

Динаміка окремих думок в органі конституційного контролю: український контекст

І. Левандовська

аспірантка Національного авіаційного університету,
головний консультант відділу порівняльних досліджень
управління порівняльно-правового аналізу Правового департаменту
Секретаріату Конституційного Суду України

У статті досліджується динаміка окремих думок суддів Конституційного Суду України. Дотично розглянуто досвід Верховного Суду Сполучених Штатів Америки в контексті даного питання. Зроблено висновок про те, що динаміка окремих думок суддів Конституційного Суду України безпосередньо пов'язана з політичними і правовими процесами, що відбуваються в державі. Статтю підготовлено на основі аналізу досвіду та практики Конституційного Суду України.

Ключові слова: конституційна юстиція, окрема думка судді Верховного Суду Сполучених Штатів Америки, динаміка окремих думок суддів Конституційного Суду України.

У сучасних реаліях, попри особливості правових систем і юрисдикцій, процесуальних норм і сприйняття громадянським суспільством, ведеться дискусія щодо обмеження у праві на свободу вираження власних поглядів суддів у межах конституційного провадження на користь авторитету судової влади та політики єдності поглядів під час вирішення справ.

«Немає жодної іншої гарантії правосуддя, окрім особистості судді»¹, — очікувати відповідальності від судді за несправедливі й свавільні рішення варто лише в тому випадку, якщо суддя наділений свободою розсуду і можливістю ухвалювати рішення, підґрунтям яких є його власна свобода поглядів². Насправді інститут окремої думки гарантує судді право особистості в колегіальному органі, наділяє суддю свободою розсуду й сприяє зміцненню гарантій суддівської незалежності, цим самим збагачуючи академічні й політичні дискусії, а також акцентує увагу на проблемах, які існують у суспільстві. Наявність окремих думок дає можливість зрозуміти, чому суд ухвалив рішення саме таким чином, адже суд як колегіальний орган здійснює свою владу, що є результатом діяльності всіх суддів, які входять до його складу. Окремі думки як елементи, що додаються до кінцевого

¹ Ерліх Є. Вільне правознаходження та вільне правознавство. Доповідь, зроблена на засіданні Юридичного товариства у Відні 4 березня 1903 р. д-ром Є. Ерліхом, професором права у Чернівцях [Переклад з німецької Д. С. Дороша з: Ehrlich Eugen. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903. Leipzig : C. L. Hirschfeld, 1903. 40 s.]. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 168–184.

² Бігун В. С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис). *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 112.

результату, дають змогу зрозуміти внутрішньо судові процеси, а відтак і передумови ухвалення того чи іншого рішення, тим самим підвищуючи рівень довіри до органу з боку громадянського суспільства.

Функціонування інституту окремої думки судді в межах здійснення конституційного контролю за своєю природою є феноменом, адже суперечить логіці юрисдикційного розгляду. Це пояснюється тим, що неоднозначність рішень породжує суб'єктивізм у сприйнятті. Цей феномен не є винаходом європейського законодавця, а бере своє коріння у загальному праві англосаксонської правової сім'ї.

Конституційний контроль в істинному своєму розумінні вперше виник у Сполучених Штатах Америки (далі — США) на основі доктрини судового прецеденту. Там і було вперше у класичному розумінні реалізовано інститут окремої думки судді органу конституційного контролю, що за своєю сутністю є *obiter dictum* судового рішення. Упродовж 1946–2009 років було ухвалено лише близько 30 % одностайних рішень: від 21 % у 1946–1952 роках (Суд Вінсона) до 34 % з 2005 року (Суд Робертса)¹, що свідчить про високий рівень розбіжності у поглядах суддів (близько 60 %) і невелику кількість одностайних рішень², підкреслюючи факт того, що окремі думки є важливим елементом під час здійснення конституційного правосуддя. Чимало прикладів того, як окрема думка судді Верховного Суду США не просто вказувала на певні процеси в суспільстві, а й ставала основою нового етапу становлення конституційного права у США.

