

ЛЬВІВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ВНУТРІШНІХ СПРАВ
МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

КУП'ЯНСЬКА АНГЕЛІНА МИКОЛАЇВНА

УДК 340.142

ДИСЕРТАЦІЯ

**СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ
ОКРЕМОЇ ДУМКИ СУДДІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ
В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ**

081 «Право»

08 «Право»

Подається на здобуття освітньо-наукового ступеня доктора філософії
Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ **А. М. Куп'янська**

Науковий керівник:

Санагурська Галина Мирославівна,

кандидат юридичних наук, доцент

Львів – 2023

АНОТАЦІЯ

Куп'янська А. М. Становлення та розвиток інституту окремої думки судді конституційної юстиції в Україні та зарубіжних країнах. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». Львівський державний університет внутрішніх справ, Львів, 2023.

У дисертації здійснено комплексний аналіз інституту окремої думки судді конституційної юстиції в Україні та зарубіжних країнах, окреслено її становлення та розвиток.

Основним методологічним засобом осягнення сутності інституту окремої думки судді конституційної юстиції, її становлення та розвитку в Україні та зарубіжних країнах став історико-правовий метод, застосування якого дозволило відстежити розвиток наукових підходів до розуміння поняття «окрема думка судді», становлення окремої думки судді конституційної юстиції в країнах англосаксонської та романо-германської правових сімей на різних етапах її розвитку. Також методологічною основою дослідження послуговував порівняльний метод, який дав змогу більш широко поглянути на досліджуване питання, зокрема з точки зору вітчизняної юридичної доктрини, залучити інші, зіставні із цим питанням приклади (діяльність Верховного суду США, діяльність органів конституційної юстиції Словаччини, Хорватії, Іспанії, Німеччини, Угорщини, Польщі та ін.).

Обґрунтовано, що окремі думки суддів є продуктом британської правової системи. Спочатку у вищих судах Англії (а пізніше і Сполучених Штатів) відомості про розподіл голосів суддів були відкритими і відігравали важливу роль для визначення сили прецеденту, навіть якщо не було заявлено окремих думок. Розглянута хронологія розвитку інституту окремих думок в англосаксонській правовій сім'ї спирається переважно на їх історію у Верховному суді США, оскільки в цьому суді розвиток інституту окремих думок добре описано. Високий ступінь наукової розробленості проблематики окремих думок у США (і меншою мірою в Сполученому Королівстві)

дозволив зробити кілька узагальнень. По-перше, з історичної точки зору інститут окремих думок суддів в англосаксонській правовій сім'ї заснований не на праві судді заперечити колегам, а на його обов'язку озвучити власну думку і навести аргументи на її підтримку. Це свідчить про те, що окремі думки суддів у розглянутій правовій сім'ї виникли як спосіб процесуальної економії і для забезпечення однакового розуміння рішення суду. По-друге, формування концепції «єдиної думки» суду і розвиток погляду на окремі думки як факультативний (а часом і небажаний) елемент судового рішення ефективно сприяв зміцненню авторитету Верховного суду США, що зіграло велику роль у вирішенні конституційних питань та становленні інституту окремої думки судді конституційної юстиції.

Констатовано, що становлення окремої думки судді конституційного суду в кожній країні має свої особливості, а тому досвід її використання та вплив на розвиток конституційної юстиції також має суттєві відмінності в залежності від тієї чи іншої країни. Особливу увагу в цьому аспекті звернуто до практики застосування інституту окремої думки судді Федерального Конституційного Суду Федеративної Республіки Німеччина. Німецький (точніше західнонімецький) Парламент був першим сучасним законодавчим органом Європи, який дозволив оприлюднити окрему думку судді конституційного суду. ФКС ФРН має багаторічний позитивний досвід функціонування інституту окремої думки. З огляду на це, вивчення особливостей історичного формування такого досвіду може стати прикладом для органів конституційного правосуддя України, який, станом на сьогодні, має великий запит на те, щоб отримати довіру до своєї діяльності від українського суспільства.

Зазначено, що на відміну від Німеччини, в країнах Східної Європи окремі думки народилися і вирости разом з самим Конституційним судом. Незважаючи на кельзенську модель конституційного судочинства, практика застосування окремої думки у кожній державі має свої особливості, зокрема, більшість конституційних судів передбачають публікацію окремої думки,

однак у деяких країнах окремі думки публікуються окремо від судового рішення. Дотримуючись правил країн Східної та Центральної Європи показано, що окремі думки, де вони існують, є (необов'язковою) частиною рішення. Доказом цього твердження є той факт, що окремі думки, за винятком Латвії, публікуються разом з думкою більшості.

З'ясовано, що окремі думки мають досить тривалу історію, що дає змогу виокремити тенденції їх розвитку в Україні та зарубіжних країнах. Історично в судовій практиці склалися дві категорії особливих думок, що мають свої лінгвопрагматичні особливості: 1) особлива думка незгоди (*dissenting opinion*), яка, по суті, і є власне «особливою думкою», оскільки це випадки, коли суддя не приймає саму суть ухваленого рішення і голосує проти нього; 2) особлива думка згоди, або просто думка (*concurring opinion*), заявляється у випадках, коли суддя не має заперечень проти самого рішення колегії і приєднується до нього, проте або вважає наведені доводи чи шляхи вирішення правового спору невдалими, або привносить в аргументацію додаткові міркування. Цей вид особливих думок характеризується більшою свободою вираження правової позиції і щодо змісту, і щодо аргументів. У конституційному судочинстві України сформувалася модель повної відкритості окремої думки судді конституційної юстиції, найвищим ступенем якої є публікація окремої думки разом із рішенням.

Наголошено, що органи конституційної юстиції звертаються до досвіду зарубіжних держав при ухваленні рішень. У рішеннях Конституційного Суду України, а також в окремих думках і думках суддів аналізується досвід таких країн, як Австрія, Бельгія, Болгарія, Велика Британія, Німеччина, Іспанія, Італія, Канада, Латвія, Литва, Португалія, Словаччина, США, Франція, Хорватія, Швейцарія, Швеція та ін. У своїх рішеннях Конституційний Суд України керується і науковими доробками вчених-юристів, і коментарями до законодавства для аргументування власної позиції. Крім теоретичних новел, в окремих думках конституційних суддів можуть бути посилання на практику іноземних судів або інших владних установ. Такі правові позиції також

служать розширенню знань, оскільки дають змогу дізнатися і використати чужий досвід врегулювання спірних ситуацій.

Обґрунтовано, що інститут окремої думки судді Конституційного Суду України є свідченням демократизму конституційної юстиції України, справжньої незалежності судді. Окрема думка виноситься суддею від власного імені, є його особистою позицією у справі та не спричинює юридичних наслідків, отже, має доктринальне значення. Лаконічно висловлена окрема думка судді є проявом свободи в суді, авторизує особисту позицію судді та дає змогу висловити свою незалежну від інших суб'єктивну думку. Тому чинники, які спричиняють її становленню та розвитку, лежать у площині психологічних, емоційно-експресивних характеристик особистості судді. Спроможність окремого судді не просто словесно дискутувати, а публічно висловити свою незгоду з більшістю, наражаючись на можливі негативні для себе наслідки, дає змогу судді позиціонувати себе як суверенного суб'єкта, носія судової влади, а саме це є першоосновою її інституціональної незалежності.

Висловлення суддею окремої думки розглянуто як його невід'ємне право – як право судді на окрему думку. Це право містить два аспекти: 1) закріплення права судді заявити окрему думку (матеріальний аспект окремої думки судді, що визначає сам факт наявності відповідного права судді); 2) регламентація порядку та умов доступу до текстів цих окремих думок (процесуальний аспект окремої думки судді, що характеризує «зовнішні» прояви реалізації відповідного права судді). На відміну від індивідуальних правових позицій, які вирішують конкретні справи, окрема думка не є обов'язковою для сторін чи інших осіб і безпосередньо не породжує правових наслідків.

Зазначено, що регламенти низки конституційних судів (наприклад, Хорватії, Латвії, Сербії) прямо дозволяють заяву колективних окремих думок суддів, а британський варіант судового рішення розвинувся зі збірки індивідуальних думок, і нині (мабуть, як варіант процесуальної економії) зустрічається варіант, коли вказано автора рішення, а також зазначено, що з

ним згодні інші члени колегії (поіменно). Не будь-яка незгода може і повинна призводити до заяви окремої думки. У більшості випадків судді домагаються компромісного змісту рішення, що згладжує наявні протиріччя, або миряться з думкою більшості. Крайній випадок, коли суддя категорично не згоден зі суттю винесеного рішення, називається окремою думкою (*dissenting opinion* – в англomовних країнах і міжнародних судових органах, *votum separatum* – у країнах Східної Європи, *sondervotum* – у Німеччині, *zdanie odrebne* – у Польщі тощо). Заява окремої думки обов'язково супроводжується незгодою з ухваленим рішенням по суті, тобто передбачає голосування проти винесеного рішення.

Історико-порівняльний аналіз показав, що закріплення інституту окремої думки судді в тій чи іншій правовій системі є факультативним. Відсутність цього інституту в загальному випадку не дає підстав для вироблення будь-яких «компенсуючих» механізмів, що додатково гарантують незалежність судді. Ця незалежність у будь-якому разі проявляється в ситуаціях, недоступних сторонньому спостерігачеві, тобто під час обговорення справи в нарадчій кімнаті. Викладене вказує також на відносну ізольованість інституту окремої думки в межах процесуального законодавства різних країн. З огляду на це, визначено особливу думку судді як факультативний, структурно-функціональний елемент судового рішення, що введений у текст рішення або додається до нього у вигляді окремого документа, який не має обов'язкової юридичної сили, проте існує в нерозривному логічному, семантичному і структурному зв'язку з основним судовим рішенням, що визначає його зміст і контекст та відрізняється індивідуальною аргументацією, емоційністю, образністю й оціненістю. Характеристика правового регулювання інституту окремої думки судді в різних правових системах дала змогу виокремити два структурні його елементи: матеріальний (право заявити окрему думку, право на заперечення) і процесуальний (право надати своїй незгоді форму і зробити її публічною, можливість опублікування окремої думки). Матеріальний аспект права на

окрему думку є логічним продовженням невід'ємного права судді висловити свою позицію у справі, що розглядається. Процесуальний аспект права судді на окрему думку (тобто можливість і порядок її оприлюднення та поширення) має помітні особливості в судах загальної юрисдикції, як порівняти з органами конституційного правосуддя.

Зроблено висновок, що право на окрему думку надзвичайно поширене в європейських державах. Переважно воно надане тільки суддям органів конституційного контролю або вищих судів, на відміну від суддів ординарних судів. Виняток становлять Іспанія, Естонія і низка держав Східної Європи, де право на подання окремої думки надано також суддям загальних судів. Окремо треба сказати про унікальний приклад Ірландії, де конституційно закріплена заборона на висловлення окремих думок з конституційних питань. У той час як зародження, розвиток і поширення права суддів на окрему думку в країнах англосаксонської правової сім'ї має досить «цілісну» і послідовну історію, практично для кожної країни романо-германської правової сім'ї історія окремих думок суддів індивідуальна. При цьому конкретні положення, що регулюють право суддів на окрему думку, досить різноманітні.

Ключові слова: суддя, окрема думка судді, Конституційний Суд України, конституційна юстиція України, конституційна юстиція зарубіжних країн, конституційне судочинство, конституційний контроль, конституційний захист прав людини.

ABSTRACT

Kupianska A. M. Formation and development of the institution of a dissenting opinion of a judge of constitutional justice in Ukraine and foreign countries. – Qualifying research paper as a manuscript.

Thesis for the Doctor of Philosophy degree in specialty 081 “Law”. Lviv State University of Internal Affairs, Lviv, 2023.

The thesis provides a comprehensive analysis of the institution of a dissenting opinion of a judge of constitutional justice in Ukraine and foreign countries, outlines its formation and development.

The main methodological means of understanding the essence of the institution of a dissenting opinion of a judge of constitutional justice, its formation and development in Ukraine and foreign countries was the historical and legal method, which application made it possible to track the development of scientific approaches to understanding the concept of “a dissenting opinion of a judge”, the formation and development of the dissenting opinion of a judge of constitutional justice in the countries of the Anglo-Saxon and Romano-Germanic legal families at various stages of their development. Also, the methodological basis of the research *was* the comparative method, which made it possible to look more broadly at the researched issue, in particular from the point of view of the national legal doctrine, involve other examples comparable to this issue (the activities of the Supreme Court of the USA, the activities of the constitutional justice bodies of Slovakia, Croatia, Spain, Germany, Hungary, Poland, etc.).

It is well-founded that the dissenting opinions of judges are a product of the British legal system. Initially, in the high courts of England (and later of the United States) information about the distribution of votes of judges was open and played an important role in determining the power of precedent, even if the dissenting opinions were not stated. The considered chronology of the development of the institution of dissenting opinions in the Anglo-Saxon legal family is based mainly on their history in the Supreme Court of the USA, since the development of the institution of dissenting opinions has been well described in this court. The high degree of

scientific development of the problem of dissenting opinions in the USA (and to a lesser extent in the United Kingdom) allowed us making several generalizations. First, from a historical point of view, the institution of dissenting opinions of judges in the Anglo-Saxon legal family is based not on the judge's right to contradict his/her colleagues, but on his/her duty to voice his/her own opinion and provide arguments in its support. This indicates that the dissenting opinions of judges in the legal family under consideration arose as a method of procedural economy and ensuring the same understanding of the court's decision. Second, the formation of the concept of the "unanimous opinion" of the court and the development of the view on dissenting opinions as an optional (and sometimes undesirable) element of the court decision efficiently contributed to strengthening the authority of the Supreme Court of the USA, which played a crucial role in the resolution of constitutional issues and formation of the institution of a dissenting opinion of the judge of constitutional justice.

It was established that the formation of a dissenting opinion of a constitutional court judge in each country had its own features, and therefore the experience of its use and its influence on the development of constitutional justice also had significant differences depending on the country. In this aspect a special attention is paid to the practice of applying the institution of a dissenting opinion of a judge of the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany. The German (more precisely, the West German) Parliament was the first modern legislative body of Europe which allowed publishing a dissenting opinion of a constitutional court judge. The FCC of the Federal Republic of Germany has many years of positive experience in the functioning of a dissenting opinion institute. In view of this, the study of the peculiarities of the historical formation of such experience can become an example for the bodies of the constitutional justice of Ukraine, which, as of today, have a great demand to gain trust in their activities from the Ukrainian society.

It is noted that, unlike Germany, in the countries of Eastern Europe the dissenting opinions were born and grew together with the Constitutional Court itself. Despite the Kelsen's model of constitutional proceedings, the practice of applying a

dissenting opinion in each country has its own features, in particular, most constitutional courts provide for the publication of a dissenting opinion, but in some countries the dissenting opinions are published separately from the court decision. Following the rules of Eastern and Central Europe countries, it is shown that dissenting opinions, where they exist, are an (optional) part of the decision. Proof of this statement is the fact that the dissenting opinions, with the exception of Latvia, are published together with the majority opinion.

It was found that individual opinions have a rather long history, which makes it possible to single out the trends of their development in Ukraine and foreign countries. Historically, in judicial practice, two categories of judicial opinions have formed, which have their own linguistic and pragmatic features: 1) a judicial opinion of disagreement (dissenting opinion), which, in fact, is actually a “judicial opinion”, since these are cases when the judge does not accept the very essence of the decision made and votes against it; 2) a judicial concurring opinion, or simply an opinion (concurring opinion), is stated in cases where the judge has no objections to the decision of the panel itself and joins it, but either considers the given arguments or ways in the resolution of a legal dispute as unsuccessful, or brings additional considerations into the argumentation. This type of judicial opinion is characterized by greater freedom of expression of the legal position both in terms of its content and arguments. In the constitutional judiciary of Ukraine, a model of complete openness of a dissenting opinion of a judge of the Constitutional Court of Ukraine was formed, the highest degree of which is the publication of a dissenting opinion together with the decision.

It was emphasized that bodies of constitutional justice refer to the experience of foreign countries when making decisions. The decisions of the Constitutional Court of Ukraine, as well as individual opinions and opinions of judges are analysed in terms of the experience of countries such as Austria, Belgium, Bulgaria, Great Britain, Germany, Spain, Italy, Canada, Latvia, Lithuania, Portugal, Slovakia, the USA, France, Croatia, Switzerland, Sweden, etc. In its decisions the Constitutional Court of Ukraine is guided by the scientific developments of legal scholars and

comments on the legislation to substantiate its own position. In addition to theoretical statutory innovations, judicial opinions of constitutional judges may refer to the practice of foreign courts or other government institutions. Such legal positions also serve to expand knowledge, as they make it possible to learn and use other people's experience in settling disputes.

It is substantiated that the institution of a dissenting opinion of a judge of the Constitutional Court of Ukraine is an evidence of the democracy of the constitutional justice of Ukraine, the true independence of the judge. A dissenting opinion is stated by the judge in his/her own name, it is his/her personal position in the case and it does not cause legal consequences, therefore, it has a doctrinal significance. A concisely expressed dissenting opinion of a judge is a manifestation of dissent in court, which personalizes the judge, authorizes his/her personal position and enables him/her to express his/her subjective opinion independent of others. Therefore, the factors causing its appearance lie in the field of psychological, emotional and expressive characteristics of the judge's personality. The ability of an individual judge not only to verbally discuss, but to publicly express his/her disagreement with the majority, exposing himself/herself to possible adverse consequences, enables the judge to present himself/herself as a sovereign, a bearer of judicial power, and this is the very basis of its institutional independence.

The statement of a dissenting opinion by a judge is considered as his/her inherent right - as the judge's right to a dissenting opinion. This right includes two aspects: 1) consolidation of the judge's right to express a dissenting opinion (the material aspect of the judge's dissenting opinion, which determines the very fact of the existence of the relevant right of the judge); 2) regulation of the procedure and conditions of access to the texts of these dissenting opinions (the procedural aspect of the judge's dissenting opinion, which characterizes the "external" manifestations of the exercise of the judge's relevant right). Unlike the individual legal positions that decide on specific cases, a dissenting opinion is not binding on the parties or others and does not directly create legal consequences.

It is noted that the regulations of a number of constitutional courts (for example, in Croatia, Latvia, Serbia) expressly allow the statement of collective dissenting opinions of judges, and the British version of the court decision developed from a collection of dissenting opinions, and now (probably as an option for procedural economy) one can find the option when the author of the decision is specified, as well as other members of the panel agree with him/her (by name). Not every disagreement can and should lead to the statement of a dissenting opinion. In most cases, judges seek a compromise content of the decision smoothing out the existing contradictions, or put up with the opinion of the majority. The extreme case is when the judge categorically disagrees with the essence of the decision made is called a dissenting opinion (dissenting opinion - in English-speaking countries and international judicial bodies, *votum separatum* - in Eastern European countries, *sondervotum* - in Germany, *zdanie odrebne* - in Poland, etc.). The statement of a dissenting opinion is necessarily accompanied by a disagreement with the adopted decision on the merits, that is, it involves a vote against the decision made.

The comparative legal analysis showed that the consolidation of the institution of a dissenting opinion of a judge in one or another legal system is optional. The absence of this institution in general does not provide grounds for the development of any “compensating” mechanisms that additionally guarantee the independence of the judge. In any case, this independence is manifested in situations inaccessible to an outside observer, that is, during the discussion of the case in the chamber room. The above also indicates the relative isolation of the institution of a dissenting opinion within the procedural legislation of different countries.

A dissenting opinion of the judge is defined as an optional, structural and functional element of the court decision, which is included in the text of the decision or is attached thereto in the form of a separate document, which has no binding legal effect, but exists in an inextricable logical, semantic and structural connection with the main court decision, which determines its content and context and is distinguished by individual argumentation, emotionality, imagery and appreciation. The feature assessment of the legal regulation of the institution of a dissenting

opinion of a judge in different legal systems made it possible to distinguish two structural elements of its elements: material (the right to express a dissenting opinion, the right to object) and procedural (the right to give form to one's disagreement and make it public, the possibility of publishing a dissenting opinion). The material aspect of the right to a dissenting opinion is a logical continuation of the inherent right of a judge to express his/her position in the case under consideration. The procedural aspect of a judge's right to a dissenting opinion (that is, the possibility and procedure of its publication and dissemination) has notable features in the courts of general jurisdiction as compared to bodies of constitutional justice.

It was concluded that the right to a dissenting opinion is extremely widespread in European countries. It is mainly granted only to judges of constitutional review bodies or high courts, in contrast to judges of general courts. Exceptions are Spain, Estonia and a number of Eastern European countries, where the right to submit a dissenting opinion is also granted to judges of general courts. Separately, it is worth saying about the unique example of Ireland, where the expression of a dissenting opinion on constitutional issues is constitutionally prohibited. While the origin, development and spread of the right of judges to a dissenting opinion in the countries of the Anglo-Saxon legal family has a rather "integrated" and consistent history, for almost every country of the Romano-Germanic legal family the history of the dissenting opinions of judges is individual. At the same time, the specific provisions regulating the right of judges to a dissenting opinion are quite diverse.

Keywords: judge, dissenting opinion of a judge, Constitutional Court of Ukraine, constitutional justice of Ukraine, constitutional justice of foreign countries, constitutional judiciary, constitutional review, constitutional protection of human rights.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА,

у яких опубліковані основні наукові результати дисертації відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 12 січня 2022 року № 44:

1. Куп'янська А. М., Санагурська Г. М. Поняття, ознаки та функції окремої думки судді конституційної юстиції: теоретичний аналіз. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки*. 2019. Вип. 8. С. 83–93. DOI: <https://doi.org/10.36477/2616-7611-2019-08-09>.

2. Куп'янська А. М. Огляд іноземного досвіду становлення та розвитку інституту окремої думки судді конституційної юстиції (на прикладі ФКС ФРН). *Право.ua*. 2020. № 3. С. 18–24.

3. Куп'янська А. М. Генеза інституту окремої думки в Конституційному Суді Литовської республіки. *Європейські перспективи*. 2022. № 2. С. 16–22.

4. Куп'янська А. М. «Окрема думка» як унікальний самостійний жанр судового дискурсу: практика зарубіжних судів. *Альманах права*. 2022. Вип. 13. С. 392–399.

5. Куп'янська А. М. Окремі думки в міжнародному правосудді: доктрина та практика. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 3. С. 467–472.

інші:

6. Куп'янська А. М. Особлива думка судді Конституційного Суду України: практика ЄСПЛ та розбіжності в поглядах. *Visegrad journal on human rights*. 2021. № 4. С. 25–30.

7. Куп'янська А. М. Використання доктринальних засад юридичної науки в окремих думках суддів Конституційного Суду України. *Часопис Київського університету права*. 2022. № 1. С. 32–37.

які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

8. Куп'янська А. М. Особливості становлення та розвитку окремої думки в конституційних судах Східної Європи. *International scientific conference*. Riga, Latvia. 2020. С. 20–23.

9. Куп'янська А. М., Санагурська Г. М. Вимоги до окремої думки судді конституційної юстиції: теоретичний аспект. *Сучасні напрями розвитку економіки, підприємництва, технологій та їх правового забезпечення : матер. Міжнар. наук.-практ. конф.* / відп. за вип. проф. Б. Б. Семак. Львів : Вид-во Львів. торг.-екон. ун-у, 2020. С. 305–306.

10. Куп'янська А. М. Аргументація окремої думки судді в процесі конституційного судового контролю. *Права людини та публічне врядування в сучасних умовах : міжнар. правн. форум* (м. Чернівці, 10 черв. 2022 р.). Чернівці : Чернів. нац. ун-т ім. Юрія Федьковича, 2022. С. 253–256.

11. Куп'янська А. М. Якість правових позицій Конституційного Суду України крізь призму застосування доктринальних положень вітчизняної та зарубіжної юридичної науки. *Правові засади організації та здійснення публічної влади : зб. тез V Міжнар. наук.-практ. конф., присв. світлій пам'яті першого голови Конституційного Суду України Леоніда Юзькова* (м. Хмельницький, 17 черв. 2022 р.). Хмельницький : Хмельн. ун-т управл. та права ім. Л. Юзькова, 2022. С. 216–219.

12. Куп'янська А. М. Вплив юридичної доктрини на окрему думку судді Конституційного Суду України. *Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах воєнного стану : матер. наукового семінару* (м. Львів, 23 черв. 2022 р.) / упор. М. В. Ковалів, М. Т. Гаврильців, Н. Я. Лепіш. Львів : ЛьвДУВС, 2022. С. 128–132.

13. Куп'янська А. М. Особливості інституту «особливої думки судді». *Гарантії та забезпечення прав людини в Україні: становлення, розвиток та перспективи : зб. тез доп. та повідомл. за матер. круглого столу, присв. Міжнародному дню прав людини* (м. Харків, 4 грудня 2022 р.). Харків : НЮУ ім. Ярослава Мудрого, 2022. С. 59–62. URL: <https://nauka.nlu.edu.ua/nauka/vnd/zbirnyku-naukovyh-konferenczij/>.

14. Куп'янська А. М. Право на окрему думку судді Конституційного Суду України. *Правові виклики сучасності: законодавче реагування на геополітичні й історичні проблеми : матер. III Міжнар. наук.-практ. онлайн-*

конф. (м. Чернівці, 6 груд. 2022 р.) / [редкол. : Н. Д. Гетьманцева (голова), О. В. Кіріяк (відпов. секр.) та ін.]. Чернівці : Чернів. нац. ун-т ім. Ю. Федьковича, 2022. С. 266–269.

15. Куп'янська А. М. Інститут особливих думок суддів конституційної юстиції як симбіоз компетентного та доктринального тлумачення. *Захист прав людини в Україні: сучасний стан та перспективи вдосконалення* : зб. тез *Наук.-практ. круглого столу, присв. 74-й річниці проголошення Загальної декларації прав людини* (м. Хмельницький, 9 груд. 2022 р.). Хмельницький : Хмельн. ун-т управл. та права ім. Леоніда Юзькова, 2022. С. 106–109.

16. Куп'янська А. М. Захист прав і свобод людини як основоположне завдання конституційної юстиції. *Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах війни та післявоєнний період* : наук. семінар (м. Львів, 23 черв. 2023 р.). Львів : ЛьвДУВС, 2023. С. 105–109.

ЗМІСТ

АНОТАЦІЯ	2
СПИСОК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ ТА СКОРОЧЕНЬ	18
ВСТУП	19
РОЗДІЛ 1. ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ ОКРЕМОЇ ДУМКИ СУДДІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ	29
1.1. Теоретико-методологічні засади дослідженні окремої думки судді конституційної юстиції	29
1.2. Становлення окремої думки судді конституційної юстиції.....	51
1.3. Право судді на окрему думку в різних правових системах	64
Висновки до розділу 1.....	85
РОЗДІЛ 2. ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ІНСТИТУТУ ОКРЕМОЇ ДУМКИ СУДДІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ	89
2.1. Правова характеристика інституту окремої думки судді конституційної юстиції	89
2.2. Поняття та ознаки окремої думки судді конституційної юстиції	109
2.3. Структура та цілі окремої думки судді конституційної юстиції.....	123
Висновки до розділу 2	133
РОЗДІЛ 3. СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ОКРЕМИХ ДУМОК СУДДІВ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ В РІЗНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ	138
3.1. Особливості становлення та розвитку англосаксонської моделі окремої думки судді конституційної юстиції	138
3.2. Нормативно-правова характеристика романо-германської моделі окремої думки судді конституційної юстиції.....	151
3.3. Окрема думка в практиці зарубіжних судів.....	170
Висновки до розділу 3.....	188
ВИСНОВКИ	192
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	199
ДОДАТОК	236

СПИСОК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ ТА СКОРОЧЕНЬ

- ЄАВТ – Європейська асоціація вільної торгівлі
- ЄКПЛ – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
(Європейська конвенція з прав людини)
- ЄС – Європейський Союз
- ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини
- КСУ – Конституційний Суд України
- МС ООН – Міжнародний суд ООН
- ООН – Організація Об'єднаних Націй
- ПАР – Південно-Африканська Республіка
- ФКС Німеччини – Федеральний конституційний суд Німеччини
- ФРН – Федеративна Республіка Німеччина

ВСТУП

Актуальність теми дисертаційного дослідження. Надзвичайно складне і динамічне правове регулювання суспільних відносин повсякчас вимагає постійного контролю за дотриманням Основного закону. Функція ж такого контролю покладається на суди, причому в багатьох країнах на органи спеціалізованого конституційного контролю – конституційні суди. В Україні правопорядок оснований на Конституції України 1996 року, проте Конституційний Суд України як орган конституційного контролю був заснований і створений ще 1992 року, а саме ухваленням Верховною Радою України Закону України «Про Конституційний Суд України», що визначив порядок формування та функції цього органу. У цьому ж році було внесено зміни до Конституції України, якими чисельність Конституційного Суду України зменшено. Реформування вітчизняного законодавства, включаючи законодавство про конституційне судочинство, свідчить й про системний підхід щодо регулювання інституту окремих думок суддів конституційного суду. При цьому у конституційному судочинстві можна простежити тенденцію загальнодоступності окремих думок суддів, яка розпочалася зі встановлення правила про їх офіційне оприлюднення і, наразі, призвела до повної відкритості окремих думок.

Становлення та розвиток органів конституційної юстиції України та зарубіжних країн показує, що нерідко за одним і тим самим рішенням було висловлено кілька окремих думок, що дало змогу суддям (деякі з них є авторитетними вченими-правознавцями) подолати безліч колізій чинного законодавства. Поява інституту окремої думки перетворила конституційний суд на те місце, де не просто ухвалюються відповідні до чинного законодавства рішення, а де розвивається юридична думка. Окрема думка суддів являє собою частину конституційної правосвідомості і, безумовно, впливає на формування правової ідеології, а також на розвиток правової культури. Зрештою, окрема думка судді може розглядатися як свого роду

теоретико-прикладне дослідження, яке підкріплене авторитетом судді як представника органу конституційної юстиції.

Існування інституту окремої думки судді – це поштовх для розвитку конституціоналізму, що дає змогу застосовувати нові підходи до переосмислення правової реальності, адже заторкує багато аспектів життя суспільства та держави. Цей інститут позитивно впливає на конституційний суд, адже є своєрідним індикатором атмосфери в суді. Для конституційних судів багатьох зарубіжних держав окремі думки можуть бути таким собі «переконливим авторитетом», до якого вони можуть дослухатися. Для вітчизняного законодавця інститут окремої думки важливий тим, що іноді окрема думка судді може стати основою для зміни закону. Для громадян окрема думка – це насамперед наочний приклад прояву незалежності судді, а для юридичної науки – серйозні теоретичні міркування і великий внесок у розвиток правової доктрини, адже є складною науковою працею судді. І головне: окрема думка – це втілене в життя право людини на власну думку. Воно природне і необхідне не тільки для судової влади, а й для інститутів громадянського суспільства загалом. Отож наявність інституту окремої думки судді конституційної юстиції варто розглядати як позитивну практику, яка вказує на можливий резерв для тлумачення норм права на основі конституційних принципів. Тож цей інститут, його існування та розвиток в конституційному судочинстві мають великі перспективи в подальшому вивченні та дослідженні¹.

Ступінь розробленості теми дослідження. Питання правової природи та особливостей окремої думки судді конституційної юстиції були предметом розгляду в наукових працях багатьох вітчизняних учених. Це, зокрема монографії, дисертаційні дослідження, наукові статті та інші публікації Ю. Барабаша, Б. Бондаренко, О. Бориславської, О. Білоскурської,

¹ У цьому дослідженні ми використовуємо термін «окрема думка» в його широкому значенні, що охоплює і незгоду судді з рішенням цілком, і неприйняття ним лише мотивів ухваленої постанови (збіжна окрема думка).

О. Васильченко, М. Гаврильців, А. Івановської, Д. Лилака, І. Левандовської, О. Панкевича, Т. Подорожної, С. Різника, Т. Слінько, О. Овчаренко, М. Савчина, М. Сподарик, Г. Санагурської, М. Тесленко, Є. Ткаченка, Т. Цимбалістого, Г. Христової, О. Хотинської-Нор, О.Чередніченко, О. Щербанюк та ін.). Серед зарубіжних учених варто виокремити А. Ван ден Берга, Г. Лаутерпахта, Е. Лінча, К.-Д. Еллермана, Пінто де Альбукерке Пауло.

Багато уваги цій проблематиці присвятили власне самі судді Конституційного Суду України (і нинішні, і у відставці), такі як С. Головатий, О. Грищук, В. Городовенко, М. Гультай, В. Касмінін, В. Колісник, В. Лемак, В. Мойсик, М. Мельник, О. Совгіря, П. Стецюк, С. Сас, Н. Шаптала, В. Шишкін, Г. Юровська, Л. Юзьков. Велику роль у дослідженні окремих думок відіграли погляди суддів зарубіжних судів, зокрема, суддів Верховного суду США – А. Скалії, Р. Гінзбург та О. Холмса, У. Бренана, Дж. Картера, Верховного суду Канади Б. Ласкіна, К. Л'Ерьо-Дюбе, Конституційного суду Німеччини – В. Гейгера, Конституційного суду Угорщини – І. Вереса та Л. Шуліома, Конституційного трибуналу Польщі – М. Сафяна та ін. На окрему увагу заслуговують погляди найавторитетніших дослідників окремих думок у Міжнародному суді ООН А. Редферна та Е. Хамбро. Утім, незважаючи на обширний аналіз становлення та розвитку окремої думки судді конституційної юстиції (історія формування цього інституту в країнах Європи, США та в Україні, динаміка його нормативного регулювання, позитивні та негативні сторони) в юридичній літературі і надалі чимало питань є дискусійними, адже у різні періоди функціонування конституційного судочинства неодноразово висловлювались певні обурення щодо використання суддями права на окрему думку. Відтак відкритим залишається питання прийняття чи неприйняття окремої думки та необхідність в тій чи іншій формі закріпити її процесуальний статус у країнах з континентальною чи англо-американською правовою системою. З огляду на це, крізь призму формування певних моделей інституту окремої думки судді конституційної юстиції у процесі його становлення та історичного розвитку, варто заповнити прогалини у вивченні цього феномену.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертація виконана відповідно до Переліку пріоритетних тематичних напрямів наукових досліджень і науково-технічних розробок на період до 2023 року, затвердженого постановою Кабінету Міністрів від 09.05.2023 № 463, Пріоритетних напрямів фундаментальних та прикладних наукових досліджень у галузі права Національної академії правових наук України на 2021–2025 роки, а також теми науково-дослідної роботи Львівського державного університету внутрішніх справ з державною реєстрацією на 2019–2024 роки «Держава і право: філософсько-правовий та теоретико-історичний виміри» (№ 0122U002405).

Метою дисертації є розробка теоретико-методологічної моделі становлення та розвитку інституту окремої думки судді конституційної юстиції в Україні та зарубіжних країнах. Для досягнення цієї мети було визначено наступні **завдання**:

провести теоретико-правовий аналіз методологічних підстав дослідження окремої думки судді конституційної юстиції крізь призму порівняльно-правового аналізу в конституційному праві;

проаналізувати етапи становлення та розвитку інституту окремої думки судді конституційної юстиції;

розкрити зміст права судді на окрему думку в різних правових системах;

розглянути юридичну природу інституту окремої думки судді конституційної юстиції;

визначити поняття та навести ознаки окремої думки судді конституційної юстиції;

дослідити структуру та визначити цілі окремої думки судді конституційної юстиції;

охарактеризувати становлення та розвиток англосаксонської моделі окремої думки судді конституційної юстиції;

показати становлення та розвиток романо-германської моделі окремої думки судді конституційної юстиції;

розглянути право судді на окрему думку крізь призму практики зарубіжних судів.

Об'єкт дослідження – система суспільних відносин у сфері становлення та розвитку інституту окремої думки судді конституційної юстиції в Україні та зарубіжних країнах.

Предмет дослідження – інститут окремої думки судді конституційної юстиції в Україні та зарубіжних країнах в контексті становлення та розвитку.

Методологічна основа дослідження – це комплекс загальнонаукових та спеціальних юридичних методів пізнання. Становлення та розвиток інституту окремої думки судді конституційної юстиції проаналізовано за допомогою діалектичного методу. Формально-логічний метод застосовано під час аналізу норм конституційного та конституційно-процесуального законодавства України та зарубіжних країн, визначення змісту основних понять, систематизації матеріалу задля отримання узагальнених висновків у межах заявленої проблематики (підрозділи 1.2, 1.3, 3.3). Основним методологічним засобом осягнення сутності інституту окремої думки судді конституційної юстиції, його становлення та розвитку в Україні й зарубіжних країнах став історико-правовий метод, застосування якого дозволило відстежити розвиток наукових підходів до розуміння поняття «окрема думка судді», отримати й узагальнити знання про сутність та етапи розвитку інституту окремої думки судді конституційної юстиції в країнах англосаксонської та романо-германської правових сімей (підрозділи 1.1, 1.2, 3.1, 3.2). Також методологічною основою дослідження *послугував* порівняльний метод, який дав змогу ширше дослідити питання, зокрема з точки зору вітчизняної юридичної доктрини, залучити інші, зіставні із цим питанням приклади (діяльність Верховного суду США, діяльність органів конституційної юстиції Німеччини, Угорщини, Польщі та ін.). Порівняльно-

правовий метод сприяв виявленню тенденцій та зіставленню підходів до дослідження інституту окремої думки судді конституційної юстиції в Україні та зарубіжних країнах (підрозділи 1.3, 2.1, 2.2, 2.3, 3.4).

Системний аналіз дав змогу оцінити підходи до забезпечення конституційного правопорядку, зіставити з реальними суспільними процесами, які вплинули на становлення окремої думки судді конституційної юстиції, а соціологічний метод – оцінити чинники, що впливають на розвиток окремих думок суддів конституційних судів, їх позитивну та негативну роль у конституційній правосвідомості (підрозділи 1.3, 2.1, 3.1–3.3). Прогностичний метод у формі моделювання застосовувався щодо перспектив розвитку конституційного законодавства, спрямованого на створення системи ефективного конституційного контролю та виконання рішень Конституційного Суду України та конституційних судів зарубіжних країн (підрозділи 2.2, 2.3, 3.3).

Важливою частиною методології наукового дослідження є причинно-наслідковий аналіз, спрямований на виявлення обставин, що становлять небезпеку для людини і громадянина у сфері захисту їхніх конституційних прав і свобод, та визначення характеру їх впливу на ефективність конституційного контролю у процесі становлення та розвитку інституту окремої думки судді конституційної юстиції (підрозділи 2.2, 2.3, 3.3).

Науково-теоретичною основою дисертаційної роботи слугували наукові дослідження вітчизняних і зарубіжних учених. Документальним і фактологічним підґрунтям дисертації стали статистичні дані, чинне законодавство України та рішення органів конституційної юстиції зарубіжних країн.

Нормативну базу дослідження становлять Конституція України, Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, закони та інші нормативні акти України, рішення та висновки Конституційного Суду України та органів конституційної юстиції зарубіжних

країн, судова практика в досліджуваній сфері. Емпіричною базою дослідження є статистично-довідкові матеріали, що стосуються теми дослідження, узагальнені дані судової практики, публікації в засобах масової інформації.

Наукова новизна одержаних результатів визначається постановкою та вирішенням актуальної і багатоаспектної наукової проблеми становлення та розвитку інституту окремої думки судді конституційної юстиції в Україні та зарубіжних країнах. Під час проведеного дослідження отримано нові наукові положення, які мають вагомим теоретичне і практичне значення для правознавства. У межах проведеного дослідження:

уперше:

– висловлення суддею окремої думки розглянуто як його невід’ємне право – як право судді на окрему думку, що містить два аспекти: 1) закріплення права судді заявити окрему думку (матеріальний аспект окремої думки судді, що визначає сам факт наявності відповідного права судді); 2) регламентація порядку та умов доступу до текстів цих окремих думок (процесуальний аспект окремої думки судді, що характеризує «зовнішні» прояви реалізації відповідного права судді);

– узагальнено, що в органах конституційної юстиції зарубіжних країн конфлікт між суддями може бути вирішений трьома способами: 1) відмова від участі в ухваленні рішення (відставка); 2) передача справи на розгляд іншого суду, якому надано ширший розсуд у частині тлумачення законодавства; 3) формалізована заява незгоди, зокрема з мотивів, що безпосередньо не спираються на чинне правове регулювання (подання окремої думки);

– доведено, що закріплення інституту окремої думки судді в тій чи іншій правовій системі є факультативним та має перехідний характер, що властиво для держав, які перебувають у процесі реформування правової системи;

– акцентовано на запозичення позитивного досвіду функціонування інституту окремої думки Федерального Конституційного Суду Німеччини,

особливості історичного формування якого можуть стати прикладом для органів конституційного правосуддя України, які прагнуть отримати довіру до своєї діяльності від українського суспільства;

удосконалено:

– дефініцію поняття «окрема думка судді»;

– правові засади забезпечення гласності та прозорості конституційного процесу;

– наукові погляди на специфіку конституційного процесу в країнах англосаксонської та романо-германської правових сімей;

– доктринальне значення інституту окремої думки судді конституційної юстиції для розвитку і вдосконалення законодавства України на основі позитивного досвіду зарубіжних країн;

набули подальшого розвитку:

– методологічні підходи дослідження інституту окремої думки судді конституційної юстиції в теорії права та конституційному праві (зокрема, через історико-правовий метод та метод порівняльно-правового аналізу);

– положення про заборону на опублікування окремих думок суддів та виведення їх із публічної сфери в окремих зарубіжних країнах;

– правове регулювання забезпечення конституційного контролю органами конституційної юстиції України та зарубіжних країн;

– види та функції окремих думок суддів у міжнародному правосудді.

Теоретичне та практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що викладені в дисертації положення, висновки, пропозиції та рекомендації можуть бути використані у:

- *науковій діяльності* – для проведення подальших наукових досліджень інституту окремої думки судді в теорії права та конституційному праві;

- *правотворчій діяльності* – для подальшого удосконалення чинного законодавства у сфері конституційного судочинства;

- *правозастосовній діяльності* – для підвищення ефективності практики органів конституційної юстиції щодо реалізації права судді на окрему думку;

- *освітньому процесі* – під час підготовки методичних матеріалів з навчальних дисциплін «Теорія держави та права», «Конституційне право» (акт впровадження Львівського державного університету внутрішніх справ від 11.10.2023 № 86).

Особистий внесок здобувача. Сформульовані в дисертації положення, узагальнення, висновки, рекомендації, пропозиції обґрунтовано на підставі особистих досліджень у результаті опрацювання та аналізу наукових, нормативних і статистичних джерел.

Апробація результатів дисертації проводилася шляхом їх обговорення на наукових, науково-практичних конференціях міжнародного, всеукраїнського та регіонального рівнів. Основні положення роботи апробовані на науково-практичних заходах: міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні напрями розвитку економіки, підприємництва, технологій та їх правового забезпечення» (м. Львів, 18 грудня 2020 р.); міжнародному правничому форумі «Права людини та публічне врядування в сучасних умовах» (м. Чернівці, 10 червня 2022 р.); міжнародній науково-практичній конференції «Правові засади організації та здійснення публічної влади» (м. Хмельницький, 17 червня 2022 р.); науковому семінарі «Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах воєнного стану» (м. Львів, 23 червня 2022 р.); круглому столі «Гарантії та забезпечення прав людини в Україні: становлення, розвиток та перспективи» (м. Харків, 4 грудня 2022 р.); міжнародній науково-практичній конференції «Правові виклики сучасності: законодавче реагування на геополітичні й історичні проблеми» (м. Чернівці, 6 грудня 2022 р.); науково-практичному круглому столі «Захист прав людини в Україні: сучасний стан та перспективи вдосконалення» (м. Хмельницький, 9 грудня 2022 р.); науковому семінарі

«Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах війни та післявоєнний період» (м. Львів, 23 червня 2023 р.).

Публікації. Основні положення дисертації висвітлено в 16 наукових публікаціях, з яких: 7 наукових статей, зокрема 6 у виданнях, які входять до переліку наукових фахових видань України, 1 – у зарубіжному фаховому виданні (Словацька Республіка), та 9 тез виступів на науково-практичних заходах.

Структура та обсяг дисертації. Дисертаційна робота викладена на 247 сторінках, складається зі вступу, трьох розділів, висновків, списку використаних джерел, трьох додатків. Обсяг основного тексту дисертації становить 206 сторінок. Список використаних джерел (304 найменування) викладено на 37 сторінках.

РОЗДІЛ 1

ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ ТА ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ ОКРЕМОЇ ДУМКИ СУДДІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ

1.1. Теоретико-методологічні засади дослідженні окремої думки судді конституційної юстиції

Як свого часу слушно наголошував суддя Верховного суду штату Каліфорнія Дж. Картер, «право на іншу думку є сутністю демократії» [118, р. 118]. Здатність обстоювати свою позицію перед суспільством необхідна для судді і є найважливішим атрибутом його внутрішньої незалежності. Суддя без власної думки на право і закон не гідний називатися суддею. Гарантом же внутрішньої незалежності судді є інститут особливої думки. Колишній голова Конституційного Суду України М. Ф. Селівон, говорячи про своїх колег, зазначав: «Тут [у Конституційному Суді] вісімнадцять висококваліфікованих фахівців, які мають абсолютно рівні права, і саме завдяки своїй високій кваліфікації кожен з них бачить проблему по-своєму» [90]. У суспільстві має бути сформована повага до рішень суду, що залежить від відкритості та професіоналізму самих суддів. Окрім того, успішність проведення судової реформи ґрунтується на принципах демократії та справедливості.

Діяльність органів конституційної юстиції задає стандарти і принципи для відправлення правосуддя в інших видах судочинства. Правові позиції конституційного суду формують політико-правовий ландшафт, коригуючи взаємовідносини органів влади, уточнюючи правове становище особистості в державі, а у відомих межах впливають і на міжнародні зв'язки, оскільки конституційний суд перевіряє підписані договори на відповідність конституції. При цьому суд завжди здійснює тією чи іншою мірою тлумачення конституції, коли висловлені ним правові позиції спираються на його власне прочитання тексту Основного закону. Останній надалі

застосовуватиметься всіма суб'єктами права відповідно до роз'яснень суду. Саме тому, на переконання О. Водянікова, рішення конституційного суду мають значення *erga omnes*, на ньому лежить величезна відповідальність за дієвість конституції [5].

На переконання вчених, окрема думка судді КСУ слугує засобом реалізації його вільного волевиявлення та рівноправ'я, впливає на наукову і професійну правосвідомість, а також розвиток правової культури. Вона є своєрідним маркером, який формує дискурс суспільно-політичного діалогу з важливих конституційних питань та виступає дуже важливим засобом інформування громадськості про суть юридичних дискусій, які відбуваються в суді [102, с. 88]. А тому сукупність окремих думок із простих записів аргументованих правових рішень має перетворитися на інструмент розвитку правової думки.

Інститут особливих думок слугує гарантом суддівської незалежності і дає змогу суддям позиціонувати себе не тільки частиною дискурсивного експертного співтовариства, а й суверенною особистістю, носієм і транслятором суб'єктивної творчої правової позиції, максимально експлікувати своє професійне «я» [94]. Стильова специфіка особливої думки зумовлена, отже, її персоналізованим, суб'єктивним характером, що виражається в емоційно-експресивних, образних, оціночних засобах. За своєю природою окрема думка судді КСУ є симбіозом компетентного (професійного) і доктринального (наукового) тлумачення, яке спирається на фундаментальні знання у сфері наукового світогляду авторитетних учених-правознавців.

Інститут окремої думки судді КСУ є свідченням демократизму конституційної юстиції України, справжньої незалежності судді. Окрема думка виносить суддею від власного імені, виступає його особистою позицією у справі та не зумовлює юридичних наслідків, отже, має доктринальне значення [94].

Питання про доступ суддів до особливих думок, та й про право окремого судді писати таке, однозначно вирішено лише в країнах, що належать до сім'ї загального права (common law), де інститут особливої думки утвердився незаперечно. В інших же правових системах, зокрема і в Україні, він здавна належить до найбільш делікатних, тому що руйнує звичну для цих правових систем концепцію обов'язкової солідарності суддів, в основі якої лежить уявлення про право як моноваріантну систему, в якій кожна проблема (судова суперечка) має тільки одне «правильне» рішення.

Окрема думка судді конституційної юстиції також спрямована на вирішення важливих політико-правових завдань. Так, на думку відомого вченого-конституціоналіста В. Шаповала, різноманітні інститути та процеси політичного життя, форми та вектори його розвитку, глибоке проникнення у його матерію інноваційних технологій, у тому числі тих, які тривалий час формувалися та застосовувалися за межами політики і права, парадигмальні зрушення у політико-правовій доктрині з одного боку, та прагнення до реанімації і відродження історичних традицій і форм розв'язання політичних питань, протиріч і конфліктів, шляхом надання їм нових смислів і змісту, інші тенденції політичної модернізації політики та права, неодмінно віддзеркалюються на правовій, насамперед, конституційній матерії, яка, у свою чергу, усе більше набуває політичних обрисів [102, с. 36].

Із цього приводу О. Панкевич та М. Гаврильців переконані, що «конституційний суд сьогодні вітчизняний орган конституційної юрисдикції, який повинен забезпечувати верховенство Конституції України, так би мовити, перебуває в центрі зіткнення політичних (а подеколи й економічних) інтересів різноманітних груп впливу. Досвід останніх років дав змогу зрозуміти, що такі обставини несуть небезпеку як для правової системи, так і для суспільства загалом, адже КСУ не повинен підпорядковуватись інтересам різноманітних політичних еліт, а завжди керуватись Конституцією» [74, с. 13].

Цікавим прикладом тут, як нам здається, може слугувати концепція «невидимої конституції», викладена в особливій збіжній думці голови угорського Конституційного суду професора Л. Соліома 1990 року [152]. Йшлося про те, що в умовах перехідного періоду та за відсутності нової конституції конституційний суд створює своїми рішеннями відому систему правових принципів, які мають більшу юридичну силу, ніж сама конституція. Професор Л. Соліом вважав, що ці принципи покликані вберегти Основний закон від політично мотивованих поправок, оскільки вони виступатимуть стабільним мірилом конституційності. На наш погляд, ідея «невидимої конституції» співвідноситься з поняттям неписаної конституції, а в ширшому значенні і з так званим «духом конституції», тобто з певною сукупністю засад, що роблять конституційний текст внутрішньо узгодженим. У будь-якому разі для угорського конституційного права початку 1990-х років такий підхід був новим.

Так, наприклад, у конституційному праві сучасної Індії набула поширення теорія опорних положень конституції (theory of basic structure of the constitution) [170, p. 244]. Ідеться про найважливіші принципи конституційного тексту, що утворюють його внутрішнє ядро. Такі принципи володіють підвищеною юридичною силою, вони з'єднують між собою інші положення конституції, надають їй узгодженого характеру. Одночасно ці принципи слугують для захисту конституції від необґрунтованих змін, продиктованих політичною кон'юнктурою або авторитарними намірами окремих політичних лідерів. При цьому, однак, у самій Конституції Індії 1950 року цих принципів немає, і жодна її норма не є незмінною.

Парламент же від самого початку не був обмежений у праві вносити до неї будь-які поправки. Теорія опорних положень конституції була вироблена в практиці Верховного суду Індії, починаючи з 1967 року. Важливо мати на увазі, що формулювання цих принципів містилося переважно в окремих думках суддів, а не тільки в рішеннях Суду. Майже всі такі думки збігалися, але судді намагалися привнести власне розуміння

фундаментальних засад правопорядку, що роблять Конституцію Індії стабільною і непідвладною мінливій політиці парламенту [239, р. 48–50]. Так, згідно з правовими позиціями індійських суддів, опорними засадами національної конституції слугують її верховенство, республіканська форма правління, світська держава, федералізм, обмеженість вторинної установчої влади парламенту, конституційний контроль. Примітно також, що цей список передбачається відкритим, інші принципи можуть з часом приєднатися до вже сформульованих. Зі свого боку факультативний характер окремих думок суддів не перешкоджає визнанню цих принципів загальнообов'язковими і в судовій практиці, і в конституційно-правовій доктрині сучасної Індії.

Окрема думка судді конституційного суду, звісно, необов'язково має містити нові гіпотези та підходи в праві, але їх наявність може зробити текст судової постанови більш зрозумілим і доступним [4]. Юрист-професіонал, а також будь-яка людина, яка цікавиться судовою практикою, отримує можливість зіставити аргументи судового рішення з доводами окремої думки. Це потрібно не стільки для критики судової постанови, скільки для з'ясування її сенсу. Альтернативна правова позиція, що міститься в окремій думці, заповнює своєрідну «прогалину», оскільки в будь-якому разі розширює простір правової аргументації. З огляду на це, у юридичній літературі виокремлюють дві категорії окремих думок судді:

1) окрема думка в частині згоди (має місце тоді, коли суддя приєднується до думки більшості, однак висловлює власні міркування щодо мотивувальної частини рішення);

2) окрема думка незгоди (проявляється тоді, коли суддя не погоджується з ухваленим рішенням) [202, р. 163].

О. Хотинська-Нор наголошує, що лаконічно висловлена окрема думка судді є виявом інакомислення в суді, яке індивідуалізує персону судді, авторизує його особисту позицію та дає змогу висловити свою незалежну від інших суб'єктивну думку. Тому чинники, які спричиняють її появу,

лежать у площині психологічних, емоційно-експресивних характеристик особистості судді. Спроможність окремого судді не просто словесно дискутувати, а публічно висловити свою незгоду з більшістю, наражаючись на можливі несприятливі для себе наслідки, дає змогу судді позиціонувати себе як суверенного суб'єкта, носія судової влади, а саме це є першоосновою її інституціональної незалежності [99, с. 35].

В окремій думці представлено інше рішення справи, зрозуміло, факультативне, але яке слугує ключем до розуміння *ratio decidendi* суду. А конкретна справа, з приводу якої було ухвалено судове рішення і висловлено окрему думку, виявляється тоді ніби в центрі обговорення, між двох полюсів. Повнота наукового аналізу судової практики від цього тільки виграє. Як писав свого часу Р. Декарт, аналітичний метод дає можливість пояснити походження того чи іншого явища, отже, вивчення окремої думки здатне відкрити справжні причини винесеного судового рішення (див.: [27]).

Оскільки рішення Конституційного Суду та окрема думка містять різні правові позиції, для їх наукового осмислення має сенс порівняти їх між собою, бодай щоб виявити відомі тенденції правового розвитку. Очевидно, що такі складаються не одномоментно, вони поступово народжуються, зріють, щоб у підсумку проявитися на повну силу в судовій практиці. Окремі думки, отже, можуть продемонструвати відому динаміку в судовій практиці [211]. Найпродуктивнішим, вочевидь, буде вивчення кількох окремих думок до одного рішення (якщо такі є) або різних окремих думок до різних рішень протягом деякого періоду часу. Предметом зіставлення можуть стати і самі окремі думки, наприклад, за аналогічними або близькими за фабулою справами. Зрозуміло, що чим більше окремих думок (і рішень суду) обрано для аналізу, тим надійнішими і ширшими будуть емпірична та історична бази дослідження, а отже, і правильнішими висновки. Виявлені таким чином тенденції в розвитку права, хоч і будуть науковими гіпотезами, дадуть все-таки можливість передбачити подальший

рух не тільки судової практики, а й законодавства [84, с. 9]. Правова дійсність у цьому разі набуває більшої передбачуваності, що посилює безпеку суб'єктів права.

