

До зважування як способу аргументування вдаються через неможливість вирішити справу у спосіб субсумпційного аргументування: коли немає норм, які б можна було застосувати, навіть тих, що перебувають у колізії чи конкуренції або вирішування у спосіб субсумування не задовольняє вирішувача.

Як доводилось зазначати, аргументування способом зважування передбачає зважування принципів права[37]. До принципів права прирівнюють і стандарти прав людини, які часто сформульовані й функціонують як принципи права в силу своєї загальності. За принципами права і за правами людини часто стоять інші принципи, інтереси чи цінності, до зважування яких, зрештою, доводиться вдаватися. Проте зважувати треба порівнювані складники, що наповнюють принцип права чи право людини, а саме: інте-

[34] R Alexy, *Theory of Legal Argumentation: the Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (R Adler, N MacCormic trans, Clarendon Press 1989) 221.
[35] MacCormick (n 2) 180.
[36] A Peszenik, *On Law and Reason* (Springer Science+Business Media 1989) 19, 28.
[37] Дудаш (н 33) 37–38.

реси, інкорпоровані до кожного з конкурівних прав людини; цінності, інкорпоровані до кожного з конкурівних принципів права; наслідки, до яких призведе надавання переваги тому чи іншому з конкурівних принципів права чи прав людини. В іншому разі таке зважування стає логічно хибним.

Деякі дослідники підважують зважування як спосіб аргументування. З погляду Б. Чали, аргументація фундаментальних прав повинна зосереджуватися на тому, чому право варте захисту, а не на тому, як воно співвіднесене з іншими інтересами за конкретних обставин[38]. Найгостріше теорійні проблеми балансування бачить Ю. Габермас. На його думку, до таких проблем належать: 1) балансування зводить усі дебати про зв'язок між правами або між правами та досягненням колективних цілей до політичних аргументів; 2) це позбавляє конституційні права їхнього "суворого пріоритету" над іншими міркуваннями; 3) оскільки не існує раціонального стандарту, за допомогою якого судді могли б узгодити конкурівні політичні цілі, судові рішення, засновані на балансуванні, ірраціональні; 4) балансування виводить судовий розгляд за межі врегульованої правними нормами поведінки у сферу неврегульованого суддівського розсуду; 5) результати судового розгляду, що залежать від балансування, не можуть бути виправдані як правильні чи неправильні, а лише як доречні або адекватні в тому чи іншому ступені[39].

Р. Алексі, з іншого боку, стверджує, що оцінювання при вирішуванні конфліктів між правами, а також між правами і колективними інтересами неминуче, і що балансування, правильно зрозуміле й застосоване, є раціональним і легітимним і не обов'язково призводить до наслідків, яких побоюється Ю. Габермас. Оскільки права людини, як було зазначено, мають характер принципів, а принципи, по суті, є "вимогами оптимізації", це означає, що цілі, які вони закріплюють, повинні бути зреалізовані щонайбільше з огляду на фактичні та правні обмеження. На думку Р. Алексі, тоді як оптимізація будь-якого конституційного принципу передбачає його повну імплементацію, коли жоден інший протилежний принцип не тягне в іншому напрямі, конфлікти між принципами можуть бути раціонально вирішені лише шляхом врівноважування один проти одного відповідно до "принципу пропорційності". Останній наповнюють три підпринципи: "доречності" (придатності засобів реалізувати конкурівні принципи), "доконечності" (обрання того засобу, який найменше шкодить конкурівним принципам) та "пропорційності у вузькому розумінні"[40].

З погляду С. Гріра, теорія Р. Алексі застосовна до рішень ЄСПЛ. Йдеться про тест ЄСПЛ на пропорційність. У більшості справ, які доходять до ЄСПЛ, на принципи придатності засобу та доконечності обрання найменш обмежувального засобу вже буде ця позитивна відповідь на національному

[38] Çalı (n 8).
[39] Habermas (n 4) 256–259.
[40] Alexy (n 3) 44–110, 388–425; див. докладніше: Дудаш (н 33) 40–41.

pravoua.com.ua

рівні, і тому акуратний тристоронній тест Р. Алексі зведеться до єдиного "балансівного питання": чи може М1 (засіб. – *Авт.*) фактично реалізувати П1 (принцип 1. – *Авт.*), порушуючи при цьому П2 (принцип 2. – *Авт.*) лише до мінімально допустимого рівня, зважаючи на ширші міркування?[41]

3. Аргументовчі алгоритми ЄСПЛ

3.1. Які чинники впливають на вибір аргументовчих алгоритмів ЄСПЛ?

По-перше, як було зазначено, аргументовчий алгоритм залежить від того, про яке конвенційне право йдеться і як воно сформульоване у ЄКПЛ. Має значення насамперед *абсолютний чи відносний характер права та структура конвенційного стандарту певного права,* у яке відбулося втручання. Якщо втручання відбулося у абсолютне право, то сам факт втручання становить порушення конвенційного права[42]. Відповідно для оцінювання наявності втручання зазвичай достатньо вдатися до правного кваліфікування ситуації. Б. Чали також звертав увагу на те, що абсолютні права не потребують зважування[43]. На його думку, ЄСПЛ також визнав, що права, закріплені в Конвенції, за певних обставин можуть мати абсолютний або майже абсолютний пріоритет над суперечливими міркуваннями. Щодо інших конвенційних прав Суд або неоднозначно ставиться до важливості зважування для правного вирішування, або чітко визнав, що зважування є центральним елементом його аргументації[44].