Взірцем сучасного американського «інакодумства», безсумнівно, є окремі думки А. Скаліа, деякі з них ставали причиною законодавчих змін чи основою для нових рішень. Наприклад, у справі *Morrison v. Olson*³ оспорювалися повноваження та юрисдикція Канцелярії спеціального юрисконсульта, в межах якої спеціальний захисник відповідно до Закону про етику 1978 року міг бути залучений Конгресом або Генеральним прокурором для розслідування справ щодо осіб, які обіймають чи раніше обіймали певні високі посади у федеральному уряді та в національних організаціях передвиборної кампанії Президента. А. Скаліа був єдиним, хто голосував проти, а у своїй окремій думці⁴ написав, що цей інститут може завдати суспільству великої шкоди, кримінальне переслідування має бути повноваженням тільки виконавчої влади, тому цей закон позбавив Президента виключного права контролю над цією гілкою влади. Як наслідок, Конгрес дозволив закону втратити чинність у 1999 році.

Сучасні правники висловлюють думку, що якщо рішення Верховного Суду США було ухвалено без окремої думки, то це процесуальний «промах», тобто така справа є юридично нескладною і взагалі не мала розглядатися в суді такого

¹ Epstein L., Landes W., Posner R. Are Even Unanimous Decisions in the United States Supreme Court Ideological? *Northwestern University Law Review*. 2012. Vol. 106 № 2. P. 699–714. URL: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1121&context=nulr>.

² Ibid 3, p. 700. У статті під одностайними рішеннями маються на увазі такі, в яких всі судді зійшлися у поглядах, навіть якщо було написано одну чи кілька *concurring opinions* (згідних окремих думок). Це також говорить про те, що відсоток написання окремих думок ще більший, адже *concurring opinion* є різновидом окремої думки.

³ *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988), (Case). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654>.

⁴ Ibid 5.

рівня (не спрацювали фільтри)¹. Якщо думка більшості в конституційному органі, в межах конституційного контролю, закладає підвалини нових законів, то окремі думки суддів демонструють і закладають еволюцію поглядів, вказуючи на підводні камені.

В Україні органом конституційного контролю є Конституційний Суд України (далі — КСУ). За свою 25-річну історію КСУ ухвалив чимало рішень, що стосувалися конституційного ладу та народовладдя, здійснення державної влади в конституційних межах, територіальної організації держави та здійснення місцевого самоврядування, а також тих, які гарантували правову охорону Конституції України та забезпечували дотримання прав і свобод людини і громадянина. Аналіз рішень КСУ і окремих думок до них показує, що за останні п'ять років кількість окремих думок відносно кількості ухвалених рішень суттєво зросла (див. Таблиця 1).

Якщо у перше десятиліття роботи КСУ кількість окремих думок не перевищувала кількості рішень, то в 2008 році кількість окремих думок (відносний показник) перевищувала кількість рішень (абсолютний показник) і становила 114 %, в 2011 році — 105 %, а починаючи з 2015 року стрімко зростала: 2015 рік — 120 %, 2016 рік — 257 %, 2017 рік — 233 %, 2018 рік — 292 %, 2019 рік — 233 %, 2020 рік — 246 % (див. Таблиця 2).

