

*Богдан Футей¹**доктор права, професор, Федеральний суддя США*

Судова незалежність та шляхи її забезпечення (на прикладі окремої думки в судових рішеннях)

Висловлення, відображені в окремих думках дисидентів, вказують на відстань, яка існує між тим, де, на їхню думку, є суспільство зараз та де має бути. Світ спостерігав багато разів під час роботи Української Гельсінської групи те, що інакші / несхожі позиції іноді виступають вперед та спонукають рух соціальних змін у напрямку до більшої відкритості, свободи та прозорості. У Сполучених Штатах Америки та інших країнах, включаючи Україну, судова влада має важливе завдання — змінювати суспільство через спроби неупередженого творення чітких правових норм, які однаково застосовуються до всіх. Судова влада, таким чином, може бути тим «голосом», який вказує, яке правове поле має бути у суспільства. Але іноді судовій владі не вдається захистити індивідуальні права, і саме у такі моменти конче важливо, щоб судді висловлювали свою окрему думку. Такі окремі думки суддів апеляційної інстанції, особливо Верховного Суду США, здатні перетворити суспільство, змінивши природну соціальну напругу на узгодженість і покірливість.

Правові аспекти ідеального громадянського суспільства

Дотримання верховенства права характеризує правові аспекти ідеального громадянського суспільства. Верховенство права є наріжним каменем демократії, що веде до кращого та більш процвітаючого економічного життя. Відповідно до концепції верховенства права панування права означає, що всі люди мають підкорюватись закону та мають бути рівними перед ним незважаючи на їхній статус. Щодня громадяни країни усвідомлюють, що їх не притягуватимуть до відповідальності інакше, ніж державних діячів. Водночас державні діячі також знають, що їх не притягуватимуть до відповідальності на підставі сфабрикованих обвинувачень і не ставитимуться до них інакше, ніж до інших громадян.

Щоб дотримуватися верховенства права, громадянському суспільству потрібна сильна та незалежна судова влада, оскільки судді мають бути вільними у висловленні своєї думки щодо змісту та застосування закону. Така незалежність має дві форми. Перша, коли судді мають бути «чесними брокерами», і мають бути незалежними від сторін у справі. Судді мають вирішувати справи неупереджено без надання переваги тій чи іншій політичній партії. Відсутність неупередженості призводить до зниження довіри серед населення до судової системи. Друга форма: судова влада та кожний конкретний суддя мають діяти на рівних засадах з іншими гілками влади. Суди повинні

¹ Богдан А. Футей є суддею Федерального суду претензій США і був призначений на посаду Президентом Р. Рейганом у травні 1987 р. Починаючи з 1991 р., є активним учасником різних програм із верховенства права й демократизації в Україні. Брав участь у суддівських програмах обміну, семінарах, робочих групах та був радником Робочої групи з питань розробки Конституції України та Парламенту України. Також був офіційним спостерігачем під час парламентських виборів у 1994, 1998, 2002, 2006 та 2014 роках, президентських виборах у 1994, 1999, 2004, 2010 та 2014 роках, та проводив огляд українського виборчого права. Суддя викладає в Правничій школі НаУКМА і є професором в Українському Вільному Університеті в Мюнхені. Від травня 2015 р. працює як консультант Конституційної Комісії України.

мати юрисдикцію та повноваження стримувати законодавчу або виконавчу владу через визнання законів та інших підзаконних актів неконституційними, у разі якщо вони звужують права громадян. Крім того, весь процес має бути прозорим; рішення мають бути чіткими та ясними, щоб кожний пересічний громадянин зміг зрозуміти, чому це рішення було ухвалено і на яких підставах.

Судова незалежність також вимагає особистої, моральної відданості з боку самих суддів з метою досягнення незалежності для викорінення упередженості та корупції з національної правової системи. У доповіді від 2010 р. навколо ситуації в Україні «Фрідом Гауз» (*Freedom House*) відзначив, що Україна є «молодою демократією» з «основними гарантіями в сфері прав людини», але висловив стурбованість, що «система влади в країні є слабкою та неефективною, що вказує на очевидний дефіцит верховенства права»². Ця доповідь також зазначила, що судова влада в Україні «страждає від низького рівня довіри, порушень прав на достатній судовий захист, корупції, неефективних процедур судової оцінки та через брак професіоналізму»³.

