

4. Про місцеве самоврядування. Закон від 21.05.1997 № 280/97-ВР. / Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1997. № 24. ст.170. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>
5. Конституція України, Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. / Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. ст. 141. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show>
6. Про добровільне об'єднання територіальних громад, Закон України від 05.02.2015 № 157-VIII. / Відомості Верховної Ради (ВВР). 2015, № 13, ст.91 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-19>
7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо децентралізації повноважень у сфері архітектурно-будівельного контролю та удосконалення містобудівного законодавства: Закон України № 320-19 від 9 квітня 2015 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/320-19>.
8. Аналіз положень Коаліційної угоди у сфері земельних відносин. Земельна спілка України. URL: <http://zsu.org.ua/novosti/sobytiya1assotsiatsii/10515-analiz-polozhen-koalitsijnoi-ugodi-u-sferi-zemelnihvidnosin>

УДК 342.56

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ФЕНОМЕНУ ОКРЕМОЇ ДУМКИ СУДДІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

COMPARATIVE AND LEGAL ANALYSIS OF THE PHENOMENON OF A SEPARATE OPINION OF THE JUDGE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Сподарик М.Б., головний консультант
відділу порівняльних досліджень

Управління порівняльно-правового аналізу
Секретаріату Конституційного Суду України

Стаття присвячена феномену окремої думки судді Конституційного Суду України, а також судді Європейського Суду з прав людини. Значна увага була приділена підставам висловлення окремих думок суддями, як і наслідкам, до яких може призвести сам факт існування окремої думки щодо рішень, прийнятих колегіальним органом. Частина дослідження присвячена аналізу нормативно-правового регулювання окремих думок, як у Конституційному Суді України, так і в ЄСПЛ, зокрема його недолікам.

Ключові слова: Конституційний Суд України, Європейський Суд з прав людини, окрема думка.

Статья посвящена феномену особого мнения судьи Конституционного Суда Украины, а также судьи Европейского Суда по правам человека. Значительное внимание было уделено основаниям высказывания отдельных мыслей судьями, как и последствия, к которым может привести сам факт существования особого мнения относительно решений, принятых коллегиальным органом. Часть исследования посвящена анализу нормативно-правового регулирования отдельных мыслей, как в Конституционном Суде Украины, так и в ЕСПЧ, в частности его недостаткам.

Ключевые слова: Конституционный Суд Украины, Европейский Суд по правам человека, особое мнение.

The article is devoted to the phenomenon of separate opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine, as well as the judge of the European Court of Human Rights. Considerable attention was paid to the grounds for expressing separate opinions of judges, as well as the consequences that may arise from the very existence of a separate opinion on decisions made by a collegial body. Part of the research is devoted to the analysis of regulatory and legal framework of individual opinions, both in the Constitutional Court of Ukraine and in the ECHR, in particular its shortcomings.

In spite of the fact that separate opinions do not have a binding legal effect, their role cannot be underestimated. The opinions of scholars on this subject are divergent, since some of them consider separate opinion as an instrument that undermines the collegial integrity of the court, and also points to the existing disagreements between judges in a particular case. On the other hand, separate opinions are an instrument that provides discussion with the legal environment and society on controversial issues.

In the ECHR, a separate opinion of judges has its own peculiarities, but it plays practically the same role as a separate opinion of a judge of the body of constitutional jurisdiction. Also, not being obligatory, it has a doctrinal value, and it can be considered an element of the independence of each judge.

Key words: Constitutional Court of Ukraine, European Court of Human Rights, separate opinion.

Норма права, яка надає судді можливість публікувати окрему думку, в якій він погоджується або не погоджується з думкою більшості, присутня у законодавстві майже всіх країн Європейського Союзу (далі – ЄС). Проведене дослідження свідчить про те, що станом на сьогодні є зростаюча тенденція до більш детального врегулювання цієї можливості, особливо у конституційних судах.

В Україні нам відомо вкрай мало про те, що відбувається у нарадчій кімнаті чи у залі засідань, коли судді обговорюють справу та приймають рішення у ній. Обговорення є конфіденційними, зважаючи, зокрема, але не виключно на правило таємниці нарадчої кімнати, а судді не мають права розголошувати будь-які відомості. Отже, все, що ми маємо змогу оцінити – результат розгляду справи у письмовому вигляді. Іноді судді надають інформацію з

приводу результатів голосування, що передбачає кількість голосів «за» та «проти». Найбільш індивідуалізована річ, до якої громадськість має доступ – це окрема думка судді, якщо така була викладена, адже вона містить ім'я особи (або осіб), яка її написала.

