

ОКРЕМА СУДДІВСЬКА ДУМКА: ЦІННІСТЬ ЧИ ЗЛОВЖИВАННЯ, АНАЛІТИЧНИЙ ЕКСКУРС

DISSENTING OPINION OF A JUDGE: VALUE OR ABUSE, ANALYTICAL EXCURSION

Корецька В.В., к.ю.н.,
доцент кафедри права

Луцький національний технічний університет

Дослідження присвячено з'ясуванню питання існування окремої суддівської думки, виявлення позитивних та можливих негативних моментів в її існуванні через призму аналізу еволюції окремої думки від інакомислення до сучасності, використовуючи висловлювання та твердження як суддів, що були такими в різні частини так і теоретиків. В ході дослідження встановлено, що особлива думка судді з погляду його юридичної природи є певною гарантією незалежності судді, що дозволяє йому в рамках існуючих принципів судочинства та верховенства права вчиняти суддівський розсуд. Ця характеристика є спільною для особливої думки судді в різних видах судочинства, і дозволяє відмежувати аргументи доцільності закріплення його в правовій системі (оскільки вони містять відомий парадокс, будучи застосовними для аргументації протилежних точок зору) від аргументів юридичного характеру, що дозволяють оцінювати послідовність регулювання в рамках конкретної правової системи. Визначено, що основним документами, що гарантують судді можливість виносити окрему думку, є Конституція України, де закріплено тезу, що незалежність і недоторканність судді гарантуються і вплив на суддю у будь-який спосіб забороняється. Суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. В ході аналізу певних окремих думок, а також висловлювань відомих суддів, адвокатів та теоретиків права виокремлено як позитивні так і негативні моменти у існуванні окремої думки. Позитивними серед них можна назвати такі: незалежність окремого судді; можливість висловлювати свою власну позицію; можливість судді для вираження нових та альтернативних ідей та підходів до розуміння права; допомога державі в особі органів влади належним чином звертати увагу на існуючі недоліки в системі правил поведінки. Серед недоліків: здійснення правосуддя можливе і без окремої думки, тобто її існування є необґрунтованим; окрема думка, як напад на рішення суду; окрема думка, як бажання судді довести свою правоту за будь-яку ціну.

Ключові слова: окрема думка, верховенство права, суд, суддя, права та обов'язки, право, держава.

The study is devoted to clarifying the issue of the existence of a separate judicial opinion, identifying positive and possible negative aspects in its existence through the prism of analyzing the evolution of a separate opinion from dissent to the present, using the statements and statements of both judges, who were such in different parts, and theorists. In the course of the study, it was established that the dissenting opinion of a judge in terms of its legal nature is a certain guarantee of the independence of a judge, which allows him/her to exercise judicial discretion within the framework of the existing principles of justice and the rule of law.

This characteristic is common to the dissenting opinion of a judge in different types of legal proceedings, and allows us to distinguish the arguments of the expediency of its consolidation in the legal system (since they contain a certain paradox, being applicable to the argumentation of opposing points of view) from the arguments of a legal nature that allow assessing the consistency of regulation within a particular legal system. It is determined that the main documents guaranteeing a judge the opportunity to make a dissenting opinion are the Constitution of Ukraine, which enshrines the thesis that the independence and immunity of a judge are guaranteed and influence on a judge in any way is prohibited. A judge, in administering justice, is independent and guided by the rule of law.

In the course of the analysis of certain individual opinions, as well as the statements of well-known judges, lawyers and legal theorists, both positive and negative aspects in the existence of a separate opinion are highlighted. The following can be mentioned as positive among them: the independence of an individual judge; the ability to express one's own position; the judge's ability to express new and alternative ideas and approaches to understanding the law; assistance to the state, represented by the authorities, to pay due attention to the existing shortcomings in the system of rules of conduct. Among the disadvantages: the administration of justice is possible without a dissenting opinion, that is, its existence is unfounded; dissenting opinion as an attack on a court decision; A separate opinion, as the desire of the judge to prove his rightness at any cost.

Key words: dissenting opinion, rule of law, court, judge, rights and duties, law, state.