Судова незалежність також вимагає матеріального забезпечення діяльності суду. Для того щоб досягти незалежності та відновити довіру до судової влади необхідно запровадити відповідні зарплати для суддів, довгий термін перебування на посаді, достатнє фінансування та технічну допомогу судам, виключити можливість спілкування *ex parte*, забезпечити швидке опублікування судових рішень і доступ до них, а також забезпечити швидке виконання судових рішень. Якщо суд, наприклад, постановляє, що Конституція передбачає суд присяжних, тоді уряд має відразу вжити заходів для забезпечення захисту суду присяжних.

Судова незалежність не означає, що судді можуть робити все, що їм заманеться, незважаючи на закон; натомість це означає, що вони мають діяти відповідно до вимог Конституції та законів держави. Головна мета судової системи – забезпечити стабільність через послідовне застосування закону та дотримання Конституції, оскільки непослідовне та суперечливе застосування судових рішень має далекосяжні негативні наслідки.

Наприклад, ризикованою є практика найвищого судового органу держави ухвалювати рішення, що суперечать один одному без жодних пояснень, що спонукає такі зміни. Таке відхилення від попередніх рішень, на жаль, відбувалося в Україні раніше, коли Конституційний Суд України (далі – КСУ) скасував політичну реформу 2004 р. У цьому рішенні, хоч і юридично правильному, не вистачало повного та детального пояснення, чому цього разу Суд відхилився від попередньої позиції, коли відмовив у розгляді конституційності політичної реформи. Несподіванка сталась і у квітні 2010 р., коли КСУ змінив свою позицію, коли дозволив окремим індивідуальним депутатам формувати коаліцію, а не політичним фракціям⁴. Довільне застосування закону породжує невпевненість і плутанину не тільки в юридичних колах, а й

² Sushko, Oleksandr & Olena Prystayko, Nations in Transit 2010: Ukraine, Freedom House. URL: <http://www.freedomhouse.eu/images/Reports/NIT-2010-Ukraine-final.pdf>.

³ Ibid.

⁴ Futey B. The Importance of Acknowledging Precedent in Decision-Making. *Establishing the rule of law in Ukraine 1991–2011*. 2011. P. 255.

серед населення країни, та в міжнародній спільноті⁵. Без незалежної судової влади, у якій судді впевнені самі у собі, буде складно досягти цієї мети. Зрештою, судова незалежність, як і стабільність правової системи, здебільшого залежить від сумлінності та сміливості самих суддів. Суддів не будуть поважати, доки вони не будуть поважати самих себе.

Роль окремої думки в утвердженні ідеального громадянського суспільства

Реальний стан суспільства нерідко не відповідає тому, до чого воно прагне і яким має бути. Ті, хто вважає, що суспільство певною мірою не досягає поставлених цілей, можуть висловити свою позицію та ініціювати зміни. У судовій владі такі важливі «голоси» знаходять своє вираження в окремих думках суддів, тому надзвичайно важливо, щоб судді почувалися вільними письмово викладати свою окрему думку. Окремі думки виконують кілька функцій: вони можуть стати каталізатором розвитку права; спонукати більшість переглянути свою позицію; або звернути увагу суспільства на наявні проблеми й заохотити його до їх усунення та подальшого вдосконалення правового регулювання.

Суддя Р. Гінсбург пояснювала завдання окремих думок і відзначала, що іноді окрема думка «має на меті привернути негайну увагу суспільства та, таким чином, спонукати правові зміни»⁶. На підтвердження своєї позиції вона наводила приклад — справа *Lilly Ledbetter*. У цій справі Верховний Суд США з посиланнями на формалістичні правила строку позовної давності відхилив позов щодо дискримінації за ознаками статі у визначенні заробітної плати; обурливі окремі думки від чотирьох суддів вказували, що ці суто формалістичні правила вимагали подавати позов занадто рано, коли позивач навіть не міг здогадуватися про дискримінацію за ознаками статі. Реакція суспільства та законодавчого органу на рішення більшості суду була настільки сильною, що були запропоновані зміни до законодавства майже через декілька днів після рішення суду. За два роки Закон «Про справедливе відшкодування заробітної плати Лілі Ледбетер» (*Lilly Ledbetter Fair Pay Act*) був ухвалений та виправив ту несправедливість, на яку звернули увагу судді в окремій думці.

