

*Рабінович Сергій Петрович*  
*доктор юридичних наук, професор кафедри конституційного права*  
*Львівського національного університету імені Івана Франка*

## Сучасні виклики верховенству права: необхідність фактична vs необхідність юридична

### Modern challenges to the rule of law: factual necessity vs legal necessity

У своїй доповіді я торкнуся проблеми співвідношення суцього і повинного на прикладі взаємодії ключових елементів принципу верховенства права в умовах збройної агресії росії та інших соціально-політичних викликів реалізації цієї засади сьогодні. Це, своєю чергою, передбачає, по-перше, визначення таких елементів та обґрунтування їх фундаментального характеру; по-друге, розгляд особливостей зважування правових принципів, які належать сферам правового суцього і повинного, на матеріалі політичних викликів сьогодення.

**1. Правопевність, суспільна користь і справедливість: три засади філософії прав людини.** Відповідь на перше питання може бути надана за допомогою зіставлення неокантіанського підходу до його вирішення, з одного боку, та практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) і національних конституційних судів, з другого боку.

Г. Радбрух у публікаціях 1945–1948 рр. виокремлював три цілі права, три основоположних правові цінності: правопевність, суспільну корисність і справедливість, які перебувають між собою у діалектичному зв'язку. Згідно з думкою гейдельберзького професора ці три принципи доповнюють один одного, створюючи неминучу напругу. Найбільша напруга виникає між визначеністю позитивного права та його справедливістю.

Звернемо увагу, що з цих трьох принципів – правових цінностей суто правовими є тільки два: справедливість і правопевність; причому за своїм змістом правопевність є окремим аспектом справедливості. Що ж до засади суспільної корисності (яка фактично збігається із «доцільністю»), то вона передовсім є цінністю морально-політичною і лише певному аспекті – також і цінністю правовою. Ідея спільної користі (блага) пов'язана з ідеєю верховенства права телеологічно, оскільки саме забезпечення спільних потреб («національних інтересів») становить неодмінну мету всього державно-юридичного регулювання. Вона втілює фактичну необхідність, на протизвагу необхідності юридичній, вираженій у принципах правопевності й справедливості. Попри свій емпіричний характер, суспільні потреби не є іррелевантними в правовому аспекті. Натомість з огляду на те, що зміст цих потреб визначає матеріальний зміст засади справедливості, суспільна необхідність, виражена, зокрема, в інтересах національної безпеки, прямо стосується забезпечення прав колективних суб'єктів – нації й народу.

Таким чином, правопевність є засадою формально-юридичною, яка втілює цінність соціальної стабільності; суспільна корисність – емпіричною (соціально-змістовою), яка виражає соціальний динамізм права, його здатність адаптуватися до змінюваних суспільних потреб. Справедливість же є інтегрувальною і балансувальною засадою, покликаною, зокрема, врівноважувати інші правові цінності – правопевності й спільної користі.

Підтвердженням виняткової практичної значущості радбрухівської тріади правових принципів-цінностей стала Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод і заснована на ній практика Страсбурзького суду. У конвенційному трискладовому тесті прочитуються всі три принципи – цінності права: правопевність, суспільна корисність і справедливість. Втіленням правопевності є принцип «передбачено законом»; засада легітимної мети відповідає принципу суспільної користі; зрештою, необхідність у демократичному суспільстві, оцінювана ЄСПЛ крізь призму вимоги домірності, виражає матеріальну справедливість.

Прикметно, що послідовність кроків трискладового тесту повністю збігається із послідовністю розгортання цілей права у Г. Радбруха. Аналіз підстав правообмежень на етапі перевірки «встановлено законом» передбачає, зокрема, оцінку якості закону, а відтак відповідність його критерію правопевності у вузькому сенсі. Перевірка легітимності мети правообмежень ґрунтується на формальній відповідності фактичної мети нормативній (конституційній або конвенційній) і на матеріальній оцінці суспільної значущості такої мети. Зрештою, найбільшою мірою дискреційним є оцінювання ступеня «необхідності» конкретного правообмеження «у демократичному суспільстві» – його співмірності з індивідуальними правами і свободами, а отже – і його справедливості.

Значущість кожної з трьох правових цінностей у складі тесту не поступається значущості інших. Негативна відповідь бодай на одне із запитань тесту свідчить про невідповідність правообмеження вимогам верховенства права, конституційності та конвенційності.

Таким чином, можна вважати доведеним фундаментальний характер цих трьох правових цінностей, які виражають емпіричні й понадемпіричні аспекти права, що перебувають між собою в постійній напрузі.

## **2. Зважування правових цінностей у сучасному конституційному судочинстві.**

Згадана напруга особливо увиразнюється в періоди революції та війни, а також часи переходу суспільства до мирного життя. Прикладами цього є процес конституційних трансформацій в Україні, який бере початок ще 2004 р., має своїми контрапунктами наступні політико-правові події 2010 р. і 2014 р.

У практиці українського конституційного судочинства містяться приклади як вдалого зважування трьох принципів, так і ігнорування окремих із них, які можуть поставити під сумнів правову якість рішення Суду.

Нормативну формулу балансування означених трьох принципів, яка відповідає трискладовому тесту ЄСПЛ, вперше було наведено в рішенні Конституційного Суду України (далі – КСУ) від 1 червня 2016 р. (суддя-доповідач С. Шевчук). У цій

формулі балансування цінностей здійснюється з особливим наголосом на пропорційності. Такий підхід втілено і в рішенні КСУ від 30 червня 2022 р. у справі щодо спеціальної конфіскації.