Хрестоматійною в цьому сенсі буде, мабуть, окрема думка судді Верховного суду США Дж. М. Харлана, висловлена ним з приводу резонансної свого часу справи «Plessy v. Ferguson» (1896), у якій Суд сформулював доктрину *separate but equal*. Вона, як відомо, узаконювала расову сегрегацію в США, незважаючи на скасування рабства в 1863 році. На думку судді Дж. М. Харлана, Основний закон США є не лише «дальтоніком» (*color-blind*), а й не знає поділу громадян на класи [138]. Лише 1954 року у справі «Brown v. Board of education of Торека» Верховний суд погодився з аргументами Дж. М. Харлана і змінив свою практику [124]. Втім, у тексті рішення Суд ніяк не згадав ні Дж. М. Харлана, ні його окремої думки п'ятдесятирічної давності. Напевно, можна тут припустити, що на зміну позиції Суду вплинула не стільки висловлена колись окрема думка одного з його членів, скільки закономірна еволюція соціальних і моральних уявлень американського суспільства. Проте ж і не враховувати вплив позиції, що міститься в цій окремій думці, немає жодних підстав [215]. Висока компетентність американських суддів і глибоке знання ними прецедентів схиляє нас радше до припущення, що вони не могли не знати і про аргументи Дж. М. Харлана. Хіба що в самому рішенні вони вважали за краще упустити прямі посилання на них. У цьому цілком проявляється елемент судового розсуду.

А ось ще в одній не менш відомій справі Верховний Суд прямо вказав, що приймає тези, висловлені в одній окремій думці до його ж рішення півторадесятирічної давності. Мається на увазі справа *Lawrence v. Texas* (2003), у якій Суд визнав закон штату про кримінальну відповідальність за содомію таким, що суперечить XIV Поправці до Конституції США. Тоді як раніше, у справі «*Bowers v. Hardwick*» (1986), Верховний суд займав

протилежну позицію, підтвердивши конституційність аналогічного закону штату Вірджинія.

До цього рішення 1986 року суддя Дж. П. Стівенс написав окрему думку, у якій, зокрема, зауважив, що уявлення більшості людей про аморальність відомої поведінки не можуть слугувати достатньою підставою для визнання такої поведінки незаконною. А способи фізичної близькості між одруженими і неодруженими особами є формою вираження їхньої свободи, яку захищає XIV Поправка. Пославшись на ці два аргументи, Верховний суд 2003 року змінив свою позицію. Такі окремі думки можна назвати «передбачальними», незважаючи на те, що викладені в них правові позиції були прийняті більшістю через певну кількість часу.

Відсутність же окремих думок або їх недоступність, без сумніву, знижує прогнозованість правового розвитку.

Для надання ваги власним аргументам суддя, який пише окрему думку, нерідко посилається на висновки правової доктрини. Так, О. Білоскурська зауважує, що Конституційний Суд України в окремих своїх рішеннях офіційно використовує положення та висновки наукових досліджень вчених-конституціоналістів. У такому випадку доктринальні ідеї та підходи виступають мірою правомірної поведінки та отримують підтримку з боку держави. Так, вперше поняття «правова доктрина» зустрічається в мотивувальній частині рішення Конституційний Суд України в 2001 р., і виходячи зі змісту акта, ототожнюється з правовою наукою. Для забезпечення повноти розгляду справи орган конституційної юрисдикції має право залучати експертів, фахівців, зокрема, як показує практика, свою позицію стосовно предмета конституційного подання висловлюють представники різних навчальних та наукових закладів України [3, с. 70]. Навіть якщо таку доктрину не визнають як джерело права в тій чи іншій правовій системі, використання її положень не буде марним для юридичної науки в цілому.

У цьому контексті цікавим прикладом буде, на наш погляд, окрема думка судді Верховного Суду США А. Скалії до рішення про

незастосування смертної страти до душевнохворих [121]. Суддя намагається визначити тяжкість душевної хвороби, що дозволяє обвинуваченому уникнути вищої міри покарання, і для цього звертається до доктрини. А. Скалія цитує багатьох авторів, але на першому місці в його списку авторитетів незмінно опиняється В. Блекстон – автор найпопулярнішої наприкінці XVIII ст. у США книжки «Коментарі до законів Англії» (1765–1769). Це не випадково, оскільки, згідно з фабулою справи, заявник (він же обвинувачений) стверджував, що застосування до нього смертної кари суперечить VIII Поправці до Конституції США, яка забороняла жорстокі та незвичайні покарання. А щоб з'ясувати, які покарання є такими, треба знати, які з них вважалися такими на момент ухвалення VIII Поправки, тобто наприкінці XVIII ст. Тому А. Скалія й шукає визначення душевнохворої особи насамперед у найвизначнішого юриста епохи становлення парламентаризму.

Подібні окремі думки становлять істотну цінність для правової науки, оскільки відкривають нові можливості наукового обговорення, привертають увагу вчених до окремих концепцій і наукових поглядів. Ба більше, доктринальні відсилання, що містяться в окремих думках, пов'язують юридичну науку з вирішенням конкретного правового завдання, тобто сприяють апробації на практиці наукового знання. Учені-правознавці отримують у цьому можливість оцінити застосовність теоретичних побудов до конкретної правової колізії, а теорія без практики, як відомо, мертва [17, с. 366].

Утім, на наше переконання, значущість окремих думок у конституційному судочинстві не вичерпується введенням у науковий обіг нових підходів, позицій і точок зору. Суддя – автор окремої думки має переконати можливого читача у своїй правоті, показати, що його доводи більш обґрунтовані і глибокі, ніж позиція більшості суддів. Одним зі способів домогтися цього є застосування порівняльного методу в дослідженні поставленої юридичної проблеми.

Порівняльне правознавство дає змогу більш широко поглянути на досліджуване питання, залучити інші, зіставні з цим питанням приклади. За певної кількості знайдених схожих проблем досліджуване питання поміщається в їхній ряд як одне з багатьох уже вирішених в той чи інший спосіб. Тоді досліджуване суддею в цьому випадку питання, найімовірніше, втратить унікальність. Виявиться, що щось подібне вже відбувалося і привело до якихось результатів. Відсутність унікальності судової юридичної проблеми насправді вельми корисна. Тривіальність суперечки, що виникла, вочевидь, полегшує завдання правосуддя щодо знаходження правильного в цьому разі рішення. Адже право, зрештою, спрямоване на безпеку його суб'єктів, на очікуваність їхньої поведінки, на прогнозованість наслідків їхніх вчинків. Доречно тут згадати А. Августина, для якого право означало справедливість, коли кожен володіє тим, що йому належить [88, с. 46]. Звідси зрозуміло, що схожі умови мають приводити до схожих результатів, тобто аналогічні спірні ситуації слід вирішувати аналогічно. У зв'язку із цим, порівняльне правознавство надає неоціненну послугу юридичній науці, оскільки дає змогу вийти за межі не тільки галузевого досвіду, а й національного, і навіть за межі окремих правових сімей. Така широта аргументації робить окрему думку потужним джерелом для юридичної науки, привносячи в неї додаткові міждисциплінарні властивості.

Цікавий приклад використання порівняльної методології міститься в окремій думці австралійського судді Ф. Г. Даффі, яку той висловив у зв'язку з важливою справою для австралійського федералізму 1920 року [105]. Нагадаємо, що йшлося про можливе право федерального парламенту втручатися у сферу законодавства, що зберігається за штатами Союзу. До 1920 року Вищий суд Австралії дотримувався у своїй практиці тих самих позицій, що й Верховний суд США, застосовуючи до взаємовідносин Федерації і штатів вчення про передбачувані повноваження регіонів. На думку суду, Федерація і штати були суверенні, а їхні права й обов'язки мали

договірний характер. Такий підхід, вочевидь, був зумовлений історичною спадщиною не стільки США, скільки Британської імперії. У згаданому рішенні Вищий суд змінив свою позицію і заявив, що за точним змістом Конституції штати і особи, які перебувають на їхній території, підпорядковані федеральному законодавству, тобто Суд визнав за останнім верховенство. Суддя ж Ф. Г. Даффі у своїй окремій думці зазначив, що в будь-якій самоврядній колонії Британської імперії законодавчі повноваження місцевої легіслатури обмежені територією колонії і поширюються лише на ті питання, які явно їй доручено. Конституція ж Австралії, як він вважав, таких положень не містить, і, отже, федеральний парламент не має права законодавчо діяти в певних галузях, не зарахованих до його компетенції імперським (тобто британським) парламентом.

Виходить, що, згідно з позицією судді Ф. Г. Даффі, є загальна норма, що застосовується скрізь і завжди, стосовно якої австралійський випадок буде лише окремим проявом. Відповідно, немає підстав змінювати звичний уклад і перетворювати питання, що розглядається, на виняток. Його вирішення за аналогією лише сприятиме стабільності правового регулювання.

Порівняльно-правовий підхід в окремих думках неважко відшукати і в сучасній судовій практиці, що показує неабияке значення цієї методології [27]. Так, в окремій думці чеського судді Я. Феніка до рішення Конституційного суду Чехії 2021 року зазначається, що Суд у розглянутій справі відійшов від принципу самообмеження, який своєю чергою спирається на принцип відокремлення (поділу) влади [147]. Згідно з доводами Я. Феніка, Конституційний суд Чехії протягом багатьох років орієнтувався у своїй діяльності на Федеральний конституційний суд Німеччини. Позиція ж, зайнята Судом у цій справі, перериває сформовану традицію і перетворює Конституцію Чехії на «політизований» орган, що є неприпустимим. У своїй окремій думці Я. Фенік наводить визначення принципу самообмеження в тому вигляді, в якому цей принцип був

сформульований у рішеннях Федерального конституційного суду Німеччини (далі – ФКС Німеччини). Тож з тексту окремої думки можемо зрозуміти, що практика Конституційного суду Чехії і практика ФКС Німеччини дуже схожі.

Як наголошує М. Савчин, порівняльне правознавство в судовій практиці сприяє взаємному використанню аргументації, коли правові позиції, викладені в окремій думці судді однієї країни, беруться до уваги в судовому рішенні в іншій країні [85]. Вище ми вже згадували відому постанову Верховного суду США у справі «*Bowers v. Hardwick*» (1986). В окремій думці до неї суддя Г. Блекмен, цитуючи наукову статтю іншого судді О. У. Холмса, каже, що для норми права немає більш обурливого підґрунтя, ніж стверджувати, що вона була встановлена за часів Генріха IV і зберігається сьогодні тільки через «сліпу імітацію минулого» [188, р. 469].

Інакше кажучи, Г. Блекмен відмовляється від історичного обґрунтування правових норм і закликає визнати поступовий розвиток суспільства, зміну його звичаїв, ідеології, вірувань тощо. Саме цю позицію Г. Блекмена ми виявляємо в рішенні Конституційного суду Чехії 2017 року, винесеному з приводу конституційності закону про повну заборону тютюнопаління в місцях громадського харчування [147]. Річ у тім, що заявники посилалися, крім іншого, на давню традицію Чехії споживати алкогольні напої, зокрема й у святкові дні, а отже, оспорюваний закон порушує звичний уклад життя. Конституційний суд, однак, не вважав їхній аргумент достатнім, тож використав у своєму рішенні наукову тезу, вперше висловлену ще 1897 року (стаття О. У. Холмса), потім застосовану у правових позиціях окремого судді (окрема думка Г. Блекмена 1986 року) і, зрештою, яка отримала апробацію в судовій практиці 2017 року, зусиллями самого Конституційного суду. Цей приклад, на наш погляд, ясно показує тісну взаємодію науки, творчого (суддівського) підходу до права і реалізації права на практиці. Цікаво також і те, що один і той самий аргумент використовують протягом понад 100 років і в абсолютно різних правових

системах та сім'ях. На наш погляд, цей факт вкотре підтверджує універсальність права як інструменту регулювання суспільних відносин. Право, зрозуміло, може називатися американським, французьким, українським або ще якимось, але його природа позанаціональна й опосередкована загальнолюдськими цінностями та завданнями [60]. При цьому у сфері застосування правових норм цілком може проявлятися національна, навіть історична специфіка.

Людина належить самій собі, тому вона має право не погоджуватися із загальноприйнятою точкою зору, мати свою власну позицію з того чи іншого питання. Як наголошував свого часу суддя Верховного Суду США Картер: «Право на інакомислення є демократією» (див.: [171]). Інститут індивідуальної думки в судовій системі набуває особливого значення. По-перше, тому що відправлення правосуддя – це творчий процес, який має «риси науково-дослідної роботи, яка, з одного боку, має на меті пошук істини, а з іншого – вимагає точної правової оцінки, що досягається шляхом лише ретельного аналізу джерел права» (див.: [171]). У цьому випадку окрема думка виступає як ще одна точка зору на рішення з конкретних правових питань. По-друге, рішення суду є обов'язковими й авторитетними для всіх [28]. У юридичній науці цей феномен називається «владою постанови».

Окрема думка, виступаючи як альтернативна точка зору, може мати парадоксальний ефект легітимізації основного рішення, адже стає зрозуміло, що всі варіанти було розглянуто й уточнено. Проте варто відзначити те, що існування окремих думок слугує видимим підтвердженням неминучості різнодумства суддів під час тлумачення права. Саме цим пояснюється протидія їм з боку поборників зовнішньої одностайності, які вважають, що судді завжди повинні виступати «єдиним фронтом», а розбіжності загрожують підірвати авторитет судів і тому в жодному разі не повинні проявлятися відкрито. Утім, ефективність використання інституту окремої думки судді великою мірою залежить від

рівня професійної правосвідомості суддів, розвиток якої потребує подолання певних стереотипів, які побутують у сфері професійної етики, «корпоративності інтересів». Пасивність суддів у відстоюванні власної позиції, побоювання стати «дисидентом» консервують судову систему, перешкоджають її розвитку, адже будь-яка окрема думка судді може в перспективі стати імпульсом до зміни траєкторії формування судової практики та перетворитися на думку більшості [99, с. 35]. Навіть ст. 45 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ) передбачає таке: «Якщо рішення у справі повністю або частково не виражає одноголосної думки суддів, кожний суддя має право викласти окрему думку» [22], відтак наділяючи і суддів Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) такою можливістю.

Право суддів Конституційного Суду України на окрему думку ґрунтується на принципі незалежності, закріпленому в Конституції. Усі судді незалежні і підкоряються тільки Конституції і чинному законодавству. Зрештою, саме можливість висловлення окремої думки в разі незгоди з рішенням суду є головною гарантією внутрішньої незалежності суддів.

Загалом, у судовій системі інститут окремої думки визначається як думка судді, незгодного з рішенням суду, ухваленим у колегіальному порядку. Як зазначає А. Шуліма, окрема думка судді КСУ з огляду на особливості справ, які розглядає цей Суд, може стосуватися як доктринальних моментів, які не були належно враховані Судом, або містити власні мотивування до прийнятого рішення, так і мати певне політико-правове значення [59]. Варто зазначити, що в діяльності Конституційного Суду України мала місце ситуація оприлюднення розбіжної думки С. Головатого з питання відкриття конституційного провадження.

Інститут окремої думки набуває особливого значення для судової влади через творчий характер судової діяльності, складність і неоднозначність судових розглядів, високий професіоналізм суддів. Нині в юридичній науці різних держав ведуться запеклі суперечки про

прийнятність застосування інституту окремої думки в судовій системі. Однак усі доводи проти цього інституту спростовуються більш вагомими доводами за.

Важливо розуміти, що інститут окремої думки судді характерний не тільки для конституційного судочинства, а й для кримінального, цивільного та господарського. Однак існують специфічні риси, які проявляються безпосередньо в особливостях рішень Конституційного Суду. З огляду на статус рішень, вони не можуть бути переглянуті. Відповідно, окрема думка судді Конституційного Суду не може бути розглянута в касаційній інстанції, наприклад, як у випадку зі схожим інститутом в рамках цивільного, кримінального та господарського судочинства. При цьому інститут окремої думки має низку значущих функцій у розвитку юридичної доктрини. Тимчасом як чинне законодавство України не передбачає, до якої частини акта Конституційного Суду України викладається окрема думка. Стаття 64 Закону Азербайджанської Республіки про Конституційний Суд вказує, що окрема думка може викладатися відповідно до описово-мотивувальної чи резолютивної частини рішення Конституційного Суду [56].

Відповідно до розділу 12 Конституції України Конституційний Суд є органом конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції України, вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених Конституцією України випадках інших актів [24]. У зв'язку із цим, в юридичній науці виникає питання про доцільність чи недоцільність висловлення окремої думки судді, тому що рішення Конституційного Суду України має бути однозначним і аргументованим. З одного боку, подвійність тлумачення призводить до непорозумінь і неточного тлумачення рішень суду, що неприпустимо, оскільки оскарженню ці рішення не підлягають. З іншого боку, як зазначають дослідники, у законодавстві окремих держав йдеться про неприпустимість розголошення змісту дискусії, а також результатів голосування суддів. У такому разі

публікація думки судді Конституційного Суду нібито частково порушує цю вимогу. Але таке твердження правильне лише частково. Це пов'язано з тим, що суддя, висловлюючи свою окрему думку, не ставить за мету розкрити суть дискусії або підсумки голосування, а лише висловлює свою правову позицію щодо вже винесеного рішення [46].

Зауважимо, що інститут окремої думки судді Конституційного Суду характерний далеко не для всіх країн: Австрія, Бельгія, Італія, Люксембург. Однак окрема думка судді Конституційного Суду завжди була важливою складовою частиною правового звичаю. Окремі думки суддів Конституційного Суду відображали зміни і розвиток конституціоналізму. Вони нерідко вносять у науковий підхід осмислення тлумачень рішень Конституційного Суду. Отже, окрема думка судді Конституційного Суду – це один із найважливіших інститутів конституційного судочинства.

Питання про можливість застосування порівняльного методу в діяльності конституційних судів або інших судів, що здійснюють конституційний контроль, досі не вирішено. Іноземні дослідники наводять аргументи, з якими можна погодитися, на користь можливості звернення судів до зарубіжних джерел: «Суд може використовувати порівняльний матеріал, щоб зрозуміти, яким має бути ефект правозахисного акту в правовій системі цієї держави, особливо якщо на національному рівні це питання ще не порушували або суд переконаний, що попередні тлумачення є помилковими [18].

Конституція і законодавство окремих держав можуть містити пряму згадку про те, що конституційні суди мають право застосовувати зарубіжний досвід, зокрема Південно-Африканської Республіки (далі – ПАР). У нашій країні, як і в більшості інших держав, ні в Конституції, ні в законодавчих актах не передбачено можливості використання зарубіжного досвіду під час ухвалення рішень, проте немає і прямої заборони.

Органи конституційної юстиції багатьох країн, зокрема Албанії, Вірменії, Азербайджану, Боснії і Герцеговини, ПАР, звертаються до досвіду

зарубіжних держав при ухваленні рішень. Так, у рішенні від 15 квітня 2010 року № 15 Конституційний суд Албанії використовує як зарубіжні теоретичні джерела (пп. 62, 76, 87, 97 та ін. зазначеного рішення), так і практику Федерального конституційного суду Німеччини (п. 59 рішення).

У рішенні від 23 березня 2010 року № 9 Конституційний суд Албанії акцентує увагу на досвіді таких країн, як Болгарія, Угорщина, Німеччина, Латвія, Литва, Польща, Румунія, Сербія, Чехія (п. 40), і посилається на рішення ФКС Німеччини від 11 липня 2006 року (п. 103) [146].

У рішеннях Конституційного Суду України, а також в окремих думках і думках суддів аналізується досвід таких країн, як Австрія, Бельгія, Болгарія, Велика Британія, Німеччина, Іспанія, Італія, Канада, Латвія, Литва, Словаччина, США, Франція, Хорватія, Швейцарія, Швеція та ін. [13].

Наприклад, в Ухвалі КСУ від 25 квітня 2018 року № 29-2(І)/2018 «Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційною скаргою щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини четвертої статті 424 Кримінального процесуального кодексу України» Конституційний Суд України звертається до досвіду таких зарубіжних держав, як Німеччина, Польща, Словаччина, Чехія. «Нормативний зміст і порядок реалізації цього права в зазначених країнах мають свої особливості, в основі яких лежить різний підхід до встановлення балансу приватних і публічних інтересів» (п. 2.2) [10].

Потрібно зазначити, що в окремих думках і думках суддів КСУ не тільки згадується законодавство зарубіжних держав, а й аналізується досвід конституційних судів (наприклад, Конституційного суду Іспанії, Федерального конституційного суду Німеччини та ін.) та інших судів (Верховного суду США, Верховного суду Канади тощо), а також думки суддів (наприклад, багато цитувань А. Скалії з Верховного суду США) [20].

Зарубіжні науково-правова, філософська складові також не залишаються без уваги Конституційного Суду України: у різних окремих

думках можна зустріти посилання на таких відомих авторів, як Гегель, Кант, Дюгі, Беккарія, Люхтерхандт, Мемфорд та ін.

Хотілося б зупинитися на проблемі використання органом конституційного контролю різного роду доктрин. Зокрема, під час вирішення низки справ КСУ застосував доктрину «прихованих (передбачуваних) повноважень» [26]. «Суть цієї доктрини полягає у визнанні того, що орган державної влади має право реалізовувати конкретні повноваження, які прямо за ним не закріплені конституцією, але випливають із його конституційних функцій і загальних повноважень. Іншими словами, орган влади не привласнює собі нові повноваження, а уточнює свою компетенцію *ad hoc*» [103].

Уперше ця доктрина була застосована Верховним Судом США у справі «*McCulloch v. Maryland*» (1819). Суд вказав, що повноваження федеральних органів державної влади не повинні бути витлумачені вузько. Верховний суд США через інтерпретацію конституційної клаузули «необхідних і доречних» законів дійшов висновку, що Конгрес має право ухвалювати будь-які закони, які він вважатиме необхідними і доречними для реалізації своїх повноважень, прямо закріплених у Конституції. Суд зазначив: «У випадку якщо намір законний, якщо він перебуває в межах Конституції, то всі засоби, які доречні, які очевидно застосовні до цього наміру, які не заборонені, і відповідають букві та духу Конституції, є конституційними» [49].

Досить яскраво доктрина «прихованих повноважень» стосовно президентської влади проявилася у справі «*United States v. Nixon*». Верховний суд США визнав, «що привілей виконавчої влади» дійсно існує як передбачуване повноваження Президента США [86]. Незважаючи на відсутність прямих вказівок у статті II Конституції США, Суд вказав у своєму рішенні у справі «певні повноваження і привілеї випливають із самої природи перелічених повноважень; охорона конфіденційності інформації в розпорядженні Президента має схожі конституційні підстави» настільки,

наскільки конфіденційність «має відношення до ефективного відправлення функцій того чи іншого Президента, вона є конституційно обґрунтованою».

Крім того, у рішеннях Верховного суду США *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* (1972), *Dames & Moore v. Regan* (1981), *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), *Rasul v. Bush* (2004), «Хамдан проти Рамсфельда» (2006), «США проти Буша», (2004), «Расул проти Буша» (2004), «Расул проти v. Comstock» (2010) та деяких інших також тією чи іншою мірою розглядають доктрину «прихованих повноважень» [54].

Конституційний Суд України застосовував зазначену доктрину у справах, що заторкують питання компетенції Президента України. Одним із класичних прикладів, безперечно, є рішення Конституційного Суду України від 10.04.2003 № 7-рп/2003, від 15.01.2009 № 2-рп/2009, від 25.02.2009 № 5-рп/2009, від 28.08.2020 № 9-рп/2020 та від 16.09.2020 № 11-р/2020. Як буде досліджено далі, позиція Суду щодо цього питання в різні періоди часу не була однотайною і зазнавала критики в окремих думках суддів. У цих рішеннях ми не знайдемо жодної прямої згадки про те, що Конституційний Суд України застосував доктрину «прихованих повноважень», але під час аналізу суті рішення вплив зазначеної доктрини стає очевидним. Ба більше, у деяких коментарях до згаданого поста, даних суддями Конституційного Суду, а також в окремих думках суддів наголошувалося, що Суд спирався на доктрину «прихованих повноважень» [82].

«Окрема думка в конституційних судах виконує важливу функцію легітимації конституційного контролю та забезпечення незалежності суддів» [77], – наголошує І. Петрів. Однак, крім цього цілком очевидного завдання, в окремих думок є й інша роль, не менш почесна і значуща. Викладені в них правові позиції окремих суддів сприяють розвитку науки права загалом і конституційно-правової проблематики зокрема. Для надання більшої ваги своїм аргументам автори окремих думок активно використовують правову доктрину, відшукують маловідомі концепції або ж формулюють власні. При цьому суддя, який пише окрему думку, сам

займається науковою роботою, вибудовуючи свою аргументацію. Така має бути підкріплена не тільки логічними положеннями, а й емпіричними даними, тобто містити посилання на історичні факти, документи, об'єктивні тенденції. Заборона для судді готувати окремі думки або оприлюднювати їх рівносильна забороні на наукову діяльність. Тоді як заняття науковою діяльністю (як і викладацькою) є для суддів тією сферою, для якої саме законодавство допускає винятки, дозволяючи її поєднувати. І це не випадково, оскільки наука завжди спирається на практику в широкому сенсі слова. А для права життєво необхідна практична реалізація його приписів. Окремі думки підтримують необхідний зв'язок між юридичною теорією і практикою реалізації нормативних приписів.

Як бачимо, саме правові позиції КСУ спроможні розкривати особливості права як «живого організму» і виявляти приховані загальні принципи права, які мають не менше значення, ніж сама Конституція України, і слугують ідейною основою для об'єктивного права [98, с. 41–42]. Із цього приводу Є. Євграфова звертає особливу увагу на те, що у правозастосовній діяльності доктрина / наука насамперед пов'язана з праворозумінням, досягненням адекватної інтерпретації положень закону чи іншого нормативно-правового акта. Йдеться про досить складний професійно-інтелектуальний пізнавальний творчий процес. У правознавстві такий процес позначається терміном «доктринальне (наукове) тлумачення», спрямованість якого полягає в науковому з'ясуванні дійсного смислу і цілей правових норм, яке дається шляхом напруженого пошуку і всебічного наукового аналізу положень закону [15, с. 60].

На особливу увагу заслуговує питання використання доктринальних положень в окремих думках суддів Конституційного Суду України. Принагідно зазначимо, що «окрема думка... виступає як інструмент діалогу з правовим середовищем, суспільством. Вона дає можливість показати особливості обставин розгляду справи, які не можна побачити в самому рішенні» [59]. Наприклад, висловлюючи свою позицію щодо принципів

верховенства права та презумпції конституційності закону (стосовно Рішення у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 року № 13-р/2020) суддя КСУ В. В. Лемак спирається на власний науковий досвід (є доктором юридичних наук, професором, відомим вітчизняним науковцем), а також на думку авторитетного судді Верховного суду США – Антоніна Скалія [61].

У контексті розглядуваної теми варто згадати й інші окремі думки суддів КСУ, зокрема:

- окрема думка судді КСУ 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 [64];

- окрема думка судді КСУ 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 [65];

- окрема думка судді КСУ Мельника М.І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення “на наступній черговій сесії Верховної Ради України”, яке міститься у статті 155 Конституції України [66];

- окрема думка судді КСУ Шишкіна В.І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України

(конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року №2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) [70];

- Окрема думка судді КСУ Стецюка П.Б. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року №2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) [67].

Відомий вчений-конституціоналіст М. В. Савчин наголошує на важливості ретельної аргументації рішень КСУ. «Аргументація рішень є ахіллесовою п'ятою вітчизняного правосуддя. У ньому наразі домінує юридичний формалізм. Деякою мірою картина змінюється останнім часом. Це пов'язано з реорганізацією самої судової системи. У цій системі координат особливо важливу роль відіграє саме КС, який, до речі, не належить до загальних судів. Його конституційна доктрина має вирішальний вплив на наукову доктрину та усталену практику загальних судів», – зауважує вчений [87]. З огляду на це, у своїх рішеннях Конституційний Суд України керується і науковими доробками вчених-юристів, і коментарями до законодавства для аргументування власної позиції.

Крім теоретичних новел, в окремих думках суддів конституційного суду можуть міститися посилання на практику іноземних судів або інших владних установ. Такі правові позиції також слугують розширенню знань, оскільки дають змогу дізнатися і використати позитивний зарубіжний досвід врегулювання спірних ситуацій.

Такий досвід може стати об'єктом наукового дослідження, предметом зіставлення і конструктивної критики. Що більше таких відомостей виявляються доступними професійній спільноті юристів, то більше збагачується правова дійсність, і то легше правові норми будуть реалізовуватися. Адже інформованість людей (а юристів тим паче), знання

чинних норм законів, а також їх обґрунтування та застосування робить людей вільними і самодостатніми. Особливі думки в конституційному судочинстві сприяють тісному взаємному проникненню судової практики не тільки різних держав, а й різних правових сімей.

З огляду на це, можна запропонувати умовну класифікацію рішень органів конституційного судового контролю та окремих думок (поглядів) суддів зазначених органів, поділивши їх на чотири групи:

- 1) пов'язані з дослідженням зарубіжного законодавства;
- 2) спрямовані на аналіз судової практики (або конституційних судів, або інших судів, що здійснюють конституційний судовий контроль);
- 3) ті, що містять посилання на роботи відомих конституціоналістів, правознавців, філософів;
- 4) ті, що прямо або побічно використовують світові доктрини.

Важливо, що в деяких рішеннях, окремих думках ми зустрічаємо симбіоз цих груп.

У суспільно-політичному дискурсі та в правовій доктрині висловлюються численні аргументи на користь публікації окремих думок суддів конституційних судів [303]. Через стислість цього підрозділу ми не будемо їх повторювати, а зосередимо увагу на тому впливі, який справляє їх публікація на юридичну науку. Як нам здається, такий вплив проявляється, з одного боку, у постановці нових наукових проблем, нових підходів, а можливо, і нових теорій у праві, а з іншого – у розширенні досвіду порівняльного правознавства. І те, і інше, без сумніву, збагачує юридичну науку, забезпечуючи поступальний рух наукового знання.

1.2. Становлення інституту окремої думки судді конституційної юстиції

Проблема окремої думки судді конституційної юстиції давно і надійно посідає почесне місце в наукових і практичних дискусіях. Це, мабуть, не

дивно, якщо від її вирішення певною мірою залежить місце конституційної юстиції в суспільстві та державі. Адже відкрито висловлена думка розкриває подробиці обговорення ухваленого судового рішення, зокрема висловлені суддями міркування, аргументи, посилання на писані та неписані правові норми.

Юристи-професіонали, так само як і громадянське суспільство, мають можливість вивчити всі точки зору, що прозвучали, оцінити їх адекватність, переконливість і доцільність [59]. Конституційний суд у цьому разі постане як установа, в якій виробляється раціональне рішення, народжене у творчій дискусії, а можливо, і в палкій суперечці.

Для суддів рішення про публікацію своєї незгоди – часто є питанням совісті. В юридичній літературі це проілюстровано на прикладі назви збірки окремих думок, опублікованих конституційним суддею Угорщини Імре Вересом після закінчення його терміну: «*Dixi et salvavi*». Він вирішив опублікувати всі окремі думки в одному томі, щоб захистити свої моральні принципи і честь, яку він описує як одну з головних функцій окремої думки [96]. «*Dixi et salvavi animam meam*», що означає «я говорив і врятував мою душу», є латинським виразом, який базується на уривку з Біблії і чудово ілюструє цей аргумент. Навіть якщо суддя усвідомлює те, що його думка нікого ні до чого не зобов'язує і навряд чи стане частиною закону, він все ж вважає важливим публічно висловитися, щоб захистити свої особисті принципи та гідність. Схожим шляхом пішов і суддя Конституційного суду Німеччини – Віллі Гейгер. Він був першим, хто написав окрему думку і опублікував її ще навіть до того, як це було передбачено законодавством, а після виходу на пенсію – видав збірку своїх окремих думок [96]. Зрештою, щось подібне зробив і суддя КСУ у відставці – В. Шишкін, видавши книгу «Чому я був проти?» [103].

На нашу думку, авторитет суду тільки виграє від цього, оскільки інтерес суспільства до його діяльності збільшиться. А наявність кількох точок зору (висловлених у рішенні суду та в окремих думках) наочно

продемонструє складність і неоднозначність обговорюваної проблеми. Зауважимо, однак, що такий розвиток подій є справедливим лише для суспільства, в якому громадянська свобода є визнаною цінністю. Зрозуміло, це не завжди так, але об'єктивний перебіг світової історії не забариться привести будь-яке суспільство саме до такого стану, коли «громадянська свобода шанується як непорушна основа правопорядку» [79, с. 21–23].

Практика окремих думок сходить, як відомо, до англосаксонської традиції права [197, р. 120]. Англійські судді, виносячи рішення, висловлювалися по черзі (*seriatim*), починаючи з наймолодшого (за моментом призначення) члена суду. Такий порядок зберігався і в США до початку ХІХ ст., коли у Верховному суді зусиллями Дж. Маршалла поступово впроваджується єдина позиція суду. Окремі думки не були зовсім чужими і континентальній Європі. Так, в Іспанії їх виникнення зараховують до ХV ст., до знаменитого Мединського ордонансу [168]. На початку ХІХ ст. у Вищому суді герцогства Баден сторонам процесу повідомляли результати голосування суддів. У 1920 році в Конституційному суді Вюртемберга під час розгляду справи про відсторонення від посади міністра допускалося опублікування підсумків голосування суддів. Суддя ж, який залишився в меншості з цього питання, мав право написати окрему думку й обґрунтувати свою позицію. А 1948 року анонімні окремі думки були дозволені в Конституційному суді Баварії [301, р. 62].

Разом з тим, наприклад, у Франції та Італії окремі думки суддів конституційних судів відсутні. Неабиякою мірою це пояснюється бажанням зберегти таємницю обговорення суддями розглянутих питань. Вагомим аргументом слугує також і протиріччя сформованої правової традиції, висхідної, очевидно, ще до Ш.-Л. Монтеск'є, коли суддя являє собою лише «уста закону». Він не має права чинити на закон будь-якого творчого впливу.

До того ж, нагадаємо, у Франції окремі думки суддів існували й оголошувалися в період якобінської диктатури 1793–1794 рр. Такий спогад

не може не кинути тінь на сам правовий інститут. Що ж стосується Італії, то окремі думки суддів допускалися колись у Неаполітанському королівстві та в Тоскані [195, р. 1346–1347]. Хай там як, сьогодні з 27 держав-членів Європейського Союзу 20 допускають окремі думки або в усіх судових установах, або тільки в конституційних судах.

Уже саме існування окремих думок викликає багато запитань. Цілком очевидно, що суддя не може бути позбавлений права мати свою думку, якщо він вирішує конкретну справу, спираючись певною мірою на власне розуміння норми закону. Наявність окремих думок свідчить про відкритість суду, гласність провадження, вони надають можливість виявити істинний зміст правових норм [91]. Як зазначав свого часу Р. Дворкін, суб'єктивний елемент у правосудді присутній завжди [158, р. 183–186]. Неприйняття окремих думок стосується їх публікації, коли факт незгоди судді з більшістю своїх колег стає надбанням громадськості. У вищезгаданих 20 країнах ЄС окремі думки суддів публікуються в обов'язковому порядку, хіба що в різних формах.

Становлення інституту окремих думок 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 рішення. Ця процедура полягала в тому, що після заслуховування справи кожен суддя висловлював свою власну позицію щодо рішення без будь-яких нарад з колегами. Незважаючи на спробу лорда Мансфілда реформувати цю практику у 1756 році, запровадивши процедуру нарадчої кімнати і винесення одностайного рішення, англійська судова практика досить швидко повернулася до процедури *seriatim* [6, с. 16].

Окремі думки мають досить тривалу історію, що дає змогу виокремлювати тенденції їх розвитку. Найважливішим нам видається послідовне і неухильне розширення можливостей для їхньої публікації. Так, у Німеччині окремі думки суддів Федерального конституційного суду стали

публікувати 1971 року, майже через 20 років після його заснування. У Румунії це дозволено з 2004 року, хоча сам суд з'явився в 1992-му. Аналогічна ситуація спостерігається в Литві. Водночас, наприклад, в Іспанії, Португалії, Естонії публікація окремих думок була дозволена з моменту створення там конституційних судів (в Естонії – Конституційної палати Верховного суду). Навіть у тих країнах, де окремих думок немає (Франція, Італія), конституційно-правова доктрина дедалі наполегливіше висловлюється на користь їхньої публікації [195, р. 1354–1359]. Наведені окремі приклади підтверджують тезу, що в «історичній перспективі окремі думки суддів стануть неодмінним супутником судових рішень, а їх публікація – обов'язковою у всіх зарубіжних країнах» [271].

Зауважимо, що інститут окремої думки суддів уперше з'явився у Великій Британії, що стало продовженням традиції *seriatim* (у перекладі з латинської «один після іншого»), відповідно до якої суддя викладав своє рішення у справі окремо (див.: [202, р. 164]). Тож судові рішення складалося з окремих і часто суперечливих думок, і цей інститут став неактуальним. У результаті проведеної реформи 1756 року *seriatim* було замінено на можливість при винесенні судового рішення окремим суддею викладати свою окрему думку (див.: [272, р. 5]).

У США відбувалися схожі процеси під реформаторством Джона Маршалла [272].

У Німеччині можливість для суддів Федерального конституційного суду викладати свою позицію в окремому документі та оприлюднювати його (це право називається «особливий голос» – *Sondervotum*) (див.: [243, р. 22]) з'явилася в 1971 році, до того всі спроби запровадити інститут окремої думки відхилялися (див.: [195, р. 1347–1348]). В Іспанії в XV ст. у суддів було право викладати свою незгоду, яку потім реєстрували у спеціальній книзі [243]. З окремою думкою міг ознайомитися тільки суддя вищої інстанції.

Для конституційних суддів Конституційний трибунал Іспанії 1931 року дозволив публікацію окремих думок. З 1985-го окремі думки стали доступними для суддів усіх інстанцій [96].

На відміну від країн англосаксонської та романо-германської систем, у таких країнах, як Франція, Бельгія, Італія, Австрія, інститут окремої думки суддів ніколи не існував.

У Бельгії та Італії за публікацію окремих думок суддів настає кримінальна відповідальність (ст. 458 Кримінального кодексу Бельгії; ст. 685 Кримінального кодексу Італії) (див.: [243, р. 17–18]).

Закон про Конституційний суд Болгарії поділяє окремі думки на такі, що збігається, і такі, що не збігаються (див.: [243, р. 26]). В Естонії закон допускає, що окрема думка може бути не тільки індивідуальною, а й колективною (див.: [243, р. 22–23]).

Сучасний конституційний процес в Україні має своїм історичним підґрунтям протоконституційні ідеї, «розсіпані» в правових пам'ятках Київської Русі, «Литовських статутах», «Березневих статтях» Б.Хмельницького, «Договорах і Постановленнях Прав і вольностей Війська Запорозького (Конституція П.Орлика 1710 р.), конституційних актах УНР, ЗУНР, Карпатської Русі, в державотворчих ідеях членів Кирило-Мефодіївського братства (товариства), Конституціях УРСР та інших джерелах [98, с. 77]. Конкретні історичні періоди, в межах яких здійснювалися конституційні процеси, не характеризуються ознаками цілеспрямовано завершених, конституційно визначених змін і трансформацій суспільнополітичних відносин. Конституційний процес демонструє періодичні рефлексії суб'єктів державної влади щодо намірів внесення тих чи інших змін до Конституції, чи навіть прийняття нової Конституції, які природньо переривають сталість процесу адаптації суспільства до чинних у конкретний момент конституційних засад. На жаль, жоден із актів імплементації безпосередньо в тіло Конституції тих чи інших новел не мав

належного втілення в державотворчу та суспільну практику, нерідко будучи заміненим іншими під час наступного конституційного процесу [93, с. 18].

Історія конституційного правосуддя в Україні почалася ще до проголошення незалежності України. Зі створенням Конституційного Суду України, прийняттям Закону України «Про Конституційний Суд України» 3 червня 1992 року та обранням 1 липня 1992 року його голови Л. Юзькова почався новий етап у розвитку конституційного процесу. Перші рішення КСУ з'явилися вже у 1997 році.

У Законі «Про Конституційний Суд» було збережено право на окрему думку судді – судді Конституційного Суду. Відповідно до Закону «суддя Конституційного Суду, який не згоден з постановою або висновком Конституційного Суду, має право викласти свою думку письмово і долучити її до протоколу засідання Конституційного Суду». Виклад окремої думки судді підлягає опублікуванню як додатку до постанови або висновку Конституційного Суду. Суддя Конституційного Суду має право особисто викласти власну окрему думку для опублікування. Окрема думка не була частиною судового рішення і могла публікуватися окремо. Насправді на практиці засоби масової інформації публікували окремі думки суддів навіть раніше, ніж рішення суду, тим самим загострюючи політичну дискусію.

Утім, під час обговорення проєкту Закону «Про Конституційний Суд України» виникла суперечка про збереження норми, яка закріплює право судді на окрему думку. Думки розділилися: були голоси і за, і проти. Виняток норми про окрему думку мотивувався тим, що «публікація окремої думки разом із рішенням Конституційного Суду загрожує небезпекою використання розбіжностей правових позицій суддів у політичних цілях», але все-таки «інтереси забезпечення незалежності та рівності суддів Конституційного Суду видалися законодавцю більш значущими, ніж побоювання, пов'язані з можливим використанням норм про окрему думку для політизації суду». Відтак, у Законі України «Про Конституційний Суд» норма, що закріплює право судді Конституційного Суду на окрему думку,

передбачала, що «окрема думка судді долучається до матеріалів справи та підлягає опублікуванню у “Віснику Конституційного Суду”». Варто погодитися, що, закріпивши декларацію про публічне висловлювання окремої думки, законодавець прийняв сміливе рішення, пересиливши зазвичай скептичне ставлення до цього інституту.

Як ми вже зауважували, інститут окремої думки судді в конституційному процесі має свої особливості, на відміну від окремої думки в цивільному, господарському чи кримінальному процесі. Рішення Конституційного Суду остаточні і не підлягають оскарженню, лише Конституційний Суд України може використовувати окремі думки для можливої зміни у вирішенні надалі. Суддя, який виступає з окремою думкою, «стає виразником іншого розуміння права в конкретній справі», його думка може означати «передбачення зміни напряму судової практики в майбутньому». Наприклад, Конституційний Суд України має право сам відійти від раніше висловленої позиції, і в цьому випадку окремі думки потенційно можуть зіграти істотну роль [6]. Окремі думки сприяють розвитку юридичної науки, оскільки, як правило, мають не менш вагоме обґрунтування, ніж рішення Конституційного Суду.

Тут доречно навести окрему думку судді КСУ у відставці В. Шишкіна стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року №2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України). Стосовно Рішення на підставі статті 64 Закону України “Про Конституційний Суд України” суддя висловив таку думку: «Не заперечую проти мотивації і висновків в Рішенні щодо порушення конституційної процедури розгляду законопроекту “Про внесення змін до Конституції України” від 19 вересня 2003 року №4180 (далі – Законопроект №4180) та прийняття його як Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року

№2222-IV (далі – Закон №2222), що стало підставою для визнання Закону №2222 неконституційним (пункти 3, 4, 5 мотивувальної та пункт 1 резолютивної частин Рішення). Проте вважаю, що в Рішенні не сформульовано чіткої правової позиції стосовно правових наслідків визнання Закону №2222 неконституційним, не запропоновано представницькій владі правовий шлях щодо унормування конституційних положень у зв'язку з втратою чинності Законом №2222 та мають місце неузгодженість між його положеннями пункту 3 резолютивної і пункту 6 мотивувальної частин, а також непослідовність пунктів 2, 3 резолютивної частини. Позицію Конституційного Суду України щодо подальшого конституційного регулювання суспільних відносин і діяльності владних інститутів в українській державі внаслідок визнання неконституційним Закону №2222 визначено в пункті 3 резолютивної та в пункті 6 мотивувальної частин Рішення. Вважається, що положення вказаних пунктів мають перебувати у системному зв'язку (сув'язі), тому аналізу в цій окремій думці підлягають саме ці частини судового акта» [103].

Цікавою з точки зору незгоди є окрема думка судді КСУ П. Стецюка стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року №2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України). На підставі статті 64 Закону України «Про Конституційний Суд України» суддя вважає за необхідне висловити окрему думку стосовно Рішення. Зокрема, «Погоджуюся із загальним висновком Конституційного Суду України про те, що 8 грудня 2004 року Верховна Рада України, розглянувши Законопроект №4180 з поправками, щодо якого Суд не давав висновку, прийняла Закон №2222, чим “порушила вимоги частини другої статті 19, статті 159 Конституції України” (абзац дев'ятий пункту 4 мотивувальної частини Рішення). Оскільки Конституційний Суд України вдався до безпосереднього встановлення факту внесення Верховною Радою України згаданих (додаткових) змін до

Законопроекту №4180 під час його ухвалення вже як Закону №2222, вважаю, що такий аналіз не може обмежуватися виключно формальним підходом – перерахуванням цих змін (абзаци п’ятий, шостий, сьомий та восьмий пункту 4 мотивувальної частини Рішення). Ці зміни виходячи із змісту частини першої статті 157 Конституції України мали б бути проаналізованими стосовно скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина, а також ліквідації незалежності чи порушення територіальної цілісності України. Такий підхід повніше відповідав би правовій позиції Конституційного Суду України щодо предмета наступного конституційного контролю закону про внесення змін до Конституції України, висловленій у Рішенні Конституційного Суду України від 26 червня 2008 року №13-рп/2008 у справі про повноваження Конституційного Суду України, за якою “відсутність судового контролю за процедурою його розгляду та ухвалення, визначеною у розділі XIII цієї Конституції, може мати наслідком обмеження чи скасування прав і свобод людини і громадянина, ліквідацію незалежності чи порушення територіальної цілісності України або зміну конституційного ладу у спосіб, що не передбачений Основним Законом України” (абзац третій підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини). Контроль щодо можливого порушення процедури розгляду й ухвалення такого закону, встановленої статтями 154, 155, 156, 158, 159 Конституції України, має бути не формальним, а, насамперед, спрямованим на дотримання вимог Конституції України, зокрема її статті 157. Тому застосований Конституційним Судом України підхід, за яким конституційному контролю підлягає не зміст Закону №2222, а встановлена Конституцією України процедура його розгляду та ухвалення (з посиланням на нібито “аналогічний” підхід, застосований Конституційним Судом України у Рішенні від 7 липня 2009 року №17-рп/2009 у справі про конституційно встановлену процедуру набрання чинності законом), видається помилковим» [67].

В окремій думці суддя КСУ М. Мельник стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51

народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення “на наступній черговій сесії Верховної Ради України”, яке міститься у статті 155 Конституції України наголошував: «Конституційний Суд України в Рішенні у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення “на наступній черговій сесії Верховної Ради України”, яке міститься у статті 155 Конституції України, від 15 березня 2016 року №1-рп/2016 (далі – Рішення) вирішив, що “наступною черговою сесією Верховної Ради України є чергова сесія парламенту, яка має відбутися відповідно до положень розділу XIII “Внесення змін до Конституції України” Основного Закону України та Регламенту Верховної Ради України і на якій законопроект про внесення змін до Конституції України, попередньо схвалений більшістю від конституційного складу Верховної Ради України, вважатиметься прийнятим як закон, якщо за нього проголосує не менш як дві третини від конституційного складу Верховної Ради України”. З цього вбачається, що наступною черговою сесією є не лише безпосередньо наступна (за номером) чергова сесія, що послідовно йде за сесією, на якій законопроект про внесення змін до Конституції України був попередньо схвалений, а й інша (будь-яка) чергова сесія, що буде проводитися після тієї, на якій цей законопроект було попередньо схвалено» [66]. На його думку, «Рішення є неправильним за своєю суттю і таким, що спотворює зміст статті 155 Конституції України, передбачає передумови для нелегітимної зміни Основного Закону України та серйозно послаблює конституційно-правовий механізм його охорони» [66]. Також суддя переконаний, що «змінивши у Рішенні свою попередню правову позицію, Конституційний Суд України жодним чином цього не вмотивував: не вказав ні на її помилковість, ні на об’єктивну зміну суспільних відносин, ні на будь-які інші причини. Таким чином, Конституційний Суд України виявив легковажне ставлення до власної практики, продемонстрував приклад ігнорування своїх актів (Рішення від 17 жовтня 2002 року №17-рп/2002), чим опосередковано поставив під сумнів конституційну норму щодо обов’язковості до виконання на території України

рішень Конституційного Суду України (частина друга статті 150 Основного Закону України)» [66].

У юридичній літературі виділяють такі відмінності окремої думки судді Конституційного Суду:

– окрема думка судді є його правовою позицією, яку висловлює суддя на основі принципу незалежності суддів. Наявність інституту окремої думки в конституційному судочинстві показує реальну дію принципу незалежності Конституційного Суду як вищого державного органу влади загалом, так і його членів зокрема;

– за своєю природою особливі думки суддів Конституційного Суду є симбіозом компетентного (професійного) та доктринального (наукового) тлумачення, що має фундаментальну опору у сфері наукового світогляду;

– положення окремих думок можуть ґрунтуватися на певних раніше сформульованих теоретичних конструкціях. Вони не охоплюють наукового світогляду в цілому, а лише фокусуються на певній моделі конституційно-правового регулювання;

– окремі думки, що стали надбанням наукової громадськості, формують громадську думку і слугують підґрунтям для еволюції приватних думок та їхньої трансформації в тенденції та наукові новели;

– окрема думка, опублікована спільно з рішенням Конституційного Суду, – це значуще явище, яке на рівні індивідуальної правосвідомості судді нерідко сприяє уточненню, роз'ясненню, аргументації викладеного Конституційним Судом тлумачення [103].

Деякі автори виділяють такі характеристики інституту окремої думки суддів Конституційного Суду:

- окрема думка буває двох видів: власне окрема думка, яку складають у разі повної незгоди судді із загальним рішенням решти, та думка, яка збігається, до якої суддя вправі вдатися, якщо він голосував за постанову Суду, проте залишився в меншості під час голосування «щодо якого-небудь іншого питання або щодо вмотивування ухваленого рішення»;

- окрема думка – це одноосібна думка судді; можливість висловлення незгоди з рішенням Суду за допомогою колективної окремої думки як мінімум під питанням;

- окрема думка невіддільна від рішення Суду. Її долучають до матеріалів справи і публікують у «Віснику Конституційного Суду» [46].

На важливість окремої думки суддів Конституційного Суду звертає увагу О. Кібенко, називаючи норму, що регламентує право на окрему думку, «камертоном судової реформи» [21].

Станом на 2023 рік Конституційним Судом України опубліковано понад 300 окремих думок суддів Конституційного Суду з питань, що стосуються повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування, житлової сфери, пенсійного законодавства, статусу суддів, міграційних проблем тощо [73].

Аналіз практики діяльності Конституційного Суду України свідчить, що судді доволі часто користуються правом на окрему думку. Найбільшу кількість окремих думок за всю каденцію Конституційного Суду України мають судді В. Лемак (22), В. М. Кампо (21), В. М. Шаповал (18), М. Д. Савенко (15), М. А. Маркуш (15), В. І. Шишкін (14), В. Є. Скомороха (12), В. Д. Бринцев (12), В. І. Івашенко (12) [73]. Акти Конституційного Суду України з окремими думками суддів Конституційного Суду України станом на жовтень 2023 року наведено у Додатку до дисертації.

Також можна навести узагальнені дані щодо кількості окремих думок суддів Конституційного Суду України за різні періоди. Окремі думки по висновкам 1999-2019 – 85, окремі думки по Рішенням 1997-2017 – 226, окремі думки по Рішенням Велика палата 2018-2022 – 106, окремі думки на Рішення сенатів 2019-2023 – 23, окремі думки на ухвали Конституційного Суду України 2006-2017 – 21, ухва великої палати та сенатів 2018-2023 – 27 [73].

Протягом усього часу існування Конституційного Суду України висловлювали різні точки зору з приводу існування інституту окремої

думки. Наявність окремої думки свідчить про постійні дискусії між суддями Конституційного Суду, що є позитивним моментом.

Отже, існування інституту окремої думки судді Конституційного Суду є найважливішою ознакою демократичного суспільства, право судді на висловлення своєї окремої думки в разі незгоди з більшістю – це прояв гарантії незалежності.

Цінність окремої думки судді Конституційного Суду полягає в тому, що вона акцентує увагу на найгостріших проблемах, які стали приводом до дискусії в Конституційному Суді, розкриває неявні тенденції розвитку національного права. Вважаємо, що аналіз окремих думок у комплексі з рішеннями Конституційного Суду необхідний не тільки науковцям, а й суддям-практикам, оскільки це стимулює їх до вироблення опрацьованої, науково обґрунтованої позиції.

1.3. Право судді на окрему думку в сучасних правових системах

Історично в судовій практиці склалися дві категорії особливих думок, що мають свої лінгвопрагматичні особливості:

1) особлива думка незгоди (*dissenting opinion*), яка, по суті, і є власне «особливою думкою», оскільки це випадки, коли суддя не приймає саму суть ухваленого рішення і голосує проти нього. Із визначення особливої думки незгоди логічно впливає той факт, що цей вид особливих думок характеризується аргументованістю, яка не поступається основним рішенням [302];

2) особлива думка згоди, або просто думка (*concurring opinion*), заявляється у випадках, коли суддя не має заперечень проти самого рішення колегії і приєднується до нього, проте або вважає наведені доводи чи шляхи вирішення правового спору невдалими, або привносить в аргументацію додаткові міркування. Цей вид особливих думок характеризується більшою

свободою вираження правової позиції і щодо змісту, і щодо аргументів [302].

Зазначимо, що в конституційному судочинстві України сформувалася модель повної відкритості окремої думки судді КСУ, найвищим ступенем якої є публікація окремої думки разом із рішенням. Окрема думка судді КСУ визначається такою, що не повинна мати конфіденційного характеру.

Згідно із ст. 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 в строки, встановлені регламентом. Суддя викладає окрему думку в письмовій формі, що додається до відповідного акта Суду та без зwołікання оприлюднюється на офіційному вебсайті Суду [79]. Як бачимо, у своїй діяльності КСУ фактично проводить різницю між «особливими думками» і просто «думками». Зазначена відмінність схожа на прийнятий у країнах загального права (і вже згадуваний вище) поділ думок на два види: «розбіжні» (dissenting) і такі, що «збігаються» (concurring) [47].

Зазначимо, що термін «окрема думка» в юриспруденції використовують на позначення думки члена колегіального органу, який повністю або частково не погоджується з рішенням, прийнятим більшістю представників цього органу.