Починаючи майже зі створення судів, що складаються з більшості суддів, окрема думка судді та її належне місце в судових рішеннях були предметом обговорення багатьма суддями, адвокатами, практикуючими юристами та науковцями теоретиками. В одних судах, до прикладу, Верховному суді Сполучених Штатів окрема думка суддів була, з самого початку, досить поширеним явищем. В інших, в умовах держави, що історично складалася, наприклад, колишній радянській системі, окрема думка судді була забороненим явищем.

Відповідно до Конституції України, зокрема, ст. 126 та ст. 129 вказано, що «незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією і законами України. Вплив на суддю у будь-який спосіб забороняється. Суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права» [1]. Отже, інститут окремої думки судді присутній у багатьох видах судочинства.

Як вбачається з аналізу чинного законодавства, а також статті 2 Кодексу суддівської етики (затвердженого 22.02.2013 на XI черговому з'їзді суддів України), що «Суддя має уникати будь-якого незаконного впливу на його діяльність, пов'язану зі здійсненням правосуддя,

та бути незалежним від своїх колег у процесі прийняття рішень» [2].

Сьогодні, закріплене визначення окремої думки судді прослідковується в Порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень п. п. 15 п. 1 розділу I (затверджений Рішенням Вищої ради правосуддя від 19.04.2018 № 1200/0/15-18) «окрема думка судді – це сформований суддею письмовий документ, який є формою визначення власної позиції судді в разі незгоди з прийнятим (наданим) рішенням (висновком) або викладенням обставин, що доповнюють мотивувальну частину рішення (висновку). Окрема думка відображає правову позицію судді у конкретній справі, яка розглядалась судом, та спрямована на заперечення, уточнення або обґрунтування висновків у рішенні суду» [3].

Історично склався той факт, що з початку створення судів, кожен суддя мав право висловлювати свої індивідуальні погляди на справу, які були зафіксовані в їх офіційних окремих думках. Однією з найперших в історії була окрема думка судді Джонсона. Він так її охарактеризував: «мені нещасно не погоджуватися з думкою, якої дотримується решта суду з цього приводу, але я зобов'язаний

прийняти рішення згідно з велінням мого власного суду» [6]. Це твердження свідчить про те, що з самого початку окрема думка судді була проявом його незалежності і можливості діяти в межах закону та верховенства права застосовуючи власний суддівський розсуд, певною мірою, як напишуть сучасні теоретики – діяти в межах суддівської дискреції.

Мета нашого дослідження полягає в тому, щоб з'ясувати основні позитивні та можливі негативні моменти при написанні та опублікуванні окремої суддівської думки. Для цього поведемо короткий аналіз окремих думок в деяких справах і в різних країнах. Так, до прикладу, в перші роки існування судової системи в США кожен суддя висловлював свої індивідуальні погляди на кожну справу, і ці погляди були зафіксовані як їхні офіційні думки. Наймолодший суддя спочатку озвучував свої погляди, потім слідкував за думкою інших і так далі за ієрархією аж до Голови Верховного Суду. Така практика існувала в більшості судів, де справи розглядалися колегіально і окремі думки виносились на конференцію [5]. Сам факт того, що так багато окремих думок того часу починаються з виправдання, що має характер вибачення, свідчить про відсутність обґрунтування для їх виголошення. Безперечно, державній посадовій особі, на яку покладено обов'язок вирішити питання, належним чином представлене для вирішення, не потрібно виправдовувати свою незгоду зі своїми товаришами.

Як правило, коли рішення суду оголошуються з лави суддів, узагальнюється лише думка більшості. Окремі думки, що збігаються або не погоджуються, відзначаються, але не описуються. Тому незгода, представлена в усній формі, привертає негайну увагу. Це свідчить про те, що, на думку незгодних, думка Суду є не просто неправильною, а й край помилковою [8]. Практика існування окремої думки або інакомислення, як їх називали в той час, навряд чи є універсальною. У цивільно-правовій традиції, яка панує в Європі та в країнах, які колись контролювалися континентальною державою, суди – принаймні ті, що належать до звичайної судової ієрархії – виносили колективне рішення, відлите стилізованою, знеособленою мовою. Автор судового рішення не названий і не може бути ідентифікований іншим чином. Розбіжності, якщо вони існують, як це іноді буває, не розкриваються.