У рішенні Другого сенату КСУ від 6 квітня 2022 р. у справі про посилений соціальний захист військовослужбовців соціальна справедливість має перевагу перед суспільною користю: «Конституційний обов'язок держави щодо забезпечення посиленого соціального захисту військовослужбовців <...> є значущішим, ніж будь-які цілі, досягнення яких законодавець визначав як підставу для запровадження обмеження права на отримання одноразової грошової допомоги у збільшеному розмірі при зміні групи інвалідності, збільшенні відсотка втрати працездатності часовими рамками». З аналогічних позицій Другим сенатом було вирішено іншу «соціальну» справу від 22 березня 2023 р. № 3-р(II)/2023.

На противагу наведеному, не можна не згадати й проблематичних в аспекті балансування правових цінностей справ із практики КСУ, в яких необхідність фактична так чи інакше переважила необхідність ціннісно-правову.

Так, рішення КСУ від 16 липня 2019 р. щодо конституційності Закону України від 9 квітня 2015 р. «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки», в якому цей закон було визнано конституційним, апелювало передовсім до легітимності його мети й суспільної користі. Водночас у низці аспектів, передовсім щодо прав політичних партій, рішення де-факто проігнорувало смислове осердя верховенства права – індивідуалізовану справедливість в її іпостасі домірності. У рішенні залишено поза увагою й інший елемент верховенства права – правопевність, як у частині визначення поняття «пропаганди», так і в частині обов'язковості дотримання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і врахування усталеної практики Страсбурзького Суду з питань заборони політичних партій.

Домірність як складник верховенства права була залишена поза увагою також і в рішенні КСУ від 21 грудня 2021 року щодо конституційності законів України «Про телебачення і радіомовлення» і про «Про кінематографію». Рішення обґрунтоване інтересами національної безпеки і потребами забезпечення «розумного балансу між дотриманням прав і свобод людини і громадянина й усуненням реальних викликів і загроз, що постають перед Україною». Проте, як влучно відзначив в окремій думці стосовно рішення суддя О. Первомайській, «...у новорічно-різдвяному дитячому чи дорослому комедійному творі вже не так важливо, хто грає “злого вовка” або іншого негативного персонажа, оскільки головне – це відсутність у такому творі ознак пропаганди та дезінформації, які загрожують національній безпеці та іншим конституційним цінностям».

У рішенні КСУ від 14 липня 2021 р. предметом розгляду стало питання щодо конституційності Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної». У мотивуванні цього рішення виняткова роль також належить інтересам національної безпеки, інтерпретованим у комунітаристський спосіб, з позицій формування в Україні гомогенної мовно-культурної ідентичності. Проте, на жаль, з огляду на істотну політизованість підходу, обраного КСУ в цій справі, жертвою принципу «суспільної користі» подекуди стала цінність справедливості вже в аспекті рівності й

недискримінації. Вміщене в рішенні заперечення належності групі осіб, які послуговуються «імперською» мовою, права на юридичний захист із очевидністю суперечить принципам права цивілізованих націй, зокрема європейським стандартам прав людини.

Сумнівною є відповідність ідей моноетнічної національної ідентичності інтересам національної безпеки України і цінності громадянської злагоди на землі України. Радше, навпаки, загрозу національній безпеці України якраз і становлять окремі позиції мотивувальної частини рішення: «Реалізацію прав національних меншин не може бути спрямовано на відокремлення (сегрегацію) в межах українського суспільства тих груп, що вирізняються, зокрема, за мовною ознакою. Вибуття окремої особи, що належить до відмінної ідентичності (а тим більше групи осіб), з єдиного суспільства в простір своєї ідентичності становить небезпеку для єдності українського суспільства».

У діалог із прибічниками моноетнічної ідентичності вступає Г. Радбрух у своїх відомих повоєнних статтях: «Зрівнювання права та уявної або марної народної користі перетворює правову державу на неправову. Але це не має означати: все, що корисно народу, є правом. Радше, навпаки: *тільки те, що є правом, корисно народу* (курсив наш. — С. Р.)»; «...право, також і позитивне право, не може навіть інакше бути визначене як порядок і устав, який за своїм смислом призначений слугувати справедливості. За цим масштабом усі розділи націоналістичного права ніколи не досягли звання дійсного права».

Викладене дає можливість запропонувати деякі висновки практичного й теоретичного характеру.

1. Практична складність раціонального балансування правових принципів як за пореволюційних, так і за воєнних умов. Збройна агресія росії, безумовно, створює легітимну суспільну мету застосування будь-яких правообмежувальних державних заходів, але, втім, саме собою ще не може бути достатньою для виправдання *будь-яких* із таких заходів, не усуває юридичної необхідності оцінити їхню домірність.

2. Прикметна теоретико-методологічну особливість неокантіанського розуміння проблеми балансування правових принципів — релятивізм. З цього погляду апріорно визначити допустимий ступінь домірності обмеження неможливо, так само як і визначити справжній зміст «національних інтересів», обрати ліберально-індивідуалістичну, комунітаристську чи іншу їхню інтерпретацію.

Оскільки ж, як відомо, «визначеною є тільки процедура» (П. Рабінович), в емпіричній реальності перервати нескінченний обмін аргументами можна тільки відповідно до засади правопевності, тобто у процедурний спосіб — через голосування в колегії суддів. Схильність людей помилятися й діяти під впливом ірраціональних чинників, так само як і ідеалістична засада справедливості, вимагають передбачити національну апеляцію й можливість апелювання до справедливості на наднаціональному рівні (де, втім, правопевність, знову ж таки, втілюється в голосуванні суддів міжнародної судової установи). Проте, попри отримання формально остаточного судового рішення, ціннісно-правовий спір, вочевидь, триватиме стільки, скільки існуватиме саме правознавство.