На переконання вчених, особлива думка являє собою «публічне вираження суддями, які беруть участь у судовому розгляді, власної правової, політичної або ідеологічної позиції» [277]. З огляду на це, дослідники стверджують, що в юридичній діяльності ЄСПЛ варто виокремлювати не тільки окрему думку судді, але й спільну окрему думку суддів. Тобто розглядуваний правовий феномен варто диференціювати за способом формування на одноособові та колегіальні окремі думки, що, на нашу думку, впливає і на їх значення для доктрини права та юридичної практики [16, с. 182]. Подібні випадки наявні і в практиці Страсбурзького

суду. Так, у відомій справі «М.С. проти України» суддя ЄСПЛ К. Ранзоні, додаючи свою окрему думку до рішення, підтверджує факт того, що голосував разом зі своїми колегами за визнання порушення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (пункт 3 резолютивної частини) та викладає додаткові аргументи і факти, які могли б посилити рішення і знайти / подолати першопричину недоліків у провадженнях національних судів [69]. У справі «Ю. Тимошенко проти України» судді Юнгвірт, Нуссбергер та Потоцький додали до рішення спільну окрему думку, в якій погодилися з висновком ЄСПЛ про те, що в цій справі дійсно були порушення ст. 18 в поєднанні зі ст. 5 Конвенції [95]. Водночас судді навели інші аргументи щодо причин порушення конвенційних прав і свобод заявниці.

«Окрема думка в суді останньої інстанції є зверненням... до розуму майбутнього, коли пізніше рішення може, ймовірно, виправити помилку, яку, на думку незгодного судді, допустив суд» [175, р. 144], – наголошує колишній Голова Верховного суду США Чарльз Г'юз. Варто відзначити особливу роль інституту особливих думок у сучасних правових реаліях, де вони виступають, з одного боку, важливим каналом інформування громадськості про суть юридичних дискусій, а з іншого – інструментом підвищення індивідуальної відповідальності конкретного судді у складі колегії, способом захисту професійної честі, гарантом суддівської незалежності.

Законодавство більшості європейських країн про конституційні суди визнає інститут окремої думки (Угорщина, Німеччина, Греція, Іспанія, Португалія, Словенія, Хорватія). При цьому окремі європейські конституційні суди допускають внесення особливої думки в рішення конституційного суду [94].

Надання судді можливості самостійно (з огляду на суддівський розсуд та застосування фундаментальних принципів права) вирішити правовий спір пов'язано з тим, що, незалежно від конкретної правової системи, суддя

має право фахово і миттєво реагувати на зміну регульованих чинним законодавством суспільних відносин, які лежать в основі винесеного рішення в тій чи іншій справі. Однак трапляються випадки, коли може виникнути певна правова невизначеність як онтологічна характеристика правової реальності. Отже, для застосування абстрактних (і «запізнілих») правових норм, які регулюють суспільні відносини, суддя може вдаватися до актів тлумачення. Результатом цього, власне, і є виконання основної судової функції: вирішення правового питання чи спору.

Оскільки акт судового тлумачення є творчим актом, то виконання судової функції тісно пов'язане з особистістю судді, необхідністю гарантувати його відповідність високим вимогам, зокрема моральної якості – таких як вимоги до репутації або дотримання етичних норм.

У цьому й полягає складність здійснення правосуддя разом з традиційно широкими повноваженнями суду (незалежно від конкретної правової системи), що, відповідно, зумовило найрізноманітніші погляди на індивідуальність портрету судді. Свого часу ще видатний мислитель Ш. Л. Монтеск'є, вказуючи, що судова влада «страшна» для людей, пропонував доручити її здійснення «особам, які... залучаються з народу для створення суду». Таким чином, на його думку, «судова влада... не буде пов'язана ні з відомим становищем, ні з відомою професією; вона стане, так би мовити, невидимою і ніби неіснуючою, і люди вже боятимуться не судді, а суду» [53, с. 78].

Хоча ідея про тимчасове здійснення судових повноважень непрофесійними суддями реалізована в сучасному світі через суд присяжних і деякі моделі світової юстиції [191], за загальним правилом, здійснення правосуддя все ж переважно залишається професійною діяльністю. Це в будь-якому разі стосується вищих судів – незважаючи на низку винятків, наприклад, у юрисдикціях таких країн, як Австрія, Чеська Республіка, Франція, Італія та ін., а також на існування певних аргументів

на користь залучення осіб неюридичної спеціальності до здійснення правосуддя [297].

Вимога професіоналізму іноді діє фактично, навіть не будучи закріпленою в законодавстві, як це має місце в США: ні Конституція, ні законодавство не вимагають, щоб судді Верховного суду США були професійними юристами, проте фактично прикладів призначення суддею особи, яка не вела професійної юридичної діяльності, немає [280].

При цьому відокремлення «судді-людини» від його «процесуальної ролі суду» досягається іншими засобами, які належать до гарантій неупередженості та незалежності правосуддя. Такі засоби «знеособлення» мають законодавче закріплення і виражаються, наприклад, у встановленні критеріїв відбору кандидатів на посаду судді, які можуть, наприклад, включати мінімальний вік – тобто відомий життєвий досвід; наявність спеціальних знань, зазвичай завдяки здобутій юридичній освіті; а також стажу роботи за юридичною спеціальністю (нерідко включаючи також стаж наукової або викладацької діяльності), правових основ його статусу, а також принципів правосуддя і вимог до порядку його здійснення.

Серед зазначених принципів особливе значення має незалежність суду, яка скрізь розглядається як ключовий елемент статусу судді. Так, відома суддя Верховного Суду США Р. Б. Гінзбург свого часу вказувала: «Фундаментом верховенства права в будь-якій країні є незалежний суд, у якому судді не перебувають під п'ятою інших гілок влади і тим самим наділені можливістю здійснювати правосуддя неупереджено» [177]. Уже в передмові до колективної роботи «Призначення суддів в епоху судової влади: критичні дослідження з різних частин світу» японський дослідник Ф. Якобуччі вказує як безперечну тезу, що «жодна держава не може заявляти про себе як про освічену демократію за відсутності певних атрибутів, враховуючи верховенство права і незалежну судову владу» [190].

Уявлення про незалежність судової влади як її ключову характеристику закріплено також у міжнародних актах, зокрема у ст. 10

Загальної декларації прав людини (1948); у преамбулі Основних принципів незалежності судових органів (1985); ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950) та ін. Основоположний принцип незалежності суддів закріплений на конституційному рівні в національному законодавстві будь-якої держави [24].

У державах, що належать до континентальної правової системи, незалежність суду нерідко розглядалася як якийсь абсолют, що досягається завдяки повному «відключенню» судді як людини від судової функції. Модель судової поведінки, основаної на положеннях закону без урахування інших чинників, отримала назву нормативної. Дослідники статусу судді спираються на цей підхід, зокрема, під час оцінювання гарантій прийняття суддею незалежного рішення. Так, у юридичній науці можна простежити характеристику принципу незалежності як такого, що має два боки: а) суддя незалежний при здійсненні правосуддя; б) суддя одночасно залежний від необхідності при здійсненні правосуддя дотримуватися чинного законодавства. Ідеальною ситуацією в контексті цієї моделі є повна свобода судді від зовнішніх чинників: від інших гілок державної влади, від громадської думки, від певних упереджень, від страху за своє життя тощо.

Ця модель, отже, є концептуальною (в тому сенсі, що для визначення і подальшого вивчення інституту окремої думки судді вона спирається на встановлення її найважливіших ознак, що стосуються явища права як такого), а тому характеризується високим ступенем абстрактності. Вона має справу передусім з нормативними підставами прийняття рішення, а також його обґрунтуванням із правової точки зору. Застосування цієї моделі для опису поведінки суду і вивчення судових рішень має переваги, оскільки дозволяє знехтувати змінними чинниками, що не стосуються суворої юриспруденції, – наприклад, політичним контекстом, особистими уподобаннями судді, розміром його заробітної плати тощо. Це своєю чергою дозволяє розглядати юридичні аспекти аргументації судового рішення, не враховуючи соціально-політичної ситуації в конкретній державі, а також

можливих компромісів, закладених в тому чи іншому судовому рішенні. З точки зору порівняльного дослідження застосування такої моделі може дозволити успішно вивчати (за умови дотримання основних критеріїв порівняльно-правового дослідження) аргументацію судових рішень, до деякої міри нехтуючи відмінності, продиктовані особливостями тієї чи іншої правової системи або її історією.

Недоліком її, однак, є обмежена здатність пояснити деякі реально існуючі явища в судовій практиці. Наприклад, у цю модель не вписується індивідуальність судді, його освіта і галузева спеціалізація, особистий досвід, враховуючи політичні погляди тощо. Будучи цілком застосовною для аналізу змісту окремих думок суддів, вона не годиться для їх розгляду як прояву «юридичної творчості» в рамках предмета судового розгляду. Тож варто відзначити, що й законодавча регламентація окремих думок часто досить фрагментарна і, отже, предмет, що піддається оцінці із застосуванням цієї моделі, ще більше звужується.

З огляду на це, дослідники нерідко нагадують про абстрактний характер нормативної моделі поведінки судді. Так, В. Лемак справедливо вказує, що «незалежність суду, безумовно, не є категорією абсолютною» [61]. За описом Н. Шаптали, «класична позитивістська теорія бачить в суді провідника зовнішньої волі, що встановлює обставини певного кейса і порівнює їх із заздалегідь встановленою програмою рішення» [102]. Вчені вказують, що хоча ця позиція більше за інших претендує на прийняття до дії, а її прагматизм обумовлює економію часу і коштів, вона не реалістична, оскільки суд завжди тією чи іншою мірою «вносив свою лепту в розгляд справи не тільки в процесуальному плані, що також істотно і ціннісно, але і в матеріально-правовому відношенні, збагачуючи ту саму зовнішню волю» [59].

Альтернативна модель поведінки суддів отримала назву емпіричної. Вона передбачає визнання «нежиттєздатною абстракцією» ізолюваність судді в момент ухвалення рішення, сам цей момент і його локалізацію в

голові або іншому внутрішньому приватному просторі. Авторство цієї моделі, яка зараз прийнята в західній літературі як стандарт пояснення процесу ухвалення рішень суддями [267], належить англо-американським юристам, зокрема О. Холмсу [198], який писав, що «життя права – не закон, а досвід. Відчуття велінь часу, домінантних моральних і політичних теорій, явна або неусвідомлена інтуїція щодо публічної політики, навіть забобони, які судді поділяють з іншими людьми, набагато більше, ніж силогізми, визначають правила, які повинні управляти людьми» [187, р. 3]. Оскільки така модель спирається на «досвід, а не на логіку», вона належить до описових.

Ця модель передбачає, серед іншого, додаток емпіричних методів соціології та політології до дослідження процесу ухвалення судових рішень. Першопрохідцями у цьому питанні щодо поєднання реалістичної моделі з методами соціології та політології вважаються відомі дослідники Г. Притчет і Г. Шуберт [241]. Вони акцентують на тому, що, маючи значний обсяг даних про особу конкретного судді і прийняті ним у минулому рішення, можна виявити певні закономірності, навіть досить неочевидні. Наприклад, залежність окремої думки від освіти, попередньої кар'єри (зокрема поза судовою системою) або навіть релігійної належності судді, який її висловлює. Так, ще 1970 року дослідник С. Алмер, спираючись на математичні методи і дані про біографію суддів Верховного суду США, зробив висновок про кореляцію між фактором «батько судді – політик» і схильністю судді приєднуватися до рішення більшості і, навпаки, схильністю заявити окрему думку і минулим «неполітичного юриста» [293]. Більш пізні дослідження Л. Епштейна, У. Ландеса і Р. Познера показали, що в апеляційних судах США (але не у Верховному суді) одна лише незгода судді з позицією більшості не є достатньою для заяви окремої думки; дослідники пов'язали рішення про заяву окремої думки з чинниками навантаження суддів, негативними наслідками для колегіальності в разі частой заяви окремих думок, підтримкою наявного прецеденту і можливістю

зміни практики Суду в майбутньому [163]. Для вітчизняних дослідників соціологічний метод поки є мало затребуваним, хоча він застосовувався під час вивчення так званої «обвинувальної ухвали» кримінального правосуддя, аналізу загальних питань правової культури суддів. Отже, за умов наявності достатніх даних ця модель чудово підходить для аналізу процесу прийняття рішень суддями в межах однієї правової системи або кількох правових систем, які суттєво схожі між собою. Можливість виявлення неочевидних зв'язків і тенденцій, а також застосування вироблених суміжними науками кількісних методів дослідження, безумовно, має бути зарахована до переваг цієї моделі вивчення судової поведінки. Проте і вона має свої недоліки.

Так, її застосування без обмежень і застережень для проведення порівняльного аналізу різних судів всередині судової системи можливо лише в правових системах, де всі суди мають ідентичний або дуже схожий статус (як, наприклад, у країнах, де діє децентралізована модель конституційного контролю). У разі, коли компетенція судів різних рівнів принципово відрізняється, ймовірно, немає необхідності спеціально обґрунтовувати різницю міркувань суддів (глобальних міркувань «правової політики» суддів Верховного Суду США і побоювання скасування судового рішення, яким, імовірно, керуються судді судів першої інстанції тієї ж держави) [267]. Така різниця в поглядах у разі централізованого конституційного контролю зумовлена різницею статусу відповідних судових органів. Навпаки, наприклад, рішення Конституційного Суду України не підлягають скасуванню або перегляду (що виключає стурбованість можливим скасуванням рішення), водночас виявлений у його рішенні конституційно-правовий сенс норми підлягає застосуванню всіма судами (що фактично пропонує суддям необхідність враховувати міркування «правової політики»).

Це міркування обумовлює обмеження для здійснення порівняльного аналізу різних правових систем із застосуванням цієї моделі – вона може

бути застосована для розгляду лише явищ одного порядку. Істотною перешкодою є також різниця в доступності даних для аналізу. Наприклад, при вивченні позицій конкретних суддів під час прийняття колегіального рішення необхідні, власне, дані про їхні позиції, які в європейських правових системах, що розглядають таємницю дорадчої кімнати як самостійну цінність і гарантію незалежності, просто недоступні. Важливо, що основоположними для цієї моделі є праці О. Холмса, які предметно належать до дослідження й опису саме англо-американського права.

Однак для аналізу судової поведінки видається цілком допустимим одночасне застосування розглянутих моделей. З цього приводу Ф. Сапер зазначає, що описова модель може збігатися або не збігатися з концептуальною, а також висуває тезу про сумісність описової теорії Р. Дворкіна і концептуальної теорії Г. Харта [273].

Отже, вибір дослідником емпіричної або нормативної моделі для вивчення, опису і пояснення поведінки суддів, співвідноситься, мабуть, з досліджуваною правовою системою: якщо для англо-американських країн загальним стандартом є емпірична модель, то в державах континентального права більш обґрунтованим є застосування нормативної моделі. Подібна різниця привертає увагу і при спробі порівняльного аналізу інституту судового розсуду. Так, Л. Берг відзначає, що «особливості судового розсуду як правового явища залежать передусім від конкретної концепції праворозуміння в рамках романо-германської або англо-американської правових сімей». Варто погодитися із цим твердженням. Його коректність щодо прояву «особистого» в тексті процесуального (судового) акту яскраво ілюструється такими прикладами. У Сполученому Королівстві текст акту Верховного суду викладався у формулі *seriatim* (тобто як збірка персональних думок кожного з тих, хто бере участь у процесі суддів). Водночас для французьких суддів (Касаційного суду, зокрема) діє правило про викладення судового рішення в одному реченні, підметом у якому є суд, а присудком – рішення за скаргою [300, р. 94]. Американський дослідник

М. Веллс, зіставляючи стилістику американських і французьких судових рішень, обґрунтовує особливості останніх подіями Французької революції, а також спадщиною абсолютної монархії [300, р. 103–108]. Відзначимо, що розглянуті ним стилістичні особливості явно співвідносяться з розглянутою нами темою: проявом «індивідуальності» в рамках строго процесуальної функції.

Тож континентальні суди віддають перевагу відомій знеособленості. Це проявляється в реалізації принципу поділу влади, принципу незалежності суду, стилістиці судових рішень, суворому дотриманні таємниці дорадчої кімнати. Між тим, сучасні дослідники дедалі частіше зосереджують зусилля на вивченні необхідних особистісних якостей судді (а не тільки його професійної кваліфікації), тим самим фактично визнаючи, що спроба повністю відокремити суддю-людину від судді-носія судової влади свідомо приречена. Видається, що така спроба навіть у разі успіху навряд чи є необхідною або обґрунтованою. Можна погодитися із твердженням, що «культивування неупередженості та об'єктивності як базових особистих і професійних якостей суддів може призводити до деякої міфологізації правосуддя в цілому і образу судді зокрема» [260]. Суддя ухвалює рішення на основі правових норм, які вже з огляду на порядок прийняття більш ригідні, ніж регульовані ними суспільні відносини. Значить, їх тлумачення неминуче знаходиться в певному соціально-політичному контексті, враховувати який необхідно судді, котрий бере до уваги способи виконання винесеного ним рішення.

Навпаки, англо-американські дослідники права більшою мірою схильні розглядати незалежність відносно – відштовхуючись від набору особистих якостей судді і його поглядів, що проявляються поза залом судових засідань. У цьому сенсі, наприклад, для англо-американських суддів діє, як прийнято вважати, «піраміда інтересів», яка залежно від рівня суду характеризує основні міркування такого роду зовнішніх щодо розглянутої справи чинників: від правової політики, яка є предметом

інтересу суддів Верховного суду США, до зацікавленості суддів нижчих судів у збереженні рішення після розгляду апеляційної скарги [240, р. 1260; 110, р. 24–30].

Варто зазначити, що юридичні чинники прийняття суддею рішення не дорівнюють порушенню принципу незалежності. Водночас окремі випадки дії цих чинників здатні похитнути впевненість стороннього спостерігача в незалежності суду. Ймовірно, порушення принципу незалежності судді має місце, якщо він змушений думати про зв'язок між зробленим ним висновком, а не якістю винесеного рішення і збереженням власного статусу. Так, свого часу реформа польської судової системи, яка, зокрема, дозволила дисциплінарній колегії ухвалювати рішення про припинення суддівських повноважень шляхом закріплення можливості оцінки змісту судових рішень у рамках дисциплінарного провадження, викликала реакцію Комісії Європейського Союзу, а згодом Суду ЄС, застосування тимчасових заходів якого з 17 жовтня 2021 року обходиться Польщі в 1 млн євро на день до моменту призупинення судової реформи (аж до прийняття Судом ЄС остаточного рішення) [233]. Але сама по собі наявність у судді «прихованих міркувань», що виходять за суворі рамки судочинства, видається неминучим супутником судової системи.

Розглянуті моделі суддівської поведінки, незважаючи на свої відмінності, мають тенденцію до зближення. Це чітко простежується в наукових працях вітчизняних і зарубіжних дослідників. Крім зазначених раніше точок зору, які обґрунтовано нагадують про неможливість переміщення судді у вакуум під час прийняття рішень, можна згадати про критику реалістичного підходу Р. Дворкіним, на думку якого існує єдино правильний, оснований на принципах права варіант вирішення судового спору [157, р. 55].

Тож точка зору відомого дослідника правових систем світу Р. Давида, ще в середині ХХ століття, про зближення правових систем (див.: [8, с. 43]) підтверджується і з погляду певного зближення моделей суддівської

поведінки. Проте загальним є визнання певного (більшого або меншого) впливу позаправових (не кримінально караних) чинників, що впливають на ухвалення рішення суддею. Сама наявність цих позаправових чинників є частиною реальності, що безпосередньо визнається, наприклад, законодавчим регулюванням, зокрема в тексті присяги судді. Згідно зі ст. 57 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» присяга судді звучить так: «Я, (ім'я та прізвище), вступаючи на посаду судді, урочисто присягаю Українському народові об'єктивно, безсторонньо, неупереджено, незалежно, справедливо та кваліфіковано здійснювати правосуддя від імені України, керуючись принципом верховенства права, підкоряючись лише закону, чесно і сумлінно здійснювати повноваження та виконувати обов'язки судді, дотримуватися етичних принципів і правил поведінки судді, не вчиняти дій, що порочать звання судді або підривають авторитет правосуддя» [80].

Присягу судді Верховного Суду Сполученого Королівства можна перекласти так: «Я буду справедливий до всіх людей відповідно до законів і установлень Королівства, без страху і уподобань, прихильності або неприязні¹» (цит. за: [184]).

Суддя ФРН виголошує таку присягу: «Клянуся, що як неупереджений суддя я завжди буду сумлінно дотримуватися основного Закону Федеративної Республіки Німеччини і сумлінно здійснювати свої суддівські функції щодо кожного. І нехай допоможе мені Бог» [166]. Члени Конституційної ради Франції перед вступом на посаду присягаються «добре і сумлінно виконувати свої функції, здійснювати їх неупереджено відповідно до Конституції, зберігати таємницю обговорень і голосувань, не займати публічних позицій і не давати консультацій з питань, що входять до компетенції Ради»².

¹ Англ.: «I will do right to all manner of people after the laws and usages of this Realm, without fear or favour, affection or ill-will».

² Див.: Ордонанс № 58-1067 від 7 листопада 1958 року про Організаційний закон про Конституційну Раду, ч. 2 ст. 3 [234].

Визнання існування цього чинника обґрунтовує питання про можливість його законодавчого врегулювання, або навіть взяття до уваги під час розгляду питання про заміщення суддівської посади. Однак автори, які детально розглядали механізм призначення суддів і процедури застосовуваних перевірок, справедливо відзначають, що при всій детальності процедури перевірка кандидата на посаду судді навряд чи може гарантувати наявність у претендента особистих якостей, що безпосередньо позначаються на здійсненні судової діяльності.

Отже, як наголошує Н. Шаптала, «суддя повинен спиратися на положення законодавства і Конституції, але також і на власні уявлення про справедливість і сумлінність» [100]. Ці постулати можуть не завжди збігатися з буквою закону, що особливо актуально для конституційної юстиції – через високий ступінь абстрактності конституційних положень. Цей потенційний конфлікт може потребувати певного законодавчого регулювання, адже «золота середина» має бути регламентована і закріплена процесуальним законом [93]. Видається, що наявність «позаправових» чинників формулювання і прийняття судового рішення викликає необхідність визначення межі наданого судді розсуду в рамках виконання його основної функції, а також – за межами цих кордонів – надання судді легітимного (маючи на увазі передусім закріпленого в праві) способу прояву своєї особистої позиції або вираження свого особистого ставлення до ухваленого рішення.

Судовий (суддівський) розсуд, незважаючи на велику кількість праць, присвячених його природі і межах, мабуть, все ще не має єдиного визначення у правовій науці. Оскільки в цій сфері однією з основоположних робіт є всім відома наукова праця А. Барака «Суддівський розсуд», поширеним є й авторське визначення: «розсуд – це повноваження, дане особі, яка володіє владою вибрати між двома або більше альтернативами, коли кожна з альтернатив законна» [12, с. 294]. Автор, отже, вважає, що

необхідність у розсуді виникає лише в ситуації неоднозначного рішення, двох однаковою мірою обґрунтованих у правовому сенсі результатів справи.

Суддя Конституційного Суду України В. Лемак визначає суддівський розсуд як надане право вільного аналізу і вибору єдино можливого варіанта рішення, здатного врегулювати відносини при вирішенні юридичного спору в певному виді судочинства із закріпленням результату в судовому акті. Тим самим передбачається, що судовий розсуд супроводжує будь-яке виконання судової функції [58]. З такою позицією солідарна Н. Шаптала, визначаючи судовий розсуд як елемент судової правозастосовної діяльності, що полягає у виборі мотивованого законного й обґрунтованого рішення, що здійснюється уповноваженим суб'єктом (суддею) у конкретній юридичній справі в межах, встановлених нормою права [101, с. 78]. Щодо конституційного права, то розсуд вельми широко визначається в юридичних джерелах – як наказовий вплив владних суб'єктів конституційного права на конкретні суспільні відносини на основі вільного вибору варіанта вирішення питання з-поміж можливостей, що надаються невизначеними нормами і принципами права, або на основі їх ігнорування, виходячи з політичної доцільності, за умови отримання санкції народною правосвідомістю [93, с. 170].

Утім, деякі концепції права зовсім заперечують наявність судового розсуду, наприклад, уже згадуваний професор Р. Дворкін не знаходить для нього місця в правовій системі – оскільки для вирішення кожної справи єдина правильна відповідь підказує істинне право, втілене в його принципах і основних засадах, а завдання судді – відшукати цю відповідь [159, р. 225–226]. Інші автори, які детально розглядали загальнотеоретичні питання правозастосування, зокрема суддівського розсуду, пропонують власні визначення цього явища.

Дослідники, однак, сходяться на тому, що національне право (виражене у статутах, судових рішеннях або в інший спосіб) у певній точці встановлює межі судового розсуду, вихід за які асоціюється, як правило, з

довільним судовим рішенням. П. Куфтирєв, скажімо, вказує, що вихід за межі судового розсуду є виходом за сферу юридичного впливу права, виходом на відносини, що унеможлиблюють правове опосередкування, що є суддівським свавіллям [45, с. 47]. Зрозуміло, що межі судового розсуду не є абсолютно зафіксованими або універсальними для різних правових систем, хоча б тому, що вони встановлюються національним правовим регулюванням, яке може бути засноване на різних джерелах – статутах, прецеденті тощо.

Доктрина суддівського розсуду передбачає вибір між двома або декількома однаково обґрунтованими і відповідними законодавству варіантами. Отже, можна припустити два варіанти незгоди, оснований на «неюридичних» чинниках: це принципова незгода зі самою «законністю» того чи іншого варіанта розв'язання проблеми, або незгода з одним чи кількома можливими варіантами. Тож правомірним є питання про можливість (неможливість) судді виходу за межі цього розсуду без шкоди для виконання судової функції.

Ці передбачувані варіанти незгоди співвідносяться з певними процесуальними формами, закріпленими законодавчо. До таких форм, зокрема, можна зарахувати: 1) право на відставку; 2) направлення запиту про конституційність закону; 3) заява окремої думки судді.

Стосовно Верховного Суду США С. Блумберг зазначає, що суддя, який активно бере участь у політичній діяльності, може заявити про відставку в стратегічний момент, забезпечивши президентові можливість призначення судді, що представляє певну політичну партію [114, р. 17].

Логічним у світлі загальноправового принципу незмінюваності суддів є зворотна ситуація боротьби з примусовою відставкою. Як видається, потенційно право на відставку може бути досить дієвим інструментом публічного вираження незгоди, проте воно, очевидно, виводить суддів із правової сфери в політичну, тобто є останнім і крайнім засобом.

Зазначимо, що, на відміну від відставки, яка може не бути вмотивованою (а тому може бути обумовлена саме незгодою), самовідвід судді не можна розглядати як форму прояву незгоди, оскільки цей інститут має на меті забезпечення права сторін на неупереджений судовий розгляд. Слід зазначити, що культура самовідводу в нашій країні поки не сформувалася, а також відзначають, що вчасно взятий самовідвід – це благо, свідчення того, що суддя дорожить своєю незалежністю та репутацією, підкреслює їх цінність і значущість.

Самовідвід не належить до прояву незгоди і тому, що передбачається до застосування до початку судового розгляду, з метою припинення виникнення у стороннього (об'єктивного) спостерігача сумнівів у неупередженості суду, в той час як в умоглядній ситуації протесту проти майбутнього рішення суддя повинен приступити до розгляду справи та ознайомитися з його матеріалами (в іншому випадку залишається незрозумілим предмет протесту).

Прояв незгоди шляхом передачі питання на розгляд іншого органу, компетентного вирішити сумніви судді або спростувати його незгоду, можливо здійснити через направлення запиту про конституційність закону до органу конституційного контролю. Цей інститут являє собою спосіб вирішення дилеми розсуду, коли законодавчо обумовлені варіанти вирішення справи викликають незгоду судді ординарного суду. Для Конституційного Суду України цей порядок передбачений Законом України «Про Конституційний Суд України» [80].

Хоча ця форма «незгоди» має точні процесуальні межі, які не передбачають «позаяридичного» компонента позиції судді, природа конституційної юстиції, зокрема тлумачення і застосування конституційних принципів, дає підстави припустити, що запит судді (суду) у такому порядку може бути оснований не тільки на точному знанні закону (як це має місце, наприклад, у випадку з приватним визначенням, мають на меті усунення порушень законодавства), але більшою мірою на юридичній

правосвідомості судді, розумінні справедливості як вищої мети права і виявленні невизначеності або прогалини в чинному регулюванні.

Як зазначає М. Афанасьєва, «...у процедурі конституційного судочинства, що порушена за запитом суду, цей суд виступає стороною-ініціатором, а Закон України “Про Конституційний Суд України” закріплює в якості одного з основних принципів конституційного судочинства принцип гласності та відкритості, що накладає на суд обов’язки доведення своєї позиції щодо неконституційності оспорюваного акту [23].

В Україні цей інститут застосовується порівняно рідко. Так, у 2020–2022 рр. Конституційний Суд України прийняв 138 постанов за зверненнями 177 заявників, лише 14 з яких були судовими органами; 10 283 визначення (22 – за запитом судів) [73]. Відзначається, що в державах, де подібна форма передачі справи на розгляд органу конституційного контролю передбачена як альтернативна або додаткова, суди також користуються нею не дуже охоче.

Статистика Конституційного суду Туреччини вказує на більш ніж 295 000 індивідуальних скарг, поданих до цього органу в період з 2012 по 2020 рік і лише трохи більше 1000 запитів судів¹. Подібно в період з 2018 по 2020 рік Федеральний конституційний суд ФРН отримувал від 5100 до 5500 індивідуальних скарг щорічно, і лише 85–100 запитів судів про розгляд конституційності закону, що підлягає застосуванню в конкретній справі [2]. Тож найбільш складні справи, які часто не можуть бути вирішені із застосуванням повноважень, наданих суддям ординарних судів, переходять на розгляд органів конституційної юстиції.

Однак для вищих (зокрема, конституційних) судів цей механізм виявляється непридатним через відсутність вищої або іншої інстанції, куди справу можна було б передати для розгляду з урахуванням передбачуваних

¹ Інформація розміщена на франкомовній версії сайту Конституційного суду Турецької Республіки [201].

² Статистичні дані наведено відповідно до звіту Федерального конституційного суду Німеччини, опублікованого на офіційному сайті Суду (англійська версія) [117].

недоліків законодавчого регулювання і неможливості прийняття справедливого рішення на основі чинного закону. Розгляд у Конституційному суді майже завжди здійснюється колегіально і при цьому спирається на найбільш абстрактні в рамках конкретної правової системи положення – конституційні норми. Цим обумовлені широкі повноваження щодо тлумачення конституційного тексту, надані органу конституційної юстиції, і саме тут знаходить найбільш яскраве вираження інститут окремої думки судді, який ми також розглядаємо як форму вираження незгоди судді.

Інститут окремої думки, демонструючи ознаки однорідності, системності, особливого режиму правового регулювання, нормативної відособленості, цілісності та універсальності, є, мабуть, найбільш м'якою формою вираження індивідуальної позиції судді. Ці особливості обумовлюють виняткове становище цього феномену як однієї з найбільш «людяних» процесуальних можливостей судді в ситуації, коли меж наданого йому розсуду виявляється недостатньо. Його зміст у такій якості яскраво розкривається лише під час розгляду найбільш складних справ, зокрема в рамках конституційного судочинства.

Справді, хоча окрема думка в межах конституційного судочинства предметно тісно пов'язана з розглядуваною справою, індивідуальні міркування, що викладаються суддею в окремій думці, часто не обмежуються аналізом конституційних положень, а звертаються до історії, філософії, моралі. Як зазначають дослідники, «якщо в судовому рішенні переважають раціонально-логічні компоненти, окрема думка характеризується проявом емоційно-експресивних рис» [100]. Відтак, «окрема думка судді конституційної юстиції ... характеризує інше бачення не фактів, а права» [50]. На відміну від таких широких можливостей заяви окремої думки в органі конституційної юрисдикції, судді загальних судів – з огляду на можливості представити окрему думку до вищої інстанції – більшою мірою повинні орієнтуватися на правові аргументи, від яких може залежати перегляд рішення, яке було прийнято.

Порівняльні дослідження демонструють поширеність реалізації відповідного права судді; публічність або закритість тексту окремої думки; наявність або відсутність прямої заборони на здійснення цього права. При цьому заборона на публічну окрему думку не дорівнює забороні на вираження незгоди судді під час обговорення – важко уявити обговорення суддів, яке не супроводжувалося б вираженням різних позицій, тобто незгоди різного ступеня інтенсивності, навіть при законодавчо встановленій вимозі до винесення рішення одноголосно [51].

Незалежність судді не є абсолютною, оскільки не може повністю виключати різноманітних факторів позаправового характеру при прийнятті судового рішення. Наявність таких факторів побічно визнається законодавством і в низці випадків може бути предметом дослідження закономірностей судової поведінки та ухвалення суддями рішень.

Водночас ці чинники потенційно можуть слугувати підставою для незгоди судді з рішеннями колег або навіть з рішенням, яке йому потрібно прийняти одноосібно за змістом чинного законодавства. Передбачається, що такого роду конфлікт може бути вирішений трьома шляхами: радикальною відмовою від участі в ухваленні цього рішення (відставка); передачею справи на розгляд іншого суду, якому надано більш широкий розсуд у частині тлумачення законодавства (запит до органу конституційної юстиції); нарешті, формалізована заява незгоди, зокрема з мотивів, що безпосередньо не спираються на чинне правове регулювання (подання окремої думки).

Для органів конституційної юстиції, з огляду на виняткові повноваження щодо тлумачення конституційного тексту, який характеризується високим ступенем абстрактності, передача справи на розгляд іншого суду виявляється неможливою. У цьому випадку кількість можливих форм незгоди зменшується і найбільш раціональною формою залишається заява окремої думки.

Окрема думка судді з точки зору її предмета пов'язана з конкретною справою, яку розглядає суд, але, на відміну від рішення більшості у цій справі, меншою мірою обмежена процесуальними вимогами, зокрема необхідністю юридичного обґрунтування висновків [89]. У цьому сенсі окрема думка судді слугує правомірним способом подолання нормативно визначених меж суддівського розсуду. При цьому, на відміну від інших способів вираження незгоди, окрема думка судді не тягне правових наслідків, тобто змістовно її єдиною метою є саме фіксація незгоди судді.

У суді загальної юрисдикції окрема думка звернена передусім до вищої інстанції і тим самим частково нагадує передачу питання на розгляд іншого уповноваженого органу. Однак суддя конституційного суду опиняється в іншому становищі: його окрема думка формально повністю позбавлена можливості впливати на правові процеси, що породили його незгоду, так само як і на зміну підсумкового рішення. Адресат позиції, відображеної в окремій думці судді конституційного суду, таким чином, знаходиться поза судом (або, у всякому разі, поза його чинним складом, якщо думка звертається до суду в майбутньому). Передбачається, що цей адресат – громадськість у найширшому сенсі: народ (як джерело влади в демократичній державі [24]), юридичне експертне і наукове співтовариство, законодавець тощо. А втім, відомі випадки, коли процес, супутній заявленню окремої думки судді, приводив до законодавчих змін, або коли при вдосконаленні нормативного регулювання законодавець враховував окрему думку судді, хоча і не наводив прямих посилань на неї.

Таким чином, якщо розглядати окрему думку судді КСУ з позиції філософської категорії форми, то, як зауважує В. Городовенко, окрема думка є зовнішньою формою відображення правового погляду судді щодо рішення КСУ, а з позиції змісту окрема думка судді є творчим науково-правовим осмисленням предмета конституційного провадження, джерелом формування конституційно-правової доктрини [9, с. 11]. Для законодавця вона не володіє самостійним значенням, хоча (як і будь-яка інша, в

принципі, інформація) може впливати на його позицію або уточнювати спосіб виконання рішення органу конституційного контролю. Для громадськості окрема думка судді конституційного суду, передусім демонструє наявність різних позицій всередині суду, хоча питання про позиції суддів, які не заявили окремої думки, не має однозначної відповіді (наприклад, чи підтримали вони підсумкове рішення або вирішили утриматися від висловлювання). Вироблення регулювання, що усуває або долає подібні сумніви, незважаючи на відсутність формального впливу окремих думок суддів на законодавство, є досить актуальним питанням, оскільки пов'язане, серед іншого, з підтриманням довіри до суду. Для такого пошуку, як видається, має значення не тільки (і, ймовірно, не стільки) оцінка потенційної користі чи шкоди інституту окремої думки судді конституційного суду, а й безпосередньо дослідження його юридичної природи, про що йтиметься в наступних підрозділах дисертації.

Висновки до розділу 1

Правові позиції конституційного суду формують політико-правовий ландшафт, коригуючи взаємовідносини органів влади, уточнюючи правове становище особистості в державі, а у відомих межах впливають і на міжнародні зв'язки, оскільки конституційний суд перевіряє підписані договори на відповідність конституції. При цьому суд завжди здійснює тією чи іншою мірою тлумачення конституції, коли висловлені ним правові позиції спираються на його власне прочитання тексту Основного закону. Останній надалі застосовуватиметься всіма суб'єктами права відповідно до роз'яснень суду. Саме тому рішення конституційного суду мають значення *erga omnes*, і тому на ньому лежить величезна відповідальність за дієвість конституції.

Інститут особливих думок слугує гарантом суддівської незалежності і дає змогу суддям позиціонувати себе не тільки частиною дискурсивного експертного співтовариства, а й суверенною особистістю, носієм і транслятором суб'єктивної творчої правової позиції. Сильова специфіка особливої думки зумовлена її персоналізованим, суб'єктивним характером, що виражається в емоційно-експресивних, образних, оціночних засобах. За своєю природою окрема думка судді КСУ є симбіозом компетентного (професійного) і доктринального (наукового) тлумачення, яке спирається на фундаментальні знання у сфері наукового світогляду авторитетних учених-правознавців.

Інститут окремої думки судді КСУ є свідченням демократизму конституційної юстиції України, справжньої незалежності судді. Окрема думка виноситься суддею від власного імені, виступає його особистою позицією у справі та не зумовлює юридичних наслідків, отже, має доктринальне значення. Лаконічно висловлена окрема думка судді є виявом інакомислення в суді, яке індивідуалізує персону судді, авторизує його особисту позицію та дає змогу висловити свою незалежну від інших суб'єктивну думку. Тому чинники, які спричиняють її появу, лежать у площині психологічних, емоційно-експресивних характеристик особистості судді. Спроможність окремого судді не просто словесно дискутувати, а публічно висловити свою незгоду з більшістю, наражаючись на можливі несприятливі для себе наслідки, дає змогу судді позиціонувати себе як суверенного суб'єкта, носія судової влади.

Оскільки рішення Конституційного Суду та окрема думка містять різні правові позиції, для їх наукового осмислення необхідно порівняти їх між собою, з метою виявлення тенденцій правового розвитку. Окремі думки, отже, можуть продемонструвати відому динаміку в судовій практиці. Відсутність же окремих думок або їх недоступність, без сумніву, знижує прогнозованість правового розвитку. Для надання ваги власним аргументам

суддя, який пише окрему думку, нерідко посилається на висновки правової доктрини.

Суддя – автор окремої думки має переконати можливого читача у своїй правоті, показати, що його доводи більш обґрунтовані і глибокі, ніж позиція більшості суддів. Одним зі способів домогтися цього є застосування порівняльного методу в дослідженні поставленої юридичної проблеми. Порівняльне правознавство дає змогу більш широко поглянути на досліджуване питання, залучити інші, зіставні з цим питанням приклади. За певної кількості знайдених схожих проблем досліджуване питання поміщається в їхній ряд як одне з багатьох уже вирішених в той чи інший спосіб.

Інститут окремої думки набуває особливого значення для судової влади через творчий характер судової діяльності, складність і неоднозначність судових розглядів, високий професіоналізм суддів. У судовій системі інститут окремої думки визначається як думка судді, незгодного з рішенням суду, ухваленим у колегіальному порядку. Окрема думка судді КСУ з огляду на особливості справ, які розглядає цей Суд, може стосуватися як доктринальних моментів, які не були належно враховані Судом, або містити власні мотивування до прийнятого рішення, так і мати певне політико-правове значення.

Органи конституційної юстиції багатьох країн звертаються до досвіду зарубіжних держав при ухваленні рішень. У своїх рішеннях Конституційний Суд України керується і науковими доробками вчених-юристів, і коментарями до законодавства для аргументування власної позиції. Крім теоретичних новел, в окремих думках конституційних суддів можуть міститися посилання на практику іноземних судів або інших владних установ. Такі правові позиції також слугують розширенню знань, оскільки дають змогу дізнатися і використати чужий досвід врегулювання спірних ситуацій. З огляду на це, запропоновано умовну класифікацію рішень органів конституційного судового контролю та окремих думок (поглядів)

суддів зазначених органів, поділивши їх на групи: 1) пов'язані з дослідженням зарубіжного законодавства; 2) спрямовані на аналіз судової практики (або конституційних судів, або інших судів, що здійснюють конституційний судовий контроль); 3) ті, що містять посилання на роботи відомих конституціоналістів, правознавців, філософів; 4) ті, що прямо або побічно використовують світові доктрини.

Окремі думки мають досить тривалу історію, що дає змогу виокремлювати тенденції їх розвитку. Історично в судовій практиці склалися дві категорії особливих думок, що мають свої лінгвопрагматичні особливості: 1) особлива думка незгоди (*dissenting opinion*), яка, по суті, і є власне «особливою думкою», оскільки це випадки, коли суддя не приймає саму суть ухваленого рішення і голосує проти нього. Із визначення особливої думки незгоди логічно випливає той факт, що цей вид особливих думок характеризується аргументованістю, яка не поступається основним рішенням; 2) особлива думка згоди, або просто думка (*concurring opinion*), заявляється у випадках, коли суддя не має заперечень проти самого рішення колегії і приєднується до нього, проте або вважає наведені доводи чи шляхи вирішення правового спору невдалими, або привносить в аргументацію додаткові міркування.

У конституційному судочинстві України сформувалася модель повної відкритості окремої думки судді КСУ, найвищим ступенем якої є публікація окремої думки разом із рішенням. Окрема думка судді КСУ визначається такою, що не повинна мати конфіденційного характеру. У своїй діяльності КСУ фактично проводить різницю між «особливими думками» і просто «думками». Зазначена відмінність схожа на прийнятий у країнах загального права (і вже згадуваний вище) поділ думок на два види: «розбіжні» (*dissenting*) і такі, що «збігаються» (*concurring*).

РОЗДІЛ 2

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ІНСТИТУТУ ОКРЕМОЇ ДУМКИ СУДДІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВАХ

2.1. Правова характеристика інституту окремої думки судді конституційної юстиції

Учені-правознавці, які досліджували інститут окремих думок суддів, нерідко концентрувалися на історичних аспектах [186], цілях його існування [96], позитивних або негативних сторонах [221]. Разом з тим лише порівняно невелика кількість наукових праць присвячена власне правовій природі феномену окремої думки судді, тобто визначенню її місця у правовій системі України та зарубіжних країнах.

У країнах англосаксонської правової сім'ї, де право судді на особливу думку існує протягом тисячоліття, його умовно можна вважати «результатом розвитку традиційного британського порядку винесення рішень колегіально – *seriatim* (лат. – “по порядку”)» [277]. Спочатку цей порядок являв собою чергове вираження суддями своєї позиції. Далі, у 60-х роках XVIII ст., порядок видозмінився і суддям потрібно було відображати в письмовому рішенні результат досягнутого компромісу.

У США із призначенням 1801 року на посаду Голови Верховного суду Дж. Маршалла отримала розвиток і стала пріоритетною концепція «єдиної думки», що зіграло ключову роль у зміцненні авторитету судової влади. Завдяки лідерським якостям нового голови суду, у цей період особливі думки хоч і не були заборонені, виносилися вкрай рідко, домінантною ідеєю серед суддів було свідоме досягнення компромісу [204]. Цікавим є той факт, що саме в цю епоху були заявлені окремі думки, які отримали згодом статус «канонічних», тобто близьких за юридичною силою до конституційних

положень, тимчасом як основне рішення суду у справі втрачало прецедентну силу [182].

Прикладами «канонічних» особливих думок є думки, заявлені за результатами розгляду Верховним судом США:

- справи «Dred Scott v. Sandford» (1856), оскільки в підсумку було узаконено безправне становище темношкірих. Особливі думки суддів Б. Р. Кертіса та Дж. Макліна вказували на відсутність правових підстав не вважати їх громадянами і на вісім років передбачили скасування рабства в США [128];

- справи «Plessy v. Ferguson» (1896), що призвело до законодавчого оформлення расової сегрегації в США і підтвердило її відповідність американській конституції. У своїй особливій думці лише суддя М. Харлан застеріг колегію суддів від винесення такого рішення і став провісником повної заборони расової сегрегації в країні [138];

- справи «Abrams v. US» (1919), до якої заявлена особлива думка судді О. У. Холмса, яка згодом набула популярності як «канонічна праця» про свободу слова та неможливість звинувачення кого-небудь за відкрите вираження своїх переконань [120].

Наведені приклади наочно свідчать, з одного боку, про універсальність інституту особливих думок, здатних, будучи не наділеними реальною зобов'язальною силою, бути непередбачуваними у своїх правових наслідках, з іншого боку, про найважливішу функцію особливої думки як потенційного джерела права.

Як влучно зауважено в одному з іноземних джерел, «особлива думка незгоди в Апеляційному суді останньої інстанції – це не знак честі і не знак безчестя, а заклик до майбутнього» [286, р. 395].

Із призначенням у 1941-му на посаду Голови Верховного суду США Ф. Стоуна, який був прихильником активної дискусії, намічений раніше курс різко змінився «вибухом» кількості заявлених особливих думок. Практика

вираження особливих думок поширилася серед держав, що зазнають впливу англосаксонської правової системи, зокрема Австралії і Канади.

У науковій літературі описано основоположні ознаки особливої думки, прагматично значущі для її вивчення як компонента тексту судового рішення:

- суб'єкт права на особливу думку (суддя, що входить до складу колегії);
- відмінність позиції цього суб'єкта від позиції більшості членів колегії;
- час заяви (особлива думка завжди йде за рішенням суду);
- відмінність від актів неофіційного тлумачення права, оскільки їхні закони діють як офіційні [160].

Щодо змісту особливої думки, то потрібно констатувати, що вона в кожному випадку, очевидно, корелює з основним рішенням, оскільки обидва мовні твори розгортаються навколо одного й того самого правового спору. Водночас потрібно звернути увагу на композиційну свободу вираження особливих думок, що на тлі високої структурованості текстів основних судових рішень, які відповідають загальноприйнятій тричастинній композиції [277], свідчить про їхню жанрову самостійність.

Крім того, істотні відмінності стилю викладу рішення й особливої думки також дають змогу, на наш погляд, відокремити їх в жанровому плані. Проілюструємо цю тезу на прикладах.

Інститут особливих думок слугує гарантом суддівської незалежності і дає змогу суддям позиціонувати себе не тільки частиною дискурсивного експертного співтовариства, а й суверенною особистістю, носієм і транслятором суб'єктивної творчої правової позиції, максимально експлікувати своє професійне «я». Сильова специфіка особливої думки зумовлена, отже, її персоналізованим, суб'єктивним характером, що знаходить вираження в емоційно-експресивних, образних, оціночних засобах. Як приклад наведемо раніше згадувану особливу думку судді Верховного суду США О. У. Холмса у справі «Abrams v. US» (1919), що отримала статус «філософського обґрунтування» першої конституційної поправки:

«I regret that I cannot put into more impressive words my belief that, in their conviction upon this indictment, the defendants were deprived of their rights under the Constitution of the United States» [120] – «Я шкодую, що не можу описати більш виразними словами мою переконаність у тому, що при винесенні вироку за цим обвинувальним висновком обвинувачені були позбавлені своїх прав, гарантованих Конституцією Сполучених Штатів».

У цьому фрагменті бачимо високий ступінь емоціонального співчуття судді з приводу винесеного колегами несправедливого обвинувачення, що суперечить духу американської Конституції.

Читаємо далі: «*But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe... that the ultimate good desired is better reached by free trade 85 in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution*» [120] – «Але коли люди усвідомлюють, що час зруйнував багато войовничих вірувань, вони можуть прийти до переконання... що бажане найвище благо досягається вільною торгівлею ідеями, що кращим випробуванням істини є здатність думки бути прийнятою в конкурентній боротьбі на ринку і що істина – єдина основа, на якій їх бажання можуть бути успішно реалізовані. Така, у всякому разі, теорія нашої Конституції».

Згодом популярності у професійному співтоваристві і в американських ЗМІ набув вираз *marketplace of ideas*, що є, по суті, стислою в єдиній метафорі правовою позицією про свободу слова судді Холмса.

Ще як приклад наведемо особливу думку незгоди судді Верховного Суду США Д. П. Стівенса, заявлену за підсумками розгляду справи «*Bush v. Gore*» (2000) щодо результатів проведених у країні президентських виборів [125].

«*It is confidence in the men and women who administer the judicial system that is the true backbone of the rule of law. Time will one day heal the wound to that confidence that will be inflicted by today's decision. One thing, however, is certain.*

Although we may never know with complete certainty the identity of the winner of this year's Presidential election, the identity of the loser is perfectly clear. It is the Nation's confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law» [125] – «Саме довіра до чоловіків і жінок, які керують судовою системою, є істинною основою верховенства закону. Час одного разу залікує рану, завдану довірі сьогоднішнім рішенням. Та одне можна сказати напевно. Хоч ми, можливо, ніколи й не дізнаємося, хто насправді переміг у цьогорічних президентських виборах, особа того, хто програв, абсолютно зрозуміла. Це довіра нації до судді як стража верховенства закону».

Наведений уривок наочно демонструє абсолютну переконаність судді Стівенса в невмотивованості винесеного колегією рішення, яке ставить під удар довіру нації до судової влади.

Тож можна зробити висновок, що особлива думка є унікальним самостійним жанром судового дискурсу, в якому аргументованість досягається, з одного боку, логічністю й апеляцією до букви закону, а з іншого – використанням різноманітних засобів емоційного мовного впливу.

Іншим, не менш важливим питанням, у плані сегментації й архітекtonіки судового рішення, є проблема самостійності особливої думки як текстового документа. У науці зазначається, зокрема, що особлива думка судді не є складовою частиною судового рішення. Розкриємо це питання, проаналізувавши тексти рішень Верховних судів США, Великобританії, Австралії та Канади, що містять особливі думки.

Насамперед звернемо увагу на розміщення особливої думки щодо інших частин тексту рішення (вступна, описово-мотивувальна і резолютивна). Проведений аналіз показав, що в плані архітекtonіки документа особлива думка завжди йде за основним рішенням, наприкінці.

Окремої згадки заслуговує те, що у всіх проаналізованих текстах рішень Верховних судів Великобританії (наприклад: «Bank of Cyprus UK Limited v Menelaou», 2015 [122]; «The Child Poverty Action Group v Secretary of State for Work and Pensions», 2010 [282]; «The Financial Conduct Authority v Arch

Insurance Ltd and others», 2021 [284]; Канади (наприклад: «Bent v. Platnick», 2020 [123]; «Montréal (Ville) v. Octane Stratégie inc.», 2019 [136]; «MacDonald v. Canada», 2020 [132]) й Австралії (наприклад: «De Silva v The Queen», 2019 [127]; «McPhillamy v The Queen», 2018 [134]; «The Queen v Beckett», 2015 [141]), які містять особливі думки, нумерація параграфів або сторінок (або і тих, і тих одночасно) основного рішення не переривається особливою думкою, а йде далі, що, на наш погляд, переконливо свідчить про те, що судовими колегіями вищих судових інстанцій цих країн подібна думка сприймається і транслюється як структурно-функціональний елемент тексту рішення.

Дещо інакше структуровані рішення Верховного суду США. У них кожна заявлена думка судді починається з нової сторінки і нумерація сторінок також іде заново (див., наприклад, рішення у справах: «Carpenter v. US», 2018; «Alabama association of realtors v. Department of Health and Human Services», 2021, «State of Florida v. State of Georgia», 2018) [126], що свідчить про автономність і незалежність професійної думки кожного судді у складі колегії.

Можна припустити, що в такій структурній реалізації інституту особливої думки Верховним Судом США виражається концепт американського індивідуалізму, що став «ключовим чинником самовизначення нації», базис якого становить «утвердження абсолютної цінності свободи особистості в суспільстві».

Водночас абсолютно очевидний той факт, що особлива думка не може існувати абсолютно автономно, поза змістом і контекстом, що визначається основним рішенням, без якого воно втратило б свою сутність і призначення. На підставі здійсненого аналізу пропонуємо визначити **особливу думку судді** як факультативний, структурно-функціональний елемент судового рішення, що введений у текст рішення або додається до нього у вигляді окремого документа, який не має обов'язкової юридичної сили, проте існує в нерозривному логічному, семантичному і структурному зв'язку з основним судовим рішенням, що визначає його зміст і контекст та відрізняється індивідуальною аргументацією, емоційністю, образністю й оціненістю.

У літературі із цього приводу можна виокремити кілька підходів. Найбільш поширена, мабуть, позиція про окрему думку судді як індивідуальну правову позицію. Нерідко окрема думка розглядається як суб'єктивне право судді. У цьому контексті окрема думка може розглядатися як своєрідна форма реалізації суддею його права на свободу вираження. Зрештою, не відкидається можливість розгляду окремої думки судді як гарантії її незалежності. Ці позиції далі розглянемо докладніше.

В юридичній науці, предметно досліджуючи юридичну природу окремої думки судді Конституційного Суду України, вчені припускають, що така окрема думка є різновидом правової позиції, що виражається в рамках реалізації принципу незалежності суддів, а також особливе джерело доктринального конституційного тлумачення [99, с. 33]. Вітчизняні дослідники Т. Слінько та Є. Ткаченко розглядають особливі думки суддів Конституційного Суду України як альтернативну основному рішенню правову позицію, здатну в майбутньому лягти в основу нового правового регулювання [94, с. 53]. Одночасно як індивідуальну правову позицію судді та як форму реалізації ним принципу незалежності розглядає окрему думку Н. Шаптала [100]. Низка інших авторів, які класифікують правові позиції або вивчають правову природу окремих думок суддів, поділяють точку зору про те, що окрема думка судді є різновидом індивідуальної правової позиції [83, с. 60].

Можна погодитися з тим, що окрема думка судді представляє собою юридично обґрунтований варіант вирішення тієї чи іншої правової ситуації, або оцінки актів та дій у колізійній ситуації, що в принципі відповідає розпливчастому визначенню правової позиції, яке існує в теорії права. Проте більш детальний розгляд показує, що ця характеристика не є цілком точною.

Так, розгляд окремої думки судді як індивідуальної правової позиції, здається, міг би бути правомірним (з певними обмеженнями) для окремої думки судді у вузькому значенні, тобто в разі заявлення окремої думки у формі окремого документа, у якому завдяки законодавчому регулюванню можливе відображення позиції судді щодо питання, вирішеного в основній постанові.

Вказаний підхід, отже, не охоплює жодних спеціальних форм окремої думки (скажімо, відмітки у протоколі), оскільки вони не обов'язково передбачають формулювання точних підстав альтернативної позиції, ні так званих збіжних думок (у чинному законодавстві – «думки»). Останні являють собою не стільки варіант вирішення правової ситуації, як варіант обґрунтування того чи іншого вирішення ситуації.