Британська традиція загального права лежить на протилежному полюсі. В апеляціях у цій традиції умовно взагалі не було «думки для суду». Натомість судді, які розглядали справу, склали свої індивідуальні думки, які в сукупності виявили позицію суду. Зміни у британській практиці та в деяких європейських трибуналах зблизили ці різні системи. Наприклад, Європейський суд з прав людини, розташований у Страсбурзі, публікує підписані окремі думки [9].

А в деяких конституційних судах, створених за кордоном після Другої світової війни, викривають інакомислення. Але, за великим рахунком, історичні традиції зберігаються. Тогочасна правова система займає золоту середину між континентальними та історичними нормами і ідея видавати послідовні і логічні висновки зберігалася. Кожен суддя говорив сам за себе, коли виносив щось більше, ніж ухвалу [7, с. 120]. Але Джон Маршалл вважав практику «кожен сам за себе» недоцільною [11, с. 186]. І як наслідок, він започаткував нову традицію винесення рішень в єдиній думці для Суду. Думки, які говорять на користь Суду, залишаються звичаєм у деяких країнах і сьогодні. Але право кожного судді писати окремо зберігається. Те, що є правильним для однієї системи та суспільства, може бути неправильним для іншої. Вважається, що безіменне, стилізоване судження та недопущення інакомислення (окремої думки) сприяють сприйняттю громадськістю закону як надійно стабільного та безпечного. Традиція загального права, з іншого боку, цінує неза-

лежність окремого судді говорити своїм власним голосом і прозорість судового процесу.

Без сумніву, суд може викликати більшу повагу та надати чіткіші вказівки, коли він говоритиме одним голосом. При цьому, на нашу думку, суддя, розмірковуючи про публікацію окремої думки, завжди повинен запитувати себе: чи справді ця незгода чи згода потрібні? Так до прикладу, у справі *Brown v. Board* (про освіту в міжнародному контексті) всі дев'ять суддів підписали одну думку, в якій чітко зазначено, що «Конституція не терпить законодавчо закріпленої сегрегації в школах країни» [12, с. 137].

Переходячи в більш загальному плані до ролі різних окремих думок в правовій системі, можна адаптувати одне з добре відомих висловів Джона Локка до правового контексту: «нові погляди в праві часто є підозрілими і їм протистоять з тієї єдиної причини, що їх не поділяє більшість представників професії» [13, с. 198].

Проте суспільство постійно знає трансформації. Чи то з появою нових технологій, чи то з глобалізацією, чи то зі зростанням мультикультуралізму відбувається еволюція юридичної думки. Це призводить до того, що окремі думки можуть надати суддям цінний засіб для вираження нових та альтернативних ідей та підходів, не заходячи так далеко, щоб негайно змінити статус. Так, до прикладу, коли справи стосувалися приватного права та розподілу повноважень між органами, можемо говорити про певну роль окремої думки у вищевказаному контексті. Хоча окремі думки перших десятиліть існування судів час від часу спрямовували закон у новому напрямку, вони, як правило, не захоплювали увагу юридичної професії чи громадськості. Однак у 1970-х роках різні думки почали привертати більше уваги, оскільки вони займалися такими питаннями, як економічне становище жінок і права обвинуваченої в кримінальному праві.

Незгода може стосуватися або результату, якого досягла більшість при застосуванні закону, або принципів права, на яких ґрунтується цей результат. Остання форма окремої думки представляє для нас особливий інтерес, оскільки вона, швидше за все, матиме значний вплив на закон у майбутньому, ніж окрема думка, яка заперечує лише результат. Слід також зазначити, що в деяких правових системах може існувати кілька окремих думок, які взаємно погоджуються або не погоджуються один з одним. Це може призвести до рішення про «множинність» (думка, яку підтримує найбільша кількість суддів), що супроводжується іншими думками, які можуть узгоджуватися в результаті, але не щодо методу, за допомогою якого досягається результат. Він Суддя Бренон з цього приводу припустив, що «окрема думка також захищає цілісність судових установ, вимагаючи від більшості обґрунтувати обґрунтування та наслідки свого рішення» [10, с. 419]. Однак насправді більшість окремих думок не повністю відповідають цьому опису. Це може бути пов'язано з тим, що вони, по суті, висуюють той самий аналіз (якщо не той самий результат), що й рішення більшості, або тому, що бачення закону, який вони пропонують, є дещо прогресивніший, ніж того очікує суспільство.