Як про абсолютні йдеться про права, передбачені, наприклад, у статтях 3, 7 Конвенції та ті, що містяться у протоколах до Конвенції (зокрема, статті 1, 4 Протоколу № 4 до Конвенції). Так, для оцінювання того, чи до особи було застосоване жорстоке поводження, заборонене у ст. 3 Конвенції, Суд перевіряє встановлені у справі факти щодо відповідності пороговим чи іншим критеріям жорстокого поводження. Як було зазначено, в такому разі суд вдається до субсумування.

По-друге, на вибір аргументовчого алгоритму для правного вирішування впливає те, *чи справа стосовна до позитивного чи негативного обов'язку держави.* Якщо справа стосовна до позитивного обов'язку держави, то її вирішування потребує відповідей на питання про те, чи держава дотрималась позитивних матеріальних чи процесуальних обов'язків, що випливають з певної статті ЄКПЛ. Тобто найчастіше йтиметься про аргументовчий алгоритм субсумування (кваліфікування). (Виняток становить хіба позитивний обов'язок держави збалансувати конвенційні права, якщо його визнає Суд у певній ситуації. Такий позитивний обов'язок потребує алгоритму зважування). Алгоритм субсумування придатний також для вирішування справи

[41] Greer (n 7) 433.
[42] Gerards, Senden (n 11) 619.
[43] Çalı (n 8).
[44] Ibid.

щодо тієї статті Конвенції, що містить низку гарантій прав, які має забезпечити держава (як-от статті 5, 6 Конвенції). Натомість, якщо справа стосовна до негативного обов'язку держави та її вирішування пов'язане з тим, чи держава не перевищила допустимі межі втручання у право, то правне вирішування потребує алгоритму зважування. Проявом алгоритму зважування у практиці ЄСПЛ є тест на пропорційність, що його Суд застосовує для встановлення порушень статей 8–11 Конвенції, у дещо спрощеному вигляді статті 1 Першого протоколу до Конвенції та ст. 2 Протоколу № 4 до Конвенції. Також проявом зважування є тест на дискримінацію.

По-третє, на вибір аргументовчого алгоритму впливає *правна природа практики ЄСПЛ*. З огляду на доволі загальний характер формулювань конвенційних прав, Суд провадить правне вирішування на основі принципу прецедентності своїх попередніх рішень у подібних справах, тобто на основі принципу "від справи до справи". Саме з попередніх подібних справ Суд бере правила вирішування для наступних справ. Ба більше, ці правила він часто називає у своїх судових рішеннях "загальні принципи". Тож в основу як аргументовчих алгоритмів субсумування, так і зважування покладено аргументи з принципів права. При цьому Суд може відступати від правил вирішування у разі певної відмінності у справах. Для цього у Конвенції навіть передбачена спеціальна процедура передати справу на розгляд Великої палати Суду. Також Суд може застосовувати свої принципи з попередніх справ до наступних подібних справ *mutatis mutandis* (з відповідними змінами).

По-четверте, на правне вирішування ЄСПЛ впливає те, чи *Суд надає праву вузького чи широкого обсягу*. На це звернули увагу з посиланням на праці конституціоналістів Я. Ґерардз та Г. Сенден[45]. Якщо право має вузький обсяг, для правного вирішування достатньо алгоритму субсумування, тоді як широкий обсяг права часто потребує зважування. Наприклад, якби "мова ненависті" була під захистом ст. 10 Конвенції, то Суду доводилося б зважувати право на мову ненависті з публічними інтересами чи правами або інтересами інших осіб. Тоді як, оскільки вона не входить до обсягу свободи вираження, йому достатньо кваліфікувати певне висловлювання як мову ненависті.

З зазначеного випливає, що чинниками, які зумовлюють аргументовчий алгоритм, до якого вдається ЄСПЛ, є: абсолютний чи відносний характер конвенційного права, про заявлене порушення якого йдеться у справі, а також структура відповідного конвенційного стандарту права; чи справа стосовна до позитивного чи негативного обов'язку держави; прецедентний характер практики ЄСПЛ, що зумовлює джерела пошуку правил вирішування; обсяг конвенційного права, що його визнає Суд.

[45] Gerards, H Senden (n 11) 626–627.

pravoua.com.ua

3.2. Правне вирішування ЄСПЛ за алгоритмом субсумування (кваліфікування)

До алгоритму субсумування Суду доводиться вдаватися часто. По-перше, якщо справа стосовна до заявленого порушення абсолютного права, права, яке не має встановлених у ЄКПЛ обмежень, або ж права, що супроводжене низкою чітких гарантій, то для правного вирішування такої справи часто єдиним аргументовчим алгоритмом є субсумування. Наприклад, у справі *"Nevmerzhitsky v. Ukraine"*[46] (рішення від 05.04.2005, заява № 54825/00) Суд встановив, що до заявника було застосоване таке заборонене поводження, як катування з огляду на спосіб, у який заявника годували, використання кайданків, роторозширювача, ґумової трубки, застосовування сили у разі опору (п. 98–99). А це і є субсумуванням (кваліфікуванням).

ЄСПЛ доволі послідовно підходить до вибору алгоритму для правного вирішування щодо абсолютних прав.