При цьому окрема думка судді відрізняється від актів неофіційного тлумачення (зокрема, доктринального, викладеного в наукових статтях) [78, с. 407]. Хоча відсутність безпосередніх правових наслідків за високого рівня теоретичного опрацювання зближує ці явища, окремі думки (у тому випадку, якщо вони дозволені) завжди мають певну процесуальну форму, що передбачає порядок заяви та залучення до матеріалів справи (навіть за відсутності можливості сторін знайомитися з їхнім змістом). У результаті окрема думка та думка судді можуть, не маючи обов'язкової сили, мати правові наслідки як під час розгляду справи в суді вищої інстанції, а стосовно до органів конституційної юстиції не відкидаються більш віддалені в часі наслідки, наприклад, зміна законодавства або підходів самого суду.

На відміну від індивідуальних правових позицій, якими вирішуються конкретні справи, окрема думка не є обов'язковою для сторін чи інших осіб, і безпосередньо не породжує правових наслідків. Відсутність безпосередніх правових наслідків окремої (збіжної) думки судді є її важливою рисою у вищих судах, рішення яких не підлягають оскарженню та приймаються колегіально, що справедливо не тільки для чинного законодавства України [291, 216, р. 296]. Ця риса на практиці визнається і за окремими думками суддів ординарних судів, хоча в літературі трапляється теза про необхідність обов'язкового обліку окремої думки вищим судом.

Неоднозначність характеристики окремої думки як індивідуальної правової позиції можна пояснити ще й досить поширеною можливістю заяви колективних окремих думок чи приєднанням суддів до окремих думок колег, що поділяються ними. Іноземні дослідники при цьому відзначають

індивідуальний характер окремої думки судді, вказуючи, зокрема, що колективна окрема думка переслідує інші цілі, ніж виклад свого погляду на проблему [149, р. 257]. Аналогічної позиції дотримуються, наприклад, експерти Мережі UPLAN та Центру політико-правових реформ [68]. Справді, якби окрема думка була проявом суворо індивідуальної позиції судді, вона потребувала б самотійної заяви. Проте практика заперечує цей підхід: заява окремих думок колегіально або приєднання до окремої думки (просто думки), заявленої іншим суддею, мабуть, має місце і в Конституційному Суді України (у всякому разі, під час публічного оприлюднення окремих думок і думок нарівні з текстом основного рішення), і в закордонних чи міжнародних судах, зокрема в ситуації, коли нормативно не закріплено такої форми колективної незгоди.

Регламенти низки конституційних судів (наприклад, Хорватії, Латвії, Сербії) прямо дозволяють заяву колективних окремих думок суддів¹, а британський варіант судового рішення розвинувся зі збірки індивідуальних думок, і нині (мабуть, як варіант процесуальної економії) зустрічається варіант, коли вказано автора рішення, а також зазначено, що з ним згодні інші члени колегії (поіменно). Для Європейського суду з прав людини звичайною практикою є заява як колективної окремої думки, так і індивідуальної думки, до якої приєднується інший суддя². Тож, виходить, індивідуальність позиції також не є обов'язковою сутнісною ознакою окремої думки чи думки судді, що розглядаються як форми реалізації можливості заявити окрему думку.

Отже, правова природа окремої думки судді не вичерпується її характеристикою як індивідуальна правова позиція.

Інший підхід, що зустрічається в літературі, – це розгляд окремої думки судді як його суб'єктивного права. Справді, можливість судді заявити окрему думку цілком відповідає прийнятому в теорії права визначенню суб'єктивного

¹ Статті 50–52 Регламенту Конституційного Суду Хорватії (текст англійською мовою розміщено на офіційному сайті суду [288]); ст. 144 Регламенту Конституційного суду Латвії (текст англійською мовою також розміщено на офіційному сайті суду [289]); ст. 60 Регламенту Конституційного суду Сербії (текст англійською мовою розміщено на офіційному сайті суду [256]).

² Див. думку судді А. Зайберт-Фор на рішення ЄСПЛ у справі «Хабіров проти Росії» (Khabirov v. Russia) [143].

права як заходу дозволеної поведінки. Таку думку підтримує Венеційська комісія, за рекомендацією якої небажаним є закріплення обов'язку заявити окрему думку [251]. Зазначається, однак, що комісія взяла до уваги позицію К. Келемен, згідно з якою, право судді заявляти чи не заявляти окрему думку потенційно відкриває можливості «стратегічної поведінки» [195, р. 1364], тобто не відкидається зловживання цим правом.

Висловлювання суддею окремої думки щодо справи, що є в його провадженні, або питання, яке може потрапити в поле зору конституційного суду, як правило, заборонено [14, с. 84]. Щоправда, законодавством можуть бути передбачені винятки для актів доктринального тлумачення.

Деякі дослідники висловлюють позицію, що заява окремої думки (за наявності такої можливості) має вважатися моральним обов'язком судді [118, р. 118]. Скажімо, Кримінально-процесуальний кодекс Іспанії 2016 року наказує судді-доповідачеві підготувати окрему думку в тому випадку, якщо під час ухвалення рішення він залишився в меншості (ст. 147) [244].

У межах обговорення окремої думки судді як його суб'єктивного права висловлювалася позиція про те, що заява окремої думки може бути своєрідною формою реалізації права на свободу вираження [195, р. 130]. Видається, однак, що цей підхід може викликати певні складнощі, оскільки для суддів свобода вираження вельми специфічна, враховуючи посадові обмеження, до того ж діє принцип таємниці дорадчої кімнати. Свобода вираження думки суддів, як зазначається в літературі, охоплює публічні висловлювання та виступи судді поза сферою його професійної діяльності, тобто поза безпосереднім здійсненням правосуддя, в той час як заява окремої думки здійснюється саме в ході реалізації суддівських повноважень.

Такий підхід підтверджується і практикою, насамперед рішеннями Європейського суду з прав людини, за зверненнями суддів, підданих дисциплінарним стягненням за такі висловлювання [14, с. 117]. Так, судді користуються правом на свободу вираження думок, хоча службовці мають певні зобов'язання перед роботодавцем, такі як лояльність, стриманість у

висловлюваннях та обережність. Тим самим ЄСПЛ враховує різницю між «службовим» і «публічним» здійсненням передбачуваної свободи вираження, застосовуючи у другому випадку захисні механізми Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Однак вимога лояльності для державних службовців, звичайно, не може поширюватися на окремі думки суддів, оскільки останні являють собою прояв незалежності судді у складі колегії і спосіб реалізації (подолання) суддівського розсуду. Водночас підтримка високого статусу судді передбачає певні самообмеження, зокрема і при критичних висловлюваннях на адресу колег.

Так, під час розгляду низки справ ЄСПЛ зробив висновок, що судді повинні бути виключно обережні щодо справ, які вони розглядають, щоб зберегти образ неупереджених суддів, а також з особливою обережністю висловлювати критику щодо інших публічних службовців і, особливо, інших суддів [183]. У цьому ж контексті проблему реалізації суддями свободи вираження розглядала Венеційська комісія, що взято до уваги і вітчизняними авторами¹. Такі обмеження при заяві публічної окремої думки не можуть враховуватися хоча б тому, що неправомірним є притягнення судді до відповідальності за судження, висловлені при відправленні правосуддя – а заява окремої думки, без сумніву, є елементом судового процесу. Інакше кажучи, якби зауваження, за які суддів було позбавлено суддівського статусу, фігурували в окремій думці судді Конституційного Суду, то притягнення до відповідальності за них було б неможливим.

Окрема думка, отже, може звільнити суддю від обмежень, пов'язаних з публічним вираженням своєї позиції, але теоретично відкриває достатній простір для дій, які викликають сумнів з точки зору підтримки принципу неупередженості суду – наприклад, у разі розгляду судом справи, раніше піднятої або висвітленої в одній з окремих думок. Із законодавчої точки зору може бути доцільним у такому разі обумовити, що заява суддею окремої

¹ Пункти 4, 8, 9, 46 доповіді Венеційської комісії про свободу вираження суддів [252].

думки не визначає його позиції в подальшому і не впливає на його неупередженість, або навпаки, заборонити участь судді в розгляді справи, щодо якого раніше була заявлена його позиція.

Перший підхід у певному сенсі реалізований у згаданому раніше регулюванні процедури Федерального конституційного суду Німеччини (зазначено, що академічні праці та попередня участь у законотворчій діяльності не є перешкодою для участі судді в розгляді справи). Інший підхід був *ad hoc* застосований у Конституційному Суді України: судді було запропоновано не брати участі в розгляді справи, присвяченої питанню, з якого він раніше висловився у своїй думці. Наявна практика міждержавних судів свідчить радше на користь другого підходу: у справі «Шварк і Кавник проти Словенії» («Švarc and Kavnik v. Slovenia», скарга № 75617/01) обґрунтованість побоювання заявників у порушенні неупередженості була підтверджена, оскільки в розгляді конституційної скарги взяв участь суддя, який до свого призначення підготував експертну позицію на прохання опонента заявників у суді загальної юрисдикції. Від такої експертної позиції окрема думка судді, звичайно, відрізняється, проте доводиться визнати, що суворе дотримання принципу неупередженості може бути застосоване і до раніше висловлених суддями окремих думок. Радикально усунути подібні сумніви можна, мабуть, і відмовою від закріплення інституту окремої думки.

У будь-якому разі зміст права на свободу вираження належить до публічного висловлювання, а не до реалізації судової функції безпосередньо, і тому не охоплює окремих думок суддів [19].

На відміну від названих позицій, видається обґрунтованим розглядати феномен окремих думок у контексті права судді на заперечення під час розгляду справи у складі колегії – тобто як елемент його правового статусу, зокрема додаткову (факультативну) гарантію незалежності судді відносно інших членів суддівської колегії.

Сутнісним елементом особливої думки судді (суддів) є незгода з позицією більшості суддів. При цьому конкретний вид окремої думки (окрема

або збіжна думка) не має значення, оскільки при заяві думки, що збігається, суддя висловлює заперечення проти мотивування прийнятого рішення, або заявляє аргументи, які не були враховані чи відображені в основному тексті рішення. Подібної точки зору, мабуть, дотримувався іноземний дослідник О. Холмс, який запропонував в найбільш широкому сенсі визначити окрему думку судді як офіційно виражену суддею думку, що не збігається з позицією більшості щодо висновків рішення або їх обґрунтування [187, р. 3].

З точки зору законодавчого регулювання всі види окремих думок суддів нерідко регулюються однорідно (зокрема, в рамках однієї норми). Це особливо добре видно на прикладі законодавства країн, що не відмежовують окрему думку і думку, яка збігається, як це є, наприклад, в Україні (ст. 93 Закону України «Про Конституційний Суд України» [80]) і Німеччині (ст. 30 Закону про Федеральний конституційний суд Німеччини) [173]. Однак у разі, коли законодавство прямо встановлює різні види окремих думок, нерідко для них є загальний термін, що відображає єдність їхньої сутності. Так, хоча в Естонії законом, що регламентує конституційне судочинство, передбачено дві різні форми вираження окремої думки, сам термін (*eriarvamus*) є загальним для існування окремої думки (голосу, відданого проти ухвалення рішення) і його форми (представленої в письмовому вигляді аргументованої позиції судді). Тут варто погодитися із зауваженням Ю. Лаффранк про доцільність законодавчого опрацювання термінології для більшої визначеності і позначення різниці між запереченням судді, висловленим під час розгляду справи, і представленою ним окремою думкою [202, р. 167], але видається, що відсутність такої уточнювальної термінології тільки підтверджує в цілому єдину природу будь-якого виду окремої думки судді.

Не будь-яка незгода може і повинна призводити до заяви окремої думки. У більшості випадків, мабуть, судді домагаються компромісного змісту рішення, що згладжує наявні протиріччя, або миряться з думкою більшості. Сама заява окремої думки є екстраординарною ситуацією. Проте заведено виділяти, як ми вже побіжно згадували, два її основні варіанти.

Крайній випадок, коли суддя категорично не згоден зі суттю винесеного рішення, називається окремою думкою (*dissenting opinion* – в англomовних країнах і міжнародних судових органах, *votum separatum* – у країнах Східної Європи, *sondervotum* – у Німеччині, *zdanie odrebne* – у Польщі тощо). Заява окремої думки обов'язково супроводжується незгодою з ухваленим рішенням по суті, тобто передбачає голосування проти винесеного рішення. Логічно припустити, що окрема думка не повинна обмежуватися вираженням незгоди, а повинна містити юридичний аналіз, що не поступається основному рішенням суду. Це припущення не завжди підтверджується практикою, особливо в міжнародних судових органах, де вираження окремої думки може потенційно переслідувати приховану мету підтвердження лояльності національного судді. Як правило, окремі думки побудовані на запереченні аргументів, наведених в основному рішенні, проте можливі варіанти незалежного власного аналізу. Важливо пам'ятати і про те, що перед судом може стояти кілька питань, з відповідями на низку з яких суддя може бути згоден.

Інша форма незгоди – «м'яка», коли суддя вважає невдалими наведені аргументи або вирішення процесуальних питань, проте не має заперечень проти суті основного рішення. Така форма називається «думкою» судді (*concurring opinion* – в англomовних країнах, у яких існує розмежування на «думка» і «окрема думка»), при цьому аналогічні терміни досить рідко зустрічаються в судочинстві інших країн, оскільки відповідне розрізнення часто має теоретичний, а не законодавчий характер). Видається, що в цьому випадку у судді є більше свободи з точки зору і змісту думки, сенсу, і детальності аргументації.

Оскільки в основі думки або окремої думки, як правило, лежить незгода з позицією більшості в частині аргументації або висновків, немає необхідності в строгому термінологічному розрізненні окремої думки і думки судді. Відсутність принципової різниці в цьому відношенні добре видно на прикладі відсутності однаковості найменування думок (окремих думок) суддів Конституційного Суду України, представлених до ухвал суду. Інший приклад

із царини міждержавного судочинства: практика ЄСПЛ демонструє різноманіття найменувань окремих думок, серед них є «частково окремі», «частково збіжні і частково окремі», «спільно частково збіжні і частково окремі», і навіть просто «заяви» або «декларації» [82, с. 47].

З точки зору наслідків заяви окремої думки не можна відкидати, що в деяких випадках окрема думка може бути втілена в реальності: слугувати джерелом реформування законодавства та правозастосовної практики. Умовно такі окремі думки можна назвати впливовими. Це поодинокі випадки навіть для англосаксонської правової сім'ї, де феномен канонічних окремих думок був детально вивчений. Для вітчизняної практики чи не єдиний такий випадок. Можна припустити також, що реакція законодавця на ухвалу Конституційного Суду у вигляді закріплення механізмів надання сторонам доступу до окремих думок у судах загальної юрисдикції, також частково спиралася на окремі думки до зазначеного визначення. Складність встановлення зв'язку між висловленою суддею окремою думкою і подальшим розвитком практики і законодавства обумовлена тим, що ні суди, ні законодавець не вказують на окрему думку як на джерело тих чи тих змін. Проте немає сумнівів у тому, що така окрема думка була принаймні одним із чинників, що вплинули на вдосконалення законодавства.

Пропонована типологія значною мірою умовна, оскільки, як зазначено, сутністю окремої думки є незгода з позицією більшості суддів у тому чи іншому аспекті.

Водночас випадки, коли суддя використовує можливість заявити окрему думку не для вираження незгоди з колегією, а, наприклад, для утвердження політичної позиції поза політичним процесом, свідомо не враховуються в цій типології, оскільки вони, мабуть, повинні розцінюватися як зловживання. У цьому сенсі Б. Бондаренко справедливо зазначає, що публікація окремої думки судді в засобах масової інформації у відриві від основного рішення суду (і навіть до його опублікування) загострювала політичну дискусію і завдавала шкоди авторитету суду [1].

А втім, можливість судді не погодитися з іншими членами колегії є невід'ємною частиною його статусу, неминуче, як видається, виявляється при обговоренні проєкту того чи іншого рішення. Інакше сама колегіальна форма розгляду справи виявилася б позбавлена сенсу. Між тим, колегіальність застосовується для забезпечення справедливості суду, всебічного вивчення справи, запобігання судовій помилці й асоціюється з розглядом найбільш складних справ, зокрема в межах конституційного судочинства [149].

Цей аспект суддівської незалежності є відносно новим предметом дослідження; у літературі зазначається, що він набув поширення в різних аналітичних рекомендаційних документах на початку поточного тисячоліття [268]. Він порівняно коротко був розглянутий, наприклад, у доповіді Венеційської комісії про незалежність судової системи (частина 1: незалежність суддів). У доповіді, зокрема, вказано, що принцип внутрішньої незалежності суду означає, що незалежність кожного конкретного судді несумісна з підпорядкуванням суддів у діяльності з прийняття рішень [253]. Поширення цього принципу передусім на ситуацію неправомірного впливу на суддю з боку особи, яка володіє повноваженнями або владою (наприклад, голови суду) [268, р. 113], лише підкреслює принципову важливість незалежності судді також і від членів колегії під час розгляду справи.

Справді, важко повірити, що колегія з більш ніж трьох суддів, кожен з яких є визнаним авторитетом у галузі права і має свої стійкі переконання, завжди буде приходити до одноголосного рішення. Одноголосність же, за словами Томаса Джефферсона, може призвести до ситуації, коли рішення приймається «за мовчазної згоди ледачих або боязких суддів, спритним головою, який формулює закон з огляду лише на свої міркування, на основі своїх же аргументів» [89]. Як справедливо зазначив М. Томенко, навряд чи можна досягти хоча б зовнішньої «однотунності» з таких гострих у політичному сенсі питань, як реституція приватної власності, заборона комуністичних партій у пострадянський період, про що свідчить і практика

Конституційного Суду УРФСР на першому етапі його діяльності в 1992–1994 рр. [98, с. 269].

Відзначається, що пропонований підхід співвідноситься з позицією, що зустрічається в літературі про можливість розглядати окрему думку як одну з гарантій незалежності судді [243]. Аналогічна оцінка трапляється і на практиці. Так, у визначенні Конституційного Суду України від 17 січня 2012 року № 174-О-О зазначено, що за змістом кримінально-процесуального закону право судді на окрему думку виступає процесуальною гарантією принципу його незалежності, закріпленої в статті 120 (ч. 1) Конституції України. Незважаючи на значущі відмінності окремих думок суддів у конституційному судочинстві, обумовлені, серед іншого, характером питань, що підлягають розгляду, колегіальністю як поширеним принципом конституційного судочинства, а також відсутністю вищого суду по відношенню до КСУ, аспект підтримки незалежності судді у складі колегії шляхом можливості заявити окрему думку видається аналогічним у загальних і конституційних судах.

Вагомою ознакою феномену окремої думки є її факультативність. Хоча чимало держав відмовилися від закріплення можливості судді заявити окрему думку, малоімовірно, щоб у державах, які відмовилися від окремих думок у судах загальної та конституційної юрисдикції, колегія суддів у всіх випадках без обговорення дотримувалася єдиної позиції або за замовчуванням передбачалося недотримання принципу незалежності суду. Отже, можливість заявити окрему думку не варто, мабуть, розглядати як самостійну гарантію незалежності судді або суду. Вільний розсуд держав у питанні про закріплення інституту окремої думки підкреслює і Венеційська комісія [251].

Таку ж факультативність було відзначено раніше щодо можливості (а не обов'язку) незгодного судді заявити окрему думку. Це справедливо і щодо фіксації окремої думки судді (що може бути у вигляді самостійного документа, а може, наприклад, лише фіксуватися в протоколі наради).

Цікаво, що факультативний характер окремої думки судді супроводжує це явище незалежно від того, з якого погляду розглядається це явище: наприклад, С. Шевчук припускав, що заява суддею окремої думки є факультативною «підстадією» стадії прийняття рішення Конституційного Суду, його опублікування та набрання чинності [67].

З точки зору факультативного характеру окремої думки, цікаво зіставити факт наявності або відсутності в різних правопорядках відповідної можливості цього права з порядком ухвалення рішень органом конституційного контролю. Зрозуміло, що право на окрему думку може бути надано суддям, якщо рішення суду приймається більшістю голосів. Питання в тому, чи вважають закордонне законодавство або процесуальні правила міжнародних судових органів за необхідне супроводити відсутність права на окрему думку додатковими (альтернативними) гарантіями незалежності судді в рамках колегії. Цілком зрозуміло, що як такі правила можна представити, наприклад, обов'язкове винесення рішення одногосно (тобто право вето незгодного судді), як це є під час прийняття ЄСПЛ рішень у складі комітету з трьох суддів: за наявності заперечення хоча б одного судді справа має бути передана на розгляд Палати. Інший можливий спосіб – обумовити таку заборону спеціальним порядком ухвалення рішення, наприклад, встановити правило про таємне голосування суддів, як це є в Болгарії під час розгляду питання про позбавлення судді недоторканності.

Однак аналіз зарубіжного законодавства показує, що відсутність права заявити окрему думку не передбачає «альтернативних» процесуальних гарантій [195].

У континентальних правових системах індивідуальні позиції суддів нерідко залишаються невідомими для громадськості [217, с. 44]. Як буде доведено згодом, це можна назвати спільною рисою романо-германського права і частково обумовлено початковим призначенням інституту окремої думки в загальних судах як інструментального, доступного лише вищому

суду. Нерідко окрема думка судді, хоч і заявлена, залишається, тим не менш, недоступною для сторін і публіки. В Ірландії зараз немає доступу до окремих думок суддів, представлених у межах конституційного судочинства (і навіть відомості про їх наявність). В Узбекистані окрема думка судді Конституційного суду долучається до матеріалів справи в закритому конверті. В Італії порушення таємниці дорадчої кімнати є злочином, і законодавство не залишає суддям можливості публічно заявити окрему думку [259, р. 210; 243, р. 18–19].

Стаття 217 Кодексу організації та цивільного процесу Мальти (що регулює, серед іншого, судочинство в Конституційному суді) встановлює, що всі рішення приймаються більшістю голосів і вважаються рішенням суду в цілому, при цьому право судді висловити окрему думку не закріплено. Аналогічно регулюється прийняття рішень у конституційних судах Австрії, Італії (де Кримінальним кодексом передбачено покарання за неналежне опублікування імен суддів і їхніх позицій при голосуванні у кримінальній справі), Бельгії, Люксембургу, Ліхтенштейну. Присяга члена французької Конституційної ради містить положення про збереження таємниці наради і підсумків голосування, цей принцип не знає винятків, що обумовлює і відмову від окремих думок у французькій судовій системі в цілому [2, с. 77].

Закон про Конституційний трибунал Андорри кваліфікує порушення таємниці наради або публічну критику чи незгоду з рішенням суду як «серйозне порушення» нарівні з ухиленням від обов'язку мотивувати прийняте рішення; рішення при цьому приймаються більшістю голосів [11, с. 99].

Рідкісний приклад взаємозв'язку між відмовою від окремої думки та особливостями регулювання конкретних видів конституційного судочинства демонструє законодавство Болгарії. Спеціально передбачені два випадки, коли окремі думки заборонені, що прямо обумовлено особливостями реалізації конкретних повноважень Конституційного суду:

при вирішенні питання про позбавлення судді недоторканності і про імпічмент Президента голосування суддів є таємним [11, с. 100].

Отже, факультативний характер розглянутого інституту підтверджується і тим, що його відсутність (або навіть заборона) в зарубіжних правових системах не супроводжується встановленням спеціальних гарантій. Обговорення в нарадчій кімнаті дає достатньо можливостей для вираження незгоди, зокрема і за наявності суворої заборони на розголошення таємниці наради. Необхідності закріплювати спеціальне право висловити окрему думку в такому випадку не виникає. Це вказує на відносну самостійність цього інституту, тобто в загальному випадку він може бути досить безболісно закріплений у правовій системі або, навпаки, вилучений з неї.

Викладене дає змогу визначити правову природу окремої думки судді як індивідуальної правової позиції, оскільки така позиція судді може бути відображена в його окремій думці (тобто в конкретному документі). З огляду на це, точка зору, згідно з якою можливість заявити окрему думку є суб'єктивним правом судді (і, відповідно, окрема думка являє собою форму реалізації цього права), заслуговує на увагу, оскільки заява окремої думки в загальному випадку не є для судді обов'язковою (хоча в літературі висловлені інші точки зору). Синтезуючи ці точки зору, видається найбільш коректним визначати юридичну природу інституту окремої думки судді як факультативну гарантію незалежності судді, який бере участь у колегіальному розгляді справи, від своїх колег.

Розглянутий інститут є похідним від загальноправового принципу незалежності судді, проте заторкує досить специфічний її аспект – індивідуальну незалежність судді, який бере участь у колегії. При цьому різні види окремої думки (зокрема, і збіжні думки) об'єднують їхню сутність – вираз незгоди з думкою більшості. Водночас треба визнати, що вираження такої незгоди під час наради у справі (при обговоренні підсумкового

рішення) є невід'ємним правом судді незалежно від закріплення в законодавстві тієї чи іншої держави інституту окремої думки.

Таким чином, порівняльно-правовий аналіз показує, що закріплення інституту окремої думки судді в тій чи іншій правовій системі є факультативним. Викладене вказує також на відносну ізольованість інституту окремої думки в межах процесуального законодавства різних країн. Отже, незважаючи на вагомість існування інституту окремої думки судді конституційної юстиції, теоретично можливе закріплення або вилучення цього інституту в тій чи тій правовій системі без істотних наслідків з погляду суперечливості правовому регулюванню.

2.2. Поняття та ознаки окремої думки судді конституційної юстиції

Як ми вже зауважили, центральним елементом інституту окремої думки судді є його можливість самостійно заявити окрему думку. Цей елемент обґрунтовано можна розглядати як право на окрему думку.

Дослідники це право розглядають як таке, що містить два аспекти:

1) закріплення права судді заявити окрему думку (матеріальний аспект окремої думки судді, що визначає сам факт наявності відповідного права судді);

2) регламентація порядку та умов доступу до текстів цих окремих думок (процесуальний аспект окремої думки судді, що характеризує «зовнішні» прояви реалізації відповідного права судді).

Хоча цей поділ є умовним, це досить яскраво проявляється під час регулювання інституту окремої думки. Так, у чинному законодавстві право судді Конституційного Суду України заявити окрему думку встановлено в Законі України «Про Конституційний Суд України» (ст. 93) [80] та деталізовано Регламентом Конституційного Суду (§ 74) [81]:

– суддя Конституційного Суду України, не згодний з рішенням Суду, має право письмово викласти свою окрему думку;

– суддя Конституційного Суду, який голосував за прийняту постанову або висновок по суті розглянутого питання, але залишився в меншості при голосуванні з якого-небудь іншого питання або з мотивування прийнятого рішення, має право письмово викласти свою думку про незгоду з більшістю суддів.

Процесуальний аспект окремої думки регламентують такі положення:

- окрема думка або думка судді долучається до протоколу засідання Конституційного Суду України і зберігається разом з ним.

Що стосується зарубіжних норм, то, до прикладу, пункт 2 ст. 30 Закону про Федеральний конституційний суд ФРН вказує: «Якщо суддя висловлює думку, яка відмінна від рішення або його мотивування під час обговорень, він або вона може представити свою позицію в окремій думці; окрема думка додається до рішення...» [48].

Стаття 17 Закону Азербайджанської Республіки від 23 грудня 2003 р. № 561-ІІІ «Про Конституційний суд» [285] зараховує до прав судді Конституційного суду «залишатися при окремій думці, якщо він не згоден з описово-мотивувальною або резолютивною частиною рішення Конституційного суду» (пункт 17.0.7). Крім того, ст. 64 встановлює право судді скласти окрему думку в письмовій формі, а також правило про її опублікування разом з рішенням Конституційного суду.

Дещо інше регулювання має місце в державах, де прийнята децентралізована модель конституційного контролю. Наприклад, у Норвегії ст. 19-3 Закону «Про посередництво та судовий розгляд у цивільних спорах» вказує на необхідність окремого голосування кожного судді за кожною вимогою, правовим або процесуальним питанням (маючи на увазі тим самим можливість незгоди). Стаття 19-6, що регламентує зміст рішення, уточнює необхідність вказівки на розподіл голосів, а також того, до яких пунктів

належить незгода [214]. Венеційська комісія вказує, що окремі думки оголошуються і роз'яснюються відкрито [251; 212].

Кодекс законів США не містить правила, що встановлює матеріальний аспект окремої думки, проте ст. 552 встановлює загальний обов'язок державних органів опубліковувати відомості про ухвалені рішення, вирішені спори, зокрема окремі [48].

Інша частина регулювання матеріального аспекту окремої думки судді Конституційного суду стосується змісту. Регламент Конституційного Суду України встановлює щодо цього такі правила:

- в окремій думці або думці судді за постановою або висновком не повинні висловлюватися судження й оцінки, що не належать безпосередньо до питання про конституційність / неконституційність об'єкта конституційного контролю або до її мотивування;

- в окремій думці або думці судді за визначенням не повинні висловлюватися судження й оцінки, що не стосуються безпосередньо до питання про наявність або відсутність підстав для прийняття звернення до розгляду [81].

Закон України «Про Конституційний Суд України» [80] встановлює, що право судді заявити думку (а не окрему думку) обмежено лише випадком незгоди з постановою або висновком суду. Тож у зв'язку з визначенням формально може бути заявлено лише окрему думку. Заперечуючи проти виведення ухвали про відмову у прийнятті до розгляду скарги (клопотання, запиту), суддя висловлює незгоду з підсумком її вивчення – хоча за скаргою і не прийнято підсумкового рішення. На практиці відповідні індивідуальні правові позиції суддів могли іменуватися і «думками», і «окремими думками».

Варто зазначити, що раніше зміст окремої думки (просто думки) до визначення Конституційним Судом не регулювався окремо. Та все-таки були подання думок щодо ухвал Конституційного Суду, що підтримували підсумковий висновок про відмову у прийнятті скарги до розгляду, але наводили іншу аргументацію для цього висновку: так, близько чверті

заявлених суддями Конституційного Суду окремих думок і думок стосуються саме визначень. При цьому сама ідея встановлення вимог до окремих думок суддів з точки зору їх змісту не є новою або такою, що суперечить суті права судді на окрему думку. Так, дослідження Венеційської комісії 2018 року, присвячене окремим думкам суддів конституційних судів, вказує: «легітимність судового рішення може бути забезпечена тільки такою окремою думкою, яка залишається вірною суду та його інституційній ролі» [251]. Окрема думка, отже, повинна демонструвати правову дискусію і не допускати, зокрема, суджень, які виходять за її межі. Венеційська комісія рекомендувала тому відобразити в Кодексі суддівської етики певні правила, що стосуються змісту окремих думок, але не вторгаються при цьому в їхню сутність. Незалежно від наявності таких нормативних положень, Венеційська комісія вказує на неприпустимість застосування санкції (у вигляді відмови в опублікуванні окремої думки) в разі їх порушення. Ця рекомендація, як видається, може бути реалізована і поза кодексами суддівської етики, як то і є в Україні – шляхом закріплення відповідних правил в Регламенті Конституційного Суду України (суддя викладає окрему думку в письмовій формі. Окрема думка судді додається до відповідного акта суду та без зволікання оприлюднюється на вебсайті) [81].

Водночас детальне регулювання змісту окремої думки судді органу конституційного контролю не є поширеним явищем [3]. Наприклад, регламент Конституційного суду Угорщини обмежується лише короткою вказівкою на те, що зміст окремої думки (думки) не повинен виходити за межі змісту рішення Конституційного суду¹. Окрема думка (думка) судді має на меті передусім оскарження аргументів рішення більшості, а значить такі правила, що стосуються його змісту, в загальному випадку не є обмеженням можливості заявити окрему думку. Це побічно підтверджується, наприклад, відсутністю в Законі України про Конституційний Суд і Регламент

¹ Пункт 4 ст. 59 Регламенту Конституційного суду Угорщини [283].

Конституційного Суду положень про заходи реагування на порушення вимог до змісту окремої думки судді, що також ілюструє гарантійний характер інституту окремої думки судді: незважаючи на теоретичну можливість зловживання, право судді заперечити колегам не обтяжене можливістю застосування будь-яких санкцій (в іншому випадку можна було б говорити про неправомірний вплив на суддю).

Однак більшість вивчених регламентів, законів про конституційне судочинство або кодексів суддівської етики не містять і такої короткої вказівки, обмежуючись лише загальною вимогою про прояв поваги, терпіння і толерантності до сторін¹. Це стосується, зокрема, згаданих раніше документів, що відносяться до діяльності Верховних судів США, Сполученого Королівства і Норвегії, Конституційного суду Азербайджану (його регламент лише встановлює термін подання окремої думки), Німеччини та ін. При цьому аналіз текстів окремих думок суддів засвідчує, що попри більш вільний стиль викладу, ніж основне рішення суду, вони залишаються досить формалізованими, нерідко використовують і шаблонні формулювання для декларування незгоди (див.: [180]). Однак це впливає не зі спеціальних вимог до оформлення окремих думок, а природним чином зі стилістики судових рішень, що тільки підтверджується винятками із загального правила поважного формулювання незгоди. Тут варто відзначити також, що стиль викладу окремих думок суддів конституційних судів континентальних правових систем змінюється досить динамічно. Крім очевидно особистого характеру окремої думки (що значуще відрізняється від безособових формулювань основного рішення суду), окремі думки нерідко наводять посилання на наукові праці або аналізують теоретичні концепції.

Так, Конституційний Суд України не артикулює використання пропорційного аналізу під час розгляду справ (хоча фактично і здійснює аналіз

¹ Наприклад: п. 4.3 Посібника з суддівської етики Верховного суду Сполученого Королівства: «In Court, the Justices will seek to be courteous, patient, tolerant and punctual and to respect the dignity of all» («У суді судді прагнуть виявляти ввічливість, терпіння, терпимість і пунктуальність і поважати гідність усіх») [184].

пропорційності обмежень прав, введених оспореним регулюванням). Зауважимо, що стадії такого аналізу докладно описані суддями у своїх окремих думках [58]. У результаті деякі окремі думки суддів Конституційного Суду України можуть нагадувати індивідуальні рішення суддів Верховного суду США, тим самим вкотре підтверджуючи тенденцію зближення правових систем.

Цікаво відзначити, що в самому Верховному суді США (окремі думки в якому стали предметом численних докладних досліджень) вироблено доктрину «шанобливої незгоди» [169]. Дослідники вказують, що стилістично окремі думки суддів Верховного суду США протягом першого століття його існування були розлогим текстом, що фактично унеможливило приєднання до думки більшості (див.: [169]), частково це пояснювалося ustalеним у цей період правилом консенсусу. Незважаючи на фактичну відсутність регулювання, що забороняло окремі думки, голова Д. Маршалл доклав чималих зусиль для можливого зменшення їх кількості і надання суду «єдиного голосу». Цей підхід, до того ж, значно не збігався з традицією британського правосуддя – обов'язком кожного судді заявити свою позицію (*seriatim*). Згодом у міру почастишання випадків незгоди суддів окремі думки перестали виступати за рамки норми і набули форму коротких висловлювань, що констатують незгоду. «Шаноблива незгода» з'явилася як своєрідний проміжний підхід: з 1957 року і обрання головою суду графа Уоррена Верховний суд демонстрував готовність до пошуку консенсусу, а іноді й одноголосності [162, р. 217]. Незгодні ж судді традиційно стали завершувати свої окремі думки формулою «*I respectfully dissent*» – «при всій повазі, я заперечую».

Відзначається, однак, що ця поважна формула була істотно підірвана, і, зокрема, поведінкою двох вельми відомих суддів Антонія Скалії і Рут Гінзбург.

Ім'я А. Скалія, як зазначається в літературі, пов'язане з численними критичними окремими думками, багато з яких викладено настільки

нестримано, що межують з образами (наприклад, у справі про звільнення церковних видань від податків штату текст його окремої думки починався зі слів «Як проєкт по руйнуванню правосуддя сьогоднішнє рішення вражає»¹). Не дивно тому, що його тексти стали об'єктом критики в численних наукових роботах (див.: [162]), і у ЗМІ [107; 111; 242].

Коментатори не вказують на подібні образливі вирази з боку його знаменитої сучасниці Р. Гінзбург, проте стверджується, що вона ніколи не використовувала формулу «з повагою» – і що у Верховному суді США це вважається еквівалентом ляпасу (див.: [107]). Її тексти й підходи при цьому аналізують дослідники [290] і журналісти [213] з великою повагою.

Звертається увага, що, незважаючи на значну розбіжність у підходах зазначених суддів та активне обговорення текстів їхніх окремих думок, у Верховному суді США ніколи не виникало питання про застосування своєрідної цензури або санкцій щодо відповідних текстів чи їх авторів. Обговорення і критика залишалися на сторінках наукових і популярних видань. Хоча для Верховного суду США такий підхід до регулювання інституту окремих думок (або, точніше, відсутності такого) є традиційним, його варто вважати своєрідним загальним місцем. Це також відповідає рекомендаціям Венеційської комісії [3].

Заразом відзначається дві спроби ввести цензуру окремих думок суддів конституційних судів. Так, спроба короткочасного введення обмеження чинного права на окрему думку у зв'язку з дотриманням вимог до її змісту мала місце в регулюванні діяльності Конституційного суду Румунії. У дослідженні Венеційської комісії згадується, що 2017 року цей суд ввів правило про попередню перевірку окремих думок суддів, що передбачало їх направлення голові суду, перевірку на предмет «декларативних, претензійних, провокуючих або політично заангажованих заяв». За наявності таких голова суду мав право запропонувати судді внести зміни до окремої думки, а в разі

¹ «As a judicial demolition project, today's decision is impressive» [281].

відмови – не публікувати її. Рішення Конституційного суду, яке встановило це правило, було, однак, скасовано в судовому порядку і правило про попередню перевірку тексту окремої думки було скасовано в липні 2018-го [3].

Підбиваючи підсумки розгляду матеріального аспекту права судді на окрему думку, треба відзначити таке. Цей аспект передбачає саму можливість заявити окрему думку (крім можливості наводити аргументи на користь своєї точки зору під час розгляду справи). Аналіз зарубіжної практики показує, що регулювання цього права може бути різним, від фіксації можливості заявити свою позицію, до встановлення певних обмежень або вимог до змісту тексту окремої думки. Як видно, встановлення таких вимог за загальним правилом не пов'язане з «цензуруванням» тексту окремої думки; рідкісні випадки встановлення правил попереднього узгодження тексту окремої думки не є успішними, зокрема були піддані критиці з боку професійного співтовариства і журналістів. З іншого боку, безперспективність регулювання, спрямованого на індивідуальне узгодження текстів окремих думок, не означає неможливості встановлення загального правила про їх недоступність для публіки.

Процесуальний аспект права судді на окрему думку (тобто можливість і порядок її оприлюднення та поширення) має помітні особливості в судах загальної юрисдикції, як порівняти з органами конституційного правосуддя. Тим часом як в рамках конституційного судочинства окремі думки часто публічні, в судах загальної юрисдикції публічна доступність текстів окремих думок нерідко замінена можливістю учасників процесу (сторін) знайомитися з текстом окремої думки і (або) наявністю вищої інстанції, повноважної вивчити окрему думку незгодного судді.

Можна вказати також на конституційний обов'язок органів державної влади і їхніх посадових осіб, які зобов'язані забезпечити кожному можливість ознайомлення з документами і матеріалами, що безпосередньо заторкують його права і свободи, якщо інше не передбачено законом, що

може поширюватися (виходячи з права на ознайомлення з матеріалами кримінальної справи) і на окрему думку судді.

Дослідники у своїх публікаціях детально розглядають не тільки питання про право на ознайомлення з окремою думкою, але вказують і на більш загальну проблематику ознайомлення з окремими думками суддів [269]. Регулювання окремих думок суддів порушує важливі питання про баланс конституційних цінностей: про те, як співвідносяться принципи незалежності суду і судової демократії; чи не порушує право на окрему думку судді таємницю дорадчої кімнати або таємницю судового розгляду; що означає таємниця судового розгляду і які її межі у співвідношенні з принципом незалежності суддів і правом судді на виклад окремої думки. І. Левандовська відзначає, що проблема ознайомлення з окремою думкою судді лише на перший погляд здається точковою, насправді ж порушує важливі конституційні питання, пов'язані із забезпеченням незалежності суду [48].

Позиція про «точковий характер» регулювання доступності окремої думки судді видається цілком правильною. У рамках цієї роботи продемонстровано, що окремі думки суддів є досить своєрідним інститутом, що існує в тому чи іншому вигляді і зі своїми особливостями в багатьох галузях процесуального права, що регламентують різні види судочинства. Розглянутий інститут, безсумнівно, потребує ґрунтовного обговорення, незважаючи на його своєрідний (факультативний) характер.

Водночас зарубіжна практика свідчить про те, що окремі думки суддів – хоч і досить рідко – істотно впливають на авторитет судового органу, сприяють більшій прозорості його діяльності, оголюють дискусію, що має місце в суді під час розгляду складних питань, зокрема політичних. Зарубіжне законодавство демонструє лише нечисленні приклади, коли можливість заявити окрему думку не дорівнює можливості її оприлюднити. Так, як вказує Ю. Лаффранк [202, р. 165], у США всі державні органи (і суди також) зобов'язані забезпечувати загальнодоступність своїх рішень та

окремих думок в електронному форматі. У Чеській Республіці окремі думки публікуються поряд з основними рішеннями і вважаються їх частиною [167, р. 36]. У судах Швейцарії заперечення суддів можуть бути заявлені тільки в усній формі під час обговорення рішення в дорадчій кімнаті [247]. Спеціальних положень про окремі думки суддів не передбачено.

Стаття 26 Конституції Ірландії стосується повноваження Верховного суду здійснити попередній конституційний контроль закону після його схвалення парламентом, але до підписання президентом: «рішення більшості суддів Верховного суду з метою цієї статті вважається рішенням суду... жодна інша думка, що збігається або окрема, не проголошується і існування таких думок не розкривається» [145]. Це регулювання передбачає звичайну процедуру прийняття рішення, виключаючи лише можливість проголосити окрему думку (тобто заявити її публічно), при цьому саме право суддів заявити таку думку не обмежується.

У Конституційному суді Латвії окрема думка судді зберігається в запечатаному конверті і підлягає опублікуванню протягом двох місяців після винесення рішення суду, тобто оприлюднення окремої думки відбувається окремо від опублікування самого рішення¹. При цьому порядок оприлюднення окремої думки судді не впливає на властивість остаточності постанови Конституційного суду, закріплену, зокрема, ст. 32 Закону про цей суд. Треба відзначити, однак, що ця властивість не передбачає неможливості зміни правової позиції суду, оскільки суд щоразу бере до уваги зміни в регулюванні і правозастосовній практиці.

До 2002 року Закон Словаччини про Конституційний суд передбачав можливість тільки короткої фіксації окремої думки в протоколі голосування закритої наради суддів [243], проте зараз окрема думка судді підлягає обов'язковому опублікуванню разом з рішенням суду². У цілому можна відзначити, що можливість опублікування або іншого доступу до окремої

¹ Ст. 33 Закону про Конституційний суд Латвії [263]; п. 145 Регламенту Конституційного суду Латвії [264].

² Ст. 67 Закону про Конституційний суд Словаччини [304].

думки судді Конституційного суду, як правило, асоціюється з його публічністю. Утім, окремі думки були введені в практику органів конституційного контролю Данії (з 1930-х у вигляді анонімних окремих думок, а з 1958-го – у повністю відкритому форматі), Німеччини (з 1970 р.), Литви (з 2008 р.), Угорщини, Румунії та ін. Водночас наукове співтовариство в державах, де конституційні судді правом на окремі думки не наділені, нерідко повертається до обговорення необхідного включення цього інституту в національну правову систему (Ірландія [229, р. 14], Австрія [113], Італія [303]).

Право судді на окрему думку і думку у всіх випадках має низку відмінних ознак.

Першою такою ознакою, очевидно, є суб'єкт. Тільки суддя, який має право голосу в рамках колегії, може заявити окрему думку під час розгляду справи. Тут треба зробити кілька застережень. По-перше, у практиці досить рідкісні випадки заяви окремої думки головуючим або суддею-доповідачем. У випадку зі суддею-доповідачем причина зрозуміла: авторитет рішення суду великою мірою підривається, коли людина, яка, по суті, готувала проєкт цього рішення, відмовляється від власних аргументів. Набагато логічнішою є ситуація, коли заперечення спрямовані проти проєкту рішення, запропонованого суддею-доповідачем. При цьому Ян Філіп зазначає, що випадки, коли суддя-доповідач не може достатньо переконливо відстояти свою позицію, не такі вже й рідкісні [167, р. 40]. Він зазначає також, що законодавство Чеської Республіки теоретично допускає заяву 14 думок і окремих думок (суддя-доповідач готує про'єкт основного рішення, сім суддів заявляють окрему думку, сім суддів представляють думку).

Інша ситуація виникає у випадках, коли обмеження на заяву окремої думки пред'являється до голови суду. З одного боку, головуючий у процесі може мати право вирішального голосу, тому незаявлення ним окремої думки надає додаткову стійкість основному рішення суду. З іншого боку, у процесі судового засідання голова виступає насамперед як один із суддів,

тобто перебуває є ними в однаковому становищі, а з цієї точки зору не доводиться дивуватися ситуації, коли його позиція може не знаходити підтримки в більшості.

Неоднозначний приклад Сполучених Штатів, де голова має право нарівні з іншими суддями заявляти окрему думку. Роль особистості голови у Верховному суді США надзвичайно велика. З іменами конкретних голів судів пов'язані періоди «сплеску» і «заборони». За таких обставин заява головою окремої думки може бути сприйнята як приклад, а не як одна з можливих пересічних ситуацій, що виникають в процесі судочинства.

Особливий випадок має місце, якщо позиція, що виконує роль окремої думки, може бути заявлена посадовою особою, яка не є суддею. Така ситуація має місце в Європейському суді справедливості. У цьому суді не діє право суддів на окрему думку, проте є спеціальні посади генеральних адвокатів (фр. *avocat-general*), завданням яких є надання судовій колегії власної незалежної точки зору щодо вирішення конкретної справи. Така думка має бути подана до винесення остаточного рішення і покликана сприяти розвитку прецедентної практики суду. Гіпотетично така практика може розцінюватися як «компенсація» відсутності окремих думок, проте позиція Генерального адвоката, звичайно, істотно відрізняється від окремої думки (хоча б тим, що представляється до винесення рішення, що обумовлює реальну можливість вплинути на її зміст). Отже, спеціальним суб'єктом заяви окремої думки, з урахуванням зазначених застережень, є суддя – член колегії, яка розглядає справу.

Суттєвою ознакою окремої думки судді є також момент її заяви. Окрема думка завжди слідує за рішенням суду [48]. Тому тут потрібно враховувати таке. Під час судочинства у суддів є достатньо часу для вивчення матеріалів справи перед прийняттям остаточного рішення. Природно, що в процесі такого вивчення відкривається достатньо можливостей для згладжування наявних протиріч і пошуку компромісу. Та обставина, що після проведення обговорення суддя вважає за необхідне

заявити окрему думку, свідчить про наявність протилежних позицій. З іншого боку, це ставить у «невигідне» становище самого суддю, який виступає проти більшості своїх колег. Отже, підстави для заяви окремої думки мають бути дуже вагомими.

Що стосується передусім судів загальної юрисдикції, де є можливість перегляду рішення вищим судом, де такі рішення підлягають оскарженню, вищий суд може взяти до уваги зміст окремої думки судді в цій справі (якщо відповідну думку було представлено). У кримінальному судочинстві, наприклад, окремі думки суддів в будь-якому разі доступні для вищої інстанції.

Однак наслідки заяви окремої думки суддею конституційної юстиції (а фактично – будь-якого органу судового конституційного контролю) часто можуть виходити за межі конкретної справи і навіть впливати на зміни в законодавстві. Відомі приклади, коли впровадження в практику цього інституту або його стримування істотно впливали на авторитет і загальну ефективність судового органу [186]. Іноді заявлена суддею окрема думка ставала підставою для зміни практики судового органу [135; 142], самостійним джерелом права, за юридичною силою близьким до прецеденту [131], або підставою для реформаторської діяльності законодавця [203, р. 16]. Ці приклади актуальні головню для правової системи США, що має значущі особливості структури і стилю судового рішення, а також його статусу.

Наслідком заяви окремої думки може бути її використання наднаціональним судовим органом для додаткової аргументації власного рішення – зокрема і несприятливого для держави, суддя якого таку думку заявив. Зрозуміло, що окрема думка не може бути єдиним джерелом такого рішення, однак, як видається, в такому разі вона розглядається міжнародним судом як додатковий аргумент, роблячи свій внесок у судовий діалог або, навпаки, конфлікт.

Отже, володіючи в різних правових системах і видах судочинства різними рисами, право на окрему думку (якщо таке право визнається правовою системою) є досить визначеним з точки зору суб'єкта (судді) та інших суддів (незгоди з думкою більшості). Крім того, розгляд регулювання відповідного інституту в різних правових системах дозволяє виділити два структурні компоненти або аспекти відповідного права: матеріальний (право заявити окрему думку, право на заперечення) і процесуальний (право надати своїй незгоді форму і зробити її видимою, можливість опублікування окремої думки). Матеріальний аспект права на окрему думку є логічним продовженням невід'ємного права судді висловити свою позицію у справі, що розглядається. У цьому сенсі відсутність спеціально визначеного права на окрему думку або права на заперечення навряд чи має особливий сенс: очевидно, що в судах, де справа розглядається колегіально і при цьому суддям не надано право на окрему думку, в будь-якому разі відбувається ґрунтовне обговорення з можливістю заявити заперечення.

Потенційно піддається врегулюванню форма окремої або збіжної думки і вимоги до порядку її заяви. Врегулювання вимог до змісту окремої думки або думки, однак, стикається з труднощами. По-перше, при здійсненні такого регулювання принципово важливо запобігти зловживанню окремою думкою (в тому числі її використанню як політичної декларації), зокрема шляхом збереження її змістовного зв'язку з розглянутою справою. З іншого боку, видається складним врегулювати наслідки порушення цих вимог, адже оскільки окрема думка є аспектом (нехай і факультативним) суддівської незалежності, остільки спроба в конкретному випадку запобігти її опублікуванню є посяганням на таку незалежність, що також підтверджується практикою, яка демонструє лише поодинокі (і безуспішні) приклади спроби здійснити цензуру окремих думок.

Тож, виходячи з викладених міркувань, правове регулювання інституту окремої думки судді конституційної юстиції варто визнати таким,

що має проміжний характер, що характерно для держав, які перебувають у процесі реформування правової системи. Це насамперед пострадянські держави та деякі держави Європи (наприклад, Словаччина продемонструвала необхідність підтримки авторитету суду шляхом повернення до відкритості окремих думок суддів). Проте маємо враховувати, що для конституційного суду публічність окремої думки компенсує неможливість її подання до вищого суду для своєрідної перевірки аргументації незгодного судді. Її відсутність не дозволяє реалізувати потенціал інституту окремої думки як способу забезпечити прозорість конституційної юстиції, продемонструвати дискусії, що мають місце в суді. Ці позитивні явища, як видається, заслуговують більшої уваги, ніж обрана законодавцем деяких країн «охоронна» тактика.

Важливо й те, що проведені дослідження зарубіжного законодавства показує, що хоча модель закритості окремої думки судді конституційної юстиції і спостерігається в різних країнах, випадків реформування законодавства для повернення або введення такої моделі не спостерігається. Регулювання окремих думок суддів конституційних судів нагадує вулицю з одностороннім рухом – в тому сенсі, що єдиний випадок, коли законодавець прийняв рішення відмовитися від публічних окремих думок, має місце, мабуть, лише в країні-агресорі Російській Федерації, в той час як ситуації переходу від закритої моделі до відкритої спостерігаються неодноразово. Це говорить про те, що суперечка про позитивні і негативні сторони інституту окремої думки вирішується в цілому на його користь.

2.3. Структура та цілі існування окремої думки судді конституційної юстиції

Якість судового рішення – основний критерій якості правосуддя. У різних процесуальних кодексах містяться вимоги до структури й

наповнення судового рішення, однак виклад тексту кожен суддя подає у властивій їй / йому манері [28, с. 6]. Це ж стосується й окремої думки судді. Інститут окремої думки судді Конституційного Суду України є свідченням демократизму конституційної юстиції України, справжньої незалежності судді. Окрема думка судді КСУ виноситья суддею від власного імені, виступає його особистою позицією у справі та не породжує юридичних наслідків, отже, має доктринальне значення [94].

Термін «окрема думка», як ми вже зазначали, використовується в юриспруденції на позначення думки члена колегіального органу, який повністю або частково не погоджується з рішенням, прийнятим більшістю представників цього органу. Зокрема, як слушно зауважив суддя Верховного Суду Д. Гудима, «окрема думка – це вираження позиції щодо проблеми, яка вже вирішена судом. Це крик душі з приводу того, що певні аргументи судді не знайшли свого відображення у мотивувальній частині судового рішення, або ж він не погоджується з резолютивною його частиною» [72].

Варто відзначити особливу роль інституту особливих думок у сучасних правових реаліях, де вони виступають, з одного боку, важливим каналом інформування громадськості про суть юридичних дискусій, з іншого – інструментом підвищення індивідуальної відповідальності конкретного судді, способом захисту професійної честі, гарантом суддівської незалежності.

Як відомо, окремі думки суддів Конституційного Суду не мають юридичної сили, проте мають важливе доктринальне значення для розвитку та вдосконалення законодавства. Окремі думки виступають частиною правової доктрини, яка своєю чергою є важливим атрибутом України як правової держави, проголошуючи цей принцип у ст. 1 Конституції України [24]. Однією з ідей правової держави можна назвати зрозумілість і простоту сприйняття норм права.

Ні для кого не є таємницею, що досить часто чинні нормативно-правові акти написані такою мовою, яка спричиняє труднощі сприйняття і розуміння норми не тільки у простих користувачів, а й у висококваліфікованих юристів. У зв'язку із цим вважаємо за потрібне відзначити саме роль окремих думок суддів Конституційного Суду, які своєю чергою є висококваліфікованими юристами, їхні позиції – це величезний внесок у подальший розвиток юридичної науки та удосконалення чинного законодавства.

Справді, інститут окремої думки є дієвим способом непрямого впливу на розвиток чинного законодавства. На підтвердження цієї тези наведемо як приклад зарубіжний досвід. У США так звані канонічні окремі думки у практиці Верховного Суду США мали величезне значення, «спрацювавши» через деякий час після винесення основного рішення у справі, що розглядається. Класичним прикладом є справа «Скотт проти Сенфорда» (1857). Вона стосувалася визнання вільним громадянином Дредда Скотта, раба, який протягом деякого часу перебував на території «вільного» штату, де рабство було скасовано [128]. Скотт був визнаний Судом рабом, а акти Конгресів штатів, якими певні території визнавалися вільними, неконституційними. Проти рішення висловилося двоє суддів, один з яких, зокрема, вказав, що підстав не вважати темношкірих громадянами до моменту розгляду справи вже не було, і Суд ухвалив рішення «більше на підставі особистих уподобань, ніж права». Рабство в США було повністю скасовано 1865 року, через одинадцять років.

