

ВОДЯННИКОВ ОЛЕКСАНДР ЮРІЙОВИЧ,

консультант Конституційної Комісії,

член Ради з питань судової реформи

Роль окремої думки судді в розвитку конституційної юриспруденції

Останні два роки функціонування Конституційного Суду України в нових умовах суспільно-політичних змін в нашій державі, що позначилися непростиими процесами конституційної і судової реформи, привернули увагу і політичної еліти, і громадськості, і наукового співтовариства до інституту окремої думки. Більше того, самі судді Конституційного Суду України почали широко використовувати цей інструмент у тому сенсі, який був позначений суддею Конституційного Суду України Станіславом Шевчуком у його першій окремій думці: «...обгрунтована окрема думка виконує важливу функцію виправлення помилок, допущених у рішенні, спонукає до законодавчого втручання у питання та може слугувати моделлю для виправлення як суддівських, так і законодавчих помилок у майбутньому»¹.

¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України // Вісн. Конституц. Суду України. – 2015. – № 4. – С. 54.

Такий підхід, який прийшов на заміну негативному ставленню до цього інституту у минулому², визначає нові обрії розвитку конституційної юриспруденції в Україні. Адже, якщо звернутися до практики іноземних органів конституційної юрисдикції, окрема думка становить важливий інструмент розвитку конституційної практики і доктрини. Як зазначив Уільям Бренан, суддя Верховного суду США, право на окрему думку «є однією із великих і дорогоцінних свобод, якими ми користуємося в силу прекрасного випадку бути народженими на американській землі»³. Бора Ласкін, у минулому Голова Верховного суду Канади, також вказувала, що «дорогоцінне

² Наприклад, Голова Конституційного Суду України Анатолій Головін в одній зі своїх публікацій зазначає таке: «Постає запитання: чи варто у випадках, коли автору не вдалося навести вагомих аргументів на користь своєї позиції, переконати колег у доцільності запропонованих пропозицій чи поправок, виносити їх на суд громадськості чи перетворювати на об'єкт «наукових дискусій», ставлячи тим самим під сумнів рішення колегіального органу, які, до речі, є обов'язковими до виконання? На наш погляд, ні» (див. Закон і Бізнес. – 2012. – 19–25 трав. (№ 21 (1060)). – С. 4).

³ Brennan W. In Defense of Dissents / W. Brennan // Hastings Law Journal. – 1986. – Vol. 37, No. 3. – P. 438.

право на окрему думку... притаманне утворенню Верховного Суду»¹. Суддя Станіслав Шевчук з Конституційного Суду України також підсумував: «окрема думка судді... є важливим інструментом діалогу про нагальні питання у демократичному суспільстві»².

Як справедливо підкреслив Д. Лилак, «Інститут окремої думки суддів є загально визнаним у світі, водночас серед науковців питання щодо нього є дискусійним»³. З одного боку, не у всіх країнах суддям дозволяється висловлювати окремі думки. Йдеться про так звану французьку модель, до речі, застосовану при утворенні Суду ЄС, де суддям заборонено висловлювати окремі думки⁴.

¹ Laskin B. The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians // Canadian Bar Review. – 1951. – Vol. 29, No. 10. – P. 1048.

² Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/1-v/2016-06.pdf>.

³ Лилак Д. Інститут окремої думки в конституційному судочинстві (порівняльний аналіз) / Д. Лилак // Вісн. Конституц. Суду України. – 2011. – №4–5. – С. 131. Див. також: Чередніченко О. С. Історичний процес становлення окремої думки судді як інституту в кримінальному судочинстві України / О. С. Чередніченко // Держава і право: юридичні і політичні науки : зб. наук. пр. – К., 2010. – Вип. №49. – С. 494; Верещагин А. Н. Особые мнения в российских судах / А. Н. Верещагин // Государство и право. – 2008. – №2. – С. 13.

⁴ Так, в Італії та ФРН при створенні Конституційних Судів з самого початку окремі думки були утаємничені з огляду на принцип «таємниці нарадчої кімнати» (див.: Nadelmann K. Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany / K. Nadelmann // The American Journal of Comparative Law. – 1964. – Vol. 13, No. 2. – P. 268–276).

Таким само чином з 1878 по 1966 роки суддям Таємної ради Великої Британії було заборонено оприлюднювати свої окремі думки⁵. Критики інституту окремої думки називали його «найбільш шкідливою зі всіх суддівських помилок»⁶, адже, на їхню думку, цей інститут спричиняє невизначеність та правову анархію у судовій та правовій системі.