Якщо розглядати переваги і позитивні моменти, то насправді окремі думки можуть бути дуже корисними, оскільки порушують питання нового бачення галузі права і можуть визначати низку моментів, які потребують подальшого вивчення, хоча сторонам і судам ще занадто рано передбачати всі можливі наслідки підходу більшості. В таких випадках окремі думки судді є запрошенням до діалогу про розвиток законодавства у цих сферах. Багато незгодних суддів фактично вказують на цей дуже важливий аспект інакомислення, підкреслюючи, що окремі думки часто призначені більше для юридичних умів завтрашнього дня, ніж для тих, хто сьогодні. Важливо, щоб суди та судді могли встановлювати діалог з майбутніми поколіннями та припускати, що закон може розви-

ватися всередині країни також через законодавчу реформу. Без цієї здатності до внутрішнього оновлення суди ризикують сприйматися як перешкода для змін, а не як життєздатний форум для отримання правового захисту від несправедливості.

Таким чином, окремі думки можуть закласти основи для майбутніх рішень, які будуть поступово конструйовані особами, зацікавленими в розробці нових підходів до існуючого права. Таким чином, вони допомагають налагодити плідний діалог між судами, науковцями, законодавчими органами та майбутніми поколіннями правників.

Може статися так, що у справах, пов'язаних з важливими суспільними питаннями, на які значною мірою вплинула зміна економічних і політичних умов, окремі думки можуть мати цінність, оскільки вони пропонують органам держави в новий спосіб застосовувати правила. За таких умов різні думки можуть мати велику цінність.

Право повинно виконувати парадоксальну функцію забезпечення як стабільності, так і гнучкості суспільства: стабільності, забезпечувати розумний ступінь визначеності і безперервності; гнучкості, щоб сприяти прогресу. Право стійке в тих точках, де розумна думка погоджується з тим, що це таке, а гнучке там, де розумна думка розходиться щодо того, що це таке. Окрема думка виконує функцію раціоналізації пружного елемента в праві. Це твердження наводить на висновок про те, що окремі думки є надзвичайно цінними, часто набагато ціннішими, ніж думка більшості в тій самій справі, практично завжди кориснішими, ніж шкідливими, і лише в дуже рідкісних випадках, якщо взагалі коли-небудь, відверто образливими [4, с. 206].

Що стосується поглядів на негативну сторону, то тут можна також навести аргументи.

Суддя Вільям А. Боуен стверджує, що: «...Окрема думка є з усіх суддівських помилок найбільш шкідливою. Її вплив на суспільну повагу до судів важко перебільшити. На щастя, громадська думка має звичку вважати судову владу гідним і безпечним сховищем усієї правової мудрості. Але ця повага мусить зазнати сумного потрясіння, коли кожен суд розділяється сам проти себе, і кожна справа виявляє дилетантську непевність суддівського розуму. Не слід мріяти, що всі люди повинні мати одну думку» [14].

Якщо притримуватись поглядів про негативну сторону окремої суддівської думки, то можна припустити, що якщо окрема думка взагалі завдає шкоди, то, на жаль, так буде і в тих справах, які мають найбільшу суспільну вагу. Річ у тім, що в історичних справах, яких лише кілька разів налічують століття, наші суди були найнемічнішими, найхиткішими і найзаплутанішими. З багатьох шкідливих аспектів окремої думки одним з найбільш руйнівних є те, що, наголошуючи на особистому складі судів, вона підриває їхній великий анонімний авторитет.

Окрема думка – це ще одна думка. В цьому контексті напрошується висновок про можливість здійснення правосуддя, може й краще, і без написання окремих думок у дуже великій більшості випадків. При цьому роль окремої думки можна оцінити як потрібну тільки тоді, коли вона стосується принципу права, який є новим у справі і який був повністю проігнорований більшістю суду. Окремі думки в негативному контексті можна розглядати як напад на рішення суду. Вони не скасовують рішення і не змінюють прав сторін, які, звичайно, пов'язані самим цим судовим рішенням. Їхня мета полягає в тому, щоб дискредитувати висновок, якого дійшов суд, і таким чином позбавити його тієї поваги як сторін, так і громадськості, яка є дійсною необхідною для здійснення закону через суди. Коли про рішення суду говорять з неповагою, тому що воно було прийнято з окремою думкою, то неповага, яка виражається таким чином, насправді є неповагою до того, що стало законом.

