

ОКРЕМА ДУМКА СУДДІ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК ГАРАНТІЯ ПРИНЦИПУ НЕЗАЛЕЖНОСТІ: PRO ET CONTRA

Національний авіаційний університет
проспект Любомира Гузара, 1, 03680, Київ, Україна
E-mail: levandovska888@ukr.net

Мета: дослідження окремої думки судді Конституційного Суду України як гарантії принципу незалежності. **Методи дослідження:** для досягнення мети були використані методи індукції, узагальнення та синтезу. **Результати:** здійснено аналіз переваг і недоліків окремої думки судді Конституційного Суду України як гарантії принципу незалежності у сучасних правових реаліях. **Обговорення:** у сучасних політико-правових реаліях Конституційний Суд України як орган конституційного контролю відіграє важливе місце у механізмі легітимації державної влади та забезпеченні верховенства права і прав людини. Задля можливості належного виконання своїх функцій і здійснення конституційного правосуддя важливим є забезпечення позаполітичного статусу цього органу та реалізації гарантій його незалежності, які в тому числі забезпечуються незалежністю його членів.

Ключові слова: окрема думка судді Конституційного Суду України; принцип незалежності; конституційне судочинство.

Постановка проблеми та її актуальність.

Одним із основних принципів здійснення конституційного судочинства в Україні є його незалежність, яка безпосередньо пов'язана з незалежністю його членів. Реалізація принципів, як відомо, забезпечується гарантіями, які у свою чергу передбачають певну процедуру. В Україні серед таких гарантій виділяють окрему думку судді Конституційного Суду України (далі – КСУ). Показовим є те, що в останні п'ять років майже кожне рішення КСУ ухвалюється разом із окремими думками. Така практика не залишилась не поміченою і неодноразово ставала причиною публічних обговорень та дискусій, де висловлювались як аргументи «за», так і аргументи «проти». Незважаючи на окремі теоретичні напрацювання у даному напрямку, питання окремої думки судді КСУ є малодослідженим та потребує більш ретельного вивчення.

Метою статті є аналіз переваг і недоліків окремої думки судді КСУ як гарантії принципу незалежності у сучасних правових реаліях.

Аналіз досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання даного питання, показав, що такі українські правники як Д.Д. Лилак, М.В. Тесленко, І.Д. Сліденко, Г.О. Христова, В.М. Шаповал присвятили увагу різним аспектам функціонування окремої думки судді КСУ.

Виклад основного матеріалу. Британська енциклопедія визначає концепцію суддівської незалежності як «здатність судів та суддів виконувати свої обов'язки без впливу чи контролю з боку інших суб'єктів, як державних, так і приватних. Цей термін також використовується у нормативному сенсі для позначення тієї незалежності, якою повинні володіти суди та судді» [1]. З часом ця концепція була визнана на міжнародному рівні і закріплена як принцип у низці документів таких, як наприклад, Основні принципи незалежності судових органів (схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 р.).

Безумовно, гарантії незалежності судів загальної юрисдикції і їх суддів не є тотожними гарантіям незалежності органів конституційного правосуддя і їх членів, але за метою їх існування (убезпечення від впливу інших гілок влади та різноманітних інституцій) – багато в чому вони є схожими [2, с. 61].

Значимо, що принцип незалежності у колегіальних конституційних органах розглядається у широкому і вузькому розуміннях. У широкому – це власне незалежність органу від будь-якого зовнішнього впливу та дотримання у своїй діяльності демократичних принципів, іншими словами його інституційні гарантії, які прямо не впливають на його членів, а у вузькому – незалежність його членів, їхня вірність почуттю справедливості та власній професійній гідності, тобто індивідуальні гарантії, які прямо впливають на незалежність органу загалом. Ці дві складові знаходяться у симбіотичному зв'язку і розглядаються нами як частина і ціле в їхній діалектичній єдності.

Варто відзначити, що у міжнародній і зарубіжній практиці існують різні методологічні підходи до визначення поняття і предмету «окрема думка». Її вивчають як інструмент судової правотворчості, як гарантію принципу гласності або як гарантію принципу незалежності. У межах нашого дослідження вона розглядатиметься у світлі останнього.

Проаналізуємо докладніше основні «за» і «проти», які озвучуються, коли окрема думка члена органу конституційного контролю розглядається як гарантія його незалежності.

Серед аргументів щодо окремої думки як гарантії незалежності найчастіше виділяють наступні.