Становлення цього інституту походить корінням у середньовічну юриспруденцію, а саме процедуру *seriatim*: в її основу була покладена концепція, згідно з якою середньовічні судді, виступаючи особистими радниками короля, висловлювали власні думки та обґрунтування з тим, щоб король приймав зважене рішення⁷. Ця процедура полягала в тому, що після заслуховування справи кожен суддя висловлював свою власну позицію щодо рішення без будь-яких нарад з колегами⁸. Незважаючи на спробу лорда Мансфілда реформувати цю практику у 1756 році⁹, запровадивши процедуру нарадчої кім-

⁵ Див. докл.: Megarry R. E. Dissenting Reasons in the Judicial Committee / R. E. Megarry // Law Quarterly Review. – 1998. – № 114. – P. 574.

⁶ Bowen W. A. Dissenting Opinions / W. A. Bowen // Green Bag. – 1905. – № 17. – P. 693.

⁷ Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – С. 371.

⁸ Див.: Henderson M. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent / M. Henderson // Supreme Court Review. – 2007. – P. 292; Austin J. The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the Early Supreme Court on the Right Track? / J. Austin // Northern Illinois University Law Review. – 2010–2011. – Vol. 31. – P. 30.

⁹ Докл. див.: Henderson M. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent / M. Henderson // Supreme Court Review. – 2007. – P. 294.

нати і винесення одностайного рішення, англійська судова практика досить швидко повернулася до процедури *seriatim*¹.

У США перші роки функціонування Верховного суду також позначені слідуванням цій практиці². Власне перша спроба відмовитися від процедури *seriatim* була здійснена в апеляційному суді штату Вірджинія, голова якого суддя Едмунд Педдлтон, під впливом підходів лорда Мансфілда, запровадив процедуру закритого обговорення проєкту рішення і винесення єдиного рішення³. Однак під тиском республіканців, зокрема Томаса Джефферсона, практика *seriatim* була відновлена після призначення нового голови суду. На думку Джефферсона, така практика мала чотири переваги: 1) вона покращує прозорість і підзвітність судового провадження; 2) вона показує, що кожен суддя розглянув справу і зрозумів її суть; 3) прецедентна сила рішення легше визначається на основі голосів суддів та 4) вона дозволяє суддям у майбутньому скасувати поганий прецедент на основі обґрунтувань, висловлених попередниками⁴.

Остаточна відмова від практики *seriatim* в юриспруденції американських судів пов'язана з іменем Джона Маршала, голови Верховного суду

США. Коли Дж. Маршал обійняв цю посаду, судова гілка влади в США була найслабкішою за всю її історію. Перед новим главою Верховного суду постало непросте завдання забезпечити рівність судової гілки влади з двома іншими. Тому він розглядав відмову від практики *seriatim* як один із ключових кроків задля досягнення цієї мети⁵. Власне з цього моменту в історії бере свій початок інститут окремої думки в конституційній юриспруденції.

Сам термін «окрема думка» (англ./фр. – *separate opinion/opinion séparée*) є родовим та охоплює обидва види окремих думок: *concurring opinion* (англ.)/*opinion concordante* або *opinion individuelle* (фр.), коли суддя, погоджуючись із резолютивною частиною судового рішення, викладає відмінні або додаткові підстави чи обґрунтування; та *dissenting opinion* (англ.)/*opinion dissidente* (фр.), коли суддя, не погоджуючись із позицією більшості, обґрунтовує свою незгоду. В практиці окремих іноземних органів конституційної юрисдикції та у деяких міжнародних судових органах існує проміжний вид окремої думки, в якій суддя обґрунтовує, чому він частково погоджується з рішенням більшості, а частково заперечує та викладає відповідне правове обґрунтування своєї

¹ Див.: Ibid. P. 302–303.

² Див.: Hochschild A. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective / A. Hochschild // Washington University Journal of Law & Policy. – 2000. – Vol. 4. – P. 263–267.

³ Henderson M. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent / M. Henderson // Supreme Court Review. – 2007. – P. 304.

⁴ Ibid. P. 305.

⁵ Докл. див.: Austin J. The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the Early Supreme Court on the Right Track? / J. Austin // Northern Illinois University Law Review. – 2010–2011. – Vol. 31. – P. 28; The Oxford Companion to the Supreme Court of The United States / Kermit L. Hall et al. eds. – Oxford: Oxford University Press, 1992. – P. 780.

позиції (т. зв. «*partly concurring and partly dissenting opinion*» – англ.)¹.