По-друге, як було зазначено, Суд вдається до алгоритму субсумування, вирішуючи справу, *стосовну до позитивних обов'язків держави або до статті, що передбачає низку гарантій права (наприклад, статті 5 і 6 Конвенції)*. Зокрема, у справі *"Vyacheslavova and others v. Ukraine"*[47] (рішення від 13.03.2025, заява № 39553/16) щодо подій в Одесі 02.05.2015, визнаючи, що Україна не виконала жодного з позитивних обов'язків, що випливають зі ст. 2 Конвенції, Суд з огляду на обставини справи щодо заявників відповідав на питання, чи виконано відповідні позитивні обов'язки. Це потребувало оцінювання, але не потребувало зважування.

По-третє, субсумування може слугувати початковим кроком у правному вирішуванні щодо тих конвенційних прав, які потребують алгоритму зважування. Так, у справі *"Schalk and Kopf v. Austria"*[48] (заява № 30141/04, рішення від 24.06.2010), перш аніж вирішити, чи було порушено ст. 14 у зв'язку зі ст. 8 щодо заявників, Суду довелося встановити, під який саме аспект ст. 8 підпадає ситуація одностатевих заявників, яким Австрія не надавала можливості укласти шлюб: приватне чи сімейне життя? У п. 94 рішення Суд, з посиланням на еволюцію суспільства, кваліфікував партнерські стосунки заявників як сімейне життя. Віднесення до певної категорії – приватного чи сімейного життя – є нічим іншим, як правним кваліфікуванням (субсумуванням).

По-четверте, субсумування можна простежити в перших двох кроках тесту на пропорційність, що його застосовує ЄСПЛ, вирішуючи справи щодо статей 8–11 Конвенції та деяких інших, згаданих вище. Відповідь на питан-

[46] Nevmerzhitsky v. Ukraine. App no 54825/00. European Court of Human Rights Judgment. 5 April 2005 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68715> (accessed 12.05.2025).
[47] Vyacheslavova and others v. Ukraine. Apps nos. 39553/16 and others. European Court of Human Rights Judgment. 13 March 2025 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-242505> (accessed 12.05.2025).
[48] Schalk and Kopf v. Austria. App no 30141/04. European Court of Human Rights Judgment. 24 June 2010 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99605> (accessed 12.05.2025).

ня про те, чи втручання у конвенційне право передбачав національний закон, що мав відповідати певним вимогам, потребує кваліфікування такого закону. Це ж стосовне до легітимної мети втручання у конвенційне право: Суд кваліфікує, чи мета, про яку заявляє Уряд, відповідає одній з тих, що перелічені у відповідній частині певної статті Конвенції.

Продовжуючи розмірковувати про третю ситуацію, коли Суд вдається до субсумування, звернемо увагу на розмежовування двох стадій правного вирішування ЄСПЛ, що їх виокремили Я. Ґерардз і Г. Сенден. На їхню думку, першою стадією вирішування ЄСПЛ завжди має бути дефінітивна, а другою – виправдувальна. Дефінітивна стадія пов'язана з визначенням обсягу права чи уточнюванням певних понять, що містяться у конвенційному стандарті, а виправдувальна – з оцінюванням виправданості чи невиправданості втручання у конвенційне право[49]. На їхню думку, з теорійних міркувань бажано, щоб ЄСПЛ намагався ретельно розмежовувати визначення обсягу прав і вирішування виправданості втручання в ці права[50].

По-п'яте, алгоритм субсумування у практиці ЄСПЛ – це складне субсумування. З огляду на особливості формульо́вання конвенційних прав Суду доводиться вдаватися до складного субсумування, коли твердження про факти чи право потребують доповня́ння додатковими аргументами. Може йтися як про правотлумачні аргументи, так і про аргументи щодо фактів. Наприклад, у згаданій справі Невмержицького вирішальну роль відіграли аргументи щодо фактів. Поводження із заявником мало ознаки катування через твердження про факти насильства, якому піддавали заявника. Саме вони наповнили малий засновок субсумпції, тоді як у великому засновку залишилося абсолютне конвенційне право та розуміння катування з попередніх рішень ЄСПЛ.

Про складну субсумпцію йдеться тоді, коли Суд для тлумачення Конвенції вдається до *правотлумачних аргументів, що містять застосовування того чи іншого з класичних способів (методів) тлумачення* (мовного, системного, телеологійного чи генетичного). Як зазначили Я. Ґерардз і Г. Сенден, до таких аргументів найчастіше вдаються для того, щоб усунути певні вимоги зі сфери захисту основоположних прав, не вдаючись до балансування або не посилаючись на конкретні державні інтереси. На їхню думку, можна стверджувати на основі телеологійних аргументів, що мова ненависті в чистому вигляді не має нічого спільного з тими правами, які захищає ЄСПЛ, і не відповідає загальним цілям Конвенції. Якщо такі поняття, як "вираження поглядів" або "приватне життя", визначають з посиланням на текст Конвенції або на її основоположні принципи та керівні цінності, то немає потреби у фактичному балансуванні[51]. Водночас практика ЄСПЛ не завжди йде за ал-

[49] Gerards, Senden (n 11) 628–629.
[50] Ibid. 629.
[51] Ibid. 628.