Одна лишень практика дослухатись до міркувань в окремих думках може покращити рішення більшості. Один учений свого часу зазначив, що «мовчання позбавляє суспільство важливої інформації» та, що «ті, хто висловлює окрему думку та витримують тиск з боку інших виконують дуже важливу суспільну функцію»⁷. Одна з найцінніших функцій — протистояння природному потягу до однастайності; дослідження продемонстрували, що судді з різними політичними поглядами ведуть до «різноманітності думок, що допомагає виправляти помилки у міркуванні»⁸. Коли інформація про окремі думки стає відомою, то думка більшості вимагає відповідального ставлення та відповіді на цю інформацію. Суддя Гінсбург так само відзначила, що «немає нічого кращого потужної окремої думки для того,

⁵ In its 2010 Corruption Perceptions Index, which ranks countries by the level of perceived corruption, Transparency International ranked Ukraine in the bottom third at 134th out of 178 countries. Corruption Perceptions Index 2010 Results. Transparency International (Jan. 6, 2010). URL: http://transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results

⁶ Justice Ruth Bader Ginsburg, The Role of Dissenting Opinions, 95 Minn. L. Rev. 1, 6 (2010).

⁷ Cass Sunstein, Why Societies Need Dissent v (2003).

⁸ Idid. P. 177.

щоб спонукати до удосконалення та роз'яснення міркувань більшості у справі»⁹. Такі окремі думки можуть і не змінити остаточне рішення більшості, але щонайменше вони можуть спонукати до вдосконалення міркування або звуження змісту самого рішення.

Незважаючи на силу окремих думок, суспільство та Верховний Суд здебільшого не можуть досягти стандартів ідеального громадянського суспільства. Водночас окремі думки можуть бути закликком не тільки для тих, хто живе, але, як колись написав Голова Верховного Суду США Г'юз, «окрема думка у суді найвищої інстанції є закликком <...> до майбутньої інтелігенції, коли наступне рішення, мабуть, зможе виправити помилку, якої, на думку судді, який написав окрему думку, припустився суд»¹⁰. Відома справа *Plessy v. Ferguson* є прикладом цього. У цьому рішенні більшість Верховного Суду США у 1896 р. постановила, що расова сегрегація у школах та норма «відокремлені, але рівні» не порушувала Конституцію. Дж. Гарлан, єдиний суддя, який написав окрему думку, висловився, що закони, які дозволяють сегрегацію, «суперечать особистим свободам громадян <...> та є ворогом букви та духу Конституції»¹¹. Верховному Суду США знадобилося 50 років для того, щоб виправити помилку та постановити, що система «відокремлені, але рівні» у школах є неконституційною¹².

Окремі думки, таким чином, діють як коректори у природному прагненні суспільства до гармонії. Коли чути тільки одностайні думки, розповсюдження інформації може послаблюватися, та думки швидко можуть поляризуватися. Окремі думки, що вільно розповсюджуються, протистоять цим тенденціям і заохочують суспільство постійно вдосконалюватися. Суспільство може відреагувати швидко, як у справі *Lilly Ledbetter*, або через десятки років, як у справі щодо скасування сегрегації за ознаками раси або смертної кари щодо підлітків¹³, але суспільство є завжди кращим, коли має різні протилежні думки. Під час висловлення таких позицій університети й інститути вищої освіти, такі як цей, відіграють вирішальну роль. Університетам необхідно відповідати міжнародним стандартам та бути вільними від потужного впливу уряду для того, щоб вчені могли діяти відповідно до принципу свободи слова. Якщо у вчених є простір, вони можуть обговорювати всі думки — навіть непопулярні — для того, щоб з'ясувати, що більше підходить до громадянського суспільства України.

Я сподіваюся, що ці зауваження стануть закликком до всіх учених, а також до адвокатів, юристів, професорів, представників української інтелігенції та кожного небайдужого виступити на захист верховенства права в Україні й стати авторитетним голосом у цій боротьбі.

⁹ Ginsburg, *supra* note 3, at 3.

¹⁰ *Id.* at 4 (quoting Charles Hughes, *The Supreme Court of the United States* 68 (1936)).

¹¹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 563 (1896) (Harlan, J., dissenting).

¹² See *Brown v. Board of Ed. Of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹³ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).