Право на окрему думку, як вважають самі судді органів конституційної юрисдикції та переважна більшість дослідників, ґрунтується на двох конституційних цінностях: свободи вираження та суддівської незалежності². Суддя Верховного суду Канади Клер Л'Ерью-Дюбе вказує, що «дозвіл на окрему думку привносить певний ступінь демократії та свободи вираження в процес винесення судового рішення, адже кожен суддя отримує можливість брати повну участь у ньому, навіть якщо думка більшості визначає його результат»³. Таким же чином покійний суддя Верховного суду США Антонін Скалія, торкаючись питання інституту окремої думки, досить пристрасно писав: «Бути здатним написати думку виключно для себе без необхідності пристосовуватись будь-якою мірою до більш-менш відмінних

один від одного поглядів своїх колег; висвітити ті питання права, які сам, але не інші, вважаєш за важливі; чітко висловити критичні зауваження, або погані передчуття, або зневіру, або переконання, які на власну думку стосуються підходу більшості – це дійсно неперевершене задоволення»⁴.

Друга конституційна цінність, яка визначає важливість окремої думки, а саме забезпечення незалежності суддів, має два виміри: внутрішньої та зовнішньої незалежності⁵. Перший вимір полягає у незалежності судді від своїх колег, а другий – від інших гілок влади. Інститут окремої думки забезпечує те, що суддя при розгляді справи відповідає лише перед своєю свідомістю і сумлінням: «... можливість висловити окрему думку звільняє [суддів] від тиску дотримуватися поглядів, які вони фактично не поділяють, та забезпечує, що вони здатні дотриматися зобов'язання, що міститься в їх суддівській присязі»⁶. Таким же чином Дж. Альдер обґрунтовує, що інститут окремої думки забезпечує рівність між суддями, адже жодна точка зору не утискається⁷.

¹ Див.: Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/1-v/2016-06.pdf>.

² Див.: Lynch A. Is Judicial Dissent Constitutionally Protected? / A. Lynch // *Macquarie Law Journal*. – 2004. – Vol. 4. – P. 81; Little R. Reading Justice Brennan: Is There a 'Right' to Dissent? / R. Little // *Hastings Law Journal*. – 1999. – Vol. 50, No. 4. – P. 683; Vitale D. The Value of Dissenting Constitutional Adjudication: A Context-Specific Analysis / D. Vitale // *Review of Constitutional Studies / Revue d'études constitutionnelles*. – 2014. – Vol. 19, No. 1. – P. 86.

³ L'Heureux-Dubé C. The Dissenting Opinion: Voice of the Future? / C. L'Heureux-Dubé // *Osgoode Hall Law Journal*. – 2000. – Vol. 38, No. 3. – P. 503.

⁴ Scalia A. The Dissenting Opinion / A. Scalia // *Journal of Supreme Court History*. – 1994. – Vol. 19, No. 1. – P. 42.

⁵ Див.: Laffranque J. Dissenting Opinion and Judicial Independence / J. Laffranque // *Juridica International*. – 2003. – Vol. 8. – P. 167; Lynch A. Dissent: The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia / A. Lynch // *Melbourne University Law Review*. – 2003. – Vol. 27, No. 3. – P. 738.

⁶ Lynch A. Dissent: The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia / A. Lynch // *Melbourne University Law Review*. – 2003. – Vol. 27, No. 3. – P. 739.

⁷ Alder J. Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices? / J. Alder // *Oxford Journal of Legal Studies*. – 2000. – Vol. 20, No. 2. – P. 240.

Однак не менш важливим, а в українському контексті, ймовірно, найбільш важливим аспектом інституту окремої думки, є її вплив на аргументацію та обґрунтованість судового рішення: окремі думки не тільки допомагають визначити і висвітлити юридичні питання у справі, а й викладають ті аргументи і обґрунтування, на які у більшості, що приймає рішення, виникає потреба відповісти. Тобто навіть сама можливість окремої думки спонукає більшість суду більш ретельно підійти до викладення юридичного обґрунтування свого рішення¹. Як підсумував суддя Конституційного Суду України Станіслав Шевчук, «...окрему думку слід розглядати в більш широкому контексті розвитку конституційного права, а викладені в ній позиції, що обмежують, розширюють, пояснюють наведені в судовому рішенні позиції більшості чи навіть суперечать ним, закладають перспективні напрями такого розвитку. Це особливо важливо у випадках, коли подекуди складний процес формування позиції більшості в суді залишає вирішення значущих конституційно-правових питань на майбутнє або має наслідком формування правових позицій, з яких складно вивести керівний принцип чи положення. Роль окремої думки у подібних випадках полягає у так би мовити інсайдерському коментарі до такого рішення та висвітленні важливих

питань, що розглядалися в нарадчій кімнаті, але через особливості процесу досягнення компромісу серед суддів більшості були обійдені мовчанням або залишені на майбутнє»².