З огляду на зазначене можна зробити проміжний висновок, що навіть у різних правових сім'ях інституту окремої думки приділяють належну увагу. Розглядаючи цей інститут з погляду забезпечення реалізації принципу пріоритету прав і свобод людини, окрема думка якоюсь мірою гарантує, що охорона прав і свобод людини в рамках конституційного судочинства ведеться з особливою відповідальністю, існує плюралізм думок, ведеться активна дискусія, що й одержувало вираження згодом в

окремих думках суддів Конституційного суду, ніби доповнюючи і розширюючи погляди на певну проблему. Варто відзначити той факт, що окрема думка сприяла забезпеченню гласності, прозорості конституційного правосуддя, забезпечуючи всіх зацікавлених осіб можливістю простежити хід вирішення поставлених перед Конституційним судом питань права.

Так, уже згадувана нами угорська дослідниця К. Келемен виділила чотири групи функцій окремої думки судді [196, р. 206–208]:

1) стимулювальна функція – зміцнює колегіальність, спонукає суддів обговорювати рішення суду між собою, безпосередньо суддю-доповідача враховувати під час підготовки чернетки рішення суду альтернативні точки зору колег, окрема думка розглядається як «цінне джерело можливих аргументів та альтернативних інтерпретацій»;

2) комунікативна або інформаційна функція – спрямована на суб'єктів поза судом (суспільство, громадяни, державні органи, практики), дає змогу додатково аргументувати рішення суду, до якого додано окрему думку, а також формує в адресатів повнішу картину аргументів суду загалом;

3) діалектична функція – окремі думки адресуються представникам науки і націлені на розвиток правової доктрини;

4) перетворювальна функція – окремі думки розглядаються як засіб правового розвитку правових позицій самого суду, оскільки склад суду поступово змінюється і думка меншості в підсумку може перерости в думку більшості. Але ця функція працюватиме тільки в разі відкритості окремих думок, тобто викладення їх у письмовому вигляді та подальшої публікації, тому з усними окремими думками ця функція не працює.

Австралійський вчений А. Лінч, який досліджував інститут окремих думок у Верховному суді Австралії під час здійснення судом конституційного нормоконтролю, у своєму дисертаційному дослідженні виділив три функції окремих думок [216]:

1) посилення незалежності та демократичності якості рішення суду;

2) зміцнення колегіальності та підвищення обґрунтованості рішення більшості;

3) сприяння зміні законодавства.

Неофіційний міжсоюзний комітет у своїй доповіді про майбутнє Постійної палати міжнародного правосуддя при ООН 1944 року розглядав не лише питання про збереження інституту окремих думок у подальшій роботі Палати, а й як докази на користь окремих думок озвучувалися функції, які вони виконують на арені міжнародного правосуддя [294]:

1) відкритість і гласність, оскільки «видимість одностайності, спричинена відсутністю окремих думок, буде певною мірою помилковою і вводить в оману»;

2) обґрунтованість незгоди з викладом таких причин;

3) політична та психологічна цінність для сторони, що програла;

4) розвиток міжнародного права. Уже більш ніж через пів століття суддя ad hoc Франк¹, який брав участь у розгляді справи Міжнародним судом ООН у справі про суверенітет Пуалу-Літіган і Пуалу-Сіпадан [235], розвиває висловлені Комітетом тези та резюмує, що «функція незгоди багатогранна», тому що окрема думка: 1) запевняє сторону, що програла, що її докази не були залишені поза увагою; 2) сприяє аргументованому та збалансованому обміну розглянутими і написаними думками між суддями під час дорадчого процесу; 3) надає ідеї у вигляді певних принципів права та нюансів його аналізу, які стануть у нагоді в майбутньому контексті. У 1950 році в Страсбурзі про необхідність інституту окремих думок для Європейської комісії з прав людини висловилися навіть такі затяті противники окремих думок у своїх національних системах, як Франція та Нідерланди [262, р. 62].

Важливо те, що думка судді як спосіб процесуального реагування на підсумкове рішення Конституційного суду не обов'язково має бути

¹ Параграф 11 окремої думки судді ad hoc Франка до рішення Міжнародного суду ООН від 17 грудня 2002 р. у справі про суверенітет Пуалу-Літіган і Пуалу-Сіпадан [274].

пов'язана з критичною оцінкою тих чи інших положень, що містяться в постанові; вона може бути продиктована насамперед бажанням представити деякі додаткові аргументи на користь ухваленого рішення, дати уточнювальні пояснення щодо окремих положень і висновків, що містяться в ухваленому рішенні, які в подальшому можуть викликати неоднозначне тлумачення в законотворчій та правозастосовній практиці.

Утім, заборона на опублікування окремих думок і виведення їх із публічної сфери спричиняє за собою втрату важливого елемента правової традиції. Саме окремі думки можуть містити в собі детальний аналіз юридичної конструкції, викладеної в постанові або ухвалі Конституційного суду. Позбавлення суддів Конституційного суду права оприлюднювати свою окрему думку, а також права на неї посилатися, неминуче призведе до зниження якості конституційного правосуддя. Також варто зазначити, що заборона на опублікування окремих думок обмежить доступ громадянам до інформації про діяльність Конституційного суду.

До того ж окремі думки суддів Конституційного суду мали професійну і водночас доступну громадянам аргументацію, юридичну логіку. Окремі думки виступали засобом комунікації суду і суспільства. Терпимість судової системи до наявності всередині себе публічних відокремлених думок безпосередньо пов'язана з її відкритістю суспільству. Не можна забувати і про те, що окремі думки мають важливе доктринальне значення для розвитку і вдосконалення законодавства. З огляду на це, саме можливість судді конституційної юстиції заявити окрему думку можна розглядати як право на окрему думку.

Якщо рішення у справі повністю або частково не виражає одностайної думки суддів, кожен суддя має право викласти окрему думку (пункт 2 ст. 45 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року). І спосіб викладення окремої думки суддя вибирає сам [71].

Як ми вже зазначали, інститут окремих думок суддів вважається характерним для англосаксонської правової сім'ї і не цілком визнається в

романо-германській. В Україні, незважаючи на її належність до останньої, цей інститут передбачений законодавством, зокрема й для конституційного судочинства.

У юридичній літературі й далі обговорюється питання про те, наскільки необхідний інститут окремих думок і чи не підриває він авторитет суду. Як аргумент на користь існування окремих думок вказують, що вони надають можливість виявити розбіжності, які все одно неминучі [265, р. 41].

Перш ніж відповісти на запитання про доцільність інституту окремих думок, розглянемо цілі його існування в конституційному судочинстві.

Візьмемо за основу перелік цілей, запропонований вже згадуваним нами у попередніх підрозділах дисертації суддею А. Скалія [265, р. 41] (більшість цих цілей так чи інакше згадуються у зарубіжній літературі):

1) зовнішні цілі: зміна практики суду; зміна законодавства; роз'яснення громадськості та адвокатурі позиції суду;

2) внутрішні цілі: підвищення якості рішення суду, у процесі підготовки якого написані окремі думки; самовираження суддів.

Розглянемо механізм реалізації цих цілей у практиці здійснення контролю Конституційним Судом України і Верховним Судом США.

1. Зміна практики суду [265, р. 38]. Реалізація цієї мети цілком залежить від правової традиції та розсуду самих суддів, але можна констатувати наявність волі на її досягнення. У практиці як Верховного суду США, так і Конституційного Суду України можна знайти приклади, коли зміні позиції Суду передувала її критика в окремій думці. Здається, що причинами, які спонукають суддів використовувати окремі думки, є можливість знайти в них зразки розв'язання проблем, що стоять перед ними, а для Верховного суду США – також визнання окремих думок складовою частиною практики Суду і, як наслідок, необхідність їх урахування.

2. Зміна законодавства [265, р. 36–37; 178, р. 6]. В американській літературі вказується, що окремі думки можуть сприяти зміні законодавства завдяки приверненню уваги громадськості до порушеної в них проблеми

[265, р. 36; 178, р. 3–4]. Справді, більшість дослідників одностайна в думці, що окремі думки, які стали надбанням наукової громадськості, формують громадську думку [97]. У США законодавець посиляється на окремі думки, зокрема в разі наявності суперечностей між його позицією і позицією Верховного суду (див.: [249, р. 7; 250, р. 11–12]).

3. Роз'яснення громадськості та адвокатській спільноті позиції суду. Велика кількість окремих думок вказує на хиткість позиції суду і можливість її зміни незабаром. Хоча А. Скалія визнає, що знайомство одразу з кількома поглядами на питання може заплутати правозастосовників [265, р. 6].

Механізм досягнення цієї мети за допомогою правового регулювання зводиться до закріплення способів і гарантій оприлюднення окремих думок (утім, стосовно окремих думок це взагалі єдине, що закріплюється в правових актах). В Україні окремі думки і думки суддів підлягають опублікуванню у «Віснику Конституційного Суду України» разом із рішенням Конституційного Суду України. Відповідно до регламенту Верховного Суду США [257] одразу після оприлюднення рішення офіційно публікують позицію більшості, а потім викладають на сайті та публікують версію, що містить всі позиції.

В Україні окремі думки почали розміщувати у відкритому доступі з 2016 року, більш ранні рішення викладені без них. Крім того, слід зазначити цікаву деталь: на сайті Конституційного Суду України пошук можливий тільки за текстом рішень без урахування тексту окремих думок [104].

4. Поліпшення якості рішення суду, у процесі підготовки якого написані окремі думки [265, р. 41–42; 178, р. 3]. Для досягнення цієї мети потрібно, щоб окрема думка стала відомою іншим суддям, зокрема тому, який готує проєкт рішення. Так, у Верховному суді США в процесі підготовки рішення суддям розсилається проєкт не тільки одного судді-доповідача, як у Конституційному Суді України, а й і проєкти окремих думок; відповідно, всі проєкти піддаються критиці колег і редагуються за

результатами їхньої оцінки [189]. Структура судових думок у США включає окремі думки (*dissenting opinions*), думки, що збігаються (*concurring opinions*) і думки відносної більшості (*plurality opinions*), тобто думки, які стали позицією суду, будучи підтримані більшістю по суті, але не з погляду їх обґрунтування.

Про дієвість цього механізму у Верховному суді США свідчить наявність у рішеннях полеміки з позиціями, висловленими в окремих думках до самих цих рішень. У Конституційному Суді України цю роль виконують не окремі думки, а критика проекту рішення, підготовленого суддею-доповідачем, у засіданні.

5. Самовираження суддів [265, р. 41]. А. Скалія зазначає, що оскільки судді пишуть окремі думки, хоча їх до цього ніхто не зобов'язує, і за це вони не отримують зримої вигоди, значить, імовірно, така діяльність приносить їм задоволення [265, р. 42]. Вітчизняні дослідники також розглядають окремі думки з погляду інтересів і прав судді, який їх готує. Дійсно, окрема думка індивідуалізує фігуру судді, виділяє його як автономного і відповідального суб'єкта судового органу, надає його особистому рішення загаломозначущого сенсу, зрівнює його в правах із більшістю суддів, а право на публічне вираження окремих думок суддів перебуває в прямій спорідненості з такими основними правами особистості, як свобода думки і слова.

Потреба суддів судів загальної юрисдикції в написанні окремих думок пояснюється прагненням убезпечити себе від можливих політичних наслідків ухвалення рішення. Імовірно, цей мотив наявний і в суддів, які здійснюють конституційний контроль. Загалом правильність наведених позицій підтверджує сам факт існування окремих думок, але перевірити ці припущення навряд чи можливо.

Підсумовуючи, можна сказати, що для Верховного Суду США конструкція «окремі думки» охоплює ширше коло суспільних відносин, торкаючись і процесу підготовки рішення, тоді як судді Конституційного

Суду не направляють один одному свої окремі думки. Також у Конституційному Суді, на відміну від Верховного Суду США, конструкція окремих думок не використовується для реалізації таких цілей, як поліпшення якості рішення суду, у процесі підготовки якого вони написані; зміна законодавства на противагу позиції, висловленій у рішенні суду. Верховний Суд США активно і відкрито працює з окремими думками. Прикметно, що останнім часом в українському конституційному судочинстві на окремі думки і думки суддів теж стали активно посилатися.

Інша частина регулювання матеріального аспекту окремої думки судді конституційного суду стосується її змісту. Стаття 73 Регламенту Конституційного Суду України встановлює щодо цього такі правила:

— в окремій думці або думці судді до постанови або висновку не повинні висловлюватися судження й оцінки, які не стосуються безпосередньо питання про конституційність / неконституційність об'єкта конституційного контролю або її мотивування;

— в окремій думці або думці судді до ухвали не повинні висвітлюватися судження й оцінки, які не стосуються безпосередньо питання про наявність чи відсутність підстав для прийняття звернення до розгляду [81].

Ми вже згадували раніше, що дуже незвичним є саме по собі рішення законодавця відмовитися від опублікування окремих думок (як приклад ми наводили короткочасне запровадження обмеження вже існуючого права на окрему думку, що мало місце в регулюванні діяльності Конституційного суду Румунії). Водночас прикладів зворотної ситуації є значно більше: окремі думки було запроваджено в практику органів конституційного контролю Данії (з 1930-х у вигляді анонімних окремих думок, а з 1958-го – у повністю відкритому форматі), Німеччини, Литви (з 2008 р.), Угорщини, Румунії та ін. Водночас наукова спільнота в державах, де конституційні судді не наділені правом на окремі думки, нерідко повертається до обговорення цього питання (Ірландія, Австрія,

Італія).

З огляду на це, інститут окремих думок суддів конституційної юстиції покликаний впливати на розвиток розуміння суспільних процесів, подальшу суспільну дискусію з питань, які стали предметом розгляду. Незважаючи на те, що ухвалюване Судом рішення не підлягає оскарженню, інститут окремих думок суддів здатний у майбутньому привести до переосмислення проблемних ситуацій та прийнятих Судом рішень. Також варто зазначити, що можливість висловлення окремої думки дуже важлива і для репутації суду, і для громадян, оскільки це створює повну картину проблемного питання, дає змогу побачити деталі рішення. До того ж в окремих думках чітко формулюються причини незгоди судді, що істотно розширює сприйняття всієї палітри юридичних позицій з питання, що розглядається.

Аналіз зарубіжної практики показує, що регулювання цього права може бути різним: від фіксації можливості заявити свою позицію до встановлення певних обмежень або вимог до змісту тексту окремої думки. Окрема думка судді являє собою офіційно виражену суддею думку, яка не збігається з позицією більшості суддів щодо зроблених висновків у рішенні або їх обґрунтування. Наявність такого інституту як окрема думка в конституційному судочинстві відображає реальну дію незалежності Конституційного Суду України як судового органу конституційного контролю.

Висновки до розділу 2

Окрема думка судді представляє собою юридично обґрунтований варіант вирішення тієї чи іншої правової ситуації, або оцінки актів та дій у колізійній ситуації. Висловлення суддею окремої думки розглянуто як його невід'ємне право – як право судді на окрему думку. Це право містить два аспекти: 1) закріплення права судді заявити окрему думку (матеріальний

аспект окремої думки судді, що визначає сам факт наявності відповідного права судді); 2) регламентація порядку та умов доступу до текстів цих окремих думок (процесуальний аспект окремої думки судді, що характеризує «зовнішні» прояви реалізації відповідного права судді).

Окрема думка судді відрізняється від актів неофіційного тлумачення (зокрема, доктринального, викладеного в наукових статтях). Відсутність безпосередніх правових наслідків за високого рівня теоретичного опрацювання зближує ці явища, окремі думки (у тому випадку, якщо вони дозволені) завжди мають певну процесуальну форму, що передбачає порядок заяви та залучення до матеріалів справи (навіть за відсутності можливості сторін знайомитися з їхнім змістом). У результаті окрема думка та думка судді можуть, не маючи обов'язкової сили, мати правові наслідки, наприклад, зміна законодавства або підходів самого суду.

На відміну від індивідуальних правових позицій, якими вирішуються конкретні справи, окрема думка не є обов'язковою для сторін чи інших осіб, і безпосередньо не породжує правових наслідків. Відсутність безпосередніх правових наслідків окремої (збіжної) думки судді є її важливою рисою у вищих судах, рішення яких не підлягають оскарженню та приймаються колегіально, що справедливо не тільки для чинного законодавства України. Ця риса на практиці визнається і за окремими думками суддів ординарних судів.

Регламенти низки конституційних судів (наприклад, Хорватії, Латвії, Сербії) прямо дозволяють заяву колективних окремих думок суддів, а британський варіант судового рішення розвинувся зі збірки індивідуальних думок і нині (мабуть, як варіант процесуальної економії) зустрічається варіант, коли вказано автора рішення, а також зазначено, що з ним згодні інші члени колегії (поіменно). Для Європейського суду з прав людини звичайною практикою є заява як колективної окремої думки, так і індивідуальної думки, до якої приєднується інший суддя. Індивідуальність позиції не є обов'язковою сутнісною ознакою окремої думки чи думки

судді. Отже, правова природа окремої думки судді не вичерпується її характеристикою як індивідуальна правова позиція.

Не будь-яка незгода може і повинна призводити до заяви окремої думки. У більшості випадків судді домагаються компромісного змісту рішення, що згладжує наявні протиріччя, або миряться з думкою більшості. Сама заява окремої думки є екстраординарною ситуацією. Крайній випадок, коли суддя категорично не згоден зі суттю винесеного рішення, називається окремою думкою (*dissenting opinion* – в англomовних країнах і міжнародних судових органах, *votum separatum* – у країнах Східної Європи, *sondervotum* – у Німеччині, *zdanie odrebne* – у Польщі тощо). Заява окремої думки обов'язково супроводжується незгодою з ухваленим рішенням по суті, тобто передбачає голосування проти винесеного рішення.

Аналіз зарубіжного законодавства показує, що відсутність права заявити окрему думку не передбачає «альтернативних» процесуальних гарантій. У континентальних правових системах індивідуальні позиції суддів нерідко залишаються невідомими для громадськості. Це можна назвати спільною рисою романо-германського права і частково обумовлено початковим призначенням інституту окремої думки в загальних судах як інструментального, доступного лише вищому суду. Нерідко окрема думка судді, хоч і заявлена, залишається, тим не менш, недоступною для сторін і публіки. В Ірландії, наприклад, немає доступу до окремих думок суддів, представлених у межах конституційного судочинства (і навіть відомості про їх наявність). В Узбекистані окрема думка судді Конституційного суду долучається до матеріалів справи в закритому конверті. В Італії порушення таємниці дорадчої кімнати є злочином, і законодавство не залишає суддям можливості публічно заявити окрему думку.

Розглянутий інститут є похідним від загальноправового принципу незалежності судді, проте заторкує досить специфічний її аспект – індивідуальну незалежність судді, який бере участь у колегії. При цьому різні види окремої думки (зокрема, і збіжні думки) об'єднують їхню сутність –

вираз незгоди з думкою більшості. Водночас треба визнати, що вираження такої незгоди під час наради у справі (при обговоренні підсумкового рішення) є невід'ємним правом судді незалежно від закріплення в законодавстві різних країн інституту окремої думки.

Окрема думка судді безпосередньо не породжує будь-яких правових наслідків, проте у загальних судах вона має досить точну функцію – так чи інакше вплинути на розгляд справи у вищій інстанції. На відміну від цього, в органах конституційної юстиції, вищих судах або судах, де немає вищої інстанції, окрема думка звернена до публіки, майбутніх поколінь суддів або майбутнього складу цього суду, при цьому важко передбачити наслідки заяви окремої думки. У цьому випадку повною мірою реалізується потенціал окремої думки як процесуально зафіксованого способу подолання меж суддівського розсуду.

Порівняльно-правовий аналіз показує, що закріплення інституту окремої думки судді в тій чи іншій правовій системі є факультативним. Відсутність цього інституту в загальному випадку не дає підстав для вироблення будь-яких «компенсуючих» механізмів, що додатково гарантують незалежність судді у складі колегії. Ця незалежність у будь-якому разі проявляється в ситуаціях, недоступних сторонньому спостерігачеві, тобто під час обговорення справи в нарадчій кімнаті. Викладене вказує також на відносну ізольованість інституту окремої думки в межах процесуального законодавства різних країн.

Визначено особливу думку судді як факультативний, структурно-функціональний елемент судового рішення, що введений у текст рішення або додається до нього у вигляді окремого документа, який не має обов'язкової юридичної сили, проте існує в нерозривному логічному, семантичному і структурному зв'язку з основним судовим рішенням, що визначає його зміст і контекст та відрізняється індивідуальною аргументацією, емоційністю, образністю й оціненістю.

Розгляд регулювання відповідного інституту в різних правових системах дозволяє виділити два структурні компоненти або аспекти відповідного права: матеріальний (право заявити окрему думку, право на заперечення) і процесуальний (право надати своїй незгоді форму і зробити її публічною, можливість опублікування окремої думки). Матеріальний аспект права на окрему думку є логічним продовженням невід'ємного права судді висловити свою позицію у справі, що розглядається. Процесуальний аспект права судді на окрему думку (тобто можливість і порядок її оприлюднення та поширення) має помітні особливості в судах загальної юрисдикції, як порівняти з органами конституційного правосуддя. У рамках конституційного судочинства окремі думки публічні, в судах загальної юрисдикції публічна доступність текстів окремих думок нерідко замінена можливістю учасників процесу (сторін) знайомитися з текстом окремої думки і (або) наявністю вищої інстанції, повноважної вивчити окрему думку незгодного судді.

Правове регулювання інституту окремої думки судді конституційної юстиції варто визнати таким, що має проміжний характер, що характерно для держав, які перебувають у процесі реформування правової системи. Це насамперед пострадянські держави та деякі держави Європи (наприклад, Словаччина продемонструвала необхідність підтримки авторитету суду шляхом повернення до відкритості окремих думок суддів).

Заборона на опублікування окремих думок і виведення їх із публічної сфери у деяких зарубіжних країнах спричиняє за собою втрату важливого елемента правової традиції. Позбавлення суддів Конституційного Суду права оприлюднювати свою окрему думку, а також права на неї посилатися, неминуче призведе до зниження якості конституційного правосуддя. Заборона на опублікування окремих думок обмежить доступ громадянам до інформації про діяльність Конституційного суду.

РОЗДІЛ 3

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ОКРЕМИХ ДУМОК СУДДІВ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮСТИЦІЇ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

3.1. Особливості становлення та розвитку англосаксонської моделі окремої думки судді конституційної юстиції

У попередніх розділах дисертації наголошувалось, що дослідники неодноразово висловлювали тезу про те, що окремі думки суддів є продуктом британської правової системи [197, р. 120]. Спочатку у вищих судах Англії (а пізніше і Сполучених Штатів) відомості про розподіл голосів суддів були відкритими і відігравали важливу роль для визначення сили прецеденту, навіть за відсутності заявлених окремих думок. Ці дані, таким чином, дозволяють реально прогнозувати стійкість позиції суду і можливість подальшої її зміни. Це своєю чергою обумовлює увагу до персонального складу суддів, наприклад, Верховного суду США і, зокрема, до пропозиції кандидатури судді конкретним президентом. Наприклад, Р. Гінзбург, розмірковуючи про незалежність судової гілки влади в США, відзначає розбіжність у поглядах між судьями, призначеними одним президентом [177, р. 4–5].

З історичної точки зору англо-американське право розрізняє три різні форми прийняття рішень судами у складі колегії: *seriatim* (лат. – «попередньо», «один за іншим»), «єдина думка суду» і свого роду «проміжний» варіант (мабуть, найбільш поширений зараз), при якому винесене судом колегіальне рішення може супроводжуватися окремими думками суддів [186, р. 7]. Останні дві форми прийняття рішень, фактично, не відрізнялися одна від одної, оскільки у всіх випадках була відсутня заборона на заяву окремої думки, і «єдина думка суду» лише демонструвала прагнення до компромісу. Форма *seriatim* має значні особливості.

Seriatim, або «послідовна» форма колегіального судового рішення, зародилася у Великобританії і без значущих змін існувала практично до 1760 року. Ця форма не передбачала винесення єдиного судового рішення. Кожен з членів колегії висловлював свою думку про те, як треба вирішити справу, потім здійснювався підрахунок аргументів за і проти. При цьому рішення суду в письмовому вигляді фактично не існувало, а висловлені суддями думки лише записувалися присутніми в засіданні юристами. До кінця XVIII ст. офіційні протоколи засідань суду не велися і не могли публікуватися; відповідно, доступність рішення і можливість його відтворити залежала від записів юристів, які часто відрізнялися навіть в одному процесі [186, р. 7–8]. При цьому до XV ст. не практикувався виклад присутніми юристами і суддями суті рішення в письмовому вигляді. Такий порядок винесення судового рішення надзвичайно складний і для юриста континентальної правової системи практично неймовірний. Проте у Великобританії він існував майже протягом тисячі років.

По суті, рішення суду, винесене у формі *seriatim*, являло собою збірник окремих думок суддів (з яких деякі завдяки взаємній підтримці ставали основою прийнятого рішення).

М. Хендерсон вказує, що перехід до наступної форми винесення колегіальних рішень суду – «єдиної думки суду» – пов'язаний з ім'ям Вільяма Мюррея, лорда Менсфілда (William Murray, Lord Mansfield), який став головою суду королівської лави 1756 року і реформував порядок винесення рішень цим судом у бік більшої ясності. «Єдина думка суду» значно більше нагадувала сучасні судові рішення і полягала в тому, що після таємної наради колегії виносилося єдине «компромісне» рішення, яке не передбачало подання позицій про будь-які альтернативні варіанти вирішення судової справи [186, р. 8].

Як основну причину такого різкого переходу дослідники називають бажання англійських судів загальної юрисдикції відповідати потребам міжнародних комерсантів на тлі посилення ролі Британської імперії в

міжнародній торгівлі [186, р. 10]. Торговці, які зверталися в англійські суди, стикалися з їх складною і пересічною підсудністю, відсутністю визначеності і однаковості при прийнятті рішень і фактичною неможливістю формування будь-якого єдиного правила поведінки на підставі рішення суду. Згаданий раніше порядок *seriatim* припускав, що суд дозволяє тільки справу, що знаходиться перед ним в конкретний момент (і навіть рішення у цій справі могло мати вельми різне тлумачення). Тому для вирішення торговельних суперечок учасники обороту набагато частіше зверталися до спеціалізованих судів (мабуть, прототипів сучасних арбітражних судів), які орієнтувалися на торгові звичаї і життєвий досвід, що сформувалися з плином часу (*law merchant*, право торгівлі), а не на положення загального права (*common law*) [106, р. 800]. Новий порядок ухвалення рішень дозволяв створювати стійкі правила поведінки, на які учасники торгового обороту могли орієнтуватися в майбутньому, стикаючись з аналогічними справами. Більше того, фіксуючи правило поведінки, суд також давав міцні підстави і розробки відповідних наукових теорій.

Лорд Менсфілд вельми активно підтримував і розвивав можливості «єдиної думки суду». Як приклад наводиться випадок, коли справа, яку він розглядав одноосібно, була передана до суду королівської лави в Лондон з єдиною метою створення загального правила поведінки [230, р. 89].

При всіх перевагах нового порядку ухвалення рішень «протримався» він у Великобританії порівняно недовго. Після відставки Лорда Менсфілда головою суду королівської лави став Лорд Кеньйон, що мав протилежні погляди на цілі і порядок судочинства. Відбулося повернення до порядку *seriatim*, від якого лорди-судді королівської лави остаточно відійшли лише в 1980-х роках. Утім, цей порядок все ж зберігся і зараз. Рішення Верховного суду Великобританії являють собою, по суті, все той же «збірник окремих думок». Відмінність полягає лише в тому, що в заголовку рішення вказується його автор і перераховані судді, які підтримали його позицію (див., напр.: [194]), або думка судді, який отримав найбільшу підтримку, наводиться

першою, а інші обмежуються коротким оглядом того, в чому вони погоджуються з ним, і висувають окремі додаткові аргументи або заперечення [193].

Досвід прийняття судових рішень у формі *seriatim* передався і британським колоніям. Спочатку судова система Сполучених Штатів Америки, незважаючи на значні відмінності, пов'язані з федеративною структурою держави і з більш чітким її оформленням, цілком сприйняла британський порядок винесення рішень. Перші американські юристи вивчали англійське загальне право і багато своїх позицій вибудовували на його основних принципах. Крім того, велика частина судів штатів засновувалася до реформи Менсфілда. Тож і в судах Штатів, і у Верховному суді США спочатку рішення виносилися в порядку *seriatim* [172; 150].

Багато в чому схвалення *seriatim* було обумовлено і настороженим ставленням до Верховного суду США. Передбачалося, що судова влада має занадто багато потенційних можливостей для надмірного посилення і порушення системи стримувань і противаг. І частково ці побоювання згодом підтвердилися. Після знаменитої справи «*Marbury v. Madison*» [133] президент Томас Джефферсон писав: «Конституція з подібної точки зору є в руках судової влади не більше ніж воском, який можна зігнути або надати йому будь-якої форми за бажанням» [192, р. 137]. Практика *seriatim* слугувала стримуванню зростання авторитету Верховного суду, оскільки створювала відому невизначеність і неточність у розумінні і подальшому застосуванні його рішень, тобто з тих же причин, що і в англійських судах. Матеріальне забезпечення діяльності Верховного суду США також не сприяло зростанню його авторитету. Перші судді були зобов'язані не тільки вирішувати справи в межах юрисдикції самого Верховного суду, але й брати участь у засіданнях окружних судів по всій країні, а Верховний суд не мав навіть власної будівлі [186, р. 18–20].

Однак реформа Лорда Менсфілда не залишилася непоміченою для суддів у Сполучених Штатах. У низці штатів була впроваджена аналогічна

практика, що посилювала роль судової влади в системі стримувань і противаг.

Подібна практика зіткнулася з критикою з боку впливових прихильників Республіканської партії. Так, Т. Джефферсон писав: «Позиція в такому випадку виробляється в закритій спільноті, можливо, з перевагою всього в один голос, при цьому вона підноситься як одноголосна, за мовчазної згоди ледачих або боязких суддів, спритним головою, який формулює закон, виходячи лише зі своїх міркувань, на основі своїх же аргументів» [192, р. 177–178]. І внаслідок політичного тиску в багатьох штатах відбулося повернення до *seriatim* [224, р. 353–354]. На відміну від Великобританії, цей порядок виявився недовговічним – 1801 року з призначенням Джона Маршалла головою Верховного суду почалася так звана «ера єдності» (*era of unanimity*). Політичне протистояння, що стосувалося порядку винесення судових рішень, тривало ще близько десятиліття. Сьогодні американські автори говорять про те, що основи і характерні ознаки сучасної американської правової системи були закладені саме під час цього протистояння [186, р. 16; 270].

Джон Маршалл ввів у практику Верховного суду США «єдину думку суду», узгоджену позицію всіх суддів. За такого порядку компромісне рішення приймалося на закритій нараді, а потім підписувалося і проголошувалося самим головою. У встановленні цього порядку ключову роль зіграли особисті якості Маршалла, який зумів переконати інших суддів Верховного суду в необхідності його підтримки.

Історично перше винесення рішення шляхом прийняття «єдиної думки суду» відбулося 1801 року у справі «Талбот проти Сімена» [140]. Ця справа стосувалася питання про винагороду за порятунок судна. Судно, через яке почалася суперечка, належало Сімену, жителю міста, що не брав участі в «торговельній» війні Англії і Франції. Під час перевезення англійських товарів судно захопили французи, а згодом захопили повторно – цього разу капітаном американського фрегата Талботом. Останній як винагороду за

повернення судна зажадав половину вартості врятованого вантажу. Сімен вважав, що оскільки судно належало нейтральній стороні, воно було поза небезпекою, отже, не потребувало «порятунку» і відмовлявся виплатити винагороду.

Незважаючи на те, що питання, які стояли перед Верховним судом, стосувалися виключно вузької сфери відносин, прийняття рішення у цій справі було надзвичайно складним з урахуванням політичного контексту. Фактично Верховний суд повинен був вирішити протиріччя між діями Президента і Конгресу та визначити положення США у «квазівійні» з Францією. Суд дійшов висновку про те, що повторне захоплення судна було законним і, по суті, цінною послугою судновласників. При цьому, однак, винагорода Талбота була істотно зменшена. Крім того, з нього були виключені витрати, понесені судновласником. Одночасно Верховний суд констатував наявність у себе повноважень на перегляд актів Конгресу, що стосуються захоплення суден, а також щодо оцінки ролі виконавчої влади в зовнішній політиці. Оскільки рішення в цілому було прийнято і підтримано основними політичними силами, Суд також істотно зміцнив свій політичний статус і місце в системі стримувань і противаг. Тож рішення у цій справі стало предтечею встановлення повноваження Верховного суду США зі здійснення конституційного контролю (справа «Мербері проти Меддісона»).

Цікаво, що встановлений Маршаллом порядок, при якому кількість окремих думок була мінімальною, виявився настільки міцним, що не змінювався ще століття – практично до Другої світової війни. М. Т. Хендерсон наводить статистику, з якої видно, що кількість окремих думок суддів Верховного суду Сполучених Штатів рідко перевищувала два десятки на рік аж до 1946 року. Після цього судді Верховного суду США представляють від 40 до 80 окремих думок на рік [186, р. 28–29]. Статистика за 2021 рік показує, що судді Верховного суду США заявили в цей період 40 окремих думок, 47 збіжних думок (при 54 рішеннях більшості) [275].

Варто відзначити, що протягом цього часу ставлення до окремих думок суддів у Верховному суді США змінювалося. Так, у перший період його існування порядок *seriatim* отримав широку підтримку з боку виконавчої та законодавчої гілок влади. Як переваги *seriatim* називали підвищення відкритості судового процесу і відповідальності суддів; посилення персональної відповідальності суддів через демонстрацію їхніх окремих позицій при вирішенні конкретних справ; можливість оцінювати «силу» прецеденту, пропонованого судом, через оцінку кількості голосів за і проти; можливість подальшого коригування судової практики на основі раніше озвученої думки судді [186, р. 16]. Примітно, що практично ті ж аргументи сьогодні звучать на користь окремих думок суддів.

Разом з тим, насправді на цьому етапі використання порядку *seriatim* не сприяло зміцненню його впливу. Політичне по суті рішення голови суду Д. Маршалла, який підтримував винесення єдиної думки і своїм авторитетом та аргументацією придушував виникнення «опозиціонерів», послужило серйозною основою для посилення авторитету Верховного суду США і зміцнення його позиції в системі стримувань і противаг. При цьому, однак, доктрина «єдиної думки суду» не передбачала заборони окремих думок (цим і зумовлено відсутність істотних відмінностей між ним і колегіальним порядком ухвалення рішень, поширеним у наші дні). Практика подання окремих думок запобігалася, головню, лідерськими якостями Маршалла, його здатністю до переконання і пошуку компромісу. За час головування Маршалл представив єдину окрему думку [115] і Верховний суд під його головуванням, як правило, демонстрував єдність думки [178, р. 1].

Переважаючою одноголосністю зберігалася у Верховному суді США до 1940-х років. М. Т. Хендерсон виділяє два основні чинники, що перешкоджали появі великої кількості окремих думок суддів у цей період.

Першим таким чинником, на його думку, стали особисті якості голів Верховного суду, які з різних причин утримувалися від заяви своїх окремих

думок і намагалися переконати інших суддів приєднатися до думки більшості. Свою роль тут відіграв і соціальний статус суддів, їх попередній досвід і лідерські якості. Варто відзначити позицію Вільяма Говарда Тафта, який акцентував увагу на важливості єдиної думки суду: «я, як правило, не підтримую практику заяви окремих думок, оскільки в багатьох випадках, де моя думка відрізняється від більшості, вважаю, що важливіше стояти на боці суду і надати більшу вагу його рішення, ніж просто зареєструвати факт свого заперечення проти прийнятого рішення в разі, коли краще забезпечити визначеність закону, ніж вирішити справу будь-яким іншим чином».

Другим чинником послугувала юрисдикція самого Верховного суду, на розгляд якого до 1940-х років рідко потрапляли спірні справи, що мали конституційне значення. За все XIX ст. історії Верховного суду США було лише кілька подібних справ, зокрема згадана «Талбот проти Симена» (1801); «точка відліку» для англо-американської системи конституційного правосуддя – «Мербері проти Медіссона» (1803), а також справа «Плессі против Фергюссона» (1896), що стало згодом класичною ілюстрацією значення окремих думок [108, р. 200].

Зміна обох зазначених змінних цілком корелює з різким зростанням кількості окремих думок після 1941 року. Так, 1941 року, на пост голови Верховного суду був обраний Харлан Фіск Стоун. Він виявився першим вченим, який став суддею, а згодом – головою Верховного суду. Академічна підготовка мала на увазі велику готовність до дискусії, до ведення суперечки і пошуку різних шляхів вирішення справ. Ще будучи одним із суддів, він нерідко заявляв окремі думки. Ставши головою, він подавав у цьому приклад й іншим суддям. Т. Вокер, аналізуючи причини різкого статистичного «стрибка» кількості окремих думок у США, робить висновок про те, що верховенство голови Стоуна стало переломним моментом для права суддів на окрему думку – так само, як верховенство голови Маршалла раніше стало початком «ери одноголосності» [299].

У цілому академічні кола, розробляючи доктрину «правового реалізму», непрямо надавали підтримку й інституту окремих думок суддів. Протягом значного періоду свого існування Верховний суд розглядався як свого роду «оракул права». Передбачалося, що після формалізованого і ретельного обговорення судді виносять єдино правильне рішення – формулюють «юридичну істину». Однак до 1920-х років ідея про наявність сформульованої й об'єктивної юридичної істини поступово зникає з юридичного наукового дискурсу в США. Відсутність такої істини лягає в основу «правового реалізму». Центральними академічними установами, що підтримували цю ідею, стали Єльський і Колумбійський університети, де Х. Ф. Стоун проходив навчання і згодом був деканом. Тож Стоун пройшов академічну підготовку, що істотно відрізнялася від підготовки його попередників. З огляду на це, не дивно, що Стоун широко підтримував окремі думки суддів, вважаючи, що вони сприяють і розвитку права в цілому, і підтримці авторитету суду. До цього висновку приходять і сучасні дослідники [186, р. 39; 278].

Завданням Стоуна в період головування стало також посилення ролі Суду, зокрема в політичній сфері. Багато в чому це завдання було схоже з тим, що стояло перед Джоном Маршаллом на початку роботи Суду. Примітно, що для вирішення таких подібних завдань були використані прямо протилежні засоби, які в обох випадках продемонстрували свою ефективність. Прийняття рішень за відсутності одностайності, з розширенням дискусії, з можливістю зміни правозастосовної практики, в результаті дозволило посилити вплив суду на політичні та громадянські права і свободи. Більше того, вплив Стоуна і його підтримка окремих думок виявилися настільки великі, що навіть призначення головою після його відставки Фреда Вінсона, який, як вважалося, був здатний привести Суд до одноголосності і компромісу, істотно не змінило ситуації.

Другий чинник також змінився – у другій половині ХХ ст. Верховний суд США перейшов від обов'язкового судового контролю до

факультативного (тобто діючої системи writ of certiorari, яка передбачає самостійний відбір судом справ, що підлягають розгляду). Крім того, збільшилася кількість розглянутих Судом справ, тому часто не було часу для вироблення єдиної позиції; з розвитком правової системи змінився характер справ, що надходили на розгляд Суду. Серед інших істотних обставин називають зміну обстановки в самому Суді, а також істотну зміну персонального складу суддів у цей період [186, р. 29].

При цьому кількість окремих думок, що представляються суддями, навряд чи співвідноситься з важливістю цього інституту в цілому. Незважаючи на те, що частота заяви окремих думок суддів в різні роки змінювалася, протягом усього періоду існування вони реально впливали на розвиток судової практики і законодавства. Істотно, що особливі окремі думки суддів можуть зіграти важливу роль після деякого часу, зі зміною юридичної практики і домінантних підходів до сприйняття права. У момент заяви суддею окремої думки навряд чи можна передбачити роль, яку вона може зіграти в майбутньому.

Так, практиці органів судового конституційного контролю відомі випадки, коли окремі думки суддів через певний час ставали основою для подальшої правозастосовної практики, фактично набуваючи чинності прецеденту, і, більше того, «затмарювали» основне рішення суду. Цей феномен у практиці Верховного суду США отримав назву, як ми вже згадували, «канонічних» окремих думок.

Так, справа «Dred Scott v. Sandford» (1856), як ми вже згадували, стосувалася визнання вільним громадянином Дредда Скотта, темношкірого раба, який протягом деякого часу перебував на території «вільного» штату, де рабство було скасовано. Позивач вважав, що в період перебування у «вільному» штаті він був вільною людиною і його повернення в рабство з переїздом не відповідало Конституції США. Скотта таки визнали рабом, а акти конгресів Штатів, якими певні території визнавалися вільними, – неконституційними. Проти рішення висловилося двоє суддів, один з яких,

зокрема, вказав, що підстав не вважати темношкірих громадянами до моменту розгляду справи вже не було, і Суд прийняв рішення «більше на підставі особистих переваг, ніж права» [128].

Інше рішення Верховного суду США – у справі «Plessy v. Ferguson» (1896) – підтримало концепцію «окремо, але не нарівні», встановлюючи конституційність поділу вагонів для темношкірих і білих у потягах [139]. Суддя Маршалл Харлан, згадуючи у своїй окремій думці про негативні наслідки справи «Scott v. Sandford», застерігав від винесення такого рішення [139]. І знову наступні події переконливо підтвердили його правоту.

Одним із найбільш спірних рішень Верховного суду тих років стало рішення у справі «Lochner v. New-York» (1905) [131]. У цій справі на підставі 14-ї поправки до Конституції США, що забороняє обмеження прав громадян поза встановленою законом процедурою, оскаржувалися норми трудового законодавства штату Нью-Йорк, що забороняють встановлення для пекарів тривалості робочого дня понад десять годин і робочого тижня – понад шістдесят. Підприємець Лохнер, оштрафований відповідно до цього закону, стверджував, що останній порушує право на свободу контракту, обмежуючи право власності. П'ятьма голосами проти чотирьох Верховний суд постановив, що обмеження, встановлене владою штату, було незаконним. Чотирма суддями було представлено дві окремі думки, які запропонували критерії можливого втручання держави у здійснення підприємницької діяльності. Особливої уваги заслуговує думка О. У. Холмса, що «Конституція не має на меті підтримувати конкретну економічну доктрину» [131]. Позиція судді Холмса підкреслювала пріоритет конституційних прав над свободою договору. Після зміни практики Верховного суду і появи принципово нових поглядів на регулювання економічної діяльності в 1937 році, цю окрему думку поступово почали цитувати в різних рішеннях суду, починаючи з 1940 року. Зміна практики і нагадування про помилки суду часів справи «Лохнер» стали своєрідною «судовою реакцією» на зміну економічної обстановки

(зокрема, на Велику депресію) і поглядів на економічні права і свободи [200].

У справі «Ескола проти Компанії Кока-кола» [129] Верховний суд штату Каліфорнія розглядав питання про відповідальність Компанії за заподіяння шкоди здоров'ю працівниці ресторану, в руках якої несподівано вибухнула пляшка кока-коли, поранивши її осколками. Під час розгляду були вивчені різноманітні докази, хоча в суду не було можливості безпосередньо вивчити саму пляшку, що вибухнула. Присяжні і суд визнали, що, незважаючи на відсутність достатньої кількості доказів безпосередньої провини компанії у виготовленні неякісної пляшки, недбалість зі значно більшою ймовірністю була допущена саме при виробництві, а не тільки при подальшому поводженні з товаром. При цьому було зроблено посилення на доктрину *res ipsa loquitur* («справа говорить сама за себе»). Суддя Р. Трейнор (R. Traynor), погодившись з підсумковим рішенням, представив власну думку, згідно з якою рішення суду мало бути ґрунтоване не на «очевидності» обставин справи, а на концепції «*strict liability*». Суддя підкріпив свою позицію посиланнями на кілька вже наявних на той час прецедентів, а також тим міркуванням, що відповідальність повинна бути покладена на той суб'єкт, який реально має можливість виправити порушення. У випадку з виробництвом скляних пляшок таким суб'єктом є компанія «Кока-кола». Через 19 років ця позиція стала загальноновизнаною після винесення рішення у справі «*Greenman v. Yuba Power Products*» [130]. Зараз вивчення рішень по обох справах входить до навчального курсу американських юристів.

Іншим прикладом канонічної окремої думки вважається окрема думка судді Брандейса (Brandeis) щодо рішення у справі «*New State Ice Co. v. Liebmann*» [137]. У цій справі Верховний суд визнав вимогу штату Оклахома про отримання виробниками льоду спеціальної ліцензії для побудови заводів, необхідних для виробництва, що порушує право підприємців на «здійснення законного приватного бізнесу». Суддя

Брандейс, зі свого боку, стверджував, що владі потрібно досить широкий розсуд у сфері економічних прав, щоб належно реагувати на зміни економічної обстановки і мінливі потреби суспільства.

Варто визнати, що вплив особливої думки (зокрема на законодавця) навіть в країнах англосаксонської правової сім'ї є радше винятком. Як точно вказує Р. Санштейн, «судді, які вірять в те, що окремі думки як такі матимуть великий вплив на Конгрес, ймовірно, страждають на оптимістичну упередженість або ефект прожектора» [278, р. 803]. Раціонально суддя навряд чи може розраховувати на такий ефект своєї окремої думки. Але його вплив на судову практику може побічно проявлятися у використанні аргументації судді представниками сторін під час розгляду інших справ [108], щодо законодавчих реформ наслідки окремої думки є хіба випадковістю.

Розглянута хронологія розвитку інституту окремих думок в англосаксонській правовій сім'ї спирається переважно на їх історію у Верховному суді США, оскільки в цьому суді розвиток інституту окремих думок добре описано. Тому висновки, що спираються на американський контекст (характеризується активною участю суду в політичному житті; надзвичайно високою відкритістю процесу обговорення в суді; величезним впливом особистості голів суду тощо), треба з обережністю застосовувати до інших держав англосаксонської правової сім'ї.

Разом з тим високий ступінь наукової розробленості проблематики окремих думок у США (і меншою мірою в Сполученому Королівстві) дозволяє зробити кілька узагальнень.

По-перше, з історичної точки зору інститут окремих думок суддів в англосаксонській правовій сім'ї заснований не на праві судді заперечити колегам, а на його обов'язку озвучити власну думку і навести аргументи на її підтримку. Це свідчить про те, що окремі думки суддів у розглянутій правовій сім'ї виникли як спосіб процесуальної економії і для забезпечення однакового розуміння рішення суду.

По-друге, формування концепції «єдиної думки» суду і розвиток погляду на окремі думки як факультативний (а часом і небажаний) елемент судового рішення ефективно сприяв зміцненню авторитету Верховного суду США, що зіграло критичну роль у вирішенні конституційних питань та становленні інституту окремої думки судді конституційної юстиції.

3.2. Нормативно-правова характеристика романо-германської моделі окремої думки судді конституційної юстиції

Питання про виникнення і розвиток права на окрему думку в суддів континентальної Європи є відносно маловивченим, але дослідники наводять дані на користь давнього і різноманітного регулювання в цьому відношенні. Насамперед потрібно зазначити, що в європейських конституційних юрисдикціях у зв'язку з тим, що судові розгляди тут організовані переважно в письмовій формі, принцип гласності реалізується не повною мірою. З огляду на те, що конституційний судовий розгляд досить часто здійснюється в письмовій формі, йому фактично неможливо надати гласності. Проте, по-перше, принцип гласності реалізується не тільки на стадії судового розгляду, по-друге, він реалізується не тільки в усній формі.

Крім того, реалізація цього принципу в конституційному судочинстві порівняно з класичними судочинствами має низку суттєвих особливостей.

На відміну від класичних судочинств, де досить часто дія принципу гласності обмежується стадією судового провадження, гласність конституційного судочинства притаманна всім стадіям судового конституційного процесу. Наприклад, в Італії в рамках конституційного провадження, ініційованого запитами судів загальної юрисдикції, передбачено обов'язковість публікації запиту в офіційному виданні.

Подібне правило діє і в рамках іспанського конституційного провадження за скаргами ампаро¹. Відповідно до ч. 2 ст. 46 Органічного закону про Конституційний трибунал Іспанії, «коли ампаро було направлено до Конституційного трибуналу народним захисником [defensor del pueblo] або прокурором, палата Трибуналу, якій підвідомча ампаро... здійснює публікацію скарги в офіційному бюлетені». У Франції також передбачена необхідність публікації в офіційному виданні документів, що ініціюють судовий конституційний процес, як з боку заявника, так і з боку захисту, а також інших документів, що стосуються розглядуваної справи. Однак вони підлягають опублікуванню одночасно з підсумковим рішенням Конституційної ради [237].

Для реалізації принципу гласності в конституційному процесі, крім офіційних державних видань, використовуються сучасні засоби телекомунікації, зокрема телебачення та інтернет. Використання таких засобів комунікації в конституційному судочинстві пояснюється головно важливим публічним значенням розглянутих конституційними судами справ, а також особливістю наслідків їхніх рішень, юридична сила яких поширюється не як у класичних судочинствах – *inter partes* (між сторонами), а *erga omnes* (стосується всіх).

У німецькому конституційному судочинстві передбачено, що на відступ від правил класичного, зокрема цивільного, судочинства допускається аудіо- та відеозапис засідань суду [75]. Відповідно до § 17а Закону про Федеральний конституційний суд ФРН передбачено дві стадії судочинства, у межах яких «у відступі від другого речення § 169 Закону про судову владу [Gerichtsverfassungsgesetz] допускається звуковий та відеозапис з метою його публічного поширення».

¹ Ампаро (ісп. *amparo* – заступництво, захист, допомога) – у праві Іспанії та низки країн Латинської Америки особлива процедура, багато в чому схожа з конституційною скаргою. Основна відмінність полягає в тому, що ампаро має індивідуальний характер.

Вимоги забезпечення гласності своїх засідань за допомогою використання сучасних засобів комунікації встановлено і в Органічному законі про Конституційний трибунал Іспанії. В абз. 2 п. 2 ст. 85 цього закону за трибуналом закріплено компетенцію визначення умов, відповідно до яких будуть використовуватися сучасні засоби комунікації.

Особливі вимоги до гласності висуваються і щодо рішень конституційного суду (зокрема, на стадії їх виконання). Наприклад, на відміну від класичних судочинств, потрібна публікація рішень конституційних судів в офіційних державних виданнях.

До вираження принципу гласності в конституційному судочинстві, на наш погляд, варто зарахувати й опублікування окремих думок суддів конституційного суду.

На відміну від класичних судочинств, де принцип таємниці нарад суддів застосовується повною мірою, окремі думки суддів конституційної юстиції підлягають публікації разом з рішенням конституційного суду. У деяких конституційних судочинствах передбачається публікація навіть кількості голосів суддів за і проти ухвалення того чи іншого рішення.

Практично будь-якому європейському класичному судочинству відомий принцип таємниці наради суддів. Наслідки його застосування в цивільному (господарському), кримінальному та адміністративному судочинствах ідентичні: інституту окремих думок у них не існує, не передбачено й опублікування співвідношення голосів суддів за або проти ухвалення того чи іншого рішення суду.

Наприклад, таємниця наради суддів у французькому судочинстві з усіма наслідками, що випливають, і зокрема із заборонаю висловлення суддями власних думок щодо розглянутої ними справи, є «твердим принципом французької традиції» [151]. Відсутність публікації окремих думок суддів пояснюється в цьому правопорядку саме принципом таємниці нарад суддів [155]. Аналогічно пояснюється заборона публікації окремих думок і навіть їх

неофіційного розголошення в інших країнах континентальної системи права [219].

На думку низки авторів, публікація окремих думок суддів конституційних судів підриває авторитет судової інстанції, при цьому свідчить про наявність суперечностей у справах, що розглядаються конституційними судами, які мають важливе політичне значення [202]. Отже, з погляду деяких представників науки конституційного права, якщо запровадження практики публікації окремих думок суддів і можливе в континентальному судовому праві, то воно має здійснюватися в найменш політизованих судочинствах (наприклад, у провадженнях першої інстанції судів загальної юрисдикції).

Проте не можна не відзначити, що, по-перше, в європейських конституційних юрисдикціях, де існує практика публікації окремих думок суддів, авторитету інституту конституційних судів не було завдано значної шкоди. По-друге, саме тому, що цим судовим інстанціям доводиться розглядати справи, що мають величезне політичне значення, їхня відкритість і прозорість, порівняно зі судами загальної юрисдикції, по змозі мають бути розширені. На цьому й наполягав батько-засновник кельзенівської (австрійської) моделі конституційної юстиції Г. Кельзен, коли пропонував «надати характер публічності і нарадам колегії суддів» [222].

Щодо конкретного застосування практики публікації окремих думок у конституційному судочинстві потрібно зазначити, що вона обмежена і застосовується не у всіх розглянутих нами конституційних судочинствах.

Так, у ФРН можливість висловлення окремих думок членів Федерального конституційного суду було запроваджено лише законом від 21 грудня 1970 р. [112]. Тоді ж була законодавчо закріплена і практика публікації співвідношення голосів суддів за і проти ухвалення рішень (абз. 2 § 30 Закону про Федеральний конституційний суд) [74]. До законодавчого закріплення таких винятків із принципу таємниці нарад суддів конституційного суду практика йшла шляхом їх вирішення поза регулюванням цього питання позитивним правом.

Подібна практика існує і в іспанському конституційному судочинстві. Тут можливість публікації окремих думок конституційних суддів закріплена в Конституції, у ст. 164 якої вказано: «Рішення Конституційного трибуналу публікуються в *Le Vole n oficial del Estado* разом з окремими думками суддів, якщо такі існують» [76, с. 72–74].

Навіть у судочинствах, де публікація окремих думок суддів заборонена, позитивне право свідчить про деякі особливості конституційного судочинства порівняно з класичними. Наприклад, у Франції, де принцип таємниці нарад суддів застосовується у всіх судочинствах [174], існує виняток щодо конституційного судочинства: в Органічному законі від 15 липня 2008 р. № 2008-69511 встановлено, що будь-яка особа може мати доступ до архівів Конституційної ради, які містять усю інформацію про наради суддів, що відбулися 25 років тому або більше. Можна погодитися, що це законодавче положення в певному сенсі забезпечує публічність нарад членів Конституційної ради.

В Іспанії окремі думки існували з XV ст., відповідно до Ордонанса Медини, згідно з яким окремі думки (іспан. *voto reservado*) не підлягали публікації, проте реєструвалися в спеціальному закритому реєстрі [195]. Стаття 159 Кримінально-процесуального кодексу 1882 року наказує ведення спеціальної книги, в якій відображалися всі остаточні судові рішення, враховуючи окремі думки. Останні направляються до Верховного суду і підлягають опублікуванню тільки в разі прийняття до розгляду апеляційної скарги (статті 157, 859) [244]. Стаття 368 Цивільного процесуального кодексу Іспанії 1881 року містила аналогічне правило про направлення окремої думки судді до Верховного суду [245]. Сучасний Цивільний процесуальний кодекс 2000 року наказує опублікування окремих думок суддів [207]. Органічний закон Іспанії про Конституційний суд дозволяє судді, що залишився в меншості, заявити окрему думку, якщо вона раніше обговорювалася («захищалася») під час наради суддів [210].