pravoua.com.ua

горитмом субсумування щодо мови ненависті. Наприклад, у рішенні ЄСПЛ у складі Великої палати у справі *"Jersild v. Denmark"*[52] від 23.09.1994 (заява № 15890/89) Суд розглядав визнання тележурналіста винним і засудження його до штрафу за пособництво у поширюванні расистських висловлювань щодо заявленого порушення ст. 10 Конвенції. Правне вирішування відбувалося за алгоритмом тесту зважування, а у п. 37 рішення він дійшов висновку, що втручання було доконечним у демократичному суспільстві і порушення ст. 10 не було. В ухвалі ж у справі *"Belkacem v. Belgium"* від 27.06.2017 (заява № 34367/14) Суд використав алгоритм субсумування через телеологійний аргумент для правного вирішування:

> 33. У цій справі заявник опублікував на платформі Youtube серію відеороликів, в яких закликає слухачів домінувати над немусульманами, давати їм урок і боротися з ними (пункти 4–7 вище). Суд не має жодних сумнівів щодо сильно ненависницького змісту думок заявника і погоджується з висновком національних судів, що за допомогою своїх записів заявник прагнув розбурхати ненависть, дискримінацію та насильство щодо всіх осіб, які не сповідують іслaму. На думку Суду, *така загальна і різка атака суперечить цінностям толерантності, соціального миру та недискримінації, що лежать в основі Конвенції*[53].

Крім того, за алгоритмом субсумування Суд може вирішувати і справи, які потребують еволюційного (динамічного) способу тлумачення Конвенції і не потребують зважування. Застосовування еволюційного тлумачення може потребувати звернення до аргументів з принципів свободи розсуду держави та наявності загальноєвропейського консенсусу з певного питання. Як відомо, визнанням можливості вдаватися до еволюційного тлумачення у практиці ЄСПЛ стала справа *"Marckx v. Belgium"*[54] (рішення від 13.06.1979, заява № 6833/74). Основне припущення полягало в тому, що поняття, які використані в Конвенції, мали особливе значення в 1950-х роках, коли Конвенцію розробили, але це значення не залишилося незмінним. Як вказала А. Нусбергер, витлумачуючи Конвенцію, Суд мав би дослідити ці зміни, зокрема вдаючись до нормативного матеріалу (нератифікованих міжнародних договорів, порівнювального права та м'якого права). Тому Суд підкреслює динаміку змін і пояснює, що "жива" природа Конвенції 'повинна тлумачитися у світлі сучасних умов', беручи до уваги 'еволюцію норм національного та міжнародного права для тлумачення Конвенції"[55].

Також Суд вдається до складного субсумування *для заповнення прогалин* за допомогою м'якого права. А. Нусбергер звернула увагу на особливості

[52] Jersild v. Denmark. App no 15890/89. European Court of Human Rights Judgment. 23 September 1994 <> (accessed 12.05.2025).
[53] Belkacem c. Belgique. App no 34367/14. European Court of Human Rights Decision. 27.06.2017 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175941> (accessed 12.05.2025).
[54] Marckx v. Belgium. App no 34367/14. European Court of Human Rights Judgment. 13 June 1979 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534> (accessed 12.05.2025).
[55] Nußberger (n 9) 53.

того, як ЄСПЛ використовує м'яке право у своїй практиці для формулювання *ratio decicendi* своїх рішень[56]. Наприклад, Суд заповнює прогалину щодо умов тримання у в'язницях у певній державі для кваліфікування того, чи заявника піддавали нелюдському поводженню, посилаючись на доповіді Комітету з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню[57].

Крім того, за допомогою складного субсумування Суд розв'язує колізії між нормами Конвенції та іншими нормами міжнародного права. Як вказала А. Нусбергер, зіткнення між різними нормативними підходами, таким чином, розв'язують приймаючи їхню паралельність та співіснування. Суд залишає за собою право дати відповідь на конкретну справу, яка несумісна із загальним підходом у міжнародній м'якій юриспруденції[58].

Прикладом розв'язання колізії між ст. 5 Конвенції та нормами міжнародного гуманітарного права через визнання співіснування цих гарантій є справа *"Hassan v. the United Kingdom"* (заява № 29750/09, рішення від 16.09.2014). У п. 104 цього рішення Суд зазначив:

> Суд вважає, що навіть у ситуаціях міжнародного збройного конфлікту гарантії, передбачені Конвенцією, мають застосовність, хоча їх тлумачать на тлі приписів міжнародного гуманітарного права. Через співіснування гарантій, передбачених міжнародним гуманітарним правом і Конвенцією під час збройного конфлікту, підстави для дозволеного позбавлення волі, викладені в підпунктах (a)–(f) цього положення, повинні, наскільки це можливо, узгоджуватися із захопленням військовополонених і затриманням цивільних осіб, які становлять загрозу безпеці, відповідно до Третьої і Четвертої Женевських конвенцій[59].

Саме цитований припис, вважаємо, є додатковим аргументом у субсумувальному застосовуванні ст. 5 Конвенції у цій справі.

Отже, ЄСПЛ вдається до аргументовчого алгоритму субсумування для правного вирішування у таких ситуаціях: якщо справа стосовна до заявленого порушення абсолютного права, права, яке не має встановлених у ЄКПЛ обмежень, або ж права, що супроводжене низкою чітких гарантій; справа стосовна до позитивних обов'язків держави; як до початкового кроку у правному вирішуванні щодо тих конвенційних прав, які потребують алгоритму зважування; у перших двох кроках тесту на пропорційність, вирішуючи справи щодо статей 8–11 Конвенції та деяких інших, що мають встановлені в ЄКПЛ легітимні цілі для втручання. Алгоритм субсумування у практиці ЄСПЛ – це складна субсумпція.

pravoua.com.ua

[56] Nußberger (n 9) 48–49.
[57] Ibid. 51.
[58] Ibid. 57.
[59] Hassan v. the United Kingdom. App no 29750/09. European Court of Human Rights Judgment. 16 September 2014 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146501> (accessed 12.05.2025).

