

О. С. БІСЮК. ОКРЕМА ДУМКА СУДДІ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

З'ясується змістове наповнення правових засад, на підставі яких суддя може викласти окрему думку. Досліджується поняття «окремої думки судді» в різних країнах та правових системах. Висвітлюється механізм реалізації окремої думки судді в порівнянні з правом зарубіжних держав та вносить пропозиції щодо запозичення та ведення аналогічних механізмів реалізації окремої думки судді в Україні.

Ключові слова: *окрема думка судді, кримінальний процес, право зарубіжних держав, порівняльний аналіз.*

Раскрывается содержание правовых принципов, на основании которых судья может изложить особое мнение. Исследуется понятие «особого мнения судьи» в разных странах и правовых системах. Освещается механизм реализации особого мнения судьи в сравнении с правом зарубежных государств и вносит предложение относительно заимствования и ведения аналогичных механизмов реализации особого мнения судьи в Украине.

Ключевые слова: *особое мнение судьи, уголовный процесс, право зарубежных государств, сравнительный анализ.*

This article investigated the legal principles on which the judge may express the separate opinion; the existence of the notion of «the separate opinion of judge» in different countries and legal systems is conducted. The author analyzed the mechanism of realization of the separate opinion of judge in comparison with the law of foreign countries and made proposals for borrowing and introduction of the similar mechanisms for realization the dissenting the separate opinion of judge in Ukraine.

Key words: *the separate opinion of judge, Criminal Process, the law of foreign countries, the comparative analysis.*

Окрема думка судді є гарантом реалізації принципів рівності, незалежності та об'єктивності правової позиції судді по кримінальній справі. Забезпеченню правової реалізації цього принципу сприяє положення про умотивованість рішень у справі та ухвал статті 45 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, зокрема: «Якщо рішення у справі повністю або частково не виражає одностайної думки суддів, кожний суддя має право викласти окрему думку»¹.

В українському законодавстві окрема думка судді знайшла своє відображення в різних видах судового процесу. Так, при вирішенні господарського спору судове рішення підписується всіма суддями, які брали участь у судовому засіданні в складі судової колегії. Суддя, не згодний з рішенням більшості складу колегії суддів, зобов'язаний підписати судове рішення і має право викласти письмово свою окрему думку, яка долучається до справи, але не оголошується².

При розгляді у Верховного Суду України касаційної скарги чи касаційного подання прокурора на постанову Вищого господарського суду України постановою Верховного Суду України ухвалюється більшістю голосів суддів, які брали участь у перегляді постанови Вищого господарського суду України. Судді, які не погоджуються з рішенням, ухваленим більшістю складу колегії, можуть викласти окремі думки, які додаються до постанови³.

У законі України «Про третейські суди» в ст. 46 також закріплена норма про

окрему думку судді, в якій зазначається: «Окрема думка третейського судді викладається письмово та додається до рішення третейського суду»⁴.

Чинним Цивільним процесуальним кодексом України правовий інститут окремої думки судді не передбачений.

У КПК України (ст. 339, 379) суддя, який при постановленні вироку в суді першої інстанції або при постановленні вироку, винесенні ухвали чи постанови в апеляційному порядку залишився у меншості, має право в нарадчій кімнаті викласти письмово свою окрему думку, яка приєднується до справи, але оголошенню не підлягає.

Виходячи з вищесказаного, можна відмітити ряд проблем щодо правової регламентації та подальшої реалізації окремої думки судді у процесуальному законодавстві України. Саме для їх вирішення доцільно звернутись до досвіду інших держав.

Кримінально-процесуальне законодавство Російської Федерації закріпило особливий статус окремої думки судді в праві цієї країни. Відповідно до ч. 5 ст. 301 КПК Російської Федерації⁵ суддя, маючи окрему думку при постановленні вироку, має право письмово викласти її у вигляді окремого документу. Окрема думка приєднується до справи, але оголошенню в залі судового засідання не підлягає. З даного положення слідує, що з окремою думкою можуть ознайомлюватися ті учасники процесу, які мають право ознайомлюватися з матеріалами справи: судді судів вищого рівня при розгляді справи в апеляційному (касаційному) порядку, судді й інші працівники судів вищого рівня при перевірці законності й обґрунтованості вироку в порядку нагляду. Існує позиція, що представники ні обвинувачення, ні захисту відповідно до принципу про рівність сторін у справі не вправі ознайомитися з особливою думкою судді й посилатися на неї в обґрунтуванні своїх скаргх в порядку нагляду⁶. Крім того на даний момент в Російській Федерації, як зазначає І. Колодіна, неодноразово заявлялось, що «по окремим справам окрема думка судді зовсім перестане бути таємницею, та буде публікуватися в Інтернеті(поки що йдеться мова тільки про справи, які вирішуються Конституційним судом Російської Федерації та в майбутньому Арбітражним судом Російської Федерації)»⁷. Видається доцільним, щоб сторони мали доступ до окремої думки судді в кримінальному процесі України. Це дало б змогу сторонам, які вирішили подати апеляцію чи касаційну скаргу чи подання, використати професійні та кваліфіковані доводи наведені в окремій думці суддею, який розглядав дану справу по суті, для обґрунтування своїх апеляційних чи касаційних вимог.