Наведемо найбільшу кількість окремих думок суддів КСУ, що висловлювалися за період роботи органу конституційного контролю:

1) по 6 окремих думок стосовно рішень КСУ:

— від 15 березня 2016 року № 1-рп/2016 (справа щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься у статті 155 Конституції України);

— від 27 квітня 2018 року № 4-р/2018 (справа щодо відповідності Конституції України Закону України «Про всеукраїнський референдум»);

— від 18 лютого 2020 року № 2-р/2020 (справа щодо відповідності Конституції України окремих положень пунктів 4, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 20, 22, 23, 25 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402–VIII);

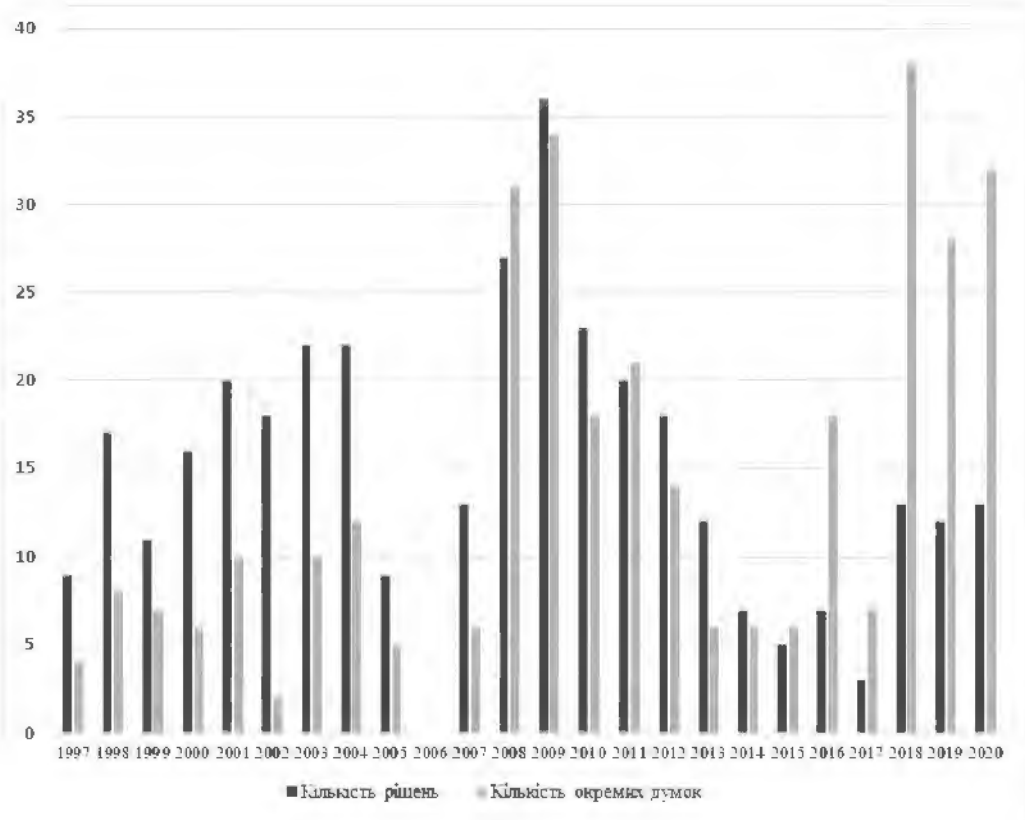
2) 7 окремих думок стосовно Рішення КСУ від 20 червня 2019 року № 6-р/2019 (справа щодо відповідності Конституції України Указу Президента України «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України та призначення позачергових виборів»);

3) 8 окремих думок стосовно Рішення КСУ від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 (справа щодо відповідності Конституції України статті 368² Кримінального кодексу України);

4) 11 окремих думок стосовно Рішення КСУ від 28 лютого 2018 року № 2-р/2018 (справа щодо відповідності Конституції України Закону України «Про засади державної мовної політики»).

¹ Кібенко О. Окрема думка судді Верховного Суду – диверсія чи героїчний вчинок? URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/inshe/okrema-dumka-suddi-verhovnogo-sudu--diversiya-chi-geroyichniy-vchinok.html>.