З юридичної точки зору, окрему думку можна поділити на два різновиди. Так, окрема думка згоди (*concurring opinion, concurrence*) – це коли суддя приєднується до думки більшості, однак висловлює власні міркування щодо мотивувальної частини рішення. Тоді як окрема думка незгоди (*dissenting opinion, dissent*) має місце, коли суддя не погоджується з рішенням більшості або одного судді / суддів, що складають колегію.

Так, відповідно до статті 93 Закону України «Про Конституційний Суд України» суддя, який підписав рішення,

висновок, ухвалу про відмову у відкритті конституційного провадження у справі або про закриття конституційного провадження, може викласти окрему думку у строки, встановлені Регламентом. Суддя викладає окрему думку у письмовій формі, що додається до відповідного акту Суду та без зволікання оприлюднюється на офіційному веб-сайті Суду [1].

Відповідно, у §74 Регламенту Конституційного Суду України зазначено, що суддя, який підписав рішення, висновок, ухвалу про відмову у відкритті конституційного провадження у справі або про закриття конституційного провадження у справі, може викласти у письмовій формі свою окрему думку не пізніше дванадцятого робочого дня з дня ухвалення рішення, надання висновку, постановлення ухвали. Суддя викладає окрему думку у письмовій формі. Окрема думка Судді додається до відповідного акту Суду та без зволікання оприлюднюється на веб-сайті [2].

Беручи до уваги здійснений під час проведення дослідження аналіз, слід звернути увагу, що деякі країни, включно з Україною, у своєму законодавстві під словосполученням «окрема думка» (*dissenting opinion*) розуміють однаково як окрему думку згоди, так і окрему думку незгоди, не беручи до уваги факт незгоди виключно з рішенням по суті чи лише з його аргументацією. Проте, суто з тексту окремої думки і того, як суддя викладає свою позицію, є можливість поділити окремі думки на вищезгадані наявні у доктрині та практиці інших країн категорії.

Наприклад, одна з останніх окремих думок – є окрема думка судді М.І. Мельника стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (у частині скасування депутатської недоторканності) (реєстр. № 6773) вимогам статей 157 і 158 Конституції України [3]. Виходячи зі змісту цієї окремої думки, очевидним є те, що вона належить до окремих думок незгоди, або так званих *dissenting opinions*, коли суддя не просто погоджується з аргументацією колегіального органу, але і з самим висновком по суті. Такою ж є і окрема думка судді С.В. Саса щодо цього Висновку Конституційного Суду України [4]. Що стосується окремих думок згоди, або *concurring opinions*, то їх значно менше, ніж думок, в яких висловлена незгода з колегіальним рішенням. Так, однією з останніх окремих думок такого виду є окрема думка судді І.Д. Сліденка стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум» [5]. Суддя, окрім іншого, цитує «констатував той факт, що застосована аргументація має компромісний характер та не відображає сутнісних сторін справи; усвідомлюючи необхідність удосконалення та доповнення мотивації Рішення та усіяло підтримуючи резолютивну частину Рішення...» висловив свою окрему думку.

Не менш важливий аспект, на який слід звернути увагу при здійсненні дослідження інституту окремої думки судді Конституційного Суду України – це оцінка їх впливу, ролі та функціоналу. З цього приводу є велика кількість позицій як вітчизняних, так і зарубіжних учених. Проаналізуємо деякі з них.

Попри те, що окрема думка судді Конституційного Суду України не має обов'язкового значення, а отже, не породжує юридичних наслідків, надання суддям Конституційного Суду України такого права відіграє значну роль. Основним питанням, що при цьому виникає, є визначення доречності існування ситуації незгоди окремого судді Конституційного Суду з рішенням або висновком даного колегіального органу. Висловлюються зауваження, що чим більше окремих думок суддів, які принципово не збігаються з рішенням Суду, тим більш спірним є таке рішення, й тим меншою буде у майбутньому його регулююча сила [6, с. 170].

Неприйняття інституту окремої думки деякі автори аргументують тим, що гласність окремої думки створює небезпеку використання розбіжностей правових позицій суддів у політичних цілях і проникнення у цей інститут політичного популізму, а також тим, що вона шкодить авторитету конституційного суду, руйнує його образ одностайного суду [7, с. 13]. Частка правди є у всіх цих позиціях. Наявність великої кількості окремих думок, яку можна спостерігати останнім часом у практиці Конституційного Суду України, не сприяють збільшенню авторитету органу конституційної юрисдикції у країні. З іншого боку, якщо суддя написав окрему думку на сумнівне, з точки зору конституційності, рішення – то така думка, імовірно, матиме позитивний вплив на авторитет окремого судді. Адже, як зазначив якийсь суддя Конституційного Суду М. Мельник: «Окрема думка важлива, адже вона виступає як інструмент діалогу з правовим середовищем, з суспільством. Вона дає можливість показати особливості обставин розгляду справи, які не можна побачити у самому рішенні».