Якщо ж говорити про оприлюднення окремої думки судді, то дане положення знайшло свою реалізацію в нормах про окрему думку судді Конституційного суду України. Відповідно до ст. 56 Регламенту Конституційного Суду України суддя має право незалежно від того, голосував він «за» чи «проти» прийняття рішення або дачу висновку, викласти у письмовій формі свою окрему думку у справі у семиденний строк від дня голосування⁸. Оприлюднюється окрема думка разом з ухвалою, рішенням чи висновком Конституційного Суду України протягом наступного робочого дня після їх підписання на офіційному веб-сайті Конституційного Суду України і направляються Президенту України, Верховній Раді України та Кабінету Міністрів України та публікуються у «Віснику Конституційного Суду України»⁹. Даний механізм оприлюднення дає змогу не лише учасникам процесу ознайомитися з матеріалами, а й всім охочим та зацікавленим особам. Видається доцільним, запровадити оприлюднення рішення та окремої

думки судді й інших судів видаючи збірники чи вносити рішення суду з окремою думкою судді до єдиного реєстру.

Доцільно звернути увагу на процесуальне положення окремої думки судді в Англії, оскільки вона займає центральне місце в правовій сім'ї загального права. Так, Палата лордів розглядає лише ті кримінальні справи, які були вирішені на основі норм англійського кримінального права. На відміну від інших судів лорди-судді не виносять рішення по справам. Вони виступають з промовами, обгрунтовуючи свою думку по тому чи іншому питанню та приймають участь в голосуванні про задоволення чи незадоволення скарги. Палата лордів переважно є апеляційною інстанцією. Як в будь-якій апеляційній інстанції, для прийняття рішення Палатою лордів необхідна більшість голосів. Якщо голоси «за» та «проти» розділяться в однаковій кількості, то скарга вважається незадоволеною. Але це майже не можливо, бо Палата лордів засідає при непарній кількості суддів (як виняток, можна навести смерть одного з членів комітету). Прийняте рішення підлягає оприлюдненню. Особливістю, процесуального положення окремої думки, викладеної суддею Палати лордів, який при голосуванні залишився в меншості, є те що вона, як і саме рішення, підлягає публікації та доводиться до загального відома. Враховуючи наведене доцільно запропонувати в кримінально-процесуальному праві України аналогічний порядок оголошення та доступу до ознайомлення з окремою думкою судді.

Апеляційний суд Великої Британії розділений на Апеляційний суд по цивільним справам та Апеляційний суд по кримінальним справам. В Апеляційному судді по кримінальним справам розглядаються скарги на вироки та інші рішення тих судів, які діють під юрисдикцією Суду Корони. Кримінально-процесуальне законодавство розрізняє: а) апеляцію проти засудження; б) апеляцію проти вироку¹⁰. Апеляційний суд може відхилити апеляцію; скасувати вердикт і вирок і винести новий вердикт, поставивши на його основі новий вирок; винести виправдувальний вирок; внести зміни до вироку суду нижчого рівня. Судді даного суду також мають право викласти окрему думку по суті справи, але, слід зауважити, що окрема думка в даному випадку не підлягає оприлюдненню.

Англійське право, з точки зору форми права, по суті, є законодавством та прецедентним правом (case law). Суть доктрини прецеденту полягає у правилі, згідно з яким подібні справи вирішуються подібним чином. В Англії доктрина прецеденту відрізняється примусовим характером. Суд зобов'язаний дотримуватися прецеденту, розглянутого вищим судом, а апеляційні суди (крім Палати лордів) пов'язані своїми попередніми рішеннями — це і є суттю поняття stare decisis, яке ще називають «принципом прецеденту»¹¹. Сам термін stare decisis є скороченою формою фрази stare decisis et quia non movere (дотримуватись вже вирішеного у минулому і не змінювати встановленого)¹². Отже, основним принципом, яким має керуватися суддя, є такий: «схожі справи мають бути вирішені схожим чином»¹³, навіть незважаючи на те, що суддя може бути не згоден з таким рішенням або зумів би знайти достатні аргументи проти такого рішення. Виходячи з вищевказаного законодавчим є питання, що робити суді, який був не згодний з вирішенням справи відповідно до stare decisis? Чи може в такому випадку він викласти окрему думку коли справа розглядалась колегіально і що робити, якщо справа розглядалась суддею одноособово? Ці питання потребують урегулювання англійським законодавством для забезпечення принципу справедливості.