3.3. Правне вирішування ЄСПЛ за алгоритмом зважування: деякі особливості та проблемні питання

Ще у п. 89 справи *"Soering v. the United Kingdom"* (рішення ЄСПЛ від 07.07.1979, заява № 14038/88) Суд зазначив, що '<…> для всієї Конвенції притаманний пошук справедливого балансу між вимогами загального інтересу суспільства та вимогами захисту основоположних прав особи'[60]. Це увімкнуло зелене світло для аргументовчого алгоритму зважування у практиці ЄСПЛ. Ще Т. Алейнікоф у праці 1987 р. назвав ті часи "добою балансування"[61].

ЄСПЛ вдається до алгоритму зважування у певних категоріях справ, коли, на його думку, правного субсумування (кваліфікування) недостатньо. Алгоритм зважування ще називають "тестом балансування"[62] чи "тестом на пропорційність"[63].

Б. Чали з посиланням на Р. Алексі вважає завданням балансування оптимізувати права й загальні інтереси. З його погляду, з цим погодився ЄСПЛ. Б. Чали засистемував основні аргументи, що підважують пріоритетність балансування як алгоритму правного вирішування ЄСПЛ. По-перше, балансування передбачає домірність цінностей. По-друге, коли Суд вдається до зважування, це спричиняє занепокоєння щодо того, як він визначає відносну важливість конкурівних інтересів і цінностей (див. окрему думку судді Ф. Тулкенс до рішення ЄСПЛ у складі Великої палати у справі *"Leyla Şahin v. Turkey"*[64] від 10.11.2005, заява № 44774/98). По-третє, пропонування довгого контрольного переліку міркувань, які мають бути збалансовані між собою, може стати на заваді досягненню збалансованих результатів (див. спільну окрему думку суддів К. Войтичека та Е. Куріса у справі *"Fürst-Pfeifer v Austria"*[65] від 17.05.2016, заяви № 33677/10 і № 52340/10)[66]. Звісно, зазначені застереження не безпідставні. І віддання переваги котромусь з конкурівних інтересів має бути належно обґрунтоване. Проте вдатися до зважування може змусити як структура конвенційного стандарту права людини, так і складність справи.

Суд вдається до аргументовчого алгоритму зважування у таких ситуаціях.

По-перше, якщо Суд розв'язує *вертикальний конфлікт між конкурівними правами та публічними (загальними, суспільними) інтересами.* При цьому публічний інтерес може полягати й у захисті "прав інших осіб". Але

[60] Soering v. the United Kingdom. App no 14038/88. European Court of Human Rights Judgment. 07 July 1989 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619> (accessed 12.05.2025).
[61] T Aleinikoff, 'Constitutional Law in the Age of Balancing' [1987] 96 Yale Law Journal 943–1005.
[62] Çalı (n 8).
[63] Greer (n 7) 423.
[64] Leyla Şahin v. Turkey. App no 44774/98. European Court of Human Rights Judgment. 10 November 2005 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956> (accessed 12.05.2025).
[65] Fürst-Pfeifer v Austria. Apps nos. 33677/10, 52340/10. European Court of Human Rights Judgment. 17 May 2016 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162864> (accessed 12.05.2025).
[66] Çalı (n 8).

конкретних осіб, інтереси яких мали б бути захищені, у справі немає. У таких ситуаціях за правами особи стоїть її індивідуальний інтерес, протиставний до публічного інтересу. Такі справи зазвичай стосовні до негативного обов'язку держави, коли відбувається втручання у відповідне конвенційне право.

Прикладами тут можуть слугувати ті рішення ЄСПЛ щодо відповідних статей Конвенції, у яких він вдається до класичного тесту на пропорційність. Адже у таких рішеннях він установлює на третьому кроці цього тесту (якщо відповіді на питання двох попередніх кроків позитивні), чи домірне втручання у право до легітимної мети, передбаченої у конвенційному стандарті права. А за легітимною метою завжди є загальні публічні інтереси, навіть якщо йдеться про "права інших осіб". Наприклад, згадаймо справу про заборону носити гіджаб у Франції (рішення Великої палати у справі *"S.A.S. v. France"*[67] від 01.07.2014, заява № 43835/11). Визнаючи відсутність порушення ст. 8 і 9 Конвенції з боку Франції, Суд на третьому кроці тесту на пропорційність зважував заборону носити гіджаб з правами абстрактних інших осіб. Він дійшов висновку, що така заборона не переважає над інтересом уникнути соціальної дистанції, втіленим у "правах інших осіб" (п. 153). Такий інтерес можна вважати проявом публічного інтересу французького суспільства. Адже визначальним аргументом, щоб схилити шальки терезів на бік дотримання пропорційності, була традиційна для французького суспільства концепція *"living together"*, яку розкритикувала у своїй окремій думці до цього рішення А. Нусбергер. Крім того, Суд зважив на відсутність європейського консенсусу з цього питання, що надало широкої свободи розсуду Франції встановити відповідне обмеження (п. 154–157).