1. *Захист від тиску колег.* Із точки зору судової незалежності, у межах судової системи окрема думка повинна передусім розглядатися як вираз взаємної незалежності суддів, тобто «незалежності судді від інших суддів». Вона відіграє важливу роль для судді, який залишився у меншості, оскільки у тому числі, демонструє його «психологічну незалежність» від колег [3, с. 169]. Можливість публікації окремих думок також часто розглядається, як свобода вираження поглядів, що гарантує професійну

гідність судді, дозволяючи йому висловити свою думку, навіть якщо вона залишається в меншості. Для суддів рішення про публікацію таких думок часто є питанням совісті [4, с. 1360].

2. *Захист від політичного тиску.* У цьому контексті незалежність розглядається з точки зору неупередженості. Судді органів конституційного контролю, призначені певними політичними акторами, можуть відчувати себе зобов'язаними проявляти лояльність та не погоджуватися (погоджуватися), щоб догодити тим, хто їх висунув. Особливо це стосується суддів, які мають шанс бути знову призначеними чи переобраними [6, с. 2]. За таких обставин, окрема думка є дієвим інструментом для того, щоб забезпечити свою професійну гідність і честь від «сумнівних рішень» колег.

3. *«Інтелектуальна цілісність» та особиста недоторканність.* Окремі думки дозволяють суддям підтримувати свою «інтелектуальну цілісність», передбачаючи для них право не підписувати рішення, аргументи та висновки, які вони не поділяють. З цієї точки зору право на публікацію окремих думок може сприяти незалежності судів, а також підтримці їхньої гарної репутації і в результаті легітимації конституційних судів в очах громадськості [5, с. 22].

Доволі часто окрема думка сприймається суддями конституційної юстиції як гарантія їхньої недоторканності. На власне переконання судді Конституційного Суду Угорщини Імре Вореша, захист особистої недоторканності судді – це одна з основних функцій, яку виконує окрема думка. Навіть якщо суддя усвідомлює те, що його думка нікого не зобов'язує і не стане законом, він все одно вважає важливим висловити її публічно, щоб захистити свою особисту недоторканність та гідність. Після завершення своєї каденції, щоб захистити свою особисту недоторканність, як він сам це відмітив, ним було опубліковано збірку своїх окремих думок «*Dixi et salvavi*», що в перекладі з латині означає «Я говорив і врятував свою душу» [4, с. 1360]. Така практика не є поодиноким та незвичною. Так, збірку з окремими думками «Чому я був проти» видав і суддя КСУ Віктор Шишкін. На його переконання вона покликана привер-

нути увагу громадськості до можливих альтернативних кроків у вирішенні суспільно важливих проблем, на яких наполягав автор, перебуваючи на посаді судді КСУ.

Одночасно з вищезазначеними аргументами висувається ряд контраргументів щодо того, що окрема думка виступає гарантією незалежності, серед яких те, що вона:

1) *порушує фундаментальну гарантію незалежності суддів – таємницю нарадчої кімнати.* Таємниця нарадчої кімнати – є фундаментальною гарантією незалежності та неупередженості судді у процесі здійснення правосуддя. Її суть полягає у тому, що ніхто не вправі впливати на процес прийняття судового рішення по справі або втручатися у нього. Вона передбачає таємницю обговорення та ухвалення рішень, що забезпечує суддів від зовнішнього політичного і приватного впливу та маніпуляцій. У свій час суддя Верховного Суду Сполучених Штатів Америки Фелікс Франкфуртер зазначав, що: «Верховний Суд не повинен піддаватись тому тиску публічності, якому підкоряються виконавча влада та конгрес, це є надзвичайно важливим для його ефективного функціонування» [7, с. 313]. За таких обставин, окрема думка підтримує легітимність прийнятих рішень та створює умови за яких орган стає вразливим перед тиском політичних сил, громадськості та ЗМІ, особливо, якщо під час реалізації свого права член органу конституційного контролю вдається до її видового поділу (згідна або незгідна окрема думка). Більшість вчених приходять до висновку, що це є, хоч і не головною, але однією із ключових причин того, що в таких країнах як Італія, Австрія, Франція, Бельгія, Люксембург, Мальта та Нідерланди право члена органу конституційного контролю на окрему думку є забороненим, а ще в ряді європейських країн суттєво обмеженим;

2) *передбачає можливість тиску політичних сил, громадськості та ЗМІ на органи конституційного контролю.* Діттер Грім, суддя у відставці Федерального Конституційного Суду Німеччини, під час свого виступу «Суди під політичним тиском» у Гарвардській школі права зауважив, що встановлення конституційного судового контролю у більшості країн світу було

завбачливим рішенням політичних сил, а конституційна юрисдикція стала актом самообмеження, адже прийняття конституцій часто є не диктатом більшості, а консенсусом, компромісом між більшістю та меншістю.