Цікавою є практика винесення окремої думки судді в Сполучених Штатах

Америки. Правосуддя в США здійснюють суди федеральної судової системи і суди штатів. При співвідношенні федеральної системи і судової системи штатів діє правило: загальне правило – це компетенція судів штатів; а до федеральних судів можна звертатися лише в тих випадках, коли Конституція США або закон конгресу, який спирається на конституцію, визнають ці суди компетентними¹⁴. Всю систему судів очолює Верховний суд Сполучених Штатів. Справу по суті вирішують дев'ять суддів. При розгляді справи повинні бути присутніми не менше шести членів суду, а для прийняття рішення необхідна більшість у чотири голоси. В нескладних справах голова суду або за його дорученням один із членів Верховного суду коротко викладає суть прийнятого рішення. В складних справах одному із членів суду доручається викласти з детальним обґрунтуванням думку більшості. Проект цієї думки узгоджується з усіма членами суду, а потім затверджується шляхом голосування. Цікавим є те, що судові рішення даної країни включає в себе три варіанта позицій суддів: рішення суду або думка більшості (court opinion або majority opinion), окрему думку згоди (concurring opinion або concurrence), коли суддя, не заперечуючи суть винесеного рішення, не погоджується з мотивацією рішення по справі, та окрема думка незгоди (dissenting opinion або dissent), коли судді не погодилися з думкою більшості, то вони мають право індивідуально чи разом з іншими підготувати окрему думку¹⁵. В США рішення суду і думки систематизуються, друкуються в збірнику рішень Верховного суду США і є одним із джерел права для всіх судів країни¹⁶.

Така практика фіксування та оприлюднення рішення по справі і самої окремої думки судді видається природною та раціональною. Доцільною запровадити й в Україні аналогічну практику по виданню збірників не тільки з рішеннями, а й з окремою думкою судді. Як альтернативу збірникам можна запропонувати вносити рішення суду та окрему думку судді до єдиного реєстру судових рішень в Україні. Доцільним може бути й запозичення практики оприлюднення рішень і окремої думки судді Конституційного суду України.

Іншою особливістю є те, як зазначає Черняк Є.В., що нормативний характер мають лише ті елементи думки судді, які виступають в якості безпосереднього обґрунтування його рішення по справі (ratio decidendi). Окремі зауваження, роздуми суддів (obiter dicta), які часто включають в текст офіційної думки судді, не розглядаються як обов'язкові¹⁷. Як зазначається в рішенні Верховного суду у справі *United States v. Pink* 1942 р., «не є обов'язковими для судів нижчого рівня і не входять в сферу прецедентного права юридичні мотиви, викладені суддями в окремих думках, а також думки суддів, які розділилися порівну при голосуванні, оскільки в такому випадку відсутнє рішення, яке має силу прецеденту»¹⁸.

На підтримку зазначеного розподілу окремої думки на види в США свідчить і позиція Міжнародного суду ООН. Така практика закріплена в статті 95 §2 Регламенту Міжнародного суду ООН: «Кожний суддя може, якщо побажає, додати до рішення виклад своєї окремої думки як при незгоді, так і при згоді з думкою більшості»¹⁹. Це означає, що, коли рішення в цілому або в частині не відбиває одностайної думки суддів, кожний суддя має право подати свою окрему думку (separate opinion (англ.) або opinion individuelle (франц.)). На практиці почали відрізняти окрему думку судді як вияв незгоди з рішенням більшості лише з певних мотивів при підтримці рішення в цілому і особливим думку як вираз більш повної незгоди з точкою зору більшості та її аргументами, закріпленими в рішеннях Суду. Особлива думка незгоди відображається термінами dissenting opinion (англ.) та opinion dissidente (франц.)²⁰.

Така позиція щодо окремої думки судді зберігається і в регламентах інших міжнародних організацій. Так, у регламенті Європейського суду з прав людини закріплено наступну норму (правило 74 § 2): «Будь-який суддя, що брав участь у розгляді справи, має право додати до рішення або свою окрему думку, що збігається чи розходиться з рішенням, або просто констатацію своєї незгоди»²¹. Це положення є особливо важливим для України, бо відповідно до глави 4 Закону України від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»²² Україна взяла на себе зобов'язання при розгляді справ застосовувати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод²³ і практику Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини як джерело права.

У Європі можливість викладу окремої думки забезпечується письмовим закріпленням. Позиція судді, що залишився в меншості фіксується в протоколі, але не оприлюднюється, наприклад в Іспанії, де окрема думка судді називається *votos secretes*). А в ФРН судді Федерального конституційного суду мають право оприлюднювати окрему думку ще з 1970 року.