По-друге, якщо Суд розв'язує *горизонтальний конфлікт між конкурівними приватними інтересами, стосовними до одного конвенційного права.* Йдеться про ситуації конфлікту між приватними інтересами різних осіб, які стосовні до одного конвенційного права. При цьому за приватним інтересом якоїсь зі сторін точно стоятимуть публічні інтереси, які схилятимуть шальку терезів зважування на користь цього приватного інтересу. Такі справи зазвичай стосовні до позитивного обов'язку держави.

Прикладом тут може слугувати відома справа *"Evans v. the United Kingdom"*[68] (рішення Великої палати від 10.04.2007, заява № 6339/05). У цій справі Суд за допомогою алгоритму зважування розв'язував конфлікт між правом заявниці на материнство та правом її колишнього партнера відкликати згоду на використання збережених ембріонів після розриву стосунків. Йшлося про повагу до приватного життя обох учасників конфлікту та протилежні приватні інтереси. Ця справа стосовна до позитивного обов'язку

[67] S.A.S. v. France. App no 43835/11. European Court of Human Rights Judgment. 1 July 2014 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466> (accessed 12.05.2025).

[68] Evans v. the United Kingdom. App no 6339/05. European Court of Human Rights Judgment. 10 April 2007 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046> (accessed 12.05.2025).

pravoua.com.ua

держави дотримати балансу інтересів осіб у сфері приватного життя (п. 76). Суд схилив шальку терезів на користь приватного інтересу чоловіка, що відкликав згоду на використання збережених ембріонів супроти права жінки на материнство. У структурі аргументації ЄСПЛ визначальним був аргумент про те, що право чоловіка відкликати згоду ґрунтоване на національному законі, який пройшов усі демократичні процедури його ухвалювання та публічне обговорювання. Саме таким був публічний інтерес врегулювати ситуації, пов'язані із застосуванням допоміжних репродуктивних технологій (п. 86, 87). Цей аргумент доповнив аргумент про широку свободу розсуду держави через відсутність загальноєвропейського консенсусу щодо цього питання (п. 81, 90).

При цьому не поділяємо оцінку рішення у справі Еванс як такого, що ґрунтоване на "правилі чіткої лінії"[69], яке зміщує акцент зі зважування. У цій справі якраз дуже чітко прослідковний саме алгоритм зважування. Проте саме публічний інтерес у правній визначеності схилив шальку терезів на користь індивідуального інтересу чоловіка.

По-третє, Суд розв'язує *конфлікт між різними конвенційними правами, які вимагають рівної поваги* відповідно до Конвенції. Йдеться про ситуації конфлікту між різними конвенційними правами, за якими стоять різні інтереси. За кожним з прав стоять публічні інтереси. Проте Суд веде мову і зважує саме права, а не інтереси. Такі справи зазвичай стосовні до позитивного обов'язку держави. Не поділяємо позицію Б. Чали щодо віднесення до цього типу справ, де Суд вдається до зважування, справи Еванс[70]. У ній, як було показано, Суд порівнює не однакові права різних осіб, а інтереси різних осіб, що випливають з одного конвенційного права.

Прикладом цієї третьої ситуації може слугувати справа *"Von Hannover v. Germany"*[71] (рішення від 24.06.2004, заява № 59320/00). Ця справа про опублікування сенсаційних світлин приватного життя принцеси. Щоб установити, чи було порушено повагу до приватного життя заявниці (ст. 8 Конвенції), Суд мав зважити це право публічної особи (принцеси) та свободу вираження поглядів (ст. 10) третіх осіб (папараці, що незаконно отримали й опублікували у журналах світлини принцеси). Ця справа стосовна до позитивного обов'язку держави збалансувати конкурівні права людини, хоча про це прямо й не написано у цьому рішенні ЄСПЛ. Суд надав перевагу приватному життю заявниці на свободу вираження в демократичному суспільстві, визнавши порушення ст. 8 Конвенції. Основним аргументом щодо того, чому свободі вираження треба надати вужчого змісту (п. 66), є те, що світлини не роблять внеску до суспільних дебатів з політичних питань, а лише задовольняють цікавість суспільства (п. 67) і світлини здобуті

[69] Юдківська (н 10) 125–135.
[70] Çalı (n 8).
[71] Von Hannover v. Germany. App no 59320/00. European Court of Human Rights Judgment. 24 June 2004 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61853> (accessed 12.05.2025).

внаслідок переслідування особи (п. 68). Особа ж мала "легітимне сподівання" на приватність у приватних місцях (п. 69). Також Суд констатував, що в оприлюдненні світлин не було жодного публічного інтересу (п. 77).

Із зазначеного випливає, що аргументовчий алгоритм зважування – не завжди лише про "тест на пропорційність". Тест на пропорційність охоплює лише одну ситуацію – розв'язування конфлікту між індивідуальним інтересом та загальним публічним інтересом. Інші ж повищі ситуації не розв'язують за алгоритмом тесту на пропорційність. Вони потребують лише власне зважування як третього етапу цього тесту – зважування індивідуальних інтересів, що випливають з одного конвенційного права чи різних конвенційних прав. Крім того, треба звернути увагу, що за конкурівними правами можуть бути заховані публічні інтереси, що впливає на зважування та схиляє шальки терезів туди, де збіжні індивідуальний і публічний інтерес.