До об'єднання Італії в XIX ст. (італ. *il risorgimento*) і завоювань Наполеона законодавство окремих провінцій слідувало іспанській традиції і окремі думки суддів були передбачені законодавством Королівства Неаполь, герцогств Феррари, Тоскани, Цизальпінської Республіки, у судовій системі Сардинського королівства. При цьому окрема думка існувала в усній формі – під час засідання суддя мав право висловити свої заперечення по суті розглянутого питання [153].

Сьогодні Конституційний суд Італії не дозволяє суддям, не згодним з постановою, висловити свою окрему думку. Ця практика відрізняється від практики, прийнятої в інших європейських країнах. Формально ніхто не може знати, чи ухвалено рішення одногосно, чи більшістю голосів, а також як проголосували окремі судді [179]. Практика введення окремої думки суддів нині є предметом дискусій в Італії. Конституційний суд Італії підтримує відносини з міжнародними судами. Одним із таких органів є Європейський суд з прав людини в Страсбурзі, що діє на підставі Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. Оскільки права, гарантовані Європейською конвенцією, не значно відрізняються від тих, які гарантуються Конституцією Італії, практика зазначених судів з питань порушення прав особистості схожа.

Варто зазначити, що судова практика Конституційного Суду – як і будь-якого органу, що ухвалює рішення, склад якого змінюється поступово з плином часу, – має спадкоємність теорії і практики, яка поступово збагачується. Уточнюються і конституційні принципи. Зміни в конституційному прецедентному праві також пов'язані з цими змінами, що відбуваються в суспільстві та правовій культурі, які показують зміну потреб суспільства [206]. Тож Конституційний суд Італії є гнучким і прогресивним органом у системі тамтешніх державних органів.

У Німеччині, в Бадені, окремі думки публікувалися аж до середини XIX ст., а в Вюртембурзі аналогічна практика існувала до Другої світової війни [226, р. 272; 231, р. 1087].

У судовій системі Норвегії особливі думки існують з 1864 року [185, р. 432].

У рамках конституційного судочинства закріплення окремих думок в законодавстві належить уже до ХХ ст. Як стверджується, першою європейською державою, яка запровадила інститут окремих думок у Конституційному суді, була Німеччина [195, р. 124]. Цій реформі передувала низка «прецедентних» рішень, серед яких ключову роль відіграє Постанова ФКС Німеччини у так званій справі журналу «Шпігель», винесена 1966 року. Цю справу багато в чому оцінюють як один з ключових етапів в історії німецького конституційного правосуддя. На його прикладі ілюструється вплив політичних процесів на судочинство, захист громадянських прав і свобод юридичними засобами, а також зміцнення впливу Конституційного суду.

У 1962 році в журналі «Шпігель» була опублікована стаття «Обмежено обороноздатні» (Bedingt abwehrbereit), в якій обговорювалися результати навчань НАТО. Під час цих навчань німецькі війська продемонстрували найгірші результати за шкалою боєготовності НАТО («обмежено готові до оборони»). Журнал поширив інформацію про те, що, за результатами цих навчань, ні бундесвер, ні об'єднане угруповання НАТО, розташоване на території ФРН, не в змозі у разі війни утримувати Західну Німеччину більше двох тижнів. Після публікації редакція газети в Гамбурзі, будинки низки журналістів були опечатані поліцейськими. У результаті проведених обшуків було вилучено величезну кількість документів. Журнал був звинувачений у зраді. Головного редактора журналу і його заступників було взято під варту. Згодом їх відпустили і протягом кількох років тривали судові процеси проти правоохоронних органів, які здійснювали обшуки і затримання, а також проти Міністерства оборони (оскільки обшуки проводилися зі санкції міністра). За підсумками цих процесів Верховний суд визнав, що дії правоохоронних органів були незаконні, але виправдовувалися міркуваннями державної безпеки. Керівництво журналу звернулося до Федерального конституційного

суду. У рішенні у справі Федеральний суд вперше оприлюднив результати голосування суддів (оскільки голоси розділилися порівну), а також аргументи, висловлені за різні варіанти вирішення цієї справи. У 1970 році відповідні зміни, що дозволяють палаті розкривати співвідношення голосів під час прийняття рішення, а також регламентують подання суддею окремої думки (яка долучається до рішення), були внесені до ст. 30 Закону ФРН про Федеральний конституційний суд [166].

Правові наслідки рішення в цій справі стали предметом розбіжностей. Перша палата суду постановила, що з урахуванням рівності голосів і відсутності позиції суду питання права залишилося невирішеним. Водночас вчені з посиланням на положення ч. 4 ст. 15 Закону ФРН про Федеральний конституційний суд, відповідно до якої при рівному розподілі голосів суддів при голосуванні з питання про конституційність не може бути встановлено порушення, вказували, що Конституції в цій справі не було порушено [303].

Дослідники відзначають, що статистично кількість окремих думок суддів зростала тільки в перші роки впровадження цього інституту, а потім пішла на спад. У 2009 році стверджувалося, що окремі думки висловлюються суддями Федерального конституційного суду лише в 6-7 % випадків [255]. Із прийнятих станом на 2020 рік 2147 рішень окремі думки були представлені лише в 169 [117]. Незважаючи на те, що така статистика радикально відрізняється від статистики Верховного суду США, не викликає сумнівів, що окремі думки суддів в цей час є усталеною частиною німецького конституційного судочинства. Сказане дозволяє зробити висновок про те, що частота реалізації права на окрему думку навряд чи є показовою для ефективності або стійкості цього інституту.

Наступною після Німеччини країною Західної Європи, що закріпила право суддів на окрему думку, стала Іспанія. Стаття 164 Конституції Іспанії 1978 року передбачала, що «рішення Конституційного суду публікуються в офіційному державному бюлетені разом з окремими думками, представленими при її прийнятті [295]». Варто зазначити, що Конституція

вживає термін *votos particulares*, який є загальним для окремих думок (іспан. *voto disidente*) і думок і (іспан. *voto concurrente*), тобто не передбачено жодних обмежень на публікацію будь-якого з видів окремих думок. Звертає на себе увагу і те, що норма, яка регламентує поширення окремих думок, має конституційний характер, тобто не може бути змінена в рамках звичайної законотворчої процедури. Конкретизуючи зазначені конституційні положення, п. 2 ст. 90 Органічного закону про конституційне судочинство № 2 від 3 жовтня 1979 року передбачає, що представлена письмово (і підлягає долученню до рішення і подальшого опублікування) окрема думка має бути до її підготовки висловлена в дорадчій кімнаті. Це законоположення, мабуть, покликане служити додатковою гарантією від можливого зловживання правом на окрему думку з боку суддів Верховного суду. Нарешті, 2007 року згадані положення Органічного закону були доповнені нормою, згідно з якою офіційна публікація рішень суду повинна супроводжуватися обов'язковим опублікуванням окремих думок, висловлених в процесі його ухвалення [7, с. 58].

Норми загального характеру, що поширюються й на окремі думки суддів судів загальної юрисдикції, закріплені у ст. 260 Органічного закону про судову владу № 6 від 1 липня 1985 р., причому ці законоположення являють собою рідкісний зразок досить докладної регламентації інституту окремих думок. По-перше, передбачено, що будь-який суддя має право заявити окрему думку під час остаточного голосування щодо прийнятого судового рішення. Така думка може стосуватися принципових питань права, резолютивної частини підсумкового рішення, або його мотивувальної частини. По-друге, зазначено, що окрема думка розсилається сторонам і публікується разом з основним рішенням суду. Нарешті, зазначено, що окрема думка може включатися в основне рішення як самостійний розділ або параграф «в тих випадках, коли це може бути застосовано».

Такий спосіб регулювання заслуговує на увагу. По-перше, норми іспанського законодавства, що закріплюють право суддів на окрему думку,

містяться в актах конституційного значення, а не в спеціалізованому процесуальному законодавстві. Отже, вони поширюються на всіх суддів, які відправляють правосуддя в рамках будь-якого з видів судочинства. Частково це обумовлено, мабуть, єдністю системи іспанських судів (нагадаємо, що конституційний контроль здійснюється Верховним судом Іспанії в рамках процедури *amparo*). Водночас, на наш погляд, це свідчить про уважне ставлення до цього інституту з боку законодавця, який розглядає його як додаткову гарантію незалежності суддів, одночасно вживаючи заходів щодо захисту від можливих зловживань, пов'язаних з реалізацією права на окрему думку. По-друге, врегульовано (нехай і в диспозитивному порядку) порядок залучення окремої думки до основного рішення суду, а саме шляхом включення її в рішення як самостійного розділу. Незважаючи на відсутність більш конкретних норм, видається, що іспанський законодавець звертався до традиції, що підтримує максимальну гласність судочинства.

Слідом за етапом «відродження» інституту окремих думок суддів в Західній Європі наприкінці ХХ ст. стався своєрідний «статистичний вибух»: практично всі держави Східної Європи, що раніше входили до складу Радянського Союзу, отримавши незалежність, створили конституційні суди або закріпили повноваження конституційного контролю за верховними судами (нерідко передбачивши в законодавстві можливість суддів представляти окремі думки).

Наприклад, ситуація в Естонії. Хоча фактично окремі думки представлялися судьями Верховного суду з 1994 року [203, р. 15], формально право суддів, які здійснюють конституційний контроль, на окрему думку було закріплено лише в Кодексі конституційного судочинства, прийнятому в березні 2002 року [238]. Статтею 57 цього акта передбачено, що суддя або судді, незгодні з прийнятим рішенням або з його мотивуванням, можуть подати окрему думку (думку). Окрема думка має бути підготовлена до моменту проголошення основного рішення, її підписують усі судді, які заявили її, тобто законодавство Естонії прямо передбачає можливість

колективної окремої думки. Варто зазначити, однак, що цей закон не містить положень, які регламентують публікацію окремих думок суддів.

Що стосується суддів судів загальної юрисдикції, положення Цивільного процесуального [292] і Кримінально-процесуального кодексу Естонії [199] закріплюють право суддів на окрему думку. У кримінальному процесі окрема думка судді долучається до справи (а не до вироку), але не оголошується під час проголошення вироку, тобто не може вважатися частиною рішення.

Ю. Лаффранк зазначає, що, незважаючи на відсутність законодавчого регулювання питання про публікацію окремої думки суддів Верховного суду, на практиці така публікація здійснюється. Мабуть, правовою підставою для цього слугує розширювальне тлумачення норми, згідно з якою окрема думка долучається до рішення суду. Публікація окремих думок суддів Верховного суду здійснюється разом з рішеннями: у збірнику рішень Верховного Суду, у Віснику Верховного суду, а також на його офіційному сайті [202, р. 166].

Однак варто мати на увазі, що в Естонії функція конституційного контролю покладена на спеціальну колегію Верховного суду і поширеність окремих думок суддів може бути пов'язана із забезпеченням єдності статусу суддів. Дещо інша ситуація виникає в разі, коли конституційний контроль здійснюється спеціалізованим органом, що має окремий статус у судовій системі країни. Подібне регулювання досить поширене і, має місце, наприклад, у Латвії, Литві, Румунії, Словаччині тощо. При цьому держави Східної Європи традиційно запозичують інститут окремої думки суддів конституційних судів разом з моделлю організації конституційного контролю – тобто з німецького правопорядку [196, р. 124].

Прикладом такого запозичення є законодавство Угорщини. Угорський Конституційний суд було створено 1990 року за німецькою моделлю і його судді спочатку були наділені правом представляти окремі думки, які публікувалися разом з основним рішенням суду [291]. Стаття 66 нового Закону про Конституційний суд прямо передбачає публікацію окремих думок і думок

суддів. Окрема думка має бути підготовлена протягом чотирьох днів з моменту винесення остаточного рішення і публікується одночасно з ним. Окремі думки суддів судів загальної юрисдикції долучаються до справи в закритому конверті і доступні вищим судам під час перегляду справи.

Ще один приклад оригінального запозичення німецької моделі конституційного правосуддя мав місце у Литві. За твердженням К. Келемен, литовський законодавець сприйняв первісну німецьку ідею про те, що суд повинен досить зміцнити свій авторитет й отримати певну вагу в суспільстві, перш ніж судді зможуть отримати право представляти окремі думки [196, р. 126]. Однак литовський дослідник А. Валута, посилаючись на матеріали робочої групи з розробки Закону про Конституційний суд Литви, вказує дещо інші причини – дотримання таємниці наради суддів; захист суддів від політичного тиску в разі висловлення небажаної індивідуальної позиції та відсутність практичного сенсу окремих думок суддів у конституційному судочинстві (на відміну від ординарного судочинства, де окремі думки впливають на розгляд справи вищим судом) [295, р. 136–137]. У всякому разі розглянутий інститут отримав закріплення в конституційному судочинстві Литви лише 2008 року.

Деякі держави, звернувшись спочатку до моделі повної відкритості окремої думки судді конституційного суду, згодом ввели дещо більш стримане регулювання. Так, Закон Республіки Казахстан від 5 червня 1992 року № 1379-ХІІ «Про конституційне судочинство в Республіці Казахстан» прямо передбачав опублікування окремої думки судді Конституційного суду як додатку до постанови суду (ст. 27) [57]. Чинний же Закон від 5 січня 2022 року «Про Конституційний суд Республіки Казахстан» прямо закріплює тільки саме право судді Конституційного суду на виклад окремої думки письмово, водночас вказано, що суддя не має права оприлюднювати свою окрему думку чи посилатися на неї (ст. 59) [55]. Щодо окремих думок суддів ординарних судів зберігається традиція їх доступності тільки для Вищого суду (а в кримінальному процесі цей інститут був повністю скасований 2010 року).

Досвід англосаксонських правових систем навряд чи свідчить про перехід «кількості» окремих думок в їх «якість»: як зазначено було раніше, навіть автори великої кількості таких думок (наприклад, А. Скалія) визнавали певні зловживання зі свого боку.

У Словаччині до 2000 року окрема думка суддів фіксувалася в протоколі засідання, який долучався до справи в закритому конверті і був недоступний широкому загалу. У 1998 році новий уряд скасував акт про амністію, прийнятий прем'єр-міністром В. Мечьяром під час виконання останнім обов'язків Президента Республіки. Цей акт про амністію звільняв від відповідальності співробітників служб безпеки, які брали участь у примусовому переміщенні сина попереднього Президента. Після скасування акту про амністію урядом один з офіцерів Служби безпеки звернувся до Конституційного суду, стверджуючи, що кримінальне переслідування щодо нього порушувало б його конституційні права. Конституційний суд розглянув доводи заявника, змінивши власну практику, згідно з якою подібні заяви не підлягали розгляду. У прийнятому рішенні було зроблено висновок про те, що належно опублікований і набравший чинності акт про амністію не підлягає скасуванню, незважаючи на порушення, допущені при його ухваленні [232].

Рішення спричинило значні суперечки в науковому і політичному середовищі. Один із суддів Конституційного суду, Ян Ключка (Ján Klučka) представив окрему думку, посилення на яку було приведено в рішенні, і клопотав про її публікацію. Коли в цьому було відмовлено, він опублікував у юридичному журналі статтю, в якій критикував прийняте рішення і яка багато в чому повторювала його окрему думку [196, р. 128]. Уже наступного року законодавець вніс зміни до Закону про Конституційний суд, відповідно до яких окремі думки суддів підлягали публікації.

Загалом, держави, що перейшли від соціалістичної правової системи до романо-германської, щодо окремих думок суддів, мабуть, не стільки встановили нове регулювання, скільки скористалися підходами, раніше виробленими стосовно окремих думок ординарних судів. При цьому якщо для

ординарного правосуддя окремі думки безпосередньо вбудовані в систему оскарження і доступні вищим судам, збереження такого ж підходу в органі конституційного контролю призводить до свого роду консервації окремих думок усередині самого суду. Хоча в такому разі навряд чи можна говорити про обмеження ролі окремої думки як елемента гарантії внутрішньої незалежності судді, закритість окремої думки судді конституційного суду не дозволить повною мірою розкрити його потенціал з точки зору розвитку правової думки.

Цікаво, що в сучасних державах, які можна зарахувати до соціалістичного права (Китай, Куба), інститут окремих думок суддів зараз, мабуть, відносно затребуваний, служачи меті забезпечення належної вмотивованості судових рішень. Так, 2003 року окрему думку було вперше долучено до рішення суду в Китаї, демонструючи реформування правової системи на користь значно більш детального мотивування судового рішення. Можливість заявити окрему думку є в суддів Верховного суду Куби [181, р. 121], а також в інших судах, при цьому доступ до окремих думок суддів мають тільки вищі інстанції [208; 209].

Станом на сьогодні право на окрему думку надзвичайно поширене в європейських державах. Переважно воно надане тільки суддям органів конституційного контролю або вищих судів, на відміну від суддів ординарних судів. Виняток становлять Іспанія, Естонія і низка держав Східної Європи, де право на подання окремої думки надано також суддям загальних судів. Окремо треба сказати про унікальний приклад Ірландії, де конституційно закріплена заборона на висловлення окремих думок з конституційних питань [229].

Отже, в той час як зародження, розвиток і поширення права суддів на окрему думку в країнах англосаксонської правової сім'ї має досить «цілісну» і послідовну історію, практично для кожної країни романо-германської правової сім'ї історія окремих думок суддів індивідуальна. При цьому конкретні положення, що регулюють право суддів на окрему думку, досить різноманітні.

Іноземна дослідниця К. Келемен звертає увагу на докорінну відмінність між судовими рішеннями континентальної та англосаксонської правової сім'ї. На її думку, ці відмінності ґрунтуються на традиціях статусу судді в цих правових сім'ях [196, р. 122]. Так, абстрактні формулювання рішень французького Касаційного суду є логічним наслідком французької правосвідомості, яка не схвалює судової правотворчості й обмежує роль суддів у зміні законодавства. Подібна ситуація спостерігається і в німецьких судових рішеннях (хоча німецька правова система і відрізняється від французької, але належить до романо-германської правової сім'ї) [196, р. 122].

Колегіальні судові рішення в континентальних (романо-германських) правових системах вважаються одноголосними. До континентальної традиції застосовні слова Ш. Л. Монтеск'є про те, що судді – «не більше як уста, що вимовляють слова закону, мляві істоти, які не можуть ні стримати силу закону, ні пом'якшити його суворість» [25, с. 145].

Навпаки, у країнах загального права (англосаксонська правова сім'я) судові рішення значно більш персоналізовані, тобто безпосередньо пов'язані з особою судді, що їх прийняла, це обумовлено, серед іншого, порядком їх прийняття (*seriatim*). У традиції загального права суддя несе особисту відповідальність за ухвалені рішення і це підкреслюється оформленням і стилістикою рішення (зазначенням на ім'я автора рішення і позицію кожного зі суддів, вживання особових займенників тощо). Така відповідальність забезпечується процедурою винесення рішення, під час якої кожен суддя може запропонувати поправки до рішення, заявити про наявність окремої думки.

Оскільки окрема думка судді в державах романо-германської правової сім'ї є, як правило, персональною (її автор вказується, на відміну від основного рішення), це можна розглядати як непряму ознаку запозичення цього інституту з англосаксонської правової системи. Однак наведені приклади свідчать про зворотне: європейські держави самостійно й успішно розробили оригінальні форми окремої думки, чимало з яких існують і нині.

Аналіз історичних аспектів закріплення інституту окремих думок дозволяє стверджувати, що аргумент про його «чужий» характер для романо-германської правової традиції має радше характер містифікації [236, р. 364]. Тож, незважаючи на схожість інституту окремої думки судді в континентальному і загальному праві, традиційне твердження про його «запозичення» в державах романо-германської правової сім'ї навряд чи є правильним. Більш обґрунтованим видається припущення про появу окремих думок у різних правових системах відносно незалежно, у рамках своєрідного «юридичного паралелізму» [25, с. 148].

Як основну причину поширення цього інституту в країнах загального права іноді називають давню англійську традицію публічного обговорення при відправленні судочинства [202, р. 164]. Однак історія права сучасних європейських держав знає приклади різноманітних форм судочинства, які охоплюють, зокрема, публічне обговорення і заяву окремих думок. При цьому в романо-німецьких державах рішення колегії суду є продуктом колективної творчості, пошуку консенсусу та обговорення. Звідси повсюдно поширене правило про підписання рішення всіма суддями, навіть тими, хто залишився в меншості при голосуванні. Отже, право на окрему думку ґрунтується на можливості судді передати свої заперечення до вищого суду – на відміну від англосаксонської правової сім'ї, де суддя зобов'язаний представити окрему позицію. Такий погляд на окрему думку судді пояснює і традицію закритості їхніх текстів у романо-германській правовій сім'ї.

Однак навряд чи можна говорити про ізолюваність і повністю незалежний розвиток правових систем, тобто європейські держави не могли в тій чи іншій формі не випробувати британський вплив. Як уже було сказано, у XIX ст. Верховний суд США міцно утвердився в ролі одного з важливих гравців у системі стримувань і противаг. У цей же час континентальна традиція відводила суду скромне підлегле місце [266, р. 13–14].

З поширенням конституційного правосуддя й установою конституційних судів стало очевидним, що за відсутності вищого суду, який

мав би доступ до окремих думок суддів, їх заява стає фактично безглуздою. Проте сама необхідність зареєструвати заперечення суддів виявилася визнана в тій чи іншій формі як звернення не до вищої інстанції, а до громадськості, тобто до народу-суверену як джерела влади в державі. Закрита модель окремої думки судді конституційного суду зберігає її лише в запечатаному конверті. У такому разі відмова від публікації окремої думки судді позбавляє реального змісту спеціальне закріплення права заявити таку думку – оскільки в рамках обговорення справи в нарадчій кімнаті суддя, без сумніву, має достатньо можливостей для висловлення своєї позиції (при цьому він не обмежений у формах висловлення або в можливості заперечувати судді-доповідачеві або більшості). Вирішити це протиріччя можливо кількома способами.

По-перше, практика показує, що з виникненням гострих (складних) ситуацій, у яких судді робили позапроцесуальні зусилля для забезпечення доступності своїх окремих думок (Німеччина, Словаччина), законодавці відповідних держав, очевидно, роблять спробу виробити такий порядок їх опублікування, який не завдавав би шкоди авторитету суду і не свідчив би про придушення інакомислення. Найбільш простим рішенням є в цьому сенсі повна відкритість окремих думок. На прикладі ФКС Німеччини видно, що, на відміну від Верховного Суду США, закриття окремих думок і збереження таємниці нарад було вихідним посилом для континентального конституційного правосуддя (у низці правових систем цей підхід зберігає актуальність). Відкритий характер окремих думок, навпаки, став додатковим способом забезпечення авторитету суду.

По-друге, як було продемонстровано, протиріччя можна уникнути, повністю відмовившись від закріплення самостійного права на окрему думку (при ймовірному наданні суддям певної свободи наукового дослідження), як це є в Австрії, Італії чи Франції. Такий підхід характеризується стійкістю. Так, в Австрії питання про закріплення інституту окремих думок суддів Конституційного суду з моменту його створення не отримало позитивної відповіді, хоча дискусія про необхідність закріплення іноді поновлюється.

Однак в цілому динаміка регулювання інституту на континенті дозволяє прогнозувати, що в разі прийняття моделі повної відкритості окремої думки судді Конституційного суду (як у Німеччині) малоімовірним є повернення до ситуації відсутності (закритості) окремих думок.

По-третє, якщо визнати небажаною непередбачуваність впливу окремої думки судді на громадську думку (хай наскільки б малою була ймовірність її реальних наслідків), законодавчо може бути визначено коло осіб, що володіють правом на ознайомлення зі «закритою» окремою думкою. Наприклад, оскільки основним питанням, яке підлягає вирішенню в процесі конституційного судочинства, є питання про відповідність основному закону законодавства, таке право може бути надано державним органам і посадовим особам, які мають право законодавчої ініціативи, тобто наділеним можливістю реально врахувати зміст окремої думки у своїй роботі. Оскільки окрема думка судді Конституційного суду не породжує певних правових наслідків, ознайомлення з нею не буде вторгненням в компетенцію законодавця. Водночас окрема думка судді нерідко може мати на меті не тільки спір з висновками або аргументацією основного рішення, а й подання рекомендації або побажання про подальше вдосконалення законодавчого регулювання.

Отже, континентальні правові системи по-різному сприймають можливість надання судді права заявити окрему думку. Конституційна рада і суди Франції, судова система Австрії (враховуючи Конституційний суд) у своїй діяльності її заперечують, німецьке конституційне судочинство дозволило суддям пред'являти окремі думки лише в 70-х роках ХХ ст. [203, р. 16], у той час як практично всі країни Східної Європи – т. зв. країни «молодої демократії» – включили в тій чи іншій формі положення про можливість заяви окремої думки при створенні конституційних судів [25, с. 190].

Щодо окремих думок суддів ординарних судів при цьому нерідко приймається модель закритості тексту окремої думки для всіх, крім суддів вищої судової інстанції. Не залишилася осторонь і Україна. При цьому в

Україні інститут окремих думок міцно зайняв своє місце в судочинстві судів загальної юрисдикції, Конституційного Суду України.

Разом з тим, як справедливо відзначають деякі автори, у конкретних ситуаціях, пов'язаних з напруженістю політичного характеру, окремі думки суддів, особливо суддів органів конституційного контролю, можуть вільно чи мимоволі створювати небезпеку делегітимації рішень Конституційного суду. Так, німецький учений Б. Брикер констатує, що окремі думки суддів польського Конституційного трибуналу в період тривалої конституційної кризи оголюють внутрішні протиріччя суду і навіть протистояння деяких суддів з його керівництвом, тим самим сприяючи вступу трибуналу в поле політичної боротьби, а не юридичного аналізу [116]. Тож потрібно визнати, що хоча інститут окремої думки судді конституційного суду у звичайних умовах навряд чи здатний негативно впливати на статус суду, існування інституту окремої думки як неупередженого арбітра, здатного ефективно вирішувати найскладніші питання в рамках національної правової системи, цілком здатне забезпечити незалежність судової влади.

Отож, інститут окремої думки судді конституційної юстиції вельми поширений, проте висловлення та публікацію окремої думки судді конституційної юстиції в країнах романо-германської правової сім'ї не можна назвати поширеним явищем. Притому, що саме введення цього інституту в ту чи іншу правову систему може супроводжуватися досить активною дискусією про незалежність суду і якість прийнятих ним рішень. Це свідчить про відсутність загрози, що виходить від окремих думок. При сумлінному застосуванні суддями інституту окремих думок цей інструмент не тільки може становити інтерес для дослідників, а й здатний слугувати збагаченню практики суду, стимулювати опрацювання аргументації основного рішення, а в перспективі також слугувати джерелом натхнення при вдосконаленні чинного законодавства.

3.3. Окрема думка в практиці зарубіжних судів

Наднаціональні судові органи, насамперед суди із захисту прав людини, схожі з органами конституційного контролю: вони не пов'язані положеннями ординарного національного законодавства та уповноважені здійснювати тлумачення нормативних актів, що характеризуються високою абстрактністю. При цьому рішення цих органів публічні і часто мають декларативний характер – у тому сенсі, що національні органи влади (законодавець) самостійно визначають способи виконання їхніх рішень.

Принагідно зазначимо, що КСУ часто у своїх постановках посилається на рішення ЄСПЛ. Адже звернення до практики ЄСПЛ слугує підкріпленням для суддів конституційних судів своєї позиції у процесі з'ясування нормативного змісту правового інституту, принципів та конституційних прав, а також порядку вирішення колізій між Конституцією України та галузевим законодавством. Зокрема, це простежуємо в окремій думці судді КСУ В. В. Лемака стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України від 11 червня 2020 року № 7-р/2020, де підтвердженням наведеного є розуміння «визначеності» у практиці ЄСПЛ, зокрема й щодо норм кримінального права (рішення у справі «Jidić v. Romania» від 18 лютого 2020 р. (заява № 45776/16)) [63].

У цьому контексті важливо, на наш погляд, порівняти практику КСУ з правилами ЄСПЛ. Останні мають дуже загальний характер – вони просто допускають особливі думки, які можуть або збігатися, або не збігатися з висновками прийнятого рішення. Докладніший поділ вироблений суто практикою самого ЄСПЛ. Так з'явилися спільні, частково подібні і частково відмінні думки. Судді стали практикувати репліки – короткі чи зовсім такі, що не мають мотивування, зауваження з окремих питань, а також заяви на підтримку думки іншого судді.

Загалом нині формальні правила у КСУ дещо докладніші від норм Європейського суду з прав людини. Натомість реальна практика Конституційного Суду виявилась зовсім не такою гнучкою і плідною. Вона не сприяла розвитку і поглибленню закону. Навіть думки, що збігаються, відразу ж стали рідкістю. Бували роки, коли не з'являлося жодної такої окремої думки [103]. Однак це зовсім не означає, що конституційне судочинство в Україні не потребує більшого розмаїття форм для вираження особистої позиції судді. Ті мотиви і потреби, з якими стикається Європейський суд з прав людини, не можуть бути зовсім чужими вітчизняним судам. Інша річ, що з якихось причин вони залишаються незадоволеними і не перевтілюються у відповідні форми. Які ж це причини?

На наш погляд, проблема стосується так званого «позитивізму», що, на жаль, ще побутує в юридичній спільноті. Типовий вітчизняний правозастосовник, наприклад суддя, схильний вважати, що якщо закон чогось безпосередньо не передбачає, то цього і не повинно бути. Він не допускає думки, що практика може і повинна розвивати закон у напрямку, вказаному ним самим, а зупинитися зобов'язана лише там, де її поступальний рух викликає конфлікт з іншими положеннями закону та принципами права. Така ж ситуація і з практикою написання особливих думок.

Крім того, має значення і насторожене ставлення до особливих думок як таких. Оскільки вони руйнують враження про солідарність суддів, то, отже, їх має бути менше. А якщо вони є, то нехай завжди будуть точкою зору окремого судді, а не позицією будь-якої консолідованої меншості. Звідси, зокрема, неприйняття спільних думок, про що свідчить майже повна їх відсутність. Коли рішення КСУ супроводжується особливою думкою одного судді, залишається лише здогадуватися, чи був він самотній у своїх поглядах чи все-таки отримав підтримку частини своїх колег. З огляду на це, С. Різник зауважує, що далеко не кожна окрема думка має доктринальний характер та перспективу позитивного впливу на практику правотворення і правозастосування, не кожна зумовлена усталеними науковими

переконаннями, а тому заслуговує на різну оцінку, що залежить від багатьох чинників: від якості змісту самої думки до особи її автора. На думку дослідника, окремі думки варто поділяти на обґрунтовані (слухні) і необґрунтовані (помилкові), а також окремі думки із суттєвими і несуттєвими зауваженнями [83, с. 64]. Так, в рішенні у справі «Асоціації для європейської інтеграції і права людини та Екімджиєв проти Болгарії» («Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria») від 28 червня 2007 р. палата Страсбурзького суду прямо посилається на відмінну окрему думку судді Конституційного суду Болгарії, в якій наголошувалось на недоліках національного законодавства, що уповноважує виключно міністра внутрішніх справ контролювати систему таємного спостереження і, як наслідок, призводить до довільного втручання у право на приватне життя та таємницю листування [164].

Окрема думка виступає як інструмент діалогу з правовим середовищем, суспільством. Вона дає можливість показати особливості обставин розгляду справи, які не можна побачити в самому рішенні [59].

Досить часто українські судді посилаються на праці зарубіжних учених. Одним із таких прикладів є посилання на доктринальне джерело (Ray L. Justice Brennan and the Jurisprudence of Dissent), де суддя вказує, що, зважаючи на межі попереднього конституційного контролю, особливе значення має інститут окремої думки, адже обґрунтована окрема думка виконує важливу функцію виправлення помилок, допущених у рішенні, спонукає до законодавчого втручання у питання та може служити моделлю для виправлення і суддівських, і законодавчих помилок у майбутньому [66].

Показовою у цьому плані є окрема думка судді КСУ Лемака В. В. стосовно Ухвали про закриття конституційного провадження у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень підпункту 17 пункту 10 постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним

поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 22 липня 2020 р. № 641 зі змінами. Суддя Лемак нагадує, що варто пам'ятати формулу «нестримні суди формують нестримну реакцію» від Річарда Познера (Richard A. Posner), найчастіше цитованого в американських судових рішеннях вченого-правознавця [62].

Зауважимо, що тема окремих думок суддів у міжнародному правосудді досі є маловивченою у правовій доктрині. Серед вітчизняних дослідників проблем міжнародного правосуддя все ще превалує поблажлива оцінка інституту окремих думок, хоча сьогоднішня активна діяльність різноманітних міжнародних судів та арбітражів, враховуючи міжнародний комерційний арбітраж, не тільки дає значний емпіричний матеріал для більш глибокого, деталізованого й об'єктивного аналізу, а й показує доволі неоднозначну картину в оцінці цього питання.

У західній літературі палітра оцінок окремих думок у міжнародному правосудді набагато ширша, зокрема з'явилися серйозні дослідження, які аналізують причини появи окремих думок, їхній зміст та стиль, а також різні аспекти позитивного і негативного впливу окремих думок на процес судочинства, сприйняття рішень суду та діяльності самого суду загалом [185; 106; 202; 218; 223; 296]. Із цього приводу один з найавторитетніших дослідників окремих думок у Міжнародному суді ООН (далі – МС ООН) – Е. Хамбро зазначає, що «оцінки інституту окремих думок кардинально розбіжні і одностайності в цьому питанні як не було, так і немає» [185, р. 229]. Інші ж автори переконані, що якщо дослідники англосаксонської системи права загалом позитивно оцінюють окремі думки, то в багатьох континентальних юристів окремі думки є, так би мовити, «аномалією, якщо не анафемою» [156, р. 929]. Зазвичай у юридичних джерелах, автори яких схвалюють окремі думки, наводяться кілька аргументів.

По-перше, стверджується, що сам факт наявності окремих думок приводить до покращення аргументів та стилю рішення, прийнятого більшістю суддів. По-друге, більшість тоді приймає рішення відповідальніше.

По-третє, окремі думки позитивно впливають на довіру сторін до процесу та сприйняття рішення стороною, що програла, яка бачить, що її аргументи були почуті та переконали хоча б меншість. Зрештою, окремі думки позитивно впливають на розвиток міжнародного права. У цьому значенні суддя МС ООН (1955–1960) та відомий вчений з міжнародного права Г. Лаутерпахт зазначав, що «положення Статуту МС ООН про право суддів на окрему думку зробили сприятливий внесок у розвиток міжнародного права та авторитету міжнародної юстиції» [205, р. 66].

Нагадаємо, що інститут окремої думки має коріння у британській практиці судочинства, де колегіальний судовий орган взагалі не мав спільного рішення, а кожен суддя писав своє власне рішення. Саме сукупність рішень суддів колегіального органу вважалася судовим рішенням. Однак ця практика робила судові рішення настільки складними для розуміння, що вже у США Верховний суд, який спочатку запозичив англійський підхід, досить швидко відійшов від такого стилю викладення тексту судового рішення. Коли головою Верховного суду США був Джон Маршал (1801–1835), майже всі рішення ухвалювалися одностайно. Завдяки цьому суддя Маршал став відомим як майстер консенсусу. Водночас кожен суддя мав право додати свою думку до спільного рішення [21].

Звісно, більшість учених переконана, що право суддів на окрему думку прийшло у міжнародне правосуддя з країн системи загального права, хоча останні дослідження компаративістів засвідчують, що це далеко не так. Окремі думки спочатку поширилися в міжнародному комерційному арбітражі, а потім проникли в міжнародні суди та арбітражі, що створюються для вирішення спорів за участю держав. Проте ідея окремих думок суддів була сприйнята не без сумнівів і суперечок. Так, у першому в історії постійно діючому міжнародному суді – Центральноамериканському суді (1907–1918), окремі думки взагалі не передбачалися [148]. Вони з'явилися лише у створеній 1920 року Постійній палаті міжнародного правосуддя (Permanent Court of International Justice) при Лізі Націй. Однак і тут не обійшлося без проблем.

Початковий проєкт Статуту Палати, розроблений Комітетом юристів, також виключав право суддів на окремі думки, яке з'явилося пізніше, під час обговорення проєкту на рівні Ради Ліги Націй. Члени Комітету юристів вважали, що право на окремі думки неминуче використовуватиметься суддями з країн-відповідачів, тому цього права були позбавлені всі судді [106, р. 796]. Барон Декамп, член Комітету, описував ризик окремих думок як «небезпеку роздвоєння рішень суду» [248, р. 149].

Варто зазначити, що сьогодні окремі думки дозволені та використовуються з різним ступенем інтенсивності в МС ООН, Міжнародному трибуналі з морського права, у судах з прав людини (Європейський суд з прав людини, Міжамериканський суд з прав людини, Африканський суд з прав людини і народів), Міжнародному кримінальному суді та ін. Водночас діяльність Суду ЄС, Суду Європейської асоціації вільної торгівлі (далі – ЄАВТ), Карибського суду, Трибуналу Андського Співтовариства, Суду економічного співтовариства східноафриканських країн (ECOWAS), в яких окремі думки були заборонені від початку, робить непереконливим твердження, що право суддів на окремі думки є невід'ємною рисою сучасного міжнародного правосуддя. При цьому навіть критики Суду ЄС визнають, що саме заборона на окремі думки, що дозволила цьому Суду від початку говорити одним голосом, стала дуже серйозним фактором у становленні його авторитету та у визнанні його рішень і доктрин національними судами [236, р. 331–332]. Наявність окремих думок, найімовірніше, завадила б становленню авторитету Суду в перші роки його діяльності.

Противники окремих думок також наводять переконливі аргументи в обґрунтування своєї позиції, використовуючи і думки видатних національних та міжнародних суддів, і емпіричні дані. Так, критики окремих думок часто посилаються на думки У. Тафта, який після перебування на посаді президента США дев'ять років (1921–1930) був Головою Верховного суду США. Він не схвалював окремих думок взагалі, оскільки, за його словами, у разі

розбіжності з більшістю важливіше залишатися на їхньому боці, надаючи тим більше ваги рішенню суду, ніж фіксувати свої розбіжності з більшістю (див.: [225, р. 61]). Інший відомий суддя Верховного суду США – О. Холмс висловився не менш критично, зазначивши, що «висловлювати незгоду зазвичай марно і не бажано» [228].

На наше переконання, є доволі дивними погляди про те, що не варто характеризувати окремі думки як гарантію незалежності суддів. Говорячи про незалежність суддів або арбітрів, дослідники мають на увазі насамперед їх незалежність від сторін спору або держав, які призначили суддів або створили той чи інший міжнародний суд. Якщо ми говоримо про незалежність від диктату більшості складу суду, то це зовсім інша справа, тому що в цьому випадку право судді висловити незгоду має обмежувач у вигляді принципу колегіальності та принципу конфіденційності обговорень. Більше того, сьогодення практика міжнародних судів та арбітражів показує, що окремі думки можна також сприймати як інструмент контролю над лояльністю суддів з боку держав. Найчастіше інститут окремих думок саме так і сприймається самими суддями. Наразі основний аргумент проти запровадження окремих думок у судах європейської інтеграції (суди ЄС та ЄАВТ) полягає в тому, що окремі думки можуть використовуватися як засіб тиску на суддів з боку їх держав, і це може позначитися на шансах суддів на перепризначення, очевидними тут є утиски їхньої незалежності [109, р. 384].

Так, авторитетні вчені, які досліджували практику Постійної палати міжнародного правосуддя та МС ООН, вважають, що, незважаючи на деякі виняткові випадки, більшість окремих думок – лише упереджені заяви, а не цінний внесок у розвиток права [185, р. 248]. Як приклад наводять діяльність судді Постійної палати міжнародного правосуддя (1921–1939) Д. Анцилотти, що подав 18 окремих думок і став абсолютним рекордсменом Палати [156, р. 495]. Також згадують діяльність судді Г. Лаутерпахта, який

увійшов в історію міжнародного права насамперед як автор статей і монографій, а також подав кілька окремих думок.

Значні сумніви в дослідників викликають окремі думки суддів *ad hoc*, що призначаються державами у тому разі, якщо під час розгляду спорів у МС ООН за їх участю у складі Суду немає судді із цієї держави. Адже в дев'яти випадках із десяти такі судді де-факто захищають інтереси тих держав, хто їх призначив, які очікують, що в разі програшу справи судді *ad hoc* неодмінно подадуть окремі думки [185, р. 240]. Саме до окремих думок суддів МС ООН належить зроблений з очевидним жалем висновок судді А. Редферна: «Загальний занепад чемності і хороших манер у житті проник навіть у Палац світу (будівля, в якій розташований МС ООН. – А. К.)» [246].

Із такою ситуацією стикається не тільки МС ООН, а й решта міжнародних судів, де перепризначення суддів залежить від волі держав, які їх призначили. Це насамперед міжнародний комерційний арбітраж. Незважаючи на конфіденційність арбітражних рішень, деяка статистика про наявність окремих думок та їхній зміст є доступною інформацією. Так, 2001 року Міжнародна торговельна палата зафіксувала 24 окремі думки по арбітражним рішенням Палати. З них 22 було винесено арбітрами, призначеними стороною, що програла [246, р. 234]. Ще більш показовою є статистика в інвестиційному арбітражі, де, згідно з дослідженням, проведеним авторитетним арбітром і вченим А. Ван ден Бергом, практично всі окремі думки також були винесені арбітрами, призначеними стороною, що програла. Це дозволило йому дійти висновку, що практика інвестиційного арбітражу досягла стадії, на якій від арбітра очікується написання окремої думки у разі програшу сторони, яка його призначила [296, р. 824].

Цікавими є дослідження змісту окремих думок. А. Редферн виділяє три категорії окремих думок: (1) «хороші», до яких він зараховує думки короткі, ввічливі та стримані, які виражають причини, а не емоції; (2)

«погані» – якщо в окремій думці стверджується, що більшість фундаментально помилилися при винесенні рішення або виявили невігластво; (3) думки «неприємні», в яких незгодний суддя звинувачує більшість у неправильній поведінці [246, р. 240]. Він же знаходить, що тільки «хороші» думки можуть бути визнані допустимими в міжнародному процесі. Своєю чергою А. Ван ден Берг пропонує заборонити окремі думки в арбітражі, допоки не будуть вироблені процедурні правила оцінки допустимості таких думок [296, р. 836].

Говорячи про можливі мотиви, які спонукають суддю написати окрему думку, А. Ван ден Берг наводить широкий їх перелік. Список починається з випадків, коли суддя чи арбітр публічно відстоює відмінну від більшості точку зору у своїх статтях чи виступах, або коли авторові окремої думки потрібно показати, що держава, яка його призначила, не помилилася у виборі і знову зробить це в майбутньому. Закінчується список випадками «інтелектуального ексгібіціонізму» з боку авторів окремих думок і (що ще гірше) випадками, коли арбітри чи судді свідомо хочуть полегшити стороні, що програла, оскарження рішення, винесеного більшістю, висувуючи у своїй думці аргументи для цього [296, р. 831].

Цікаво, що так само, як і з Судом ЄС, низка зарубіжних та вітчизняних авторів виступає за більш активне застосування окремих думок у третейських судах. Дуже промовиста в цьому плані позиція іноземного вченого К.-Д. Еллермана, який заявив, що «прагнення одержати довіру, сприйняття своїх рішень та їх легітимність у поєднанні з першорядним занепокоєнням своєю незалежністю пояснює перевагу в Суді консенсусу, ніж ухвалення рішення голосуванням та індивідуальними думками» [161, р. 695].

Існує думка, що окремі думки (якщо вони не належать до категорії «хороших») можуть перешкоджати нормальному й ефективному процесу винесення судового рішення, створюючи загрозу таким основним принципам судочинства, як принципи колегіальності та конфіденційності

обговорення рішення, що виноситься. Націленість того чи іншого судді на окрему думку, виражену на початку обговорення, може перешкоджати діалогу між членами трибуналу, і навіть не стільки через те, що цей суддя відразу випадає з обговорення проєкту рішення, скільки через цілком зрозумілу боязнь інших суддів, що їхні погляди та аргументи будуть розкриті в окремій думці їхнього колеги. Один французький дослідник процесу обговорення проєкту рішення в міжнародному комерційному арбітражі назвав такий підхід «патологічним обговоренням» та «арбітражним тероризмом» [154, р. 915]. Вважаємо, що таку характеристику не можна застосувати до окремих думок у міжнародних судах і трибуналах. Говорячи про доктринальне значення окремих думок, навпаки, переконливим є твердження, яке зустрічається у вітчизняній літературі, що «правові позиції того чи іншого міжнародного суду викладені не лише в його рішеннях, а й в окремих думках його суддів».

Так, можна погодитися з тим, що окремі думки – це позиція індивідуального судді, яка може як залишитися в такій якості, так і стати правовою позицією самого суду, але тільки якщо з огляду на переконливість доводів та аргументів думка окремого судді буде згодом сприйнята більшістю суддів в іншому рішенні щодо іншої справи. Тут можна навести позицію арбітражного трибуналу в рішенні у справі «Rompetrol Group N.V. v Romania», у якому трибунал ухилився від оцінки правового значення окремих думок і не погодився з пропозицією позивача дотримуватися окремої думки, висловленої професором Вейлем у справі «Tokios Tokelés v Ukraine» [287].

Утім, слушною вважаємо позицію тих вчених, які стверджують, що окремі думки є джерелом права і що вони можуть згодом завдяки їх цитуванню набувати прецедентної сили [52]. Із пункту 24 Доповіді Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційська комісія) «Щодо окремих думок у конституційних судах» вбачається, що «окремі думки є вираженням свободи слова та незалежності судді від його чи її

колег-суддів... Окремі думки гарантують особисту недоторканність і гідність тих, хто залишається в меншості, і дозволяють суддям ухвалювати рішення, керуючись своєю совістю, а не відповідно до думки більшості» [251].

Окрім того, як показує практика суддів Європейського суду з прав людини стосовно написання окремих думок, ці думки можуть мати формат, який не закладений у приписах названих міжнародних актів, і позначатися не лише як «співпадаюча» чи «неспівпадаюча» окрема думка судді, а й як «частково співпадаюча, частково неспівпадаюча» і «частково неспівпадаюча» окрема думка судді, а також «окрема думка судді, до якої приєднався суддя», «спільна співпадаюча думка суддів», «спільна неспівпадаюча окрема думка суддів» (див.: [78, с. 49, 85, 160, 220, 318, 332, 440]). Тобто спосіб викладення окремої думки обирають самі судді, які вирішили її висловити.

У нашій національній правовій системі право судді на висловлення окремої думки є визнаним інструментом забезпечення внутрішньої незалежності кожного судді Конституційного Суду і закріплене, як ми вже вказували, у ст. 93 Закону України «Про Конституційний Суд України» [80] та в § 74 Регламенту КСУ [81]. Ці положення містять загальні вимоги до висловлення суддею Суду окремої думки та не деталізують типів окремих думок та способу їх викладення суддею Суду. Відтак, зважаючи на межі попереднього конституційного контролю, особливе значення має інститут окремої думки, адже обґрунтована окрема думка виконує важливу функцію виправлення помилок, допущених у рішенні, спонукає до законодавчого втручання у питання та може служити моделлю для виправлення і суддівських, і законодавчих помилок у майбутньому [100].

Справді, деякі окремі думки (особливо суддів першої половини ХХ ст.) цитувалися в літературі і вплинули на міжнародне право і практику держав. Автори ж цих окремих думок стали свого роду провісниками змін, які відбулися пізніше, а ідеї та підходи, викладені в окремих думках, були

сприйнятті державами, які відповідно змінили міжнародні угоди чи своє внутрішнє законодавство. Так відбувся неабиякий вплив на процес створення норм міжнародного права і саму нормотворчість.

У тих міжнародних судових органах, де окремі думки дозволені, підхід до застосування не ідентичний. Установчі документи відповідних органів можуть і не містити положень про необхідність відкритого розподілу голосів, як правило, вказуючи лише, що рішення приймаються «більшістю голосів». Наприклад: Статут Міжнародного Суду ООН [276]; Римський статут Міжнародного кримінального суду (ст. 60) [254]; Європейська конвенція з прав людини (ст. 45) [22].

Відкритість інформації про співвідношення голосів суддів (супутня можливість заявити окрему думку) є, отже, свого роду правовим звичаєм. Наприклад, у ЄСПЛ окремі думки є поширеною практикою, що логічно продовжує традицію відкритості відомостей про розподіл голосів суддів (у 2021 році окремі або такі, що збігаються, думки суддів було заявлено у 126 постановках ЄСПЛ із 428 винесених до складу Палати та Великої палати). Скажімо, база даних ЄСПЛ hudoc.echr.coe.int передбачає можливість пошуку за ознакою «наявність окремих думок» (*separate opinions*). Хоча ця практика має бути визнана усталеною, складність вирішуваних ЄСПЛ питань і нерідко їх значущість для держав відкривають його рішення для критики, особливо з боку держави, що програла.

Інша паралель з регулюванням інституту окремих думок у національних судах – це визнання того, що щонайменше на певній стадії існування суду єдність його позиції є більш важливою, ніж можливість подання окремих думок, що демонструють активну дискусію. Так, успіх Суду ЄС після його створення дослідники пов'язують, серед іншого, з його здатністю «говорити єдиним голосом»; інститут спеціальних думок свідомо відкидає таку можливість [236, р. 331–332; 227].

Обґрунтовуючи необхідність впровадження окремих думок суддів у практику Суду ЄС, Ю. Лаффранк виділяє кілька груп причин, через які

право суддів на окрему думку не знайшло відображення у Статуті та Регламенті цього Суду в момент його створення: історичні, організаційні та пов'язані з відбором суддів, а також «фундаментальні» [203, р. 16–17].

Історичні причини пов'язані з тим, що держави, з ініціативи яких було створено цей судовий орган (Франція, Німеччина, Італія, Бельгія, Нідерланди та Люксембург), на момент його створення не мали окремих думок у межах своїх судочинств. Крім того, як зразок для Статуту суду та його Регламенту було взято провадження у французькій Державній Раді (Conseil d'Etat), у якій окремих думок немає і зараз. А за час, що минув з 1952 року, Європейський Союз розширився і включив країни, що активно підтримують практику заяви окремих думок, зокрема Великобританію, а деякі європейські країни, наприклад Німеччина, сприйняли інститут окремих думок – принаймні у Конституційному суді.

Організаційні причини, пов'язані із забезпеченням незалежності суддів, оскільки суддя, термін повноважень якого може бути продовжено, теоретично може підтвердити лояльність держави, яка пропонує його призначення, шляхом заяви (або відмовитися від заяви) окремої думки. Справді, критика Суду ЄС з боку державних органів влади, задіяних у вирішенні питання про перепризначення суддів, свідомо чи мимоволі створює тиск на суддю, призначеного від цієї країни. До організаційних причин Ю. Лаффранк зараховує і стиль судових рішень, які через відносну стислість не завжди надають достатньо інформації для розгорнутої аргументації протилежної позиції по окремій думці.

Зрештою, фундаментальні причини Ю. Лаффранк пов'язує з окремою роллю Суду ЄС, який оцінює діяльність органів Союзу (а не дії національної влади). Впровадження ж окремих думок суддів, як передбачається, сприяло б демонстрації в них національних підходів та ускладнювало б пошук єдиного правового стандарту.

Хай там що, у Суді ЄС окремі думки суддів отримали дуже цікаву заміну [203, р. 18]. У цьому Суді діють Генеральні адвокати, чийм

обов'язком є подання власної, незалежної позиції щодо справи, що розглядається в Суді, до ухвалення ним рішення. Передбачається, що це сприяє розвитку практики Суду та пропонує суддям альтернативний варіант вирішення тієї чи іншої суперечки.

Як було зазначено раніше, можливість подати окрему думку слід розглядати як елемент гарантії внутрішньої незалежності судді. Насправді окремі думки в міжнародних судах можуть сприйматися як інструмент демонстрації лояльності з боку суддів щодо держави, яку вони представляють у міжнародному органі.

Звісно, що небезпека зловживання окремою думкою дещо перебільшена. Як приклад пропонується розглянути ситуацію в Європейському суді з прав людини, де окремі думки суддів міцно закріплені в практиці, є відкритими та періодично мають досить екзотичні форми (наприклад, спільна частково збіжна і частково окрема думка суддів, до яких приєднався суддя, який не став автором окремої думки).

Оскільки держави визначають кандидатури для висунення на суддівські посади в ЄСПЛ, допустимо припустити, що окремі думки є «індикатором лояльності» міжнародного судді щодо держави. У цьому випадку (гранично спрощуючи поведінку судді заради ілюстрації) можна очікувати, що суддя завжди або в більшості випадків буде голосувати на користь цієї держави і при нагоді також заявляти окрему думку.

Цей підхід, імовірно, має яскравіше проявлятися з наближенням відставки судді, тобто часу, коли він має повернутися до держави, що запропонувала його кандидатуру і, особливо, це спостерігається щодо держав, за скаргами проти яких виноситься найбільша кількість ухвал.

Ці параметри та припущення можуть бути оцінені за допомогою бази даних ЄСПЛ.

Як відомо, три держави, які лідирують за кількістю скарг на розгляді ЄСПЛ – це Україна, Туреччина та Росія (сумарно ці скарги становлять понад 60 % від загальної кількості скарг, що перебувають на розгляді Суду)¹.

Можна припустити, що в державах, які мають найбільшу кількість справ у ЄСПЛ, потреба у їх вирішенні на користь держави вища, а отже й потенційна зацікавленість судді також може збільшуватись.

Що стосується аналізованого періоду, видається обґрунтованим як вихідну дату визначити 2010 рік – рік масштабної реформи ЄСПЛ та введення в дію механізму розгляду «повторюваних» скарг комітетами з трьох суддів (у такому разі рішення приймається одногосно, а отже, окремі думки виключені). Тож статистичні дані будуть стосуватися однотипних із процесуальної точки зору виробництв.

Нарешті, доцільним є розгляд даних діяльності суддів, чий термін повноважень завершено (цього критерію, на жаль, не вдається дотримуватися стосовно судді від України, оскільки термін повноважень В. Буткевича закінчився у 2008 році, а обрана 2010 року Г. Юдківська, як і раніше, є суддею ЄСПЛ).

З урахуванням цих міркувань розглянемо дані про діяльність судді від України Г. Юдківської (G. Yudkivska) (з 2010 р.). Відомості про діяльність її як судді стосовно подання окремих думок узагальнено в табл. 3.1.

Таблиця 3.1

Окремі думки, заявлені суддею Г. Юдківською

Рік	Усього постанов ЄСПЛ винесено (Велика Палата та Палата)	З них по скаргам проти України	З них з окремими думками (думками)	З них з думкою Г. Юдківською (враховуючи колективні)	З них думки Г. Юдківської про відсутність хоча б одного порушення зі сторони Туреччини	Думки Г. Юдківської по справам проти інших держав (враховуючи колективні)
2010	1381	85	6	2	-	-

¹ Статистичні відомості про скарги, які перебувають на розгляді ЄСПЛ, розміщені на офіційному сайті Суду (станом на 31 січня 2022 р.) [165].