Таблиця 1. Співвідношення кількості окремих думок суддів Конституційного Суду України відносно ухвалених рішень (1997–2020)¹



Таблиця 2. Відсоткове співвідношення кількості окремих думок суддів Конституційного Суду України відносно рішень Конституційного Суду України²

| Рік | Кількість рішень Конституційного Суду України | Кількість окремих думок суддів Конституційного Суду України | Відсоткове співвідношення кількості окремих думок суддів Конституційного Суду України відносно рішень Конституційного Суду України |
|------|---|---|--|
| 1 | 2 | 3 | 4 |
| 1997 | 9 | 4 | 44,4 |
| 1998 | 17 | 8 | 47 |
| 1999 | 11 | 7 | 63,6 |
| 2000 | 16 | 6 | 37,5 |
| 2001 | 20 | 10 | 50 |
| 2002 | 18 | 2 | 11,1 |
| 2003 | 22 | 10 | 45,5 |
| 2004 | 22 | 12 | 54,5 |

¹ Дані станом на 1 січня 2021 року.

² Дані станом на 1 січня 2021 року.

| 1 | 2 | 3 | 4 |
|------|----|----|-------|
| 2005 | 9 | 5 | 55,5 |
| 2006 | – | – | – |
| 2007 | 13 | 6 | 46,2 |
| 2008 | 27 | 31 | 114,8 |
| 2009 | 36 | 34 | 94,4 |
| 2010 | 23 | 18 | 78,2 |
| 2011 | 20 | 21 | 105 |
| 2012 | 18 | 14 | 77,7 |
| 2013 | 12 | 6 | 50 |
| 2014 | 7 | 6 | 85,7 |
| 2015 | 5 | 6 | 120 |
| 2016 | 7 | 18 | 257,1 |
| 2017 | 3 | 7 | 233,3 |
| 2018 | 13 | 38 | 292,3 |
| 2019 | 12 | 28 | 233,3 |
| 2020 | 13 | 32 | 246,1 |

Здійснений аналіз свідчить, що найбільша кількість окремих думок, висловлених суддями КСУ, мала місце в періоді:

I. З 2001 до 2004 року. Характеризується низкою рішень, які стосувалися принципових правових змін: другий термін президентства Л. Кучми, соціальний захист громадян, питання місцевого самоврядування і «малої» судово-правової реформи 2001–2002 років.

Стосовно Рішення КСУ від 25 грудня 2003 року № 22-рп/2003 (справа щодо строків перебування на посту Президента України) троє суддів КСУ висловили окремі думки, відмежовуючись від досить сумнівного застосування офіційного тлумачення КСУ строку перебування на посту Президента України Л. Кучми.

II. З 2008 до 2012 року. Період відзначається рішеннями про коаліцію «тушок», визнанням неконституційною реформи 2004 року, а також низкою рішень, що стосувалися організації судової влади. Це період *de facto* початку конституційної реформи в Україні.

У 2008 році КСУ ухвалює Рішення від 17 вересня 2008 року № 16-рп/2008 (справа про коаліцію депутатських фракцій у Верховній Раді України), яке передбачало формування парламентської коаліції виключно фракціями. Рішення було доповнено трьома окремими думками суддів КСУ. Зокрема, окрема думка П. Ткачука фактично стала основою для ухвалення Рішення КСУ від 6 квітня 2010 року № 11-рп/2010 (справа стосовно можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України). Водночас це рішення КСУ про «тушок» свого часу фактично повалило конституційний лад. Неодноразове внесення змін до Основного Закону України запустило процеси подальшої узурпації влади В. Януковичем. Уже тоді своє занепокоєння щодо цього висловили судді КСУ П. Стецюк, В. Шишкін, І. Домбровський.