Але цей принцип діє не в усіх країнах, наприклад процедура усного обговорення, прийнята у Швейцарському Федеративному суді, дозволяє дізнатись, яка позиція у кожного судді була при прийнятті рішення. Так ж практика нещодавно була закріплена в Касаційному суді Франції.

Отже, окрема думка судді знаходить закріплення та реалізацію в країнах із загальною системою права. Не всі судді країн романо-германського права мають право викласти окрему думку по справі. Але це не означає, що інші країни не допускають її, і, як приклад, необхідно зазначити країни Латинської Америки, де окрема думка судді отримала назву *discordias, votos vencidos*²⁴.

Отже, дослідивши процесуальне положення окремої думки судді, можна дійти висновку, що незалежно від країни чи правової системи інститут окремої думки не є досконалим та потребує вдосконалення. Так, існує нечіткість та неповнота норм, що регулюють інститут окремої думки та відсутність подальшої реалізації окремої думки судді в Україні після приєднання її до справи. Відсутній механізм оприлюднення та ознайомлення зі змістом окремої думки судді. Водночас, виникає питання чи є тепер окрема думка судді Європейського суду з прав людини джерелом права в Україні після прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»²⁵.

Підсумовуючи, можна стверджувати, що окрема думка судді знайшла своє відображення в нормах права різних країн та реалізується в різних формах та сферах права незалежно від правової системи.

1. *Конвенція* про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 // Голос України. – 2001. – № 3. 2. *Господарський* процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-ХІІ. – К.: Скіф, 2008. 3. Там само. 4. *Закон* України «Про третейські суди» від 11.05.2004 № 1701-IV // ВВР України. – 2004 – № 35. – Ст. 46. 5. *Уголовно-процесуальний* кодекс РФ. Текст с изменениями и дополнениями на 1 октября 2009 года. – М.: Эксмо, 2009. – Ст. 301. 6. *Комментарий* к Уголовно-процесуальному кодексу РФ / Отв. ред. В.И. Радченко. – М.: Юрайт, 2006; Научно-практический комментарий к Уголовно-процесуальному кодексу РФ / Под общ. ред. В.М. Лебедева. – М.: Спарк, 2007. 7. *Колодина И.* Президиум Высшего арбитражного суда может разрешить своим судьям вывешивать «особые мнения» в Интернете // Российская Бизнес-газета. – 2008. – № 661. 8. *Регламент* Конституційного Суду України від 05.03.1997 // Офіційний вісник

України. – 1997 – № 20. – Ст. 87. **9.** Закон України «Про Конституційний Суд України» від 16.10.1996 № 422/96-ВР // ВВР України. – 1996. – № 49. – Ст. 272. **10.** *Порівняльне судове право: Підручник для юрид. вищ. закладів освіти і фак.* / М.М.Михеєнко, В.В.Молдован, Л.К.Радзієвська. – К.: Либідь, 1993. – С. 148. **11.** *Богдановская И.Ю.* Прецедентное право. – М.: Наука, 1993. – С.16. **12.** *Garner B.A.* A Dictionary of Modern Legal Usage. – New York, Oxford: Oxford University Press, 1995. – P. 827. **13.** *Кросс Р.* Прецедент в английском праве / Пер. с англ. Т.В. Апаровой / Под. ред. Ф.М. Решетникова. – М.: Юрид. лит., 1985. – С.17. **14.** *Давид Р.* Основные правовые системы современности. – М.: Прогрес, 1988. – 496 с. **15.** *Шевырдяева Л.Н.* Язык современного американского судебного дискурса: Автореф. дис. ... канд. филолог. – М., 2009. – 25 с. **16.** *Порівняльне судове право: Підручник для юрид. вищ. закладів освіти і фак.* / М.М.Михеєнко, В.В.Молдован, Л.К.Радзієвська. – С. 155. **17.** *Черняк С.В.* Конституційна юстиція Сполучених Штатів Америки: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 182 с. **18.** *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942). **19.** *Регламент Міжнародного суду ООН* від 14.04.1978 // Законодавство України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/> **20.** *Окрема думка судді / М.І. Сірий, Г.А. Кравчук, В.І. Євінтов* // Юридична енциклопедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cyclor.com.ua/content/view/1219/58/1/14/> **21.** *Регламент Європейського суду з прав людини* // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2003. – № 3. **22.** Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» // ВВР України. – 2006. – № 30. – Ст. 1114. **23.** *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод* від 04.11.1950 // Голос України. – 2001. – № 3. **24.** *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. – М: Междунар. отношения, 1999. **25.** Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». – Ст. 1114.