

ОКРЕМА ДУМКА ТА СОЦІАЛЬНІ ПЕРЕТВОРЕННЯ: ВАЖЛИВІСТЬ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Автор статті підкреслює, що судова влада має важливе завдання – змінювати суспільство через спроби неупередженого творення чітких правових норм, які однаково застосовуються до всіх; розкриває правові аспекти ідеального громадянського суспільства та роль окремої думки в його утвердженні.

Ключові слова: судова влада, верховенство права, громадянське суспільство, судова незалежність.

Висловлення, відображені в окремих думках дисидентів, вказують на відстань, яка існує між тим, де, на їхню думку, є суспільство зараз та де воно має бути. Світ спостерігав багато разів під час роботи Української Гельсінської групи, як інакші/несхожі позиції іноді виступають уперед 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 в суспільства. Але іноді судовій владі не вдається захистити індивідуальні права, і саме в такі моменти конче важливо, щоб судді висловлювали свою окрему думку. Такі окремі думки суддів апеляційної інстанції, особливо в найвищому судовому органі Сполучених Штатів Америки – Верховному суді США, здатні перетворити суспільство шляхом зміни природної соціальної напруги на узгодженість та 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 процвітаючого економічного життя. Відповідно до концепції верховенства права, панування права означає, що всі люди повинні підкорюватись закону та мають бути рівними перед ним, незважаючи на їхній статус. Щодня громадяни країни усвідомлюють, що їх не притягуватимуть до відповідальності у спосіб, який є відмінним від того, як би притягували до відповідальності

державних діячів, а державні діячі також знають, що їх не будуть притягувати до відповідальності через сфабриковані звинувачення або ставитись до них якимось інакше, ніж до інших громадян.

Щоб дотримуватись верховенства права, громадянському суспільству потрібна сильна та незалежна судова влада, оскільки судді мають бути вільними у висловленні їхньої думки щодо змісту та застосування закону. Така незалежність має дві форми. Перша – коли судді мають бути «чесними брокерами» і бути незалежними від сторін у справі. Судді повинні вирішувати справи неупереджено, без віддання 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 мають мати юрисдикцію та повноваження стримувати законодавчу або виконавчу владу шляхом 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 кожен пересічний громадянин зміг зрозуміти, чому це рішення було прийнято 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 року щодо ситуації в Україні міжнародна неурядова організація «Фрідом Гауз» (*Freedom House*) відмітила, що Україна є «молодою демократією» з «основними гарантіями в царині прав людини», але висловила стурбованість, що «система влади в країні є слабкою та неефективною, що вказує на очевидний дефіцит верховенства права» [1]. У цій доповіді також зазначено, що судова влада

в Україні «страждає від низького рівня довіри, порушень прав на достатній судовий захист, від корупції, неефективних процедур судової оцінки та через брак професіоналізму» [1].

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 та 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 повинні діяти відповідно до вимог Конституції та законів держави. Головна мета судової системи – забезпечити стабільність через послідовне застосування закону та дотримання Конституції, оскільки непослідовне та суперечне застосування судових рішень має далекосяжні негативні наслідки.

Наприклад, ризикованою є практика найвищого судового органу держави приймати рішення, які суперечать одне одному, без жодних пояснень, що спонукає до таких змін. Таке відхилення від попередніх рішень, на жаль, мало місце в Україні раніше, коли Конституційний Суд відмінив політичну реформу 2004 року. У цьому рішенні, хоча і юридично правильному, не вистачало повного та детального пояснення, чому цього разу суд відхилився від попередньої позиції, коли він відмовив у розгляді конституційності політичної реформи. Несподіванка сталась і у квітні 2010 року, коли Конституційний Суд змінив свою позицію, дозволивши формувати коаліцію окремим народним депутатам, а не політичним фракціям [2, с. 255]. Довільне застосування закону породжує невпевненість та плутанину не тільки в юридичних колах, але й серед населення країни та в міжнародній спільноті [3]¹. Без незалежної судової влади, у якій судді є впевненими у собі, складно досягти цієї мети. Зрештою, судова незалежність, як і стабільність правової системи, здебільшого залежить від сумлінності та сміливості самих суддів. Суддів не поважатимуть, доки вони не поважатимуть самі себе.

¹ За Індексом сприйняття корупції (*Corruption Perceptions Index, CPI*), що оприлюднюється міжнародною організацією «Transparency International», за 2010 рік Україна посіла 134-те місце із 178 країн.

Роль окремої думки в утвердженні ідеального громадянського суспільства

Реальність там, де суспільство є, часто не досягає того, чого прагне та де воно має бути. Ті, хто вважає, що суспільство якоюсь мірою не досягає поставлених завдань, може висловитись з цього приводу та спробувати ввести зміни. У судовій владі ці важливі «голоси» доносяться через окремі думки, і просто необхідно, щоб судді почувалися вільними викласти їхню окрему думку письмово. Ці окремі думки мають декілька завдань: вони можуть стати каталізатором правових змін; вони можуть підштовхнути більшість змінити свою думку; або вони можуть поставити завдання суспільству виправити помилки, закликаючи до кращих змін у майбутньому.