Які чинники впливають на зважування? Як було простежено у досліджених прикладах алгоритму зважування, на останнє впливають межі свободи розсуду, наданої державі щодо неабсолютних конвенційних прав та щодо зважування конкурівних прав. Якщо Суд надає широкої свободи розсуду, він запитує себе, чи є в нього вагомі підстави відступати від балансу, що його встановили національні суди або законодавчі органи (як це було, наприклад, у справі Еванс). Якщо у справі є потреба зважувати конкурівні права чи інтереси – це потребує широкої свободи розсуду держави (як у справі фон Ганновер та інших подібних). Це надає вагомости вирішуванню справи на національному рівні та під час зважування ЄСПЛ схиляє шальку терезів на користь держави.

На межі свободи розсуду впливає наявність або відсутність загальноєвропейського консенсусу. Як зазначив Б. Чали, Суд надає державам широку свободу розсуду, коли він виявляє відсутність загальноєвропейського консенсусу щодо обсягу права або умов його обмежування[72]. Відсутність загальноєвропейського консенсусу також призводить до того, що Суд покладається на зважування національних органів, не перевіряючи надмірно, яким правам і конкурівним інтересам надана відповідна вага (див., наприклад п. 90–92 рішення у справі Еванс). Проте сфера свободи розсуду звужується, якщо загальноєвропейський консенсус можна простежити. І це вагомий аргумент, щоб надати перевагу тому баченню певного питання, якого дотримується більшість. Наприклад, у справі *"Christine Goodwin v. the United Kingdom"*[73] (рішення Великої палати від 11.07.2002, заява № 28957/95) аргумент щодо формування загальноєвропейського консенсусу був визначальним для надання пріоритету права заявниці на визнання своєї нової статі (п. 84, 85). Суд не вбачав жодного суспільного інтересу в іншому (п. 93).

[72] Çalı (n 8).
[73] Christine Goodwin v. the United Kingdom. App no 28957/95. European Court of Human Rights Judgment. 11 July 2002 <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596> (accessed 12.05.2025).

pravoua.com.ua

Отже, відсутність загальноєвропейського консенсусу з певного питання призводить до визнання широкої сфери розсуду щодо обмежування конвенційних прав. Якщо сфера свободи розсуду держави широка, то 1) правне вирішування може потребувати алгоритму зважування та 2) Суд надає вагомости рішенню національних судів, якщо цей результат не є явно несумісним з Конвенцією; 3) Суд вдається до аргументу щодо меж свободи розсуду держави як у справах, стосовних до негативного обов'язку держави, застосовуючи тест на пропорційність, так і у справах, стосовних до позитивного обов'язку держави зважити конкурівні права чи інтереси та інших позитивних обов'язків.

Основні висновки. За результатами повищого аналізу можна дійти таких висновків.

Чинниками, які зумовлюють аргументовчий алгоритм ЄСПЛ, є: абсолютний чи відносний характер конвенційного права, про заявлене порушення якого йдеться у справі, а також структура конвенційного стандарту права; чи стосовна справа до позитивного чи негативного обов'язку держави; прецедентний характер практики ЄСПЛ, що зумовлює джерела пошуку правил вирішування; обсяг конвенційного права, що його надає Суд.

ЄСПЛ вдається до аргументовчого алгоритму субсумування для правного вирішування у таких ситуаціях: 1) якщо справа стосовна до заявленого порушення абсолютного права, права, яке не має встановлених у ЄКПЛ обмежень, або ж права, що супроводжене низкою чітких гарантій; 2) справа стосовна до позитивних обов'язків держави й не потребує зважування; 3) як до початкового кроку у правному вирішуванні щодо тих конвенційних прав, які потребують алгоритму зважування; 4) у перших двох кроках тесту на пропорційність, що його застосовує ЄСПЛ, вирішуючи справи щодо статей 8–11 Конвенції та деяких інших. Алгоритм субсумування у практиці ЄСПЛ – це найчастіше складна субсумпція.

Суд вдається до аргументовчого алгоритму зважування у таких ситуаціях: 1) розв'язати вертикальний конфлікт між конкурівними правами та публічними (загальними, суспільними) інтересами; 2) розв'язати горизонтальний конфлікт між конкурівними приватними інтересами, стосовними до одного конвенційного права; 3) розв'язати конфлікт між різними конвенційними правами, які вимагають рівної поваги відповідно до Конвенції. Тест на пропорційність охоплює лише одну ситуацію – розв'язування конфлікту між індивідуальним інтересом та загальним публічним інтересом. За конкурівними правами можуть бути заховані публічні інтереси, що впливає на зважування та схиляє шальку терезів туди, де збіжні індивідуальний і публічний інтерес.

Відсутність загальноєвропейського консенсусу з певного питання призводить до визнання широкої сфери розсуду щодо обмежування конвенційних прав. Якщо сфера свободи розсуду держави широка, то: 1) прав-

не вирішування може потребувати алгоритму зважування та 2) Суд надає вагомости рішенню національних судів, якщо цей результат не є явно несумісний із Конвенцією; 3) Суд вдається до аргументу щодо меж свободи розсуду держави як у справах, стосовних до негативного обов'язку держави, застосовуючи тест на пропорційність, так і в справах, стосовних до позитивного обов'язку держави зважити конкурівні права чи інтереси або інших позитивних обов'язків.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Engisch K, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* (Heidelberg 1963).
2. Kelsen H, *Reine Rechtslehre* (Wien 1960).
3. Hart H, *The Concept of Law* (Oxford 1994).
4. MacCormick N, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (Oxford University Press 2010).
5. Pavčnik M, *Juristisches Verstehen und Entscheiden vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung; ein Beitrag zur Argumentation im Recht* (Springer 1993).
6. Peszenik A, *On Law and Reason* (Springer Science+Business Media 1989).