Розглядаючи питання ролі інституту окремої думки в розвитку конституційної юриспруденції, слід перш за все виходити з ролі органу конституційної юрисдикції в демократичному суспільстві. Адже така роль полягає не в узурпації влади над текстом Конституції. Виключне повноваження щодо офіційного тлумачення конституційного тексту та монополія на вирішення питань про відповідність законів та інших правових актів Конституції України визначають фундаментальну функцію Конституційного Суду захищати конституцію, права людини та основні свободи від їх порушень органами державної влади³. Як зазначає А. Барак: «Демократія – це делікатний баланс між правлінням більшості та фундаментальними цінностями суспільства, яким ця більшість підпорядковується... Коли судді тлумачать конституційні положення та визнають нечинними ці шкідливі закони, вони надають силу фундаментальним цінностям суспільства. Таким чи-

² Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/1-v/2016-06.pdf>.

³ Див.: Шевчук С. Європейські стандарти обмеження люстраційних заходів: правовий аспект / С. Шевчук // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 2(45). – С. 32–42.

¹ Ibid.; Vitale D. The Value of Dissent in Constitutional Adjudication: A Context-Specific Analysis / D. Vitale // *Review of Constitutional Studies / Revue d'études constitutionnelles*. – 2014. – Vol. 19, No. 1. – P. 87; Brennan W. In Defense of Dissents / W. Brennan // *Hastings Law Journal*. – 1986. – Vol. 37, No. 3. – P. 430.

ном, вони захищатимуть конституційну демократію та утримуватимуть делікатний баланс, на якому вона заснована»¹. Завданням Конституційного Суду і судової влади в цілому є захист Конституції і забезпечення дотримання законодавцем вказаного обов'язку. Як справедливо вказувала Беверлі Маклохлін, суддя Верховного суду Канади, «Обрані законодавці підпорядковуються Конституції і повинні залишатися в її рамках; це ж стосується і судів. Суди несуть обов'язок вирішувати, чи дотримуються законодавці цього обов'язку. Демократія – дещо більше за популізм, це правомірне здійснення влади, визначеної Конституцією... Коли суди визнають закон неконституційним, вони не обмежують верховенство парламенту. Вони просто тлумачать межі, які встановлені Конституцією щодо парламенту»².

Режим конституційної демократії, що прийшов на зміну парламентській демократії з її «тиранією більшості», визначив формування дискурсивної конституції постмодерної держави³, де, на думку Ю. Габермаса, формальну раціональність змінює процесуальна ра-

ціональність права, що дістає свій вияв у діяльності органів правосуддя⁴. Дискурсивна конституція постмодерної держави визначає нову парадигму легітиматії права: позитивне право у сучасному суспільстві є легітимним за умов відсутності порушення або диспропорційного обмеження конституційних прав та свобод, а також його відповідності конституційним нормам, принципам та цінностям. Тобто призначення конституційних судів у сучасному суспільстві полягає в забезпеченні функціонування нової ціннісно-орієнтованої парадигми права. Як зазначив Конституційний суд Чехії, «Конституція є не просто мапою установ та процедур; вона містить у своєму тексті певні керівні ідеї, що виражають основоположні непорушні цінності демократичного суспільства, які зв'язують навіть законодавця»⁵.

Разом з тим дискурсивна конституція постмодерну обертається навколо конституційного тексту: «Особливе значення дискурсивних практик в європейській цивілізації сформувалося в силу особливого значення, яке має текст. Власне з огляду на таке значення тексту в історії європейської цивілізації розвинулося розуміння і поняття конституції та конституціоналізму. Саме в цьому аспекті слід шукати корені сучасного розуміння конституції як дискурсу, що еволюціонувало з розуміння конституції як тексту... [Т]екст є альфою і оме-

¹ Barak A. Foreword: A Judgeon Judging: The Role of Supreme Courtin a Democracy / A. Barak // Harvard Law Review. – 2002. – Vol. 116. – P. 49–50.

² McLachlin B. Charter Myths / B. McLachlin // University of British Columbia Law Review. – 1999–2000. – Vol. 33, No. 1. – P. 31.