Бувають випадки, коли суддя, який вносить окрему думку, має настільки власні тверді переконання в теорії права, живе в дусі моральних принципів, завжди відстоює свою позицію, то для того, щоб він міг «жити з собою в гармонії» вносить окрему думку, використовуючи це право. Зусилля такого незгодного судді завжди спрямовані на те, щоб показати, що він правий, а більшість помиляється. При цьому він використовує всі свої здібності та знання, які міг присвятити суспільному благу, щоб дискредитувати рішення суду, членом якого він є. В такому випадку чи не доречніше надати йому можливість написання публічної доповіді чи наукової статті?

Ми твердо переконані, що окремі думки є надзвичайно цінними для професії і вони роблять великий внесок у розвиток права. Навіть з погляду педагогічного – різні думки дуже допомагають представити обидві сторони правового питання. Дають поштовх до розширеного пізнання і розуміння ситуації, що склалася з різних боків. При цьому це яскрава і вправна можливість, діючи в межах чинних правил реалізовувати принцип верховенства права в новий інакомислячий спосіб. Крім того, окрема думка опосередковано дає відповіді на питання: чи добре сприйняті будь-які або всі ці заперечення? чи не зменшують вони довіру суспільства до суду? Без сумніву, вони певною мірою це роблять, особливо коли йдеться про широку громадськість, яка не думає. Для тих, хто знає, що закон не є точною наукою і його не можна зробити таким, сумнівно, що окрема думка коли-небудь послабить повагу до суду. По суті, такі думки повинні бути як для вдумливого читача, так і для учасників судового процесу доказом того, що поставлені питання були ретельно і серйозно розглянуті, і це переконання повинно сприяти розвитку поваги. Чим більша кількість суддів у суді, тим більша ймовірність розбіжностей у поглядах. Навряд чи можна очікувати, що будь-який поважаючий себе суддя погодиться з кожним висновком, з яким він не погоджується.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>
2. Кодекс суддівської етики, затверджений 22.02.2013 на XI черговому з'їзді суддів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001415-13#Text>
3. Порядок ведення Єдиного державного реєстру судових рішень, затверджений Рішенням Вищої ради правосуддя від 19.04.2018 №1200/0/15-18. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1200910-18#Text>
4. С. L'Heureux-Dubé, "The Length and Plurality of Supreme Court of Canada Decisions" (1990) 28 Alta. L Rev. 581
5. Associate Justice, Supreme Court of the United States. Presentation to the Harvard Club of Washington, D.C., on December 17, 2009.
6. Epstein, Landes, Posner: Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis, Spring 2011: Volume 3, Number 1 URL: <https://academic.oup.com/jla/article/3/1/101/857942>
7. Judge, United States Circuit Court of Appeals, Seventh Circuit, Chicago, Illinois. Georgia v. Brailsford, 2 U. S. 402 (1792). (120)
8. Statistics for the Supreme Court's October Term 2008, SCOTUSBLOG (June 30, 2009), URL: <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2009/07/summary-memo-final.pdf>.
9. M.D. Kirby, Judicial Dissent—Common Law and Civil Law Traditions, 123 L.Q. REV. 382, 395 (2007), available at http://www.hcourt.gov.au/speeches/kirby/kirbyj_06.pdf.
10. Chisholm v. Georgia, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).
11. See Karl M. ZoBell, Division of Opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration, 44 CORNELL L.Q. 186, 193 (1959).
12. Justice Ruth Bader Ginsburg, Brown v. Board of Education in International Context, 36 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 493 (2005)
13. J. Locke, An Essay Concerning Human Understanding (Oxford: Clarendon Press, 1894, 493).
14. Bowen, Dissenting Opinions (1905) 17 GREEN BAG 690. Missouri Law Review, Vol. 3, Iss. 2 [1938], Art. 2 URL: <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol3/iss2/2>