Edited and translated books

7. Alexy R, *A Theory of Constitutional Rights* (trans. J. Rivers, Oxford University Press 2002).
8. Alexy R, *Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (trans. By R. Adler and N. MacCormic, Clarendon Press 1989).
9. Habermas J, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (trans.W. Rehg; Cambridge 1996).
10. Nußberger A, 'Hard Law or Soft Law – Does It Matter? Distinction Between Different Sources of International Law in the Jurisprudence of the ECtHR' in Anne van Aaken, Iulia Motoc (eds), *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press 2018).

Encyclopaedias

11. 'Algorithm', *(Encyclopaedia Britannica)* <https://www.britannica.com/science/algorithm> (accessed 12.05.2025).
12. Çalı B, 'Balancing Test: European Court of Human Rights (ECtHR)' in Hélène Ruiz Fabri (ed), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (OUP 2020) <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3426.013.3426/law-mpeipro-e3426> (accessed 11.06.2025).
13. Anysymov A, 'Alhorytm', *Entsyklopediia Suchasnoi Ukrainy* (I Dziuba, A Zhukovskyi, M Zhelezniak ta in redkol, Instytut entsyklopedychnykh doslidzhen NAN Ukrainy 2001) <https://esu.com.ua/article-43598> (accessed 23.05.2025) (in Ukrainian).

Journal articles

14. Aleinikoff T, 'Constitutional Law in the Age of Balancing' [1987] 96 Yale Law Journal 943.
15. Gerards J & Senden H, 'The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights' [2009] 7(4) International Journal of Constitutional Law 628.
16. Greer S, '"Balancing" and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate' [2004] 63(2) The Cambridge Law Journal 412.

17. Pavčnik M, 'Legal Decisionmaking as A Responsible Intellectual Activity: A Continental Point of View' [1997] 72 Washington Law Review 481.
18. Dudash T, 'Zvažuvannia i balansuvannia prav liudyny yak sposib pravovoho arghumentuvannia' [2023] 6 Pravo Ukrainy 33 (in Ukrainian).
19. Dudash T, 'Vlastyva pravnycha mova yak zasib protydiiaty rosiiskii ahresii proty Ukrainy (pid ohliadom naukovoho spadku akademika Petra Rabinovycha)' [2024] 10 Pravo Ukrainy 103 (in Ukrainian).
20. Rabinovych P, Dudash T, 'Pravozastosovche arghumentuvannia u sudovomu protsesi (zahalnoteoretychni aspekty)' [2022] 29(4) Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy 15 (in Ukrainian).
21. Yudkivska H, '"Pravylo chitkoi linii" v spravi Evans proty Spoluchenoho Korolivstva – novyi pidkhid Yevropeiskoho sudu z prav liudyny do zvazhuvannia konfliktnykh interesiv' [2007] 4 *Sudova apelatsiia* 125 (in Ukrainian).

Theses
22. Dudash T, 'Pravova arghumentatsiia: zahalnoteoretychna kharakterystyka' (dys d-ra iuryd nauk 2024) (in Ukrainian).

Tamara Dudash

ARGUMENTATIVE ALGORITHMS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AS METHODS FOR LEGAL DECISION-MAKING

Abstract. European human rights standards in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter "the Convention") are formulated in very general terms and do not establish clear rules of conduct. The European Court of Human Rights (hereinafter "the Court") cannot apply them by a mere qualification (subsumption) of the facts of a case. For the legal resolution of cases concerning compliance with the Convention's human rights standards, the Court resorts at least to a complex subsumption as its algorithm for legal decision-making. When the standard's formulation is such that complex subsumption alone is insufficient for a legal resolution, the Court weighs and balances competing rights or interests. To that end, it employs argumentative algorithms, which it refers to as "tests" These tests typically include criteria and a sequence of steps for evaluating and weighing a particular issue.

Since the study of the peculiarities of such argumentative algorithms – which underpin legal decision-making in the practice of the European Court of Human Rights – has not yet been the subject of comprehensive theoretical analysis in Ukrainian legal doctrine, the aim of this article is to fill that gap.

The research findings indicate that the Court's argumentative algorithms are developed on a "case-by-case" basis; the main ones being complex subsumption and various weighing tests. The selection of a specific argumentative algorithm for a given case or category of cases depends primarily on the formulation of the Convention's human rights standard and the complexity of the case.

The article analyses the argumentative algorithms employed by the Court in its case-law. It has been established that the most sought-after test within the Ukrainian legal system is the proportionality test, which enables the resolution of issues regarding violations of the Convention by establishing the proportionality of the interference with a right for which the Convention text sets out clear legitimate aims (in particular, Articles 8, 9, 10, 11 of the Convention, and Article 1 of the First Protocol to the Convention). The Court utilizes its argumentative algorithms of complex subsumption to determine whether there is a violation of those Convention rights that entail a series of state obligations (notably, Articles 5 and 6 of the Convention).

Keywords: human rights; complex subsumption; weighing and balancing; legal argumentation; case law of the European Court of Human Rights.