Повертаючись до питання авторитету Конституційного Суду як колегіального органу, то, як зазначає Г. Штайнбергер, «вимога до Суду говорити «в один голос» надає чіткість заявам з питань конституційного права. З іншого боку, дозвол членам Суду публікувати окремі думки може продемонструвати широкий спектр юридичної аргументації, який можна розглядати як одну з демократичних рис конституційної юрисдикції. Це також може сприяти науковим дискусіям з питань конституції, допоможе виявити суперечності в аргументації» [8].

До позитивних ознак окремої думки судді Конституційного Суду України як такої слід також віднести і те, що обґрунтована окрема думка судді Конституційного Суду України 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 [9, с. 60]. Окрім того, окрема думка судді Конституційного Суду України без сумніву має доктринальне значення, часто її вважають елементом незалежності суддів, способом реалізації принципів їх вільного волевиявлення та рівноправ'я, та фактором, що сприяє зростанню рівня професіоналізму та відповідальності суддів.

Видається, що аргументів «за» є стільки ж, скільки аргументів «проти», а то й більше. І навіть попри існування аргументованих позицій прихильників обох сторін, сам факт існування окремої думки є вже усталеною європейською практикою, зокрема в органах конституційної юрисдикції.

Інститут окремої думки судді існує не лише у національних судах, але і в Європейському Суді з прав людини (далі – ЄСПЛ). Він бере свій початок зі статті 45 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), в якій зазначається, що якщо рішення у справі повністю чи частково не виражає одностайну думку суддів, то кожний суддя має право викласти окрему думку. Надалі таке право отримало своє нормативне закріплення у частині 2 правила 74 Регламенту ЄСПЛ, в якому вказано, що будь-який суддя, який брав участь у розгляді справи, має право додати до рішення або свою окрему думку, що збігається чи розходиться з рішенням, або просто констатацію своєї незгоди [11]. Як бачимо, Регламент ЄСПЛ не встановлює форми, структури, реквізити або часовий проміжок щодо реалізації права на особливу думку судді, що, фактично, є недоліком цього акту.

На відміну від національної практики, в ЄСПЛ окремі думки суддів одразу після тексту рішення містять вказівку на вид такої окремої думки, тобто чи це є окрема думка згоди чи незгоди.

Для прикладу, у справі *F.G. v. Sweden* є окрема думка судді Б'янку [12]. Що цікаво, у цій справі є також окрема думка судді Єдерблома, яка є частково такою, що ви-

словлює згоду, і частково незгоду з рішенням. Вона так і називається «*partly concurring, partly dissenting opinion*». Більше того, її перша частина написана у співавторстві з іншим суддею Спано, про що теж зазначається у заголовку. Також щодо рішення у цій справі є окрема думка написана чотирма суддями у співавторстві.

Частина 4 статті 26 Конвенції гарантує судді, обраному від Високої Договірної Сторони, яка є стороною у справі, *ex officio*, членство у палаті або Великій палаті. У разі відсутності такого судді або якщо він не може брати участь у засіданнях, Голова Суду вибирає зі списку, поданого заздалегідь цією Стороною, особу, яка засідає як суддя. Можна висунути гіпотезу про можливе національне упередження або шовінізм, який може двома способами проявлятися в окремих думках.

Перша гіпотеза стосується потужної національної упередженості і презюмує, що суддя висловлює незгоду з рішенням більшості, якщо це рішення прийняте у справі, де країна походження судді була визнана винною у порушенні норм Конвенції більше, ніж інші країни.

Друга гіпотеза стосується слабкої національної упередженості і передбачає, що національний суддя як фахівець із внутрішнього законодавства, у порівнянні з іншими країнами, частіше погоджується, коли його / її рідна країна перебуває на лаві підсудних. Отже, окрема думка згоди може розглядатися як спроба виправдати рішення більшості у спосіб, зрозумілий для країни. Положення *ex officio* дає змогу порівняти суддів щодо їх шовінізму. Якщо національний суддя не може засідати з якихось причин, уряд має право призначити спеціального суддю (*ad hoc*). Це дає змогу порівнювати обраних суддів та призначених суддів *ad hoc* в їхній вірності Суду або державі-відповідачу.

Без сумніву, окрема думка судді ЄСПЛ ґрунтується на внутрішньому переконанні, що тлумачиться словниками як тверда впевненість, певність у чому-небудь, віра у щось, а також як тверда, міцно усталена думка про щонебудь, погляд на щось [14]. Це ж стосується і окремих думок суддів Конституційного Суду. Їхнє внутрішнє переконання формується на підставі професійного та життєвого досвіду, освіти, наукової діяльності, характеру, тобто всіх тих факторів, які вплинули на їх становлення як особистостей та фахівців у певній галузі права.