Той факт, що у момент запровадження конституційного судового контролю політичні суперники домовились, ніяким чином не забезпечує конституційні суди від політичного тиску у майбутньому. Найчастіше це буває у часи, коли країни перебувають в глибокій кризі, а вихід із неї вимагає неортодоксальних методів. Тоді, конституційні суди виглядають для політиків, як перешкода, на їхньому шляху до встановлення авторитарної влади в ім'я демократії [7], а члени органу конституційного контролю перетворюються на мішень, яку потрібно будь-якою ціною переконати прийняти «вірну сторону».

Цей концепт демократії невідомий концепту конституціоналізму, адже конституція встановлює порядок конституційного судового контролю, за якого поправки до неї або законів, що перешкоджають виконанню судом своїх функцій, є неконституційними [7]. Та зазвичай, це не зупиняє політичні сили на шляху до досягнення своєї мети, а відтак окрема думка із запобіжника від тиску перетворюється на інструмент за допомогою якого цей тиск вчиняється. Суддю висміюють за його позицію, а написане ним піддають різного роду маніпуляціям. Найчастіше це відбувається за допомогою ЗМІ та представників тих чи інших політичних сил.

До таких методів вдаються не тільки політики, а й самі судді у внутрішньо організаційних процедурах, коли більшість не поділяє або вважає «неправильною» позицію колеги. Найчастіше це буває в момент, коли в органі є конфлікти і відсутня єдність поглядів.

В Україні існують безпрецедентні випадки, як наприклад, того, що здійснювались спроби притягнути суддів КСУ до дисциплінарної відповідальності за їхні окремі думки, або ж того, що ЗМІ розвертали цілі агітаційні кампанії із закликами, що за написане в окремих думках має настати кримінальна відповідальність. Ці приклади є яскравим доказом того, що у часи маргіналізації і глибоких криз цей інститут із

гарантії незалежності судді перетворюється у загрозу;

3) *перетворюється у механізм для задоволення власних амбіцій членів органу конституційного контролю*. Поряд із тим, що окрема думка допомагає суддям зберігати свою «інтелектуальну цілісність», іноді вона перетворюється у механізм для задоволення власних амбіцій і привернення уваги громадськості до власної персони.

Коли мова йде про національні органи конституційного контролю, а не міжнародні судові установи гарантія незалежності не є основною функцією окремої думки, а скоріше побічною. До головних її завдань вчені відносять збагачення конституційної доктрини, вплив на обґрунтованість рішень та налагодження комунікації з судами.

Просто висловити незгоду в окремій думці недостатньо і неприпустимо, так як на нашу думку, це дійсно сприяє делегітимації органу і погіршує його авторитет. Її зміст, на наше переконання, має містити альтернативні прийнятому рішенням обґрунтовані пропозиції та правові позиції, адже ціль будь-якого судового рішення це чітке розв'язання правової проблеми, а не відображення результатів голосування.

Висновки. Проаналізовані нами переваги і недоліки того, що окрема думка виступає гарантією незалежності для члена органу конституційного контролю показали, що в українських політико-правових реаліях не варто розглядати окрему думку судді КСУ як гарантію незалежності. На сьогоднішній день ця гарантія несе у собі суттєві загрози для інституційної незалежності органу, адже за допомогою неї здійснюється безпосередній тиск на її членів. При такій постановці питання аргументи «за» втрачають будь-який сенс.

У зв'язку з цим виникає гостра потреба для досліджень у даному напрямку та удосконалення національного законодавства для того, щоб цей принцип та й правовий інститут у цілому виконував свої функції.

Література

1. Law D.S. (2019, October 17). *Judicial independence*. *Encyclopedia Britannica*. URL:

<https://www.britannica.com/topic/judicial-independence>

2. Бондаренко Б. Гарантії незалежності суддів Конституційного Суду України. *Український часопис конституційного права*. 2017. № 3(4). С. 60-65.

3. Laffranque J. (2003). Dissenting Opinions and Judicial Independence. *Juridica International*, VIII, 162-172. URL: https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2003_1_162.pdf

4. Kelemen K. (2013). Dissenting Opinions in Constitutional Courts. *German Law Journal*, 14(8), 1345-1371. URL: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?DOI=https://doi.org/10.1017/S2071832200002297>

5. Raffaelli R. (2012). Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States. *European Parliament*, p. 53. URL: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>

6. Šimáčková K. (2021). Dissenting Opinions in Constitutional Courts: A Means of Protecting Judicial Independence and Legitimising Decisions. *Seminar Room (Human Rights Building, Strasbourg) and KUDO Interpretation into English and French*, 1-5. URL: https://echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Simackova_Rule_of_Law_ENG.pdf

7. Grimm D. «A View from Europe: Courts under political pressure»: [Jurist and scholar Dieter Grimm LL.M. '65 speaks at Harvard Law School]. URL: <https://today.law.harvard.edu/courts-under-political-pressure/>

References

1. Law D.S. (2019, October 17). *Judicial independence*. *Encyclopedia Britannica*. URL: <https://www.britannica.com/topic/judicial-independence>

2. Bondarenko B. (2017). Guarantees of independence of judges of the Constitutional Court of Ukraine. *Ukrainian journal of constitutional law*, 5(8), 60-65 [in Ukrainian].