Рішенням від 30 вересня 2010 року № 20-рп/2010 (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України), більш відомим як «справа № 2222», КСУ фактично визнав неконституційною частину чинної Конституції України і повернув чинність Конституції України в редакції від 1996 року, одночасно змінивши політичний устрій у країні з парламентсько-президентської республіки на президентсько-парламентську. Після цього рішення В. Янукович отримав зовсім інші повноваження, ніж ті, за які він боровся на президентських перегонах, що в подальшому стало початком кінця, призвело до узурпації влади і, як наслідок, до Революції Гідності. Окремі думки стосовно цієї справи висловили П. Стецюк і В. Шишкін. Долучення окремих думок дозволило суддям не лише зберегти особистий фаховий авторитет, а й стало одним із правових сигналів спірності самого рішення КСУ від 30 вересня 2010 року, а також одним із чинників, що в подальшому дозволив, зі значною часткою обґрунтованості, порушувати питання про втрату його юридичної сили¹.

У період 2010–2011 років КСУ ухвалив низку рішень, що стосувались організації судової реформи В. Януковича. Рішення КСУ від 11 березня 2010 року № 8-рп/2010 було покладено в основу цієї судової реформи, зокрема в частині визначення нового судоустрою — утворення нового вищого спеціалізованого суду, статусу Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів. У окремих думках трьох суддів КСУ висловлено занепокоєння щодо того, що КСУ вийшов за межі своїх повноважень у цьому рішенні. Передумовою для початку судової реформи стало вищезазначене Рішення КСУ від 6 квітня 2010 року № 11-рп/2010, яким тодішнього Президента України наділено правом прийняття «потрібних» законів, у тому числі необхідних для здійснення судової реформи.

У 2011 році КСУ ухвалює низку рішень: від 11 березня 2011 року № 2-рп/2011 (справа щодо конституційності окремих положень Закону України «Про Вищу раду юстиції») з двома окремими думками; від 16 червня 2011 року № 5-рп/2011 (справа щодо конституційності окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України, законів України «Про Вищу раду юстиції», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження») з п'ятьма окремими думками; від 21 червня 2011 року № 7-рп/2011 (справа про повноваження державних органів у сфері судоустрою) з двома окремими думками; від 13 грудня 2011 року № 17-рп/2011 (справа про конституційність окремих законів України, що стосуються організації судової влади) з чотирма окремими думками. Цими рішеннями КСУ «конституційно» закріпив судову реформу В. Януковича.

У своїх окремих думках судді відверто висловлювали занепокоєння наслідками, до яких можуть призвести ці рішення. Вже пізніше у своєму інтерв'ю П. Стецюк скаже: «.....коли настали „часи Януковича“, „окремі думки“ довелося писати значно частіше — одіозних рішень Конституційного Суду в 2010–2013 рр., як ви знаєте, не бракувало»².

¹ Різник С. Значення інституту окремої думки судді Конституційного Суду України для утвердження справедливого конституційного правосуддя. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2015. № 3. С. 59–67.

² Стецюк П. «Кожна моя „окрема думка“ писалася як крик душі». *Юридичний вісник України*. 2019. № 46. С. 4.

III. З 2016 до 2020 року. Сплеск активності написання окремих думок суддями КСУ, яка триває дотепер. Здебільшого це пов'язано з початком *de jure* конституційної реформи, передумовою для якої стали реформа 2010 року та Революція Гідності. Цей час відзначається рішеннями, що стосуються «великої» судової реформи, реформи децентралізації, законодавчих змін у процесуальному законодавстві та різних правових інститутах.

Етап, який розпочався у 2016 році, характеризується інтенсивним зростанням кількості окремих думок суддів КСУ. Як уже зазначалося, саме в цей час написано найбільшу їх кількість за час роботи органу конституційного контролю. Не може не викликати занепокоєння той факт, що написані в цей час окремі думки суддів КСУ містять висновок про «...несистемний підхід Суду при розгляді питання, недотримання Судом таких засад його діяльності, як повний і всебічний розгляд справи, обґрунтованість ухваленого ним рішення»¹; «...Конституційний Суд України вкотре порушив процедуру прийняття рішення, встановлену у Регламенті КСУ... голосування за Рішення здійснювалося поспіхом...»², «...застосування КСУ хибного методологічного підходу та невиконання ним своєї функції»³ тощо. Як зазначають деякі експерти, це не сприяє позитивній оцінці діяльності КСУ⁴. Та, як показує досвід, лише час дасть змогу оцінити істинність цих тверджень або ж, навпаки, їх заперечити.