Слід також звернути увагу на те, що Регламент Європейського суду з прав людини не передбачає, чи повідомляється під час оголошення рішення окрема думка судді, чи може вона бути опублікованою або оприлюдненою.

Однак у ньому, а саме у правилі 78 зазначається, що відповідно до частини 3 статті 44 Конвенції, остаточні рішення Суду публікуються у належній формі, відповідальність за їх опублікування покладається на Секретаря. Крім того, Секретар є також відповідальним за опублікування офіційних матеріалів з вибраними судовими рішеннями, ухвалами та будь-яким документом, який Голова Суду вважає за корисне опублікувати. Беручи до уваги національну практику, важливість окремої думки кожного судді, яка, з-поміж іншого, також є частиною рішення ЄСПЛ та елементом його прецедентної практики, навряд чи є виправданою необов'язковість оголошення окремих думок після ухвалення остаточного рішення. Більше того, Голова Суду не може на власний розсуд вирішувати чи є окрема думка достатньо корисною для того, аби бути опублікованою. Навіть попри те, що юридичної сили вона, як і окрема думка судді Конституційного Суду України, не має.

Видається доречним процитувати одного з суддів ЄСПЛ, який свого часу зазначив наступне: «...незважаючи на те, що ми всі походимо з різних країн, ми перебуваємо в одному дискурсі, і нам це подобається. Деякі з нас плавають краще або швидше, ніж інші, але ми знаходимося в одній і тій самій водоймі. Ви входите у Велику палату, і ви робите саме те, що робили вдома, тепер з колегами з інших країн, але на одному рівні спілкування між професіоналами. Це показує, що процес суддівства не є обмежений державними кордонами; він міжкультурний і має свою автономію». Тут мова йшла про процес прийняття рішень загалом. Те ж стосується і окремих думок суддів. Незалежно від того, чи ця окрема думка висловлюється у справі проти країни походження судді, чи у будь-якій іншій справі, вона має право на існування, навіть попри те, що є великий ризик упередженості судді при висловленні своєї окремої думки, коли мова йде про його країну. Однак певна доля суб'єктивізму завжди матиме місце, адже це, хай навіть і аргументоване, і все ж індивідуальне бачення права служителем Феміди, кожен з яких володіє специфічним багажем знань та досвіду. Без сумніву, окрема думка судді, чи то Конституційного Суду України чи ЄСПЛ означає, що єдності щодо прийнятого рішення у певній конкретній справі досягнуто не було. Це у перспективі може породити дискусію між суддями, у наукових колах чи навіть у суспільстві. Однак, як відомо, саме у суперечці народжується істина. А окрема думка існує для того, щоб вказати на потенційну проблему і спонукати до її обговорення та розв'язання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Конституційний Суд України: Закон України від 3 жовтня 2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2017, № 35, ст.376.
2. Регламент Конституційного Суду України: ухв. Постановою Конституційного Суду України від 22 лютого 2018 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/reglament.pdf>
3. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М. І. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (в частині скасування депутатської недоторканності) (реєстр. № 6773) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 6 червня 2018 року. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/ne01d710-18>
4. Окрема думка судді Конституційного Суду України Саса С.В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (в частині скасування депутатської недоторканності) (реєстр. № 6773) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 6 червня 2018 року. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/ne01d710-15>
5. Окрема думка судді Конституційного Суду України Сліденка І.Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум» від 26 квітня 2018 року. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/ne04d710-18>
6. Сліденко І.Д. Тлумачення Конституції: питання теорії та практики в контексті світового досвіду. Одеса, 2003. 234 с.
7. Верещагин А.Н. Особое мнение в российских судах. Государство и право. М.: Наука, 2008, № 2. С. 13-23.
8. Штайнбергер Г. Модели конституционной юрисдикции: доклад. Европейская комиссия за демократию через право. Страсбург: Изд. Совета Европы, 1994. 51 с.
9. Різник С.В. Значення інституту окремої думки судді Конституційного Суду України для утвердження справедливого конституційного правосуддя. Вісник Національної академії правових наук України. 2015. № 3. С. 59-67.
10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ru/995_004
11. Регламент Європейського суду з прав людини від 4 листопада 1998 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_067
12. Справа F.G. v. Sweden, № 43611/11, від 23 березня 2016 року.
13. Словник української мови: у 11 т. / за ред. І.К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970–1980. Т. 6 : П – Поїти. 1975. 832 с.