2011	888	47	5	5	2	-
2012	887	46	6	-	-	5
2013	697	45	10	2	-	3
2014	682	27	5	1	1	8
2015	646	36	5	2	1	6
2016	680	39	3	-	-	6
2017	544	29	8	2	-	5
2018	477	23	4	3	-	7
2019	339	16	6	2	-	6
2020	391	13	1	-	-	5
2021	428	23	5	3	1	4

Цей приклад не є вичерпним, адже не містить аналізу всього масиву постанов ЄСПЛ, що не дозволяє підтвердити жодного з висловлених припущень. Лише за невеликою кількістю справ проти своїх держав судді заявляли окрему думку. Ще менше їх було направлено на обґрунтування позиції щодо відсутності порушення з боку держави-відповідача. Судді далеко не завжди ухвалювали рішення висловитися у спірних випадках (де інші члени колегії знайшли підстави для заяви окремої чи збіжної думки, зокрема і в резонансних справах); з наближенням до завершення строку повноважень будь-яких помітних змін у частоті подання або у змісті окремих думок також не спостерігається (радіше навпаки, можна відзначити зниження кількості окремих думок). Кількість думок, висловлених у справах проти інших держав, є загалом незначною.

При цьому далеко не завжди право заявити окрему думку було використано для захисту інтересів держави-відповідача. Серед яскравих прикладів, коли позиція суддів розходилася з позицією влади держави відповідача, можна назвати справи «Ертуґ проти Туреччини» («Ertuğ v. Turkey», скарга № 37871/08); «Навальний проти Росії» («Navalnyye v. Russia», скарга № 101/15).

Звичайно, ці міркування досить спрощують оцінку поведінки судді і навряд чи можуть повністю спростувувати саму можливість використання тексту його окремої думки як «індикатор лояльності».

Отже, висловлені побоювання в теорії не позбавлені підстав, проте цілком переборні у разі закріплення інституту окремої думки в тому чи іншому міжнародному судовому органі. Це залежить і від особистих якостей судді, і від авторитету судового органу та, ймовірно, нормативного регулювання – наприклад, закріплення певних гарантій для судді, який припинив роботу в міжнародному судовому органі і повернувся до своєї держави, або унеможливлення повторного призначення на посаду.

Е. Вотен, який докладно досліджував питання про неупередженість суддів міжнародних судів, щодо цього знайшов вдале формулювання: «судді ЄСПЛ є політично мотивованими акторами в тому сенсі, що вони мають переваги політичного характеру щодо найкращого застосування абстрактних прав людини у конкретних справах, а не в тому сенсі, що вони використовують судові повноваження для вирішення геополітичних завдань» [298, р. 432]. Дослідники загалом поділяють позицію у тому, що з підготовки окремої думки найбільше значення має саме особистість судді та його життєвий досвід.

Аналіз інституту окремих думок суддів у міжнародних судових органах демонструє практично ті ж тенденції, що й у національних правових системах. По-перше, відсутній єдиний стандарт щодо закріплення цього інституту, що поряд з невеликою кількістю заявлених окремих думок вкотре підтверджує його факультативний характер. У той же час, на відміну від національних правових систем, де відмова від окремих думок (або їх оприлюднення) тісно пов'язана із забезпеченням таємниці наради суддів і лише меншою мірою мотивується потенційною загрозою їх незалежності, саме другий аргумент, мабуть, є основним для міжнародного суду.

Цей аргумент пов'язує призначення чи перепризначення судді та демонстрацію його лояльності державі, здатній сприяти цьому призначенню чи перепризначенню. Водночас виявити будь-які конкретні загрози у цій сфері не вдається – високий статус і серйозний професійний відбір

міжнародних суддів, як і статус відповідних судових органів, мабуть, достатні для того, щоб розвіяти сумніви щодо цього.

По-друге, до окремих думок суддів міжнародних судових органів застосуємо висновок про непередбачуваність їхніх наслідків, зокрема щодо можливості та способу виконання їхніх рішень. Для міжнародного суду така проблема може бути серйозною перешкодою для затвердження його авторитету.

По-третє, міжнародні суди та окремі судді можуть водночас використовувати окремі чи збіжні думки суддів національних судів. Це стосується передусім вищих судів, враховуючи складність дозволених ними питань. У такого цитування, як видається, є позитивний потенціал, пов'язаний насамперед з можливістю пошуку компромісу або шляхів подолання суперечностей позицій більшості. Однак непередбачуваність наслідків, раніше зазначена нами як фактор, що збільшує недовіру до публічних окремих думок суддів, також може зіграти вагому роль у цьому, сигналізуючи, зокрема, про нестійкість національного судового органу. Цитування таких окремих думок міжнародним судом потенційно може створити для національного суду непросту ситуацію (особливо враховуючи, що спірна окрема думка сама по собі може бути заявлена в ситуації невизначеності чи кризи на національному рівні).

Тож можна зробити висновок, що, незважаючи на вагомість інституту окремої думки судді, окремі думки в міжнародних судах є доволі суперечливим явищем, що викликає неоднозначні оцінки і має як прихильників, так і не менш переконаних критиків. Применшувати або й зовсім знецінювати роль інституту окремої думки судді в демократичній державі не варто, оскільки йдеться насамперед про внутрішню незалежність судді [71].

З аналізу рішень міжнародних судів цілком зрозуміло, що окремі думки можуть бути добрими і не дуже, стриманими та вельми емоційними, неупередженими та вкрай упередженими. Вони можуть відображати підхід

судді до правової проблеми, вирішеної судом, а можуть виходити далеко за межі рішення та містити погляд судді не тільки на розвиток права, але й на більш глобальні проблеми, що не стосуються безпосередньо справи, яка розглядається. Вони можуть бути пройняті повагою до колег по суду, а можуть бути наповнені звинуваченнями на адресу більшості, яка з різних причин не взяла до уваги аргументи автора окремої думки. У всякому разі окремі думки мають використовуватися мудро.

Реалії сучасного правосуддя полягають у тому, що не існує процесуальних механізмів, які відокремлюють «хороші» окремі думки від «поганих», і все визначається лише стриманістю та характером самого судді, який опинився в меншості, а також культурою і традиціями самого суду. Що старший і авторитетніший суд, то він стійкіший до несподіванок, які можуть принести погані та невдалі окремі думки, то вищий у нього імунітет до таких думок.

Висновки до розділу 3

Окремі думки суддів є продуктом британської правової системи. Спочатку у вищих судах Англії (а пізніше і Сполучених Штатів) відомості про розподіл голосів суддів були відкритими і відігравали важливу роль для визначення сили прецеденту, навіть за відсутності заявлених окремих думок. Ці дані, таким чином, дозволяють реально прогнозувати стійкість позиції суду і можливість подальшої її зміни. Це своєю чергою обумовлює увагу до персонального складу суддів, наприклад, Верховного суду США і, зокрема, до пропозиції кандидатури судді конкретним президентом.

З історичної точки зору англо-американське право розрізняє три різні форми прийняття рішень судами у складі колегії: *seriatim* (лат. – «послідовно», «один за іншим»), «єдина думка суду» і свого роду «проміжний» варіант (мабуть, найбільш поширений зараз), при якому винесене судом колегіальне рішення може супроводжуватися окремими

думками суддів. Останні дві форми прийняття рішень, фактично, не відрізнялися одна від одної, оскільки у всіх випадках була відсутня заборона на заяву окремої думки, і «єдина думка суду» лише демонструвала прагнення до компромісу.

Seriatim, або «попередовна» форма колегіального судового рішення, зародилася у Великобританії і без значущих змін існувала практично до 1760 року. Досвід прийняття судових рішень у формі *seriatim* передався і британським колоніям. Спочатку судова система Сполучених Штатів Америки, незважаючи на значні відмінності, пов'язані з федеративною структурою держави і з більш чітким її оформленням, цілком сприйняла британський порядок винесення рішень. Перші американські юристи вивчали англійське загальне право і багато своїх позицій вибудовували на його основних принципах. Історично перше винесення рішення шляхом прийняття «єдиної думки суду» відбулося 1801 року у справі «Талбот проти Сімена». Ця справа стосувалася питання про винагороду за порятунок судна.

Практиці органів судового конституційного контролю відомі випадки, коли окремі думки суддів через певний час ставали основою для подальшої правозастосовної практики, фактично набуваючи чинності прецеденту, і, більше того, «затмарювали» основне рішення суду. Цей феномен у практиці Верховного суду США отримав назву, як ми вже згадували, «канонічних» окремих думок. Справа «Скотт проти Сенфорда» (1857) стосувалася визнання вільним громадянином Дредда Скотта, чорношкірого раба, який протягом деякого часу перебував на території «вільного» штату, де рабство було скасовано. Інше рішення Верховного суду США у справі «Плессі проти Фергюсона» (1896) підтримало концепцію «окремо, але не нарівні», встановлюючи конституційність поділу вагонів для темношкірих і білих у потягах.

Одним із найбільш спірних рішень Верховного суду тих років стало рішення у справі «Лохнер проти Нью-Йорка» (1905). У цій справі на підставі

14-ї поправки до Конституції США, що забороняє обмеження прав громадян поза встановленою законом процедурою, оскаржувалися норми трудового законодавства штату Нью-Йорк, що забороняють встановлення для пекарів тривалості робочого дня понад десять годин і робочого тижня – понад шістдесят. У справі «Ескола проти Компанії Кока-кола» Верховний суд штату Каліфорнія розглядав питання про відповідальність Компанії за заподіяння шкоди здоров'ю працівниці ресторану, в руках якої несподівано вибухнула пляшка кока-коли, поранивши її осколками.

Розглянута хронологія розвитку інституту окремих думок в англосаксонській правовій сім'ї спирається переважно на їх історію у Верховному Суді США, оскільки в цьому суді розвиток інституту окремих думок добре описано. Високий ступінь наукової розробленості проблематики окремих думок у США (і меншою мірою в Сполученому Королівстві) дозволяє зробити кілька узагальнень. По-перше, з історичної точки зору інститут окремих думок суддів в англосаксонській правовій сім'ї заснований не на праві судді заперечити колегам, а на його обов'язку озвучити власну думку і навести аргументи на її підтримку. Це свідчить про те, що окремі думки суддів у розглянутій правовій сім'ї виникли як спосіб процесуальної економії і для забезпечення однакового розуміння рішення суду. По-друге, формування концепції «єдиної думки» суду і розвиток погляду на окремі думки як факультативний (а часом і небажаний) елемент судового рішення ефективно сприяв зміцненню авторитету Верховного суду США, що зіграло критичну роль у вирішенні конституційних питань та становленні інституту окремої думки судді конституційної юстиції.

В європейських конституційних судочинствах у зв'язку з тим, що судові розгляди тут організовані переважно в письмовій формі, принцип гласності реалізується не повною мірою. З огляду на те, що конституційний судовий розгляд досить часто здійснюється в письмовій формі, йому фактично неможливо надати гласності. Проте, по-перше, принцип гласності реалізується не тільки на стадії судового розгляду, по-друге, він

реалізується не тільки в усній формі. На відміну від класичних судочинств, де досить часто дія принципу гласності обмежується стадією судового провадження, гласність конституційного судочинства притаманна всім стадіям судового конституційного процесу.

У багатьох країнах функція конституційного контролю покладена на спеціальну колегію Верховного суду і поширеність окремих думок суддів може бути пов'язана із забезпеченням єдності статусу суддів. Дещо інша ситуація виникає в разі, коли конституційний контроль здійснюється спеціалізованим органом, що має окремий статус у судовій системі країни. Подібне регулювання досить поширене і, має місце, наприклад, у Латвії, Литві, Румунії, Словаччині тощо. При цьому держави Східної Європи традиційно запозичують інститут окремої думки суддів конституційних судів разом з моделлю організації конституційного контролю – тобто з німецького правопорядку.

Станом на сьогодні право на окрему думку надзвичайно поширене в європейських державах. Переважно воно надане тільки суддям органів конституційного контролю або вищих судів, на відміну від суддів ординарних судів. Виняток становлять Іспанія, Естонія і низка держав Східної Європи, де право на подання окремої думки надано також суддям загальних судів. Окремо треба сказати про унікальний приклад Ірландії, де конституційно закріплена заборона на висловлення окремих думок з конституційних питань. У той час як зародження, розвиток і поширення права суддів на окрему думку в країнах англосаксонської правової сім'ї має досить «цілісну» і послідовну історію, практично для кожної країни романо-германської правової сім'ї історія окремих думок суддів індивідуальна.

ВИСНОВКИ

У роботі узагальнено наявні в юридичній літературі наукові положення та по-новому вирішено важливе наукове завдання з визначення правової природи окремої думки судді конституційної юстиції України та зарубіжних країн, її становлення та розвиток. У підсумку сформульовано такі основні результати:

1. З'ясовано, що правові позиції конституційного суду формують політико-правовий ландшафт, коригуючи взаємовідносини органів влади, уточнюючи правове становище особистості в державі. Інститут особливих думок слугує гарантом суддівської незалежності і дає змогу суддям позиціонувати себе не тільки частиною дискурсивного експертного співтовариства, а й суверенною особистістю, носієм і транслятором суб'єктивної творчої правової позиції. У конституційному судочинстві України сформувалася модель повної відкритості окремої думки судді КСУ, найвищим ступенем якої є публікація окремої думки разом із рішенням. Окрема думка судді КСУ не повинна мати конфіденційного характеру. У своїй діяльності КСУ керується поділом думок на два види: «розбіжні» (dissenting) і такі, що «збігаються» (concurring).

2. Зазначено, що стильова специфіка особливої думки зумовлена її персоналізованим, суб'єктивним характером, що виражається в емоційно-експресивних, образних, оціночних засобах. За своєю природою окрема думка судді конституційної юстиції є симбіозом компетентного (професійного) і доктринального (наукового) тлумачення, яке спирається на фундаментальні знання у сфері наукового світогляду авторитетних учених-правознавців. Суддя – автор окремої думки має переконати можливого читача у своїй правоті, показати, що його доводи більш обґрунтовані і глибокі, ніж позиція більшості суддів. Одним зі способів домогтися цього є застосування порівняльного методу в дослідженні поставленої юридичної

проблеми. Порівняльне правознавство дає змогу більш широко поглянути на досліджуване питання, залучити інші, зіставні із цим питанням приклади. Зокрема, органи конституційної юстиції багатьох країн звертаються до зарубіжного досвіду при ухваленні рішень. У рішеннях Конституційного Суду України, а також в окремих думках суддів аналізується досвід таких країн, як Австрія, Велика Британія, Німеччина, Іспанія, Італія, Канада, Латвія, Литва, Словаччина, США, Франція, Швейцарія, Швеція та ін.

3. Показано, що становлення інституту окремих думок 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 рішення. Ця процедура полягала в тому, що після заслуховування справи кожен суддя висловлював свою власну позицію щодо рішення без будь-яких нарад з колегами. Історично в судовій практиці склалися дві категорії особливих думок, що мають свої лінгвопрагматичні особливості: 1) особлива думка незгоди (*dissenting opinion*), яка, по суті, і є власне «окремою думкою», оскільки це випадки, коли суддя не приймає саму суть ухваленого рішення і голосує проти нього. 2) особлива думка згоди, або просто думка (*concurring opinion*), заявляється у випадках, коли суддя не має заперечень проти самого рішення колегії і приєднується до нього, проте або вважає наведені доводи чи шляхи вирішення правового спору невдалими, або привносить в аргументацію додаткові міркування.

4. Підкреслено, що окремі думки мають досить тривалу історію, що дає змогу виокремлювати тенденції їх розвитку. Найважливішими є послідовне і неухильне розширення можливостей для їхньої публікації. Так, у Німеччині окремі думки суддів Федерального конституційного суду стали публікувати 1971 року, майже через 20 років після його заснування. У Румунії це дозволено з 2004 року, хоча сам суд з'явився в 1992-му. Аналогічна ситуація спостерігається в Литві. Водночас, наприклад, в

Іспанії, Португалії, Естонії публікація окремих думок була дозволена з моменту створення там конституційних судів (в Естонії – Конституційної палати Верховного суду). Навіть у тих країнах, де окремих думок немає (Франція, Італія), конституційно-правова доктрина дедалі наполегливіше висловлюється на користь їхньої публікації. Таким чином, в історичній перспективі окремі думки суддів стануть неодмінним супутником судових рішень, а їх публікація – обов'язковою у всіх зарубіжних країнах.

5. Висловлення суддею окремої думки розглянуто як його невід'ємне право – як право судді на окрему думку. Це право містить два аспекти (структура окремої думки судді): 1) закріплення права судді заявити окрему думку (матеріальний аспект окремої думки судді, що визначає сам факт наявності відповідного права судді); 2) регламентація порядку та умов доступу до текстів цих окремих думок (процесуальний аспект окремої думки судді, що характеризує «зовнішні» прояви реалізації відповідного права судді). Практично в усіх конституційних судах, які створені в період активного поширення механізмів судового конституційного контролю, це право в тому чи іншому вигляді закріплено. Навпаки, у державах, де суддям конституційних судів окрему думку не надано (Італія, Франція), як правило, немає і спеціальних положень, які регламентують цей правовий інститут. Регламенти низки конституційних судів (наприклад, Хорватії, Латвії, Сербії) прямо дозволяють заяву колективних окремих думок суддів. Аналіз зарубіжного законодавства показує, що відсутність права заявити окрему думку не передбачає «альтернативних» процесуальних гарантій. У континентальних правових системах індивідуальні позиції суддів нерідко залишаються невідомими для громадськості. Це можна назвати спільною рисою романо-германського права і частково обумовлено призначенням інституту окремої думки в загальних судах

6. Наголошено що окремі думки суддів є продуктом британської правової системи. Спочатку у вищих судах Англії (а пізніше і Сполучених

Штатів) відомості про розподіл голосів суддів були відкритими і відігравали важливу роль для визначення сили прецеденту, навіть за відсутності заявлених окремих думок. З історичної точки зору інститут окремих думок суддів в англосаксонській правовій сім'ї заснований не на праві судді заперечити колегам, а на його обов'язку озвучити власну думку і навести аргументи на її підтримку. Окремі думки суддів у розглянутій правовій сім'ї виникли як спосіб процесуальної економії і для забезпечення однакового розуміння рішення суду. Формування концепції «єдиної думки» суду і розвиток погляду на окремі думки як факультативний (а часом і небажаний) елемент судового рішення ефективно сприяв зміцненню авторитету Верховного суду США, що зіграло вагому роль у становленні інституту окремої думки судді конституційної юстиції.

7. У країнах англосаксонської правової сім'ї, де право судді на особливу думку існує протягом тисячоліття, його умовно можна вважати «результатом розвитку традиційного британського порядку винесення рішень колегіально – *seriatim* (лат. – “по порядку”)). Спочатку цей порядок являв собою чергове вираження суддями своєї позиції. Далі, у 60-х роках XVIII ст., порядок видозмінився і суддям потрібно було відображати в письмовому рішенні результат досягнутого компромісу. У США із призначенням 1801 року на посаду Голови Верховного суду Дж. Маршалла отримала розвиток і стала пріоритетною концепція «єдиної думки», що зіграло ключову роль у становленні інституту окремої думки. Інститут окремої думки в країнах англосаксонської правової сім'ї заснований на обов'язку кожного судді висловити власні висновки по суті справи. Для судових органів, що здійснюють конституційний контроль у межах цієї правової сім'ї характерна майже повна відсутність спеціального нормативного регулювання інституту, його широке застосування, публічність окремих думок, відсутність значних обмежень (вимог) до змісту тощо.

8. У країнах романо-германського права інститути окремої думки пов'язані з правом судді побічно впливати на розгляд справи вищої інстанції, у тому числі без інформування сторін судового розгляду. Цей підхід відрізняється від реалізованого в країнах англо-саксонської правової сім'ї, алже в органах конституційної юстиції судді були позбавлені можливості звертатися до вищої інстанції, проте потреба в заяві заперечення збереглася та набула форми звернення до громадськості (народу), що зумовило переважно суспільний характер окремих думок. В органах конституційного контролю країн романо-германської правової сім'ї окремі думки суддів регулюються у профільному законодавстві та регламенті судів, при цьому на практиці окремі думки заявляються нечасто. Зроблено висновок, що практика заяви окремих думок у межах судового конституційного контролю у країнах романо-германської та англосаксонської правових систем подекуди відображає їх зближення в частині стилю викладу основного судового рішення. Винятки становлять окремі думки у верховних судах США та Великобританії, де спостерігається скорочення викладу думки судді аж до короткої вказівки на «згоду» із позицією автора основного рішення.

9. В Україні інститут окремої думки з'явився ще у XVIII ст., але реального значення протягом тривалого часу не мав. Історія конституційного правосуддя почалася ще до проголошення незалежності України. 3 червня 1992 р. зі створенням Конституційного Суду України почався новий етап у розвитку конституційного процесу. Відтоді зазначений закон приймався у нових редакціях двічі – у 1996 та 2017 роках. У Законі України «Про Конституційний Суд» було збережено право на окрему думку судді – судді Конституційного Суду. На сьогодні окрема думка судді Конституційного Суду України, який підписав рішення чи висновок, викладається суддею у письмовій формі і додається до рішення чи висновку Конституційного Суду України. Рішення і висновки Конституційного Суду України публікуються у «Віснику Конституційного Суду України» та в інших

офіційних виданнях України разом з окремою думкою суддів Конституційного Суду. Використання окремої думки українським органом конституційного контролю не є поодиноким явищем, а навіть навпаки – більшість рішень супроводжуються висловленням окремої думки.

10. Визначено особливу думку судді конституційної юстиції як факультативний, структурно-функціональний елемент судового рішення, що введений у текст рішення або додається до нього у вигляді окремого документа, який не має обов'язкової юридичної сили, проте існує в нерозривному логічному, семантичному і структурному зв'язку з основним судовим рішенням, що визначає його зміст і контекст та відрізняється індивідуальною аргументацією, емоційністю, образністю й оціненістю. Наведено ознаки окремої думки судді: 1) суб'єкт права на окрему думку; 2) добровільний характер; 3) публікується разом із рішенням, висновком; 4) відмінність позиції судді, який її висловлює, від позиції більшості суддів; 5) викладається у довільній письмовій формі; 6) відсутність юридичних наслідків; 7) офіційний характер. Сформульовано цілі окремої думки судді конституційної юстиції: 1) зовнішні цілі: зміна практики суду; зміна законодавства; роз'яснення громадськості та адвокатурі позиції суду; 2) внутрішні цілі: підвищення якості рішення суду, у процесі підготовки якого написані окремі думки; самовираження суддів.

11. Станом на сьогодні право на окрему думку надзвичайно поширене в європейських державах. Переважно воно надане тільки суддям органів конституційного контролю або вищих судів, на відміну від суддів ординарних судів. Виняток становлять Іспанія, Естонія і низка держав Східної Європи, де право на подання окремої думки надано також суддям загальних судів. Практика показує, що з виникненням гострих (складних) ситуацій, у яких судді робили позапроцесуальні зусилля для забезпечення доступності своїх окремих думок (Німеччина, Словаччина), законодавці відповідних держав, очевидно, роблять спробу виробити такий порядок їх

опублікування, який не завдавав би шкоди авторитету суду. Найбільш простим рішенням є в цьому сенсі повна відкритість окремих думок. На прикладі ФКС Німеччини показано, що, на відміну від Верховного суду США, збереження таємниці нарад було вихідним посилом для континентального конституційного правосуддя (у низці правових систем цей підхід зберігає актуальність). Відкритий характер окремих думок, навпаки, став додатковим способом забезпечення авторитету суду.

12. Становлення та розвиток права суддів на окрему думку у міжнародному правосудді пов'язано із країнами системи загального права. Окремі думки спочатку поширилися в міжнародному комерційному арбітражі, а потім проникли в міжнародні суди та арбітражі, що створюються для вирішення спорів за участю держав. Сьогодні окремі думки дозволені та використовуються з різним ступенем інтенсивності в МС ООН, у судах з прав людини (Європейський суд з прав людини), Міжнародному кримінальному суді та ін. Обґрунтовуючи необхідність впровадження окремих думок суддів у практику Європейського суду з прав людини виокремлено кілька груп причин, через які право суддів на окрему думку не знайшло відображення у Статуті та Регламенті цього Суду в момент його створення: історичні, організаційні та пов'язані з відбором суддів, а також «фундаментальні». Історичні причини пов'язані з тим, що держави, з ініціативи яких було створено цей судовий орган (Франція, Німеччина, Італія, Бельгія, Нідерланди та Люксембург), на момент його створення не мали окремих думок у межах своїх судочинств. Крім того, як зразок для Статуту суду та його Регламенту було взято провадження у французькій Державній Раді (Conseil d'Etat), у якій окремих думок немає і зараз. А за час, що минув з 1952 року, Європейський Союз розширився і включив країни, що активно підтримують практику заяви окремих думок, зокрема Великобританію, а деякі європейські країни, наприклад Німеччина, позитивно сприйняли інститут окремих думок – принаймні у Конституційному суді.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Бондаренко Б. Гарантії незалежності суддів Конституційного Суду України. *Український часопис конституційного права*. 2017. № 3 (4). С. 60–65.
2. Бориславська О. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз : монографія. Харків : Право, 2018. 384 с.
3. Білоскурська О. В. Конституційна доктрина в системі сучасних джерел конституційного права. *Часопис Київ. університету права*. № 3. 2019. С. 69 – 73.
4. Висновок Венеціанської комісії щодо пропозицій стосовно внесення змін до проекту Закону про внесення змін до Конституції щодо посилення незалежності суддів України (Страсбург, 10 грудня 2013 року, № 747/2013). URL: https://hcj.gov.ua/sites/default/files/field/-cdl_d_2013_034_2013_12_10.pdf (viewed on 22.03.2023).
5. Водянніков О. Пряма дія Конституції і розмежування юрисдикції між судами системи судоустрою і Конституційним Судом України. *Constitutionalist*. 2022. 3 серп. URL: <https://constitutionalist.com.ua/vodiannikov-o-priama-diia-konstytutsii-i-rozmezhuвання-iurysdyktsii-mizh-sudamy-systemy-sudoustroiu-i-konstytutsijnym-sudom-ukrainy/> (дата звернення: 22.01.2023).
6. Водянніков О. Ю. Роль окремої думки судді в розвитку конституційної юриспруденції. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2016. № 3 (86). С. 7–29. DOI: 10.32782/2306-9082/2022-48-1
7. Газін В. П., Копилов С. А. Новітня історія країн Європи та Америки 1945–2002 рр. : навч. посіб. для студ. іст. спец. вищ. навч. закл. / за ред. А. О. Копилова. Вид. 2, допов. Київ : Либідь, 2004. 624 с.
8. Гапотій В. Д., Жильцов О. Л., Воржевітіна Г. І. Основні правові системи світу : навч. посіб. Мелітополь : ФОП Однорог Т. В., 2019. 279 с.

9. Городовенко В. Окрема думка судді як творче осмислення предмета конституційного провадження. *Публічне право*. 2020. № 1 (37). С. 9–20.
URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/-gorodovenko_v._v._okrema_dumka_suddi_yak_tvorche_osmyslennya_predmeta_konstytuciynogo_provadzhennya_0.pdf (дата звернення: 12.02.2023).
10. Городовенко В. В. Конституційний Суд України як єдиний орган захисту Конституції України. *Новий шлях до права* : кол. моногр. / кер. авт. кол. А. О. Селіванов. Київ : Логос, 2021. С. 67–79.
11. Грін О. О. Конституційне право зарубіжних країн : навч. посіб. Ужгород, 2015. 183 с.
12. Гураленко Н. Свобода вибору як атрибутивна ознака суддівського розсуду. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 4. С. 292–304.
13. Демиденко В. О. Конституційний Суд України як рушій якісно нового етапу сучасної антикорупційної реформи. *Філософські, методологічні та психологічні проблеми права* : матер. VIII Всеукр. наук.-теорет. конф. (м. Київ, 26 листоп. 2020 р.). Київ : НАВС, 2020. С. 99–101.
14. Етика прокурора, судді, слідчого : навч. посіб. / Л. М. Гуртієва, О. В. Капліна, А. В. Лапкін та ін. ; тех. ред. Ю. Д. Батан ; за ред. А. В. Лапкіна, Г. Шмельцер. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2022. 284 с.
15. Євграфова Є. П. Доктрина у правовій науці і юридичній практиці. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 2 (73). С. 52–62.
16. Завгородній В. А. Вплив практики Європейського суду з прав людини на юридичну діяльність в Україні: теоретичний, методологічний і прикладний аспекти : монографія. Дніпро : Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2020. 536 с.
17. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ : ВАІТЕ, 2015. 392 с.

18. Застосування судами Конституції України: доктрина і практика / [Т. О. Анцупова та ін.] ; упоряд.: А. А. Єзеров, Д. С. Терлецький. Київ : ВАІТЕ, 2022. 604 с.
19. Івановська І. М. Конституційний Суд України та суди загальної юрисдикції: організаційно-правові та функціональні відмінності. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: матеріали III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Чернівці, 24–25 жовтня 2019 р.)*. Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2019. С. 18–21.
20. Камінська Н., Шаптала Н. Глобальний і європейський конституціоналізм: концептуалізація нових вимірів і цінностей. *Сучасні проблеми розвитку міжнародного та європейського права* : монографія / заг. ред. В. В. Копійки. Київ, 2023. 304 с.
21. Кібенко О. Окрема думка судді Верховного Суду – диверсія чи героїчний вчинок? *Юридична Газета online*. 2018. 20 серп. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/okrema-dumka-suddi-verhovnogo-sudu--diversiya-chi-geroyichniy-vchinok.html> (дата звернення: 20.06.2023).
22. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Європейська конвенція з прав людини) : міжнар. док. від 04.11.1950. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 22.01.2023).
23. Конституційне право : навч.-метод. посіб. / Д. С. Терлецький, М. В. Афанасьєва, Ю. Д. Батан [та ін.] ; за заг. ред. Д. С. Терлецького ; НУ «ОЮА». Одеса : Фенікс, 2023. 200 с. DOI: <https://doi.org/10.32837/11300.26048> (дата звернення: 12.02.2023).
24. Конституція України : Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 22.01.2023).

25. Копча В. В. Правозахисна функція держав Центральної Європи: теоретичні і порівняльно-правові аспекти : монографія. Херсон : Вид. дім «Гельветика», 2020. 396 с.
26. Костицький М. В., Камінська Н. В., Кушакова-Костицька Н. В. Перспективи вдосконалення діяльності Конституційного Суду України в умовах сучасних суспільних трансформацій. *ScienceRise: Juridical Science*. 2019. № 3 (9). С. 4–11. DOI: 10.32782/2524-0374/2022-9/19
27. Кресін О. В. Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій половині XIX століття: компаративна концентрація : монографія. Київ : Логос, 2017. 600 с.
28. Куйбіда Р., Сироїд О. Посібник із написання судових рішень. Київ : Дрім Арт, 2013. 224 с. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/-f/e/106527.pdf> (дата звернення: 22.01.2023).
29. Куп'янська А. М. «Окрема думка» як унікальний самостійний жанр судового дискурсу: практика зарубіжних судів. *Альманах права*. 2022. Вип. 13. С. 392–399.
30. Куп'янська А. М. Аргументація окремої думки судді в процесі конституційного судового контролю. *Права людини та публічне врядування в сучасних умовах : міжнар. правн. форум* (м. Чернівці, 10 черв. 2022 р.). Чернівці : Чернів. нац. ун-т ім. Юрія Федьковича, 2022. С. 253–256.
31. Куп'янська А. М. Використання доктринальних засад юридичної науки в окремих думках суддів Конституційного Суду України. *Часопис Київського університету права*. 2022. № 1. С. 32–37.
32. Куп'янська А. М. Вплив юридичної доктрини на окрему думку судді Конституційного Суду України. *Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах воєнного стану* : матер. наукового семінару

- (м. Львів, 23 черв. 2022 р.) / упор. М. В. Ковалів, М. Т. Гаврильців, Н. Я. Лепіш. Львів : ЛьвДУВС, 2022. С. 128–132.
33. Куп'янська А. М. Генеза інституту окремої думки в Конституційному Суді Литовської республіки. *Європейські перспективи*. 2022. № 2. С. 16–22.
34. Куп'янська А. М. Захист прав і свобод людини як основоположне завдання конституційної юстиції. *Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах війни та післявоєнний період* : наук. семінар (м. Львів, 23 черв. 2023 р.). Львів : ЛьвДУВС, 2023. С. 105–109.
35. Куп'янська А. М. Інститут особливих думок суддів конституційної юстиції як симбіоз компетентного та доктринального тлумачення. *Захист прав людини в Україні: сучасний стан та перспективи вдосконалення* : зб. тез Наук.-практ. круглого столу, присв. 74-й річниці проголошення Загальної декларації прав людини (м. Хмельницький, 9 груд. 2022 р.). Хмельницький : Хмельн. ун-т управл. та права ім. Леоніда Юзькова, 2022. С. 106–109.
36. Куп'янська А. М. Огляд іноземного досвіду становлення та розвитку інституту окремої думки судді конституційної юстиції (на прикладі ФКС ФРН). *Право.ua*. 2020. № 3. С. 18–24.
37. Куп'янська А. М. Окремі думки в міжнародному правосудді: доктрина та практика. *Порівняльно-аналітичне право*. 2023. № 3. С. 467–472.
38. Куп'янська А. М. Особлива думка судді Конституційного Суду України: практика ЄСПЛ та розбіжності в поглядах. *Visegrad journal on human rights*. 2021. № 4. С. 25–30.
39. Куп'янська А. М. Особливості інституту «особливої думки судді». *Гарантії та забезпечення прав людини в Україні: становлення, розвиток та перспективи* : зб. тез доп. та повідомл. за матер. круглого столу, присв. Міжнародному дню прав людини (м. Харків, 4 грудня 2022 р.). Харків : НЮУ ім. Ярослава Мудрого, 2022. С. 59–62. URL: <https://nauka.nlu.edu.ua/nauka/vnd/zbirnyky-naukovyh-konferenczij/>.

40. Куп'янська А. М. Особливості становлення та розвитку окремої думки в конституційних судах Східної Європи. *International scientific conference*. Riga, Latvia. 2020. С. 20–23.
41. Куп'янська А. М. Право на окрему думку судді Конституційного Суду України. *Правові виклики сучасності: законодавче реагування на геополітичні й історичні проблеми* : матер. III Міжнар. наук.-практ. онлайн-конф. (м. Чернівці, 6 груд. 2022 р.) / [редкол. : Н. Д. Гетьманцева (голова), О. В. Кіріяк (відпов. секр.) та ін.]. Чернівці : Чернів. нац. ун-т ім. Ю. Федьковича, 2022. С. 266–269.
42. Куп'янська А. М. Якість правових позицій Конституційного Суду України крізь призму застосування доктринальних положень вітчизняної та зарубіжної юридичної науки. *Правові засади організації та здійснення публічної влади* : зб. тез V Міжнар. наук.-практ. конф., присв. світлій пам'яті першого голови Конституційного Суду України Леоніда Юзькова (м. Хмельницький, 17 черв. 2022 р.). Хмельницький : Хмельн. ун-т управл. та права ім. Л. Юзькова, 2022. С. 216–219.
43. Куп'янська А. М., Санагурська Г. М. Вимоги до окремої думки судді конституційної юстиції: теоретичний аспект. *Сучасні напрями розвитку економіки, підприємництва, технологій та їх правового забезпечення* : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. / відп. за вип. проф. Б. Б. Семак. Львів : Вид-во Львів. торг.-екон. ун-у, 2020. С. 305–306.
44. Куп'янська А. М., Санагурська Г. М. Поняття, ознаки та функції окремої думки судді конституційної юстиції: теоретичний аналіз. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки*. 2019. Вип. 8. С. 83–93. DOI: <https://doi.org/10.36477/2616-7611-2019-08-09>.
45. Куфтирєв П. В. Суддівський розсуд в теорії права : монографія. Київ : Ін Юре, 2018. 230 с.

46. Кушніренко О. Г., Слінько Т. М. Окрема думка судді Конституційного Суду України як невід'ємна частина судового рішення. URL: <http://intkonf.org/kushnirenko-og-slinko-tm-okrema-dumka-suddi-konstitutsiynogosudu-ukrayini-yak-nevidemna-chastina-sudovogo-rishennya> (дата звернення: 22.01.2023).
47. Левандовська І. До питання визначення категорії «окрема думка судді» у сучасному конституційному праві. *Право України*. 2021. Вип. 9. С. 163–181.
48. Левандовська І. В. Окрема думка судді Конституційного Суду України як гарантія принципу незалежності: pro et contra. *Юридичний вісник*. 2021. № 3 (60). С. 97–102. http://www.law.nau.edu.ua/images/-Nauka/Naukovij_jurnal/2021/3-60/15.pdf (дата звернення: 22.03.2023).
49. Левківська В. М. Конституційний Суд України як елемент демократизації суспільних відносин. *Конституційно-правові академічні студії*. 2019. Вип. 1. С. 139–146.
50. Лемак В. В., Бадида А. А. Тлумачення права: проблеми визначення поняття, складу, практичної потреби. *Публічне право*. 2019. Вип. 4 (36). С. 133–143.
51. Лилак Д. Інститут окремої думки в конституційному судочинстві (порівняльний аналіз). *Вісник Кримінального Суду України*. 2011. № 4–5. С. 131–139.
52. Марченко А. А. Прецедентний характер рішень Конституційного Суду України. *Сайт Шостого апеляційного адміністративного суду*. URL: <https://baas.gov.ua/ua/proekty/articles/m/2215-pretседentnij-kharakter-rishen-konstitutsijnogo-sudu-ukrajini.html> (дата звернення: 20.06.2023).
53. Марчук В. П., Марчук Г. В. Історія політичних і правових вчень : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. Київ : ДП «Вид. дім «Персонал», 2009. 480 с.

54. Морозов Я. І. Доктрина «прихованих повноважень» президента: досвід України та США. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 3. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2023/19.pdf (дата звернення: 22.01.2023).
55. О Конституционном Суде Республики Казахстан : Конституционный закон Республики Казахстан от 05.11.2022 № 153-VII. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39441762&pos=675;-43#pos=675;-43 (дата звернення: 17.06.2023).
56. О Конституционном суде : Закон Азербайджанской Республики от 23.12.2003. URL: <https://constcourt.gov.az/ru/legislation/30> (дата звернення: 22.01.2023).
57. О Конституционном судопроизводстве в Республике Казахстан : Закон Республики Казахстан от 05.06.1992 № 1379-XII. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1001173&pos=191;-25#pos=191;-25 (дата звернення: 17.06.2023).
58. Окрема думка (збіжна) судді Конституційного Суду України Лемака В. В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України)» (щодо конституційного контролю змін до Конституції України після набрання ними чинності). База даних «Законодавство України» / ВРУ України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb02d710-22#Text> (дата звернення: 12.02.2023).
59. Окрема думка судді – що за процесуальний феномен? *Круглий стіл. Комітет з процесуального права та Комітет з конституційного права, адміністративного права та прав людини Асоціації правників України*. URL: <https://radako.com.ua/news/okrema-dumka-suddi-shcho-zaprocesualniy-fenomen> (дата звернення: 22.01.2023).

60. Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В. В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nd01d710-19#Text> (дата звернення: 22.01.2023).
61. Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В. В. стосовно Рішення у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 року № 13-р/2020. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb13d710-20#Text> (дата звернення: 03.02.2023).
62. Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В. В. стосовно Ухвали про закриття конституційного провадження у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень підпункту 17 пункту 10 постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 22 липня 2020 року № 641 зі змінами. *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show0-/nb02d71021#Text> (дата звернення: 18.06.2023).
63. Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В. В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо

відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України від 11 червня 2020 року № 7-р/2020, де підтвердженням наведеного є розуміння «визначеності» у практиці ЄСПЛ, зокрема й щодо норм кримінального права (рішення у справі «Jidic v. Romania» від 18 лютого 2020 р. (заява № 45776/16). *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nd07d710-20#Text> (дата звернення: 18.06.2023).

64. 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. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na07d710-18#Text> (дата звернення: 03.02.2023).
65. 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. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc05d710-18#Text> (дата звернення: 18.06.2023).
66. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М.І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення “на наступній черговій сесії

- Верховної Ради України”, яке міститься у статті 155 Конституції України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2016. № 2-3. С. 89–97. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vksu_2016_2-3_8 (дата звернення: 22.01.2023).
67. Окрема думка судді КСУ Стецюка П.Б. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року №2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України). *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb20d710-10#n2> (дата звернення: 21.03.2023).
68. Окрема думка судді КСУ – реалізація принципу верховенства права чи підрив авторитету органу конституційної юрисдикції? *LigaZakon*. URL: [https://jurliga.ligazakon.net/ru/analytics/182479_okrema-dumka-sudd-ksu--realzatsya-printsipu-verkhovenstva-prava-chi-pdriv-avtoritetu-organu-konstitutsyno-yurisdikts#:~:text=\(дата звернення: 20.03.2023\).](https://jurliga.ligazakon.net/ru/analytics/182479_okrema-dumka-sudd-ksu--realzatsya-printsipu-verkhovenstva-prava-chi-pdriv-avtoritetu-organu-konstitutsyno-yurisdikts#:~:text=(дата звернення: 20.03.2023).)
69. Окрема думка судді Ранзоні до Рішення ЄСПЛ у справі «M.S. проти України» («M.S. v. Ukraine») від 11.07.2017 (заява № 2091/13). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-175140> (дата звернення: 10.02.2023).
70. Окрема думка судді КСУ Шишкіна В.І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року №2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України). *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL:

- <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na20d710-10#n2> (дата звернення: 03.02.2023).
71. Окрема думка суддів Конституційного Суду України Городовенка В. В., Касмініна О. В., Юровської Г. В. стосовно Рішення КСУ у справі за конституційними скаргами Давимоки Олександра Григоровича, Бойка Миколи Вікторовича, Крюка Володимира Миколайовича, Токаренка Віталія Леонідовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 4 частини першої статті 97 Закону України «Про Національну поліцію» від 22.10.2020. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na12d710-20#Text> (дата звернення: 13.05.2023).
72. Окрема думка: інструмент впливу на судову практику чи підрив легітимності рішення. *Судебно-юридическая газета*. 2018. 26 нояб. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/129479-okrema-dumka-instrument-vplivu-na-sudovu-praktiku-chi-pidriv-legitimnosti-rishennya> (дата звернення: 13.05.2023).
73. Офіційний вебсайт Конституційного Суду України. URL: <https://ccu.gov.ua/> (дата звернення: 12.02.2023).
74. Панкевич О. З., Гаврильців М. Т. Конституційний Суд України: деякі дискусійні питання щодо його місця в сучасному механізмі держави. *Соціально-правові студії*. 2021. Випуск 4 (14). С. 12-19.
75. Паславська Н. Організація діяльності Федерального Конституційного Суду Федеративної Республіки Німеччина. *Вісник Львівського університету. Сер. юридична*. 2014. Вип. 59. С. 108–113.
76. Паславська Н. Т. Становлення та розвиток конституційної юстиції ФРН: історико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2015. 210 с.

77. Петрів І. М. Органи конституційної юстиції в Україні та державах Східної Європи: до питання про юридичну природу. *Правове життя сучасної України* : матер. Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу (м. Одеса, 16–17 трав. 2013 р.) / відп. за вип. В. М. Дрьомін ; НУ «ОЮА». Півд. регіон. центр НАПрН України. Одеса : Фенікс, 2013. Т. 1. С. 306–308.
78. Пінто де Альбукерке Пауло. Окрема думка. Шлях до справедливості / пер. з англ. та фр. В. А. Капліної ; упоряд., авт. передм. О. В. Капліна. Харків : Право, 2020. 552 с.
79. Подорожна Т. С. Правовий порядок: теоретико-методологічні засади конституціоналізації: монографія. Київ: Юрінком Інтер. 2016. 536 с.
80. Про Конституційний Суд України : Закон України від 13.07.2017 № 2136-VIII. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text> (дата звернення: 12.05.2023).
81. Регламент Конституційного Суду України : ухвал. Постановою Конституційного Суду України від 22.02.2018 № 1-пс/2018. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0001710-18#n12> (дата звернення: 22.03.2023).
82. Ремінська Ю. Доктрина «inherent powers»: конституційно-правове протиріччя vs невід’ємна правова традиція? (На прикладі правової системи США). *Слово Національної школи суддів України*. 2021. № 4 (37). С. 45–55. URL: http://slovo.nsj.gov.ua/images/pdf/2021/4_37_2021/reminska.pdf (дата звернення: 25.01.2023).
83. 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. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2015_3_8 (дата звернення: 18.06.2023).
84. Різник С. Про поняття конституційності нормативних актів. *Український часопис конституційного права*. 2020. № 2. С. 3–11.
85. Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції. Ужгород : Ліра, 2009. 372 с.
86. Савчин М. В. Конституційна юстиція та забезпечення конституційного порядку: 2005–2020 : монографія. Ужгород : РІК-У, 2020. 384 с.
87. Савчин М. В. Чому рішення КС важливі для конституційної демократії. *Закон і Бізнес*. 2018. 11–17 серп. URL: <https://zib.com.ua/ua/134065.html> (дата звернення: 03.02.2023).
88. Савчин М., Марчук Р. Конформне тлумачення Конституції та забезпечення єдності правової системи в діяльності Конституційного Суду України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 11. С. 44–52.
89. Селіванов А. Судовий конституціоналізм як ціннісна категорія інтеграційного напрямку конституціоналізації. *Вісник Конституційного Суду України*. 2015. № 3. С. 116–119.
90. Селівон М. Ф. Робота дослідницька, творча: відповіді на запитання редакції журналу. *Вісник Пенсійного фонду України*. 2003. № 6 (12).
91. Скрипнюк О. Роль Конституційного Суду України в процесі євроінтеграції України: сучасні реалії та перспективи. *Роль Конституційного Суду України в реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі* : зб. матер. Міжнар. конф. (м. Київ, 28 черв. 2022 р.). Київ, 2022. С. 153–166.
92. Сліденко І. Д. Тлумачення Конституції: питання теорії та практики в контексті світового досвіду. Одеса : Фенікс, 2003. 233 с.

93. Стрижак А. Конституційна реформа в Україні: передумови, мета та способи реалізації. *Віче*. 2014. № 23. С. 22–31.
94. Слінько Т. М., Ткаченко Є. В. Правова природа окремої думки судді Конституційного Суду України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2011. № 11. С. 53–59. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2011_11_11 (дата звернення: 22.01.2023).
95. Спільна окрема думка суддів Юнгвірта, Нуссбергер та Потоцького до Рішення ЄСПЛ у справі «Тимошенко проти України» від 30.04.2013 (заява № 49872/11). *База даних «Законодавство України» / ВР України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_924#n608 (дата звернення: 10.02.2023).
96. Сподарик М. Окрема думка судді органу конституційної юрисдикції: до питання про її роль та значення. https://law.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2020/05/Dopovid-_Spodaryk.pdf (дата звернення: 13.05.2023).
97. Стецюк П. «Кожна моя „окрема думка“ писалася як крик душі». *Юридичний вісник України*. 2019. № 46. (1219) 16–22 лист. 2018 р. С. 4.
98. Томенко М.В. Конституційний процес як пошук стратегічних пріоритетів України: монографія. ВПЦ «Київський університет», 2010. 299 с.
99. Хотинська-Нор О. Перспективи розвитку інституту окремої думки судді у цивільному судочинстві України. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 8 (246). С. 32–36.
100. Шаптала Н. К. Загальнолюдські цінності у конституційному судовому процесі: аксіологічні виміри. *Публічне право*. 2018. Спецвип. С. 206–212.
101. Шаптала Н. К. Філософсько-правові виміри доказування в конституційному судовому процесі : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.12 «філософія права» / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2019. 423 с.

102. Шаповал В. Шаповал В. Феномен конституційного права: монографія / Інститут законодавства Верховної Ради України. Київ, 2017. 422 с.
103. Шишкін В. Чому я був проти: окремі думки судді КСУ. Київ : Темпора, 2019. 760 с.
104. Щорічна інформаційна доповідь Конституційного Суду України за 2022 рік. URL: <https://heyzine.com/flip-book/1c6fea83f2.html#page/22> (дата звернення: 13.05.2023).
105. Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd (Engineers case) HCA 54; (1920) 28 CLR 129. *High Court of Australia*. URL: <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1920/54.html> (viewed on 22.01.2023).
106. Anand P. The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1965. No. 3. P. 788–808.
107. Auerbach D. R-E-S-P-E-C-T, Find Out What It Means to Scalia. *Lexicon valley*, 26 June 2015. URL: <https://slate.com/human-interest/2015/06/the-surprising-history-of-the-respectful-dissent-at-the-supreme-court.html> (viewed on 22.03.2023).
108. Baird V., Jacobi T. How the Dissent Becomes the Majority: Using Federalism to Transform Coalitions in the U.S. Supreme Court. *Duke Law Journal*. 2009. Vol. 59, no. 2. P. 183–238. URL: <http://www.jstor.org/stable/20684804> (viewed on 11.06.2023).
109. Baudenbacher C. Judicialization: Can the European Model be Exported to Other Parts of the World? *Texas International Law Journal*. 2004. Vol. 39.
110. Baum L. The Puzzle of Judicial Behavior. University of Michigan Press, 2009. P. 24–30.
111. Beckwith Ryan Teague. The Two Harshest Words Antonin Scalia Used Against Obamacare. *Time*. 25 June 2015. URL:

- <https://time.com/3935812/supreme-court-antonin-scalia-dissent/> (viewed on 22.03.2023).
112. Benda E., Klein E. Verfassungsprozessrecht. Bonn, 2001.
113. Bierlein B. Separation of powers and Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies. URL: https://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT_Bierlein_E.pdf (viewed on 22.03.2023).
114. Bloomberg S. Reform Through Resignation: Why Chief Justice Roberts Should Resign (in 2023). *Iowa Law Review Online*. 2021. Vol. 106. P. 17. URL: <https://ilr.law.uiowa.edu/online/volume-106/reform-through-resignation-why-chief-justice-roberts-should-resign-in-2023> (viewed on 12.02.2023).
115. Brian P. Smentkowski John Marshall – Chief Justice of the United States. *Encyclopedia Britannica*. URL: <https://www.britannica.com/biography/John-Marshall/Chief-justice-of-the-United-States> (viewed on 11.06.2023).
116. Bricker B. The (Very) Political Dissent: Dissenting Opinions and the Polish Constitutional Crisis. *German Law Journal*. 2020. Vol. 21. P. 1586–1605.
117. Bundesverfassungsgericht : website. URL: <https://jahresbericht.bundesverfassungsgericht.de/en/> (viewed on 12.02.2023).
118. Carter J. W. Dissenting opinions. *Hastings Law Journal*. 1953. Vol. 4. URL: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=carter> (viewed on 22.01.2023).
119. Cascajo Castro J. L. La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional Española. *Revista española de derecho constitucional*. 1986. Año nº6, Noº17, P. 171–188.
120. Case «Abrams v. United States» 250 U.S. 616 (1919) / United States Supreme Court. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/> (viewed on 20.03.2023).

121. Case «Atkins v. Virginia», 536 U.S. 304 (2002) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/> (viewed on 22.01.2023).
122. Case «Bank of Cyprus UK Limited v. Menelaou», 2015. *The Supreme Court*. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2013-0171.html> (viewed on 20.03.2023).
123. Case «Bent v. Platnick», 2020. *Supreme advocacy*. URL: <https://supremeadvocacy.ca/2020/09/10/bent-v-platnick-2020-scc-23-38374/> (viewed on 20.03.2023).
124. Case «Brown v. Board of Education of Topeka», 347 U.S. 483 (1954) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/> (viewed on 22.01.2023).
125. Case «Bush v. Gore», 531 U.S. 98 (2000) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/> (viewed on 20.03.2023).
126. Case «Carpenter v. US», 2018 / Supreme Court of the United States. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-402_new_o75q.pdf (viewed on 20.03.2023).
127. Case «De Silva v. The Queen», 2019. URL: <https://www.timebase.com.au/news/2020/AT04989-article.html> (viewed on 20.03.2023).
128. Case «Dred Scott v. Sandford», 60 U.S. 393 (1856) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/60/393/> (viewed on 13.05.2023).
129. Case «Escola v. Coca-Cola Bottling Co.», 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436 (1944) / Supreme Court of the United States. URL: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2d/24/453.html> (viewed on 11.06.2023).

130. Case «Greenman v. Yuba Power Products» 59 Cal. 2d 57 (1963) / Supreme Court of the United States. URL: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2d/59/57.html> (viewed on 11.06.2023).
131. Case «Lochner v. New-York» 198 U.S. 45 (1905) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/> (viewed on 11.06.2023).
132. Case «MacDonald v. Canada», 2020. URL: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/18199/index.do> (viewed on 20.03.2023).
133. Case «Marbury v. Madison», 5 U.S. 137 (1803) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/> (viewed on 11.06.2023).
134. Case «McPhillamy v. The Queen», 2018. URL: <https://www.timebase.com.au/news/2018/AT04816-article.html> (viewed on 20.03.2023).
135. Case «Minersville School District v. Gobitis» 310 US 586 (1940) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/586/> (viewed on 22.03.2023).
136. Case «Montréal (Ville) v. Octane Stratégie inc.», 2019. URL: <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2019/38066-38073-eng.pdf> (viewed on 20.03.2023).
137. Case «New State Ice Co. v. Liebmann» 285 U.S. 262, 280 (1932) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/262/> (viewed on 11.06.2023).
138. Case «Plessy v. Ferguson» 163 U.S. 537 (1896) / Supreme Court of the United States. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537> (viewed on 22.01.2023).

139. Case «Plessy v. Ferguson» 163 U.S. 537 (1896) / Supreme Court of the United States. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537> (viewed on 11.06.2023).
140. Case «Talbot v. Seeman» 5 US 1, (1801) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/1/> (viewed on 11.06.2023).
141. Case «The Queen v. Beckett», 2015. URL: <https://cdn.hcourt.gov.au/assets/cases/s94-2015/Beckett-SP.pdf> (viewed on 20.03.2023).
142. Case «West Virginia State Board of Education v. Barnette» 319 US 624 (1943) / Supreme Court of the United States. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/> (viewed on 22.03.2023).
143. Case of Khabirov v. Russia, ECHR 12 January 2022 (Application no 69450/10). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-212131> (viewed on 20.03.2023).
144. Constant B. Principes de Politique. Paris, 1815. 324 p.
145. Constitution of Ireland, July 1937. URL: [http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/\(WebFiles\)/1D450647230317178025861D005DDC82/\\$FILE/Constitution%20of%20Ireland%20-%20version%20uploaded%20to%20Supreme%20Court%20website%20on%2003.09.20.pdf](http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/(WebFiles)/1D450647230317178025861D005DDC82/$FILE/Constitution%20of%20Ireland%20-%20version%20uploaded%20to%20Supreme%20Court%20website%20on%2003.09.20.pdf) (viewed on 22.03.2023).
146. Constitutional Court of Republic of Albania : website. URL: <http://www.gjk.gov.al> (viewed on 22.01.2023).
147. Constitutional Court of the Czech Republic, decision Pl. ÚS 106/20 of 9.02.2021 (123/2021 Coll.). *Ústavní soud*. URL: <https://www.usoud.cz> (viewed on 22.01.2023).

148. Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice, December 12, 1907. URL: <http://www.ijrcenter.org/regional-communities/central-american-court-ofjustice/> (viewed on 20.06.2023).
149. Cross F. B., Tiller E. H. Understanding Collegiality on the Court. *Journal of Constitutional Law*. 2008. Vol. 10 (2). P. 257–271.
150. D. P. Currie Review of Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall. *American Historical Review*. 2000. P. 105.
151. Danilenko D. Le proces constitutionnel et le droit processuel. Marseille, 2008.
152. Decision 23/1990 (X. 31) Constitutional Court of Hungary. URL: <https://hunconcourt.hu/dontes/decision-23-1990-on-capital-punishment> (дата звернення: 22.01.2023).
153. Denti V. Per il ritorno al “voto di scissura” nelle decisioni giudiziarie. *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*. Milano : Giurè.Denti 1964, P. 3–6.
154. Derains Y. The Arbitrators’ Deliberation. *American University International Law Review*. 2012. Vol. 27. P. 915.
155. Dumas J.-P. Secret des juges. *Etudes offertes a Pierre Catala. Le droit prive fran ais a la fin du XX-me siecle*. Litec, 2001.
156. Dumbauld E. Dissenting opinions in international adjudication. *University of Pennsylvania Law Review*. 1942. Vol. 90. P. 929.
157. Dworkin R. A matter of principle. Oxford: Oxford University Press, 1985.
158. Dworkin R. L’Empire du Droit. Paris : PUF, 1994. 468 p.
159. Dworkin R. Law’s Empire. Harvard University Press, 1986. P. 225–226.
160. Eemeren F. H., Grootendorst R. A Systematic Theory of Argumentation. The pragmadialectical approach. New York : Cambridge University Press, 2004. 216 p.
161. Ehlermann C.-D. Reflections on the Appellate Body of the WTO. *Journal of International Economic Law*. 2003. No. 3. P. 695.

162. Entrikin L. J. Disrespectful Dissent: Justice Scalia's Regrettable Legacy of Incivility. *The Journal of Appellate Practice and Process*. 2017. Vol. 18. No. 201. P. 217.
163. Epstein L., Landes W. M., Posner R. A. Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. *University of Chicago Law & Economics*. 2010. January 20. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542834> (viewed on 10.02.2023).
164. European court of human rights judgment in the case of «Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria» of 28 June 2007 (Application no. 62540/00). URL: http://hrlibrary.umn.edu/research/bulgaria/AEIHR_M_Ekimdjiev_en1.pdf (viewed on 18.06.2023).
165. European Court of Human Rights : website. URL: https://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2022_BIL.PDF (viewed on 21.06.2023).
166. Federal Constitutional Court Act in the version of 11 August 1993. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (viewed on 16.06.2023).
167. Filip J. Dissent a konkurence v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Zjednocovanie a vývoj judikatúry ústavných súdov: zborník konferencie, 25.-27. októbra [2000]* Levoča. Košice: Ústavný súd Slovenskej republiky, 2000 P. 36.
168. Freixes T. La Pratique des Opinions Dissidentes en Espagne. *Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2000. No. 8. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr> (viewed on 03.02.2023).
169. From Consensus to Collegiality: The Origins of the 'Respectful' Dissent. *Harvard Law Review*. 2011. Vol. 124 (5). P. 1305–26. URL: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf (viewed on 22.03.2023).

170. Garg R. D. Phantom of basic structure of the Constitution. *Journal of the Indian Law Institute*. 1974. Vol. 16. No. 2. P. 243–269.
171. Garlicki L. Constitutional Courts versus Supreme Courts. *International Journal of Constitutional Law*. 2007. Vol. 5. No. 1. P. 44–68.
172. Gerber S. D. *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*. New York University Press, 1998. URL: <https://www.jstor.org/stable/j.ctt9qgf0m> (viewed on 11.06.2023).
173. Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. Ausfertigungsdatum: 12.03.1951. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BVerfGG.pdf> (viewed on 21.03.2023).
174. Gicquel J. L'autonomie de la procedure suivie par le Conseil constitutionnel. *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*. 2002.
175. Ginsburg R. Remarks on Writing Separately. *Washington Law Review*. 1990. Vol. 65 (1). P. 144.
176. Ginsburg R. B. Court Review: The Journal of the American Judges Association. 2006. URL: <https://digitalcommons.unl.edu/ajacourtreview/245/> (viewed on 11.06.2023).
177. Ginsburg R. B. Judicial Independence: The Situation of the U.S. Federal Judiciary. *Nebraska Law Review*. 2011. Vol. 85. URL: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol85/iss1/2> (viewed on 10.02.2023).
178. Ginsburg R. B. The role of Dissenting Opinions. *Minnesota Law Review*. 2010. Vol. 95 (1).
179. Giurisprudenza Costituzionale del'anno 2013. Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 27 febbraio 2014. URL: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/Relazione_Giur_20140227.pdf (viewed on 16.06.2023).

180. Goźdź-Roszkowski S. Communicating Dissent in Judicial Opinions: A Comparative, Genre-Based Analysis. *International Journal for the Semiotics of Law*. 2020. Vol. 33. P. 381–401.
181. Grant J. E., Florén-Romer M., Stone S. D. [et.al.] Guide to Cuban law and legal research. *International Journal of Legal Information*. 2017. Vol. 45.2. P. 121. URL: <https://doi.org/10.1017/jli.2017.22> (viewed on 17.06.2023).
182. Great American Court Cases. Vol. 3. Detroit: The Gale Group, 1999. P. 46–48.
183. Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Updated on 31 August 2022. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf (viewed on 20.03.2023).
184. Guide to Judicial Conduct (2019). URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/guide-to-judicial-conduct.pdf> (viewed on 10.02.2023).
185. Hambro E. Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice. *Zeitschrift fur ausladisches offentliches Recht und Volkerrecht*. 1956/57. Vol. 17. P. 322.
186. Henderson M. T. From seriatim to consensus and back again. *Public law and Legal Theory Working*. Paper no. 186. 2007 (rev. 2008).
187. Holmes O. W. The Common Law. Cambridge, Massachusetts and London, England, 2009. P. 3.
188. Holmes O. W. The path of the law. *Harvard Law Review*. 1897. Vol. 10. No. 8. P. 457–478.
189. How The Court Works. Drafting and Releasing Opinions. *Supreme Court Historical Society: website*. URL: http://supremecourthistory.org/htcw_opinions.html (viewed on 13.05.2023).
190. Iacobucci F. “Foreword”. *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World* / ed. Kate Malleson and Peter H.

- Russell, Un. of Toronto Press, 2006. URL: <http://www.jstor.org/stable/10.3138/9781442670921.3> (viewed on 10.02.2023).
191. Jackson J., Kovalev N. Lay adjudication and human rights in Europe. Lay adjudication and human rights in Europe. 2006. January. URL: https://www.researchgate.net/publication/291005283_Lay_adjudication_and_human_rights_in_Europe (viewed on 10.02.2023).
192. Jefferson T. The Works: vol. 12: Correspondence and Papers 1816–1826 / ed. Ford P. L. G. P. Putnam's Sons, 1905. URL: <https://oll.libertyfund.org/title/ford-the-works-vol-12-correspondence-and-papers-1816-1826> (viewed on 11.06.2023).
193. Judgment Her Majesty's Attorney General (Respondent) v Crosland (Appellant), 20 December 2021. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2021-0160-judgment.pdf> (viewed on 11.06.2023).
194. Judgment in the matter of T (A Child) (Appellant), 30 July 2021. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0188-judgment.pdf> (viewed on 11.06.2023).
195. Kelemen K. Dissenting Opinions in Constitutional Courts. *German Law Journal*. 2013. Vol. 14 (8). P. 1345–1371. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200002297>
196. Kelemen K. Judicial dissent in European constitutional courts: A Comparative and Legal Perspective. London : Routledge, 2018. 226 p.
197. Kelemen K. The Road from Common Law to East-Central Europe: The Case of the Dissenting Opinion. *Legal and Political Theory in the Post-National Age*. Frankfurt [etc.], Peter Lang Publ., 2011.
198. Kellogg F. R. Oliver Wendell Holmes. *Legal Theory, and Judicial Restraint*. Cambridge University Press, 2007. P. 118–120.

199. Kriminaalmenetluse seadustik. Riigi Teataja 1 1995. 6/8, 69; 2000, 56, 369. URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/106012016019> (viewed on 16.06.2023).
200. Krishnakumar A. S. On the evolution of the canonical dissent. *Rutgers Law Review*. 2000. Vol. 52. P. 788–790.
201. La Cour constitutionnelle de Turquie : website. URL: https://www.anayasa.gov.tr/media/6861/norm_istatistik_french.pdf (viewed on 12.02.2023).
202. Laffranque J. Dissenting Opinion and Judicial Independence. *Juridica International*. 2003. № VIII. P. 162–172. URL: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2003_1_162.pdf (viewed on 16.06.2023).
203. Laffranque J. Dissenting Opinion in the European Court of Justice – Estonia’s Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System. *Juridica international*. 2004. Vol. IX.
204. Landmark Decisions of the United States Supreme Court. Vol. 1. San Diego, Cal.: Excellent Books, 1992. P. 15–21.
205. Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court. London, 1958. P. 66.
206. Legge costituzionale 22 novembre 1999, No. 1 «Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale No. 299 del 22 dicembre 1999. URL: <https://www.parlamento.it/parlam/leggi/99001lc.htm> (viewed on 16.06.2023).
207. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *BOE*. núm. 7, de 8 de enero de 2000. URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-323> (viewed on 16.06.2023).

208. Ley No. 141, Código de Procesos. *la Gaceta Oficial de la República Ordinaria*. No. 138 de 7 de Diciembre 2021, art 141.1. Gaceta Oficial. URL: https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2021-o138_0.pdf (viewed on 17.06.2023).
209. Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977. *la Gaceta Oficial de la República Ordinaria*. No. 32 de 15 de agosto de 1977, art. 45. Gaceta Oficial. URL: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-no-5-ley-de-procedimiento-penal> (viewed on 17.06.2023)/
210. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. *BOE*. núm. 239, de 05/10/1979. URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709&b=120&tn=1&p=20070525#anoventa> (viewed on 16.06.2023).
211. Limbach J. The Concept of the Supremacy of the Constitution. *The Modern Law Review*. 2001. Vol. 64. No. 1. P. 1.
212. Lindblom P. H. The role of the Supreme courts on Scandinavia. *Stockholm institute for Scandinavian law*. URL: <https://scandinavianlaw.se/pdf/39-15.pdf> (viewed on 22.03.2023).
213. Livni Ephrat. "I Respectfully Dissent": The art of throwing shade in a SCOTUS dissent. *Quartz*, 20 June 2019. URL: <https://qz.com/1648101/the-art-of-throwing-shade-in-a-scotus-dissent/> (viewed on 22.03.2023).
214. Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). URL: https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-06-17-90/KAPITTEL_4-9#KAPITTEL_4-9 (viewed on 22.03.2023).
215. Lynch A. Dissent: the rewards and risks of judicial disagreement in the High Court of Australia. *Melbourne University Law Review*. 2003. No. 27 (3). URL: <http://www5.austlii.edu.au> (viewed on 22.01.2023).
216. Lynch A. The Impact of Dissenting Opinions Upon the Development of Australian Constitutional Law: PhD Thesis. Sydney, 2005. 530 p.

217. Maliska M. A. Constitutional reform in Brazilian Constitutional Law: historical, theoretical and normative perspective. *Конституційна реформа в Україні: досвід країн Центральної і Східної Європи* : зб. матер. Другої міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 16 жовт. 2020 р.) / упоряд. І. Д. Софінської ; НУ «Львівська політехніка». Львів : Каменяр, 2020. 278 с.
218. Martinez-Fraga P., Samra H. A Defense of Dissents in Investment Arbitration. *University of Miami Inter-American Review*. 2012. Vol. 43. P. 445–479.
219. Mastor W. Les opinions separees des juges constitutionnels. P., 2005.
220. Maveety N. The Pioneers of Judicial Behaviour. University of Michigan Press, 2002.
221. Mészáros L. Obsahové a formálno právne poňatie votum separatum a jeho úloha pri zjednocovaní judikatúry ústavného súdu. *Zjednocovanie a vývoj judikatúry ústavných súdov* : zborník konferencie, 25.-27. októbra [2000] Levoča. Košice : Ústavný súd Slovenskej republiky, 2000. P. 115–116.
222. Millgramm K.-H. Separate Opinion und Sondervotum. *Der Rechtsprechung des Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin, 1985.
223. Mistry H. The Paradox of Dissent: Judicial Dissent and the Projects of International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice*. 2015. Vol. 13. P. 449–474.
224. Morgan D. G. The Origin of Supreme Court Dissent. 1953. P. 353–354.
225. Murphy W. Elements of Judicial Strategy. Chicago, 1964. P. 61.
226. Nadelmann K. H. Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany. *American Journal of Comparative Law*. 1964. Vol. 13. P. 272.
227. Nadelmann Kurt H. The Judicial Dissent: Publication v. Secrecy. *The American Journal of Comparative Law*. 1959. Vol. 8 (4). P. 415–432.

228. Northern Securities Co. v. United States 193 U.S. 197 at 400 (1904). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/193/197/> (viewed on 20.06.2023).
229. Ó Tuama S. Judicial review under the Irish Constitution: More American than Commonwealth. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2008. Vol. 12 (2). URL: <http://www.ejcl.org/122/art122-2.pdf> (viewed on 17.06.2023).
230. Oldham J. Review: From Blackstone to Bentham: Common Law versus Legislation in Eighteenth-Century Britain. *Michigan Law Review*. 1991. No. 32. P. 89.
231. Oneto L. P. Le opinioni dissenzienti dei giudici della Corte costituzionale tedesca. *Annali della Facoltà di Scienze Politiche di Genova*. 1976–1977. P. 1087.
232. Opinion of the Constitutional Court of the Slovak Republic I. US 48/99 č. 43/99 of December 20, 1999. URL: https://www.ustavnysud.sk/documents/10182/992304/43_99a.pdf/cf0beb9c-6215-497d-b2aa-50335c28b7b4 (viewed on 17.06.2023).
233. Order of the Vice-President of the Court 14 July 2021. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=244199&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=42624349> (viewed on 10.02.2023).
234. Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/ordonnance-n-58-1067-du-7-novembre-1958-portant-loi-organique-sur-le-conseil-constitutionnel> (viewed on 12.02.2023).
235. Overview of the case Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia) / Міжнародний суд ООН. URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/102> (viewed on 13.05.2023).
236. Perju V. Reason and Authority in the European Court of Justice. *Virginia Journal of International Law*. 2009. No 2.

237. Pizzorusso A. Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. RIDC, 1981.
238. Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus. Riigi Teataja 1 2002, 29, 174. URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/12849846> (viewed on 16.06.2023).
239. Polzin M. The Basic Structure Doctrine and its German and French Origins: a tale of migration. *Indian Law Review*. 2021. Vol. 5. No. 1. P. 45–61.
240. Posner R. A. Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach. *Florida State University Law Review*. 2005. Vol. 32. No. 4. P. 1260.
241. Pritchett H. The Divided Supreme Court, 1944–1945. *Michigan Law Review*. 1945. Vol. 44 (3). P. 427–442.
242. Quick Brenda Jones Whatever Happened to Respectful Dissent? *ABA Journal*. 1991. Vol. 77 (6). P. 62–63. URL: <http://www.jstor.org/stable/20761575> (viewed on 22.03.2023).
243. Raffaelli R. Dissenting opinion in the Supreme Courts of the member states. Strasbourg : European Parliament, Policy department C: Citizens' rights and constitutional affairs, 2012.
244. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. GAZ núm. 260, de 17/09/1882. URL: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con) (viewed on 20.03.2023).
245. Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. *Gaceta de Madrid*. núm. 36, de 5 de febrero de 1881. URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1881-813> (viewed on 16.06.2023).
246. Redfern A. Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly. *Arbitration International*. 2004. No. 3. P. 225–226.
247. Règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 № 173.110.131. URL: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/834/fr> (viewed on 22.03.2023).

248. Report of Chavalier Descamps, rapporteur of the Third Commission / Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899. New York, 1920.
249. Report of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives № 111-466. Carmelo Rodriguez Military Medical Accountability Act of 2009. P. 7. URL: <https://www.congress.gov/congressional-report/111th-congress/house-report/466/1?q=%7B%22search%22%3A%5B%22Carmelo+Rodriguez+Military%22%5D%7D&s=1&r> (viewed on 13.05.2023).
250. Report of the Committee on the Judiciary of the House of Representatives № 115-859. Private Property Rights Protection Act of 2017. P. 11–12. URL: <https://www.congress.gov/congressional-report/115th-congress/house-report/859/1?q=%7B%22search%22%3A%5B%22Judiciary+2005%22%2C%22Judiciary%22%2C%22Private+Property%22%5D%7D&s=1&r=3> (viewed on 13.05.2023).
251. Report on Separate Opinions of Constitutional Courts, adopted by the Venice Commission at its 117th Plenary Session (Venice, 14–15 December 2018) No. 932/2018. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2018\)030rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2018)030rev-e) (viewed on 21.03.2023).
252. Report on the Freedom of expression of Judges, adopted by the Venice Commission at its 103rd Plenary Session (Venice, 19–20 June 2015), CDL-AD(2015)018-e. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2015\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2015)018-e) (viewed on 20.03.2023).
253. Report on the Independence of the Judicial System. Part I: Independence of Judges. Adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12–13 March 2010). URL: <https://rm.coe.int/1680700a63> (viewed on 21.03.2023).

254. Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (viewed on 20.06.2023)/
255. Rorig M. T. Pico C. G. L'opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht e del Tribunal Constitucional spagnolo (1994–2009). URL: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_opinione_dissenziente_12012010.pdf (viewed on 16.06.2023).
256. Rules of procedure / The Constitutional Court of the Republic of Serbia. URL: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/238-101921/rules-of-procedure> (viewed on 20.03.2023).
257. Rules of the Supreme Court of the United States 2017. Rule 41. URL: <https://www.supremecourt.gov/filingandrules/2017RulesoftheCourt.pdf> (viewed on 13.05.2023).
258. Rupp H.-G. Zur Frage der Dissenting Opinion. *Die modern demokratie und ihr Recht. FS für Gerhard Leibholz*. Tübingen : Mohr, 1966. Vol. II.
259. Safta M. The Role of Dissenting and Concurring Opinions in the Constitutional Jurisdiction. *Perspectives of Law and Public Administration. Societatea de Stiinte Juridice si Administrative (Society of Juridical and Administrative Sciences)*. 2016. November. Vol. 5 (1). P. 210.
260. Saks M. J., Spellman B. A. *The Psychological Foundations of Evidence Law*. New York University Press, 2016. 320 p.
261. Sanja K. Ivković Ears of the Deaf: The Theory and Reality of Lay Judges in Mixed Tribunals. *Chicago-Kent Law Review*. 2015. Vol. 90 (1031). URL: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol90/iss3/11> (viewed on 10.02.2023).
262. Sarmiento Lamus A. D. *The proliferation of dissenting opinions in international law: A comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and IACtHR* : Doctoral Thesis. Leiden, 2020. 265 p.

263. Satversmes tiesas likums. URL: <https://likumi.lv/doc.php?id=63354> (viewed on 22.03.2023).
264. Satversmes tiesas reglaments. URL: <https://likumi.lv/ta/id/264317-satversmes-tiesas-reglaments> (viewed on 22.03.2023).
265. Scalia A. The Dissenting Opinion. *Journal of Supreme Court History*. 1994. URL: http://supremecourthistory.org/pub_journal_1994.html (viewed on 13.05.2023).
266. Schwartz H. The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe (Constitutionalism in Eastern Europe). 2002. P. 13–14.
267. Segal J. A. Judicial Behavior. *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford University Press, 2011. P. 276–286. URL: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-014> (viewed on 10.02.2023).
268. Sillen J. The concept of “internal judicial independence” in the case law of the European Court of Human Rights. *European Constitutional Law Review*. 2019. Vol. 15. P. 104–133.
269. Šimáčková K. 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, 2021. P. 1–5. URL: https://echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Simackova_Rule_of_Law_ENG.pdf (viewed on 22.03.2023).
270. Simon J. F. What Kind of Nation: Thomas Jefferson, John Marshall, and the Epic Struggle to Create a United States, NY, Simon and Schuster, 2003.
271. Slidenko I. The politicization of the constitutional courts: causes and consequences (theses). *Constitutional Justice and Politics*: International Congress on European and Comparative Constitutional Law (Regensburg, 14–15 October 2016). Kosice, 2020. P. 221–223.

272. Smyth C. John Marshall, Father of the Supreme Court. London ; New York : Funk & Wagnalls, 1931. P. 5.
273. Soper E. P. Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute. *Michigan Law Review*. 1977. Vol. 75 (473). URL: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol75/iss3/2> (viewed on 10.02.2023).
274. Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia). URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/102/102-20021217-JUD-01-02-EN.pdf> (viewed on 13.05.2023).
275. Stat Pack for the Supreme Court's 2020-21 term July 2, 2021. URL: <https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2021/07/Final-Stat-Pack-7.6.21.pdf> (viewed on 11.06.2023).
276. Statute of the International Court of Justice, June 26, 1945. URL: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf (viewed on 21.06.2023).
277. Suetina O. G., Serebriakova S. V. The Types of Intertextual Connections in the Judicial Discourse. *The European Proceedings of Social & Behavioural Sciences EpSBS*. 2020. Vol. 92. London : Future Academy, 2020. P. 2445–2452.
278. Sunstein C. R. Unanimity and Disagreement on the Supreme Court. *Cornell Law Review*. 2015. Vol. 100 (769). URL: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss4/2-805-807> (viewed on 11.06.2023).
279. Supreme Court UK. URL: <https://www.supremecourt.uk/> (viewed on 11.06.2023).
280. Supreme Court Appointment Process: President's Selection of a Nominee. URL: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44235.pdf> (viewed on 10.02.2023).
281. Texas Monthly, Inc. v. Bullock, 489 U.S. 1 (1989). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/1/> (viewed on 22.03.2023).

282. The Child Poverty Action Group v Secretary of State for Work and Pensions, 2010. *The Supreme Court*. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0202.html> (viewed on 20.03.2023).
283. The Constitutional Court's of Hungary Rules of Procedure. URL: <http://hunconcourt.hu/rules-of-procedure> (viewed on 22.03.2023).
284. The Financial Conduct Authority v Arch Insurance Ltd and others, 2021. *The Supreme Court*. URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0177-judgment.pdf> (viewed on 20.03.2023).
285. The Law of Azerbaijan Republic on Constitutional Court. URL: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/71141/92591/F1634400926/AZE71141.pdf> (viewed on 22.03.2023).
286. The Oxford Companion to the High Court of Australia / eds. by T. Blackshield, M. Coper and G. Williams. Oxford University Press, 2001. URL: <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195540222.001.001/acref-9780195540222> (viewed on 20.03.2023).
287. The Rompetrol Group N.V. v Romania, ICSID Case No. ARB/06/3 April 18, 2008, para. 85. Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility. URL: <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-the-rompetrol-group-n-v-v-romania-award-monday-6th-may-2013> (viewed on 20.06.2023).
288. The Rules of Procedure of the Constitutional Court of the Republic of Croatia. URL: https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/Editorially_revised_and_consolidated_text_of_the_Rules_of_Procedure_of_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia.pdf (viewed on 20.03.2023).
289. The Rules of the Constitutional Court. URL: <https://lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-rules-of-the-constitutional-court/1973> (viewed on 20.03.2023).

290. Tribe L. H. Respecting Dissent: Justice Ginsburg's Critique of the Troubling Invocation of Appearance. *Harvard Law Review*. 2013. Vol. 127 (1). P. 478–80. URL: <http://www.jstor.org/stable/23741413> (viewed on 22.03.2023).
291. Trocsanyi L., Horvath A. La pratique des opinions dissidentes en Hongrie – Les opinions individuelles en Hongrie: une institution. *Cahiers du Conseil constitutionnel*. No.°8 (Dossier : Débat sur les opinions dissidentes). Juillet 2000. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-hongrie-les-opinions-individuelles-en-hongrie-une> (viewed on 20/03/2023).
292. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. Riigi Teataja 1 1998, 43/45, 666. URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/109042021017> (viewed on 16.06.2023).
293. Ulmer S. Sidney. Dissent Behavior and the Social Background of Supreme Court Justices. *The Journal of Politics*. 1970. Vol. 32. No. 3. P. 580–598. URL: <https://doi.org/10.2307/2128832> (viewed on 10.02.2023).
294. United Nation: Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice. *The American Journal of International Law*. 1945. Vol. 39 (1). P. 1–56. DOI: 10.2307/2213798 (viewed on 13.05.2023).
295. Valuta A. Atskirosios nuomonės institutas Lietuvos konstitucinės justicijos procese: raida ir tobulinimo perspektyvos. *Teisė*, 2019. Vol. 110. P. 136–137.
296. Van den Berg A. Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration / Looking to the Future: Essays on International Law. M. Leyden, 2010. P. 821–843.
297. Vermeule A. Should We Have Lay Justices? *Stanford Law Review*. 2007. Vol. 59 (6). P. 1569–1611. URL: <http://www.jstor.org/stable/40040396> (viewed on 10.02.2023).
298. Voeten E. The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights. *American Political Science Review*. 2008. Vol. 102 (4). P. 432.

299. Walker T. G., Epstein L. and Dixon W. J. On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court. *The Journal of Politics*. 1988. Vol. 50 (2). P. 361–89. URL: <https://doi.org/10.2307/2131799> (viewed on 11.06.2023).
300. Wells M. French and American Judicial Opinions. *Yale Journal of International Law*. 1994. Vol. 19. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/72837603.pdf> (viewed on 10.02.2023).
301. Witting C. E. The Occurrence of Separate Opinions at the Federal Constitutional Court. An analysis with a Novel Database. Mannheim : Logos Verlag Berlin, 2016. 178 p.
302. Woll P. Constitutional law: Cases and Comment. New Jersey : Englewood Cliffs, 1981. 923 p.
303. Zagrebelsky G. La pratique des opinions dissidentes en Italie. *Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2000. No. 8. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-italie> (viewed on 03.02.2023).
304. Zakon o Ústavnom súde Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov z 24. Októbr 2018. URL: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/314/20210101> (viewed on 22.03.2023).

ДОДАТКИ

Додаток А

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА,

у яких опубліковані основні наукові результати дисертації відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 12 січня 2022 року № 44:

1. Куп'янська А. М., Санагурська Г. М. Поняття, ознаки та функції окремої думки судді конституційної юстиції: теоретичний аналіз. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки*. 2019. Вип. 8. С. 83–93. DOI: <https://doi.org/10.36477/2616-7611-2019-08-09>.

2. Куп'янська А. М. Огляд іноземного досвіду становлення та розвитку інституту окремої думки судді конституційної юстиції (на прикладі ФКС ФРН). *Право.ua*. 2020. № 3. С. 18–24.

3. Куп'янська А. М. Генеза інституту окремої думки в Конституційному Суді Литовської республіки. *Європейські перспективи*. 2022. № 2. С. 16–22.

4. Куп'янська А. М. «Окрема думка» як унікальний самостійний жанр судового дискурсу: практика зарубіжних судів. *Альманах права*. 2022. Вип. 13. С. 392–399.

5. Куп'янська А. М. Окремі думки в міжнародному правосудді: доктрина та практика. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. № 3. С. 467–472.

інші:

6. Куп'янська А. М. Особлива думка судді Конституційного Суду України: практика ЄСПЛ та розбіжності в поглядах. *Visegrad journal on human rights*. 2021. № 4. С. 25–30.

7. Куп'янська А. М. Використання доктринальних засад юридичної науки в окремих думках суддів Конституційного Суду України. *Часопис Київського університету права*. 2022. № 1. С. 32–37.

які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

8. Куп'янська А. М. Особливості становлення та розвитку окремої думки в конституційних судах Східної Європи. *International scientific conference*. Riga, Latvia. 2020. С. 20–23.

9. Куп'янська А. М., Санагурська Г. М. Вимоги до окремої думки судді конституційної юстиції: теоретичний аспект. *Сучасні напрями розвитку економіки, підприємництва, технологій та їх правового забезпечення : матер. Міжнар. наук.-практ. конф.* / відп. за вип. проф. Б. Б. Семак. Львів : Вид-во Львів. торг.-екон. ун-у, 2020. С. 305–306.

10. Куп'янська А. М. Аргументація окремої думки судді в процесі конституційного судового контролю. *Права людини та публічне врядування в сучасних умовах : міжнар. правн. форум* (м. Чернівці, 10 черв. 2022 р.). Чернівці : Чернів. нац. ун-т ім. Юрія Федьковича, 2022. С. 253–256.

11. Куп'янська А. М. Якість правових позицій Конституційного Суду України крізь призму застосування доктринальних положень вітчизняної та зарубіжної юридичної науки. *Правові засади організації та здійснення публічної влади : зб. тез V Міжнар. наук.-практ. конф., присв. світлій пам'яті першого голови Конституційного Суду України Леоніда Юзькова* (м. Хмельницький, 17 черв. 2022 р.). Хмельницький : Хмельн. ун-т управл. та права ім. Л. Юзькова, 2022. С. 216–219.

12. Куп'янська А. М. Вплив юридичної доктрини на окрему думку судді Конституційного Суду України. *Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах воєнного стану : матер. наукового семінару* (м. Львів, 23 черв. 2022 р.) / упор. М. В. Ковалів, М. Т. Гаврильців, Н. Я. Лепіш. Львів : ЛьвДУВС, 2022. С. 128–132.

13. Куп'янська А. М. Особливості інституту «особливої думки судді». *Гарантії та забезпечення прав людини в Україні: становлення, розвиток та перспективи : зб. тез доп. та повідомл. за матер. круглого столу, присв. Міжнародному дню прав людини* (м. Харків, 4 грудня 2022 р.). Харків : НЮУ

ім. Ярослава Мудрого, 2022. С. 59–62. URL: <https://nauka.nlu.edu.ua/nauka/vnd/zbirnyky-naukovyh-konferenczij/>.

14. Куп'янська А. М. Право на окрему думку судді Конституційного Суду України. *Правові виклики сучасності: законодавче реагування на геополітичні й історичні проблеми : матер. III Міжнар. наук.-практ. онлайн-конф.* (м. Чернівці, 6 груд. 2022 р.) / [редкол. : Н. Д. Гетьманцева (голова), О. В. Кіріяк (відпов. секр.) та ін.]. Чернівці : Чернів. нац. ун-т ім. Ю. Федьковича, 2022. С. 266–269.

15. Куп'янська А. М. Інститут особливих думок суддів конституційної юстиції як симбіоз компетентного та доктринального тлумачення. *Захист прав людини в Україні: сучасний стан та перспективи вдосконалення : зб. тез Наук.-практ. круглого столу, присв. 74-й річниці проголошення Загальної декларації прав людини* (м. Хмельницький, 9 груд. 2022 р.). Хмельницький : Хмельн. ун-т управл. та права ім. Леоніда Юзькова, 2022. С. 106–109.

16. Куп'янська А. М. Захист прав і свобод людини як основоположне завдання конституційної юстиції. *Конституційні права і свободи людини та громадянина в умовах війни та післявоєнний період : наук. семінар* (м. Львів, 23 черв. 2023 р.). Львів : ЛьвДУВС, 2023. С. 105–109.

**Акти Конституційного Суду України
з окремими думками суддів Конституційного Суду України**

Станом на жовтень 2023 р.

Висновки Конституційного Суду України 1999	
1-в/1999 від 25.03.1999	Євграфова П.Б., Скоморохи В.Є., Шаповала В.М.
2-в/1999 від 02.06.1999	Шаповала В.М.
2000	
1-в/2000 від 27.06.2000	Селівона М.Ф., Шаповала В.М.
2-в/2000 від 11.07.2000	Корнієнка М.І.
3-в/2000 від 05.12.2000	Шаповала В.М.
2001	
1-в/2001 від 14.03.2001	Корнієнка М.І.
3-в/2001 від 11.07.2001	Іващенко В.І.
2002	
1-в/2002 від 16.10.2002	Іващенко В.І., Скоморохи В.Є.
2003	
1-в/2003 від 30.10.2003	Вознюка В.Д., Іващенко В.І., Скоморохи В.Є.
2-в/2003 від 05.11.2003	Іващенко В.І., Скоморохи В.Є.
3-в/2003 від 10.12.2003	Вознюка В.Д., Шаповала В.М.
2004	
1-в/2004 від 16.03.2004	Савенка М.Д., Шаповала В.М.
2-в/2004 від 12.10.2004	Іващенко В.І., Савенка М.Д., Шаповала В.М.
2005	
1-в/2005 від 07.09.2005	Іващенко В.І.
2008	
1-в/2008 від 15.01.2008	Лилака Д.Д.
2-в/2008 від 10.09.2008	Бринцева В.Д., Домбровського І.П., Кампа В.М.
2010	
3-в/2010 від 18.11.2010	Шишкіна В.І.
2012	
1-в/2012 від 10.07.2012	Маркуш М.А.
2015	
1-в/2015 від 16.06.2015	Бринцева В.Д., Вдовіченка С.Л., Мельника М.І., Саса С.В., Сергейчука О.А., Шевчука С.В., Шишкіна В.І.
2-в/2015 від 30.07.2015	Гультая М.М., Мельника М.І., Саса С.В., Сліденка І.Д.
2016	
1-в/2016 від 20.01.2016	Вдовіченка С.Л., Гультая М.М., Касмініна О.В., Литвинова О.М., Мельника М.І., Саса С.В., Сліденка І.Д., Тупицького О.М., Шаптали Н.К., Шевчука С.В.
2-в/2016 від 30.01.2016	Касмініна О.В., Литвинова О.М., Мельника М.І., Сліденка І.Д., Шаптали Н.К.
2018	
1-в/2018 від 06.06.2018	Мельника М.І., Саса С.В., Сліденка І.Д.
2-в/2018 від 19.06.2018	Мельника М.І., Саса С.В.
3-в/2018 від 22.11.2018	Гультая М.М., Касмініна О.В., Литвинова О.М., Мельника М.І., Первомайського О.О., Тупицького О.М.
4-в/2018 від 23.11.2018	Гультая М.М., Мельника М.І., Саса С.В.
2019	
3-в/2019 від 29.10.2019	Мельника М.І., Первомайського О.О., Сліденка І.Д.
4-в/2019 від 31.10.2019	Городовенка В.В., Литвинова О.М., Мельника М.І., Первомайського О.О., Сліденка І.Д.
5-в/2019 від 13.11.2019	Лемака В.В., Мельника М.І., Первомайського О.О.
6-в/2019 від 20.11.2019	Касмініна О.В.
8-в/2019 від 16.12.2019	Первомайського О.О., Сліденка І.Д.

Рішення Конституційного Суду України

1997	
1-зп/1997 від 13.05.1997	Мироненка О.М., Савенка М.Д.
6-зп/1997 від 25.11.1997	Скоморохи В.Є.
1998	
1-рп/1998 від 26.02.1998	Савенка М.Д.
6-рп/1998 від 13.05.1998	Скоморохи В.Є., Шаповала В.М.
7-рп/1998 від 02.06.1998	Скоморохи В.Є.
8-рп/1998 09.06.1998	Мартиненка П.Ф.
12-рп/1998 09.07.1998	Савенка М.Д.
17-рп/1998 03.12.1998	Євграфова П.Б., Скоморохи В.Є.
1999	
1-рп/1999 09.02.1999	Козюбри М.І., Савенка М.Д., Скоморохи В.Є.
6-рп/1999 24.06.1999	Козюбри М.І.
9-рп/1999 27.10.1999	Вознюка В.Д., Козюбри М.І.
10-рп/1999 14.12.1999	Мироненка О.М.
2000	
2-рп/2000 10.02.2000	Корнієнка М.І., Савенка М.Д.
3-рп/2000 27.03.2000	Селівона М.Ф., Шаповала В.М.
5-рп/2000 18.04.2000	Козюбри М.І.
6-рп/2000 19.04.2000	Козюбри М.І.
2001	
1-рп/2001 27.02.2001	Корнієнка М.І., Шаповала В.М.
3-рп/2001 05.04.2001	Козюбри М.І.
13-рп/2001 10.10.2001	Євграфова П.Б., Шаповала В.М.
16-рп/2001 04.12.2001	Євграфова П.Б., Савенка М.Д.
19-рп/2001 21.12.2001	Савенка М.Д.
20-рп/2001 27.12.2001	Савенка М.Д., Скоморохи В.Є.
2002	
9-рп/2002 21.05.2002	Шаповала В.М.
14-рп/2002 04.07.2002	Шаповала В.М.
2003	
1-рп/2003 16.01.2003	Скоморохи В.Є.
6-рп/2003 11.03.2003	Савенка М.Д., Шаповала В.М.
13-рп/2003 03.07.2003	Савенка М.Д.
15-рп/2003 08.07.2003	Шаповала В.М.
18-рп/2003 30.10.2003	Вознюка В.Д.
20-рп/2002 11.12.2003	Скоморохи В.Є.
22-рп/2003 25.12.2003	Савенка М.Д., Ткачука П.М., Шаповала В.М.
2004	
1-рп/2004 27.01.2004	Іващенко В.І., Ткачука П.М.
13-рп/2004 22.06.2004	Вознюка В.Д., Євграфова П.Б., Савенка М.Д.
14-рп/2004 07.07.2004	Шаповала В.М.
15-рп/2004 02.11.2004	Вознюка В.Д., Іващенко В.І.
16-рп/2004 11.11.2004	Іващенко В.І.
20-рп/2004 01.12.2004	Іващенко В.І.
22-рп/2004 24.12.2004	Скоморохи В.Є., Шаповала В.М.
2005	
1-рп/2005 17.03.2005	Ткачука П.М., Шаповала В.М.
3-рп/2005 24.03.2005	Іващенко В.І., Ткачука П.М.
7-рп/2005 05.10.2005	Іващенко В.І.

2007		
1-рп/2007	16.05.2007	Бринцева В.Д., Лилака Д.Д., Шишкіна В.І.
9-рп/2007	16.10.2007	Ткачука П.М.
12-рп/2007	11.12.2007	Бринцева В.Д., Маркуш М.А.
2008		
4-рп/2008	01.04.2008	Маркуш М.А., Ткачука П.М.
5-рп/2008	02.04.2008	Кампа В.М.
6-рп/2008	16.04.2008	Домбровського І.П., Кампа В.М., Мачужак Я.В.
10-рп/2008	22.05.2008	Кампа В.М., Ткачука П.М., Шишкіна В.І.
12-рп/2008	25.06.2008	Кампа В.М.
13-рп/2008	26.06.2008	Маркуш М.А., Ткачука П.М.
14-рп/2008	08.07.2008	Кампа В.М., Лилака Д.Д.
15-рп/2008	10.09.2008	Бринцева В.Д., Маркуш М.А.
16-рп/2008	17.09.2008	Бринцева В.Д., Маркуш М.А., Ткачука П.М.
18-рп/2008	18.09.2008	Бринцева В.Д., Стрижака А.А.
20-рп/2008	08.10.2008	Джуня В.В., Лилака Д.Д., Маркуш М.А.
21-рп/2008	08.10.2008	Кампа В.М.
22-рп/2008	09.10.2008	Бринцева В.Д.
24-рп/2008	16.10.2008	Домбровського І.П., Маркуш М.А.
25-рп/2008	11.11.2008	Бринцева В.Д.
26-рп/2008	27.11.2008	Ткачука П.М.
27-рп/2008	03.12.2008	Кампа В.М.
2009		
1-рп/2009	13.01.2009	Бринцева В.Д., Домбровського І.П., Кампа В.М., Маркуш М.А.
2-рп/2009	15.01.2009	Домбровського І.П., Кампа В.М.
3-рп/2009	03.02.2009	Кампа В.М., Маркуш М.А., Нікітіна Ю.І.
5-рп/2009	25.02.2009	Маркуш М.А.
6-рп/2009	26.02.2009	Бринцева В.Д., Домбровського І.П.
7-рп/2009	16.04.2009	Кампа В.М.
8-рп/2009	28.04.2009	Домбровського І.П., Кампа В.М.
9-рп/2009	28.04.2009	Шишкіна В.І.
12-рп/2009	27.05.2009	Бринцева В.Д., Шишкіна В.І.
14-рп/2009	10.06.2009	Кампа В.М.
15-рп/2009	23.06.2009	Джуня В.В.
16-рп/2009	30.06.2009	Маркуш М.А., Стрижака А.А.
18-рп/2009	14.07.2009	Вдовіченка С.Л.
20-рп/2009	10.09.2009	Ткачука П.М.
25-рп/2009	07.10.2009	Шишкіна В.І.
30-рп/2009	26.11.2009	Маркуш М.А.
32-рп/2009	17.12.2009	Кампа В.М.
33-рп/2009	17.12.2009	Вдовіченка С.Л., Кампа В.М.
34-рп/2009	22.12.2009	Вдовіченка С.Л., Дідківського А.О., Кампа В.М., Шишкіна В.І.
36-рп/2009	24.12.2009	Кампа В.М.
2010		
4-рп/2010	02.02.2010	Кампа В.М., Лилака Д.Д.
5-рп/2010	16.02.2010	Маркуш М.А., Стецюка П.Б., Стрижака А.А., Шишкіна В.І.
8-рп/2010	11.03.2010	Маркуш М.А., Стецюка П.Б., Шишкіна В.І.
11-рп/2010	06.04.2010	Домбровського І.П., Стецюка П.Б., Шишкіна В.І.
12-рп/2010	28.04.2010	Кампа В.М.
16-рп/2010	10.06.2010	Маркуш М.А., Шишкіна В.І.
20-рп/2010	30.09.2010	Стецюка П.Б., Шишкіна В.І.
21-рп/2010	06.10.2010	Шишкіна В.І.

2011		
1-рп/2011	26.01.2011	Кампа В.М.
2-рп/2011	11.03.2011	Бринцева В.Д., Шишкіна В.І.
5-рп/2011	16.06.2011	Бринцева В.Д., Кампа В.М., Лилака Д.Д., Маркуш М.А., Шишкіна В.І.
6-рп/2011	16.06.2011	Бринцева В.Д., Кампа В.М., Маркуш М.А.
7-рп/2011	21.06.2011	Бринцева В.Д., Шишкіна В.І.
9-рп/2011	12.07.2011	Бринцева В.Д., Шишкіна В.І.
10-рп/2011	11.10.2011	Маркуш М.А.
11-рп/2011	12.10.2011	Кампа В.М.
17-рп/2011	13.12.2011	Кампа В.М., Лилака Д.Д., Стецюка П.Б., Шишкіна В.І.
2012		
3-рп/2012	25.01.2012	Лилака Д.Д., Маркуш М.А., Стецюка П.Б., Шишкіна В.І.
4-рп/2012	22.02.2012	Стрижака А.А.
7-рп/2012	04.04.2012	Стецюка П.Б., Шишкіна В.І.
11-рп/2012	25.04.2012	Шишкіна В.І.
13-рп/2012	12.06.2012	Бринцева В.Д.
15-рп/2012	11.07.2012	Маркуш М. А., Стецюка П.Б., Шишкіна В.І.
16-рп/2012	29.08.2012	Маркуш М.А., Шишкіна В.І.
2013		
1-рп/2013	05.02.2013	Лилака Д.Д.
2-рп/2013	29.05.2013	Бауліна Ю.В., Кампа В.М., Стецюка П.Б., Шишкіна В.І.
4-рп/2013	12.06.2013	Шишкіна В.І.
2014		
2-рп/2014	14.03.2014	Сергейчука О.А., Тупицького О.М.
3-рп/2014	20.03.2014	Сергейчука О.А., Тупицького О.М.
7-рп/2014	23.12.2014	Мельника М.І., Сліденка І.Д.
2015		
1-рп/2015	31.03.2015	Вдовіченка С.Л.
2-рп/2015	31.03.2015	Саса С.В., Шишкіна В.І.
3-рп/2015	08.04.2015	Шишкіна В.І.
2016		
1-рп/2016 від 15.03.2016		Колісника В. П., Литвинова О.М., Мельника М. І., Саса С.В., Сліденка І.Д., Шевчука С.В.
2-рп/2016 від 01.06.2016		Запорожця М.П., Сліденка І.Д., Шаптали Н.К.
3-рп/2016 від 08.06.2016		Сліденка І.Д.
4-рп/2016 від 08.06.2016		Касмініна О.В., Сліденка І.Д.
5-рп/2016 від 08.07.2016		Сліденка І.Д.
6-рп/2016 від 08.09.2016		Гультая М.М., Литвинова О.М., Мельника М.І., Сліденка І.Д.
7-рп/2016 від 20.12.2016		Сліденка І.Д.
2017		
2-р/2017 від 20.12.2017		Мельника М.І., Мойсика В.Р., Сліденка І.Д.
3-р/2017 від 21.12.2017		Гультая М.М., Запорожця М.П., Сліденка І.Д., Шаптали Н.К.

Рішення Великої палати Конституційного Суду України

2018		
1-р/2018 від 27.02.2018		Запорожця М.П., Мельника М.І., Сліденка І.Д.
2-р/2018 від 28.02.2018		Городовенка В.В., Гультая М.М., Запорожця М.П., Колісника В.П., Литвинова О.М., Мельника М.І., Мойсика В.Р., Саса С.В., Сліденка І.Д., Тупицького О.М., Шаптали Н.К.
3-р/2018 від 24.04.2018		Мельника М. І., Сліденко І.Д.
4-р/2018 від 26.04.2018		Гультая М.М., Колісника В.П., Литвинова О.М., Мельника М.І., Саса С.В., Сліденка І.Д.
5-р/2018 від 22.05.2018		Саса С.В., Касмініна О.В., Мельника М.І., Сліденка І.Д.
6-р/2018 від 17.07.2018		Сліденка І.Д.
7-р/2018 від 11.10.2018		Лемака В.В., Мойсика В.Р., Сліденка І.Д.
9-р/2018 від 07.11.2018		Касмініна О.В., Саса С.В., Шевчука С.В.
11-р/2018 від 04.12.2018		Касмініна О.В.

2019	
1-р/2019 від 26.02.2019	Городовенка В.В., Колісника В.П., Лемака В.В., Первомайського О.О., Сліденка І.Д., Шевчука С.В., Головатого С.П. (розбіжна думка)
2-р/2019 від 04.06.2019	Саса С.В., Сліденка І.Д.
4-р/2019 від 13.06.2019	Литвинова О.М., Сліденка І.Д.
5-р/2019 від 13.06.2019	Первомайського О.О.
6-р/2019 від 20.06.2019	Гульятая М.М., Колісника В.П., Лемака В.В., Мельника М.І., Первомайського О.О., Саса С.В., Сліденка І.Д.
7-р/2019 від 25.06.2019	Первомайського О.О., Сліденка І.Д.
9-р/2019 від 16.07.2019	Колісника В.П., Литвинова О.М., Первомайського О.О., Шаптали Н.К.
10-р/2019 від 16.07.2019	Шаптали Н.К.
12-р/2019 від 20.12.2019	Саса С.В.
2020	
№1-р/2020 від 23.01.2020	Литвинова О.М.
№2-р/2020 від 18.02.2020	Головатого С.П., Городовенка В.В., Касмініна О.В., Первомайського О.О., Сліденка І.Д., Філюка П.Т.
№3-р/2020 від 27.02.2020	Первомайського О.О.
№4-р/2020 від 11.03.2020	Касмініна О.В., Лемака В.В., Первомайського О.О., Сліденка І.Д.
№6-р/2020 від 26.03.2020	Первомайського О.О.
№7-р/2020 від 11.06.2020	Городовенка В.В., Касмініна О.В., Лемака В.В., Литвинова О.М., Первомайського О.О., Саса С.В., Юровської Г.В.
№9-р/2020 від 28.08.2020	Лемака В.В., Первомайський О.О.
№10-р/2020 від 28.08.2020	Лемака В.В., Первомайського О.О., Сліденка І.Д.
№11-р/2020 від 16.09.2020	Колісника В.П., Лемака В.В.
№12-р/2020 від 22.10.2020	Городовенка В.В., Касмініна О.В., Юровської Г.В.
№13-р/2020 від 27.10.2020	Головатого С.П., Колісника В.П., Лемака В.В., Первомайського О.О.
2021	
№1-р/2021 від 14.07.2021	Головатого С.П., Лемака В.В., Колісника В.П., Саса С.В., Юровської Г.В., Первомайського О., Литвинова О.М.
№2-р/2021 від 15.07.2021	Литвинова О.М.
2022	
№2-р/2022 від 01.11.2022	Первомайського О.О.
№4-р/2022 від 27.12.2022	Головатого С.П. (збіжна думка), Лемака В.В.

Рішення сенатів Конституційного Суду України

2019	
1-р(П)/2019 від 25.04.2019	Городовенка В.В.
№ 4-р(П)/2019 від 05.06.2019	Городовенка В.В., Лемака В.В., Первомайського О.О., Тупицького О.М.
№6-р(П)/2019 від 04.09.2019	Городовенка В.В.
№ 7-р(П)/2019 від 13.12.2019	Городовенка В.В., Сліденка І.Д.
2020	
№ 1-р(І)/2020 від 22.01.2020	Литвинова О.М.
№2-р(П)/2020 від 15.04.2020	Городовенка В.В., Лемака В.В., Первомайського О.О.
№ 5-р(П)/2020 від 18.06.2020	Касмініна О.В., Головатого С.П. (збіжна думка)
№ 7-р(І)/2020 від 01.07.2020	Литвинова О.М.
2021	
№ 1-р(П)/2021 від 07.04.2021	Лемака В.В.
№ 7-р(П)/2021 від 20.10.2021	Юровської Г.В.
2022	
№1-р(П)/2022 від 06.04.2022	Лемака В.В.
№6-р(П)/2022 від 22.06.2022	Лемака В.В., Первомайського О.О.
№7-р(П)/2022 від 12.10.2022	Первомайського О.О.
2023	
№1-р(П)/2023 від 01.03.2023	Первомайського О.О.
№3-р(П)/2023 від 22.03.2023	Первомайського О.О.

Ухвали Конституційного Суду України

2006	
№1-уп/2006 Ухвала КСУ (прип.пров.) від 12.12.2006	Іващенко В.І.
2007	
№20-уп/2007 Ухвала КСУ (прип.пров.) від 21.05.2007	Іващенко В.І.
№39-уп/2007 Ухвала КСУ (прип.пров.) від 16.10.2007	Домбровського І.П.
№40-уп/2007 Ухвала КСУ (прип.пров.) від 16.10.2007	Бринцева В.Д., Домбровського І.П.
№48-уп/2007 Ухвала КСУ (прип.пров.) від 21.11.2007	Лилака Д.Д., Шишкіна В.І., Стецюка П.Б.
№63-у/2007 Ухвала КСУ (відмова) від 15.11.2007	Домбровського І.П.
2008	
№6-у/2008 Ухвала КСУ (відмова) від 05.02.2008	Домбровського І.П.
№11-у/2008 Ухвала КСУ (відмова) від 03.04.2008	Кампо В.М.
№21-уп/2008 Ухвала КСУ (прип.пров.) 02.04.2008	Кампа В.М.
№22-уп/2008 Ухвала КСУ (прип.пров) 08.04.2008	Кампа В.М.
2010	
№27-у/2010 Ухвала КСУ (відмова) від 20.04.2010	Шишкіна В.І.
№33-уп/2010 Ухвала КСУ (прип.пров.) від 11.05.2010	Мачужак Я.В.
№40-у/2010 Ухвала КСУ (відмова) від 09.06.2010	Шишкіна В.І.
2011	
№6-у/2011 Ухвала КСУ (відмова) від 23.02.2011	Шишкіна В.І.
№10-уп/2011 Ухвала КСУ (прип.пров.) від 08.02.2011	Вдовіченка С.Л.
№24-уп/2011 Ухвала КСУ (прип.пров.) від 05.07.2011	Стецюка П.Б.
2015	
№21-у/2015 Ухвала КСУ (відмова) від 21.05.2015	Вдовіченка С.Л.
2017	
№3-уп/2017 Ухвала КСУ (прип.пров.) від 10.03.2017	Шаптали Н.К.

Ухвали Великої палати та сенатів Конституційного Суду України

2018	
Ухвала В/п КСУ (закриття) №7-уп/2018 від 19.09.2018	Литвинова О.М.
Ухвала В/п КСУ (закриття) №8-уп/2018 від 20.09.2018	Литвинова О.М.
Ухвала В/п КСУ (закриття) №10-уп/2018 від 06.12.2018	Шевчука С.В.
Ухвала В/п КСУ (відмова) №50-у/2018 від 29.08.2018	Головатого С.П. (розбіжна думка)
Ухвала В/п КСУ (відмова) №67-у/2018 від 01.11.2018	Лемака В.В.
Ухвала В/п КСУ (відмова) №72-у/2018 від 22.11.2018	Литвинова О.М.
Ухвала сенату КСУ (відмова) №19-у(І)/2018 від 13.06.2018	Мельника М.І.
Ухвала сенату КСУ (відмова) №20-у(І)/2018 від 13.06.2018	Литвинова О.М., Мельника М.І.
2019	
Ухвала В/п КСУ (відмова) №8-у/2019 від 07.03.2019	Литвинова О.М.
Ухвала В/п КСУ (відмова) №18-у/2019 від 18.04.2019	Головатого С.П.
Ухвала В/п КСУ (закриття) №12-уп/2019 від 10.12.2019	Касмініна О.В., Литвинова О.М., Первомайського О.О.
Ухвала В/п КСУ (відмова) №45-у/2019 від 10.10.2019	Первомайського О.О.
2020	
Ухвала В/п КСУ (закриття) №2-уп/2020 від 02.04.2020	Тупицького О.М.
Ухвала В/п КСУ (відмова) №2-у/2020 від 27.01.2020	Первомайського О.О.
Ухвала сенату КСУ (закриття) №5-уп(ІІ)/2020 від 01.04.2020	Первомайського О.О.
Ухвала сенату КСУ (закриття) №15-уп(ІІ)/2020 від 22.07.2020	Первомайського О.О.
2021	
Ухвала В/п КСУ (закриття) №2-уп/2021 від 25.05.2021	Лемака В.В., Первомайського О.О.
Ухвала В/п КСУ (відмова) №109-у/2021 від 31.08.2021	Первомайського О.О.
Ухвала В/п КСУ (закриття) №4-уп/2021 від 21.10.2021	Первомайського О.О.
Ухвала В/п КСУ (відмова) №266-у/2021 від 18.11.2021	Первомайського О.О.
Ухвала сенату КСУ (закриття) №5-уп(ІІ)/2021 від 20.10.2021	Первомайського О.О.
2022	
Ухвала В/п КСУ (закриття) №8-уп/2022 від 22.12.2022	Первомайського О.О.
2023	
Ухвала сенату КСУ (відмова) №36-у(ІІ)/2023 від 10.05.2023	Первомайського О.О.