3. Laffranque, J. (2003). Dissenting Opinions and Judicial Independence. *Juridica International*, VIII, 162-172. URL: https://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2003_1_162.pdf

4. Kelemen K. (2013). Dissenting Opinions in Constitutional Courts. *German Law Journal*, 14(8), 1345-1371. URL: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php>?

5. Raffaelli R. (2012). Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States. *European Parliament*, p. 53. URL: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>

6. Šimáčková K. (2021). Dissenting Opinions in Constitutional Courts: A Means of Protecting Judi-

cial Independence and Legitimising Decisions. Seminar Room (Human Rights Building, Strasbourg) and KUDO Interpretation into English and French, 1-5. URL: https://echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Simackova_Rule_of_Law_ENG.pdf

7. Grimm D. «A View from Europe: Courts under political pressure»: [Jurist and scholar Dieter Grimm LL.M. '65 speaks at Harvard Law School]. URL: <https://today.law.harvard.edu/courts-under-political-pressure/>

Iryna Levandovska

DISSENTING OPINION OF THE JUDGE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE AS A GUARANTEE OF THE INDEPENDENCE PRINCIPLE: PRO ET CONTRA

National Aviation University
Liubomyra Huzara Avenue, 1, 03680, Kyiv, Ukraine
E-mail: levandovska888@ukr.net

The purpose of scientific article is to research the dissenting opinion of a judge of the Constitutional Court of Ukraine as a guarantee of the principle of independence. Methods: methods of induction, generalization and synthesis were used to achieve the goal. Results: was made analysis of the advantages and disadvantages of the separate opinion of a judge of the Constitutional Court of Ukraine as a guarantee of the principle of independence in modern legal realities. Discussion: in modern political and legal realities, the Constitutional Court of Ukraine, as a body of constitutional control, plays an important role in the mechanism of legitimation of state power and ensuring the rule of law and human rights. In order to be able to properly perform its functions and administer constitutional justice, it is important to ensure the non-political status of this body and enforcement of guarantees of its independence, which are ensured by the independence of its members.

One of the main principles of constitutional justice in Ukraine is its independence, which is directly related to the independence of its members. The enforcement of the principles, as is well known, provided by guarantees, which in turn provide for a certain procedure. In Ukraine, among such guarantees, stands out a separate opinion of a judge of the Constitutional Court of Ukraine. It is noteworthy that in the last five years, almost every decision of the Constitutional Court of Ukraine is taken together with separate opinions. Despite some theoretical developments in this area, the issue of a separate opinion of the judge of the Constitutional Court is poorly studied and needs to be studied more carefully. Such practice has not gone unnoticed and has repeatedly caused public discussions and debates, where both arguments «for» and «against» have been put forward.

The principle of independence in collegial constitutional bodies is considered in a broad and narrow sense. In the broad sense, it is the independence of the body from any external influence and observance of democratic principles in its activities, in other words, its institutional guarantees that do not directly affect its members, and in the narrow sense - the independence of its members, their loyalty to justice and their own professionalism, dignity, that is, individual guarantees that directly affect the independence of the body

as a whole. These two components are in a symbiotic relationship and are considered by us as part and whole in their dialectical unity.

The article analyzes the advantages and disadvantages of the fact that a separate opinion is a guarantee of independence for a member of the constitutional review body, which showed that in Ukrainian political and legal realities should not consider a separate opinion of the judge of the Constitutional Court as a guarantee of independence. To date, this guarantee poses significant threats to the body's institutional independence, as it puts direct pressure on its members. The article analyzes the advantages and disadvantages of the fact that a separate opinion is a guarantee of independence for a member of the constitutional review body, which showed that in Ukrainian political and legal realities should not consider a separate opinion of a CCU judge as a guarantee of independence.

To date, this guarantee poses significant threats to the body's institutional independence, as it puts direct pressure on its members. In this formulation of the question, the arguments "for" lose all meaning.

Keywords: *separate opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine; principle of independence; constitutional proceedings.*