³ Водяніков О. Між Левіафаном і Бегемотом: Конституція-дискурс і кримінальне право в умовах постмодерну / О. Водяніков // Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи : зб. тез Першого Львів. форуму з крим. юстиції. – К. : ВАІТЕ, 2015. – С. 17, 21.

⁴ Dyzenhaus D. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Hellerin Weimar / D. Dyzenhaus. – Oxford : Oxford University Press, 1997. – P. 101.

⁵ Judgment of the Constitutional Court of Czech Republic Pl.US 19/93, dated 21 December 1993.

гою сучасного права незалежно від підходів, категорій та концепцій конкретної правової системи. Текст є якорем права»¹. Дискурсивність конституції з такої точки зору одночасно і обмежує інтерпретаційну дискрецію конституційного судді, і розширює інструментарій виведення змісту, адже вона не є нейтральним посередником у формуванні та поширенні цінностей, змісту та знання, які існують поза її рамками, дискурсивність є тим фактором, що їх формує; дискурс становить зміст².

Окрема думка судді – невід’ємний інструмент у подоланні «тиранії більшості», важлива частина конституційного дискурсу, форма діалогу з суддями, правниками, суспільством, як теперішніми, так і майбутніми, з важливих питань, що постали в конституційному провадженні. З точки зору дискурсивної парадигми сучасного конституціоналізму інститут окремої думки в конституційній юриспруденції виконує додаткову функцію легітимації як самого органу конституційної юрисдикції в демократичній державі, так і тієї експлікації конституційного тексту, що міститься в його рішеннях.

Вплив якісної, обґрунтованої окремої думки на формування юридичного дискурсу в державі, а подекуди і за її межами, важко переоцінити, адже мо-

ральний, правовий і науковий світ, в якому народжуються правові ідеї, концепції, принципи та теорії, не є статичним. Позиція судді, викладена в окремій думці, може згодом стати позицією більшості суду при здійсненні конституційного судочинства, як це мало місце з окремою думкою судді Верховного суду США Гарлана у справі *Plessy v. Ferguson*, в якій він відкинув концепцію расової сегрегації³, і яка майже півстоліття пізніше була покладена в основу рішення більшості у справі *Brown v. Board of Education*⁴. В умовах глобалізації і поглиблення зв’язків між органами конституційної юрисдикції різних країн окрема думка стає інструментом глобального судового діалогу, взаємних впливів і запозичень. Вже хрестоматійним прикладом⁵ щодо цього є окрема думка судді Верховного суду США В. Бренана у справі *Gregg v. Georgia*⁶, яка стала керівним прецедентом при вирішенні справи *S. v. Makwanyane and Another* у Конституційному суді Південно-Африканської Республіки⁷.

Підсумовуючи, слід навести думку судді Конституційного Суду України С. Шевчука, в якій викладена квінтесенція ролі інституту окремої думки

³ *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537, 552 (1896) (Harlan, J., dissenting).

⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954).

⁵ Див.: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – С. 372.

⁶ *Gregg v. Georgia, Proffitt v. Florida, Jurek v. Texas, Woodson v. North Carolina, and Roberts v. Louisiana*, 428 U. S. 153 (1976) (Brennan J., dissenting).

⁷ *S. v. Makwanyane and Another*; Constitutional Court, South Africa 1995, CCT 3/1994, 1995 (6) BCLR 665 (CC), (per Chaskalson J.).

¹ Водянніков О. Між Левіафаном і Бегемотом: Конституція-дискурс і кримінальне право в умовах постмодерну / О. Водянніков // Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи : зб. тез Першого Львів. форуму з крим. юстиції. – К.: ВАІТЕ, 2015. – С. 12.

² Discourse // Barker C. The SAGE Dictionary of Cultural Studies / C. Barker. – London, Thousand Oaks, New Dehli : SAGE Publications, 2004. – P. 54–55.

в розвитку сучасного конституційного права: «Окрема думка є тим маркером, який визначає подальшу науково-практичну дискусію, формує дискурс суспільно-політичного діалогу з важливих конституційних питань, який відбувається на різних рівнях і між різними групами: суддями Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції, законодавцями, урядовими юристами та всією небайдужою громадськістю. Адже особливістю конститу-

ційної юстиції завжди є те, що головним у цьому дискурсі є народ як носій установчої влади. І в рамках такого діалогу значення окремої думки є особливим»¹.

¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України // Вісн. Конституц. Суду України. – 2015. – № 4. – С. 54–55.