Викладене змушує замислитися про те, що кількісний показник окремих думок суддів КСУ не завжди був пов'язаний із резонансністю справи, а швидше з правовими та політичними процесами, які на той момент мали місце в Україні. В історії КСУ є чимало прикладів ухвалення рішень, у яких переважає тимчасовий політичний інтерес, але, на наше переконання, саме написані на той момент окремі думки дають змогу краще й чіткіше зрозуміти механізми ухвалення рішень і процеси, які мали місце як у самому органі конституційного контролю, так і у державі загалом. Як відомо, медаль має дві сторони, позитивна з яких у наведеному контексті полягає в тому, що подібна практика привертає увагу громадянського

¹ Окрема думка судді Конституційного Суду України Мойсика В. Р. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na07d710-18>.

² Окрема думка судді Конституційного Суду України Саса С. В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 року № 76-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc05d710-18>.

³ Окрема думка судді Конституційного Суду України Сліденка І. Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України» від 28 грудня 2014 року № 76-VIII. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5-p_2018_4.pdf.

⁴ Остапенко О., Кириченко Ю. Окрема думка судді КСУ — реалізація принципу верховенства права чи підриг авторитету органу конституційної юрисдикції? URL: https://jurliga.ligazakon.net/analytics/182479_okrema-dumka-sudd-ksu--realzatsya-printsipu-verkhovenstva-prava-chi-pdriv-avtoritetu-organu-konstitutsyno-yurisdikts.

суспільства, стає майданчиком для правових дискусій і всебічного обговорення та сприяє впровадженню нових законодавчих ініціатив. Словами у вічність промовляв А. Скаліа, віддаючи важливе місце інституту окремої думки судді під час здійснення конституційного контролю: «Коли історія демонструє, що одне із рішень суду було справді жахливою помилкою — це заспокоює і викликає повагу до Суду, бо, озирнувшись назад, усвідомлюєш, що принаймні деякі судді чітко бачили небезпеку і висловлювали її, часто красномовно, в силу своєї стурбованості»¹.

Levandovska I. Dynamics of Separate Opinions in the Body of Constitutional Control: the Ukrainian Context. *The article examines the dynamics of growth of separate opinions of judges of the Constitutional Court of Ukraine. In the context of the said issue the US Supreme Court practice has been reviewed. It is concluded that the dynamics of growth of separate opinions of judges of the Constitutional Court of Ukraine is directly related to the political and legal processes which are taking place in the state. The article is prepared on the basis of the analysis of experience and practice of the Constitutional Court of Ukraine.*

Key words: *constitutional justice, separate opinion of a judge of the Supreme Court of the United States, dynamics of growth of separate opinions of judges of the Constitutional Court of Ukraine.*

¹ Urofsky M. Dissent and the Supreme Court: Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue. 2015. P. 4. URL: https://books.google.com.ua/books?id=3Zz0BQAAQB AJ&pg=PA4&lpg= PA4&dq=%E2%80%9CWhen+history+demonstrates+that+one+of+the+Court+%E2%80%99s+decisions+has+been+a+truly+horrendous+mistake,&source=bl&ots=I18Wkyjihv-&sig=ACfU3U0hL7_MKW3ZYU2z4VXIFVI6ApaOWw&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKewiovoud0tHoAhWFulsKHfELDTtoQ6AEwAHoECAoQLA#v=onepage&q=%E2%80%9CWhen%20history%20demonstrates%20that%20one%20of%20the%20Court%E2%80%99s%20decisions%20has%20been%20a%20truly%20horrendous%20mistake%2C&f=false.