Суддя Рут Бейдер Гінсбург (*Ruth Bader Ginsburg*), пояснюючи завдання окремих думок, відзначала, що іноді окрема думка «має на меті повернути негайну увагу суспільства та таким чином спонукати правові зміни» [4, р. 6]. Суддя Гінсбург наводить приклад – справу *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 здогадуватись про дискримінацію за ознаками статі. Реакція суспільства та законодавчого органу на рішення більшості суду була настільки сильною, що було запропоновано зміни до законодавства вже через кілька днів після рішення суду. За два роки Закон Лілі Ледбетер «Про справедливе відшкодування заробітної плати» (*Lilly Ledbetter Fair Pay Act*) виправив ту несправедливість, на яку звернули увагу чотири судді в окремій думці.

Одна лишень практика прислухатись до міркувань в окремих думках сама по собі може покращити рішення більшості. Один вчений зазначив, що «мовчання позбавляє суспільство важливої інформації», а «ті, хто висловлює окрему думку та витримує тиск з боку інших, виконують дуже важливу суспільну функцію» [5]. Однією з найцінніших функцій є протистояння природному потягу до одноставності; дослідження продемонстрували, що судді з різними політичними поглядами ведуть до «різноманітності думок, що допомагає виправляти помилки в міркуванні» [5, р. 177]. 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, ніж потужна окрема думка, для того щоб спонукати удосконалення та роз'яснення міркувань більшості у справі» [4, *supra* note 3, at. 3]. 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. Утім, окремі думки можуть бути закликком не тільки для тих, хто живе нині, але, як колись зазначив голова Верховного суду США Чарльз Г'юз (*Charles Hughes*), «окрема думка в суді найвищої інстанції є закликком... до майбутньої інтелігенції, коли наступне рішення, мабуть, зможе виправити помилку, якої, на думку судді, котрий написав окрему думку, припустився суд» [6]. Відома справа *Plessy v. Ferguson* є прикладом цього. У цьому рішенні більшість Верховного суду США у 1896 році постановила, що расова сегрегація в школах та норма «відокремлені, але рівні» не порушували Конституцію. Джон Маршал Гарлан (*John Marshall Harlan*), єдиний суддя, який написав окрему думку, висловився, що закони, які дозволяють сегрегацію, «суперечать особистим свободам громадян... та є ворогом букви та духу Конституції» [7]. Верховному суду США знадобилося п'ятдесят років для того, щоб виправити помилку та постановити, що

система «відокремлені, але рівні» в школах є неконституційною [8].

Окремі думки, таким чином, діють як коректори в природному прагненні суспільства до гармонії. Коли чути тільки одностайні думки, поширення інформації може послаблюватись, а думки можуть швидко поляризуватись. Окремі думки, що вільно поширюються, протистоять цим тенденціям та заохочують суспільство постійно вдосконалюватись. Суспільство може відреагувати швидко, як у справі *Lilly Ledbetter*, або може затягнути на десятки років, як у справі щодо скасування сегрегації за ознаками раси або смертної кари стосовно підлітків [9], але суспільство є завжди кращим, коли має різні протилежні думки. Під час висловлення таких позицій університети та інститути вищої освіти відіграють вирішальну роль. Університетам необхідно відповідати міжнародним стандартам та бути вільними від потужного впливу уряду, для того щоб учені 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 для громадянського суспільства України.

Я сподіваюсь, що ці зауваження будуть закликком до всіх учених – так само як і до адвокатів, юристів, інтелігенції України та до будь-кого – піднятися та бути впливовою думкою в боротьбі за захист верховенства права в Україні, яка триває.

Список літератури

1. Sushko O. Nations in Transit 2010: Ukraine, Freedom House / by Oleksandr Sushko and Olena Prystayko [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.freedomhouse.eu/images/Reports/NIT-2010-Ukraine-final.pdf>. – Title from the screen.
2. Futey B. A. The Importance of Acknowledging Precedent in Decision-Making / Bohdan A. Futey // Становлення правової держави в Україні, 1991–2011 = Establishing the Rule of Law in Ukraine 1991–2011. – К.: Юрінком Інтер, 2011.
3. Corruption Perceptions Index 2010 Results [Electronic resource] / Transparency International (Jan. 6, 2010). – Mode of access: http://transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results. – Title from the screen.
4. Ginsburg R. B. The Role of Dissenting Opinions / Ruth Bader Ginsburg // *Minnesota Law Review*. – 2010. – Vol. 95, No. 1. – P. 1–8.
5. Sunstein C. R. Why Societies Need Dissent / Cass R. Sunstein. – Harvard University Press, 2003. – 256 p.
6. The Supreme Court of the United States 68 (1936) (Charles Hughes).
7. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 563 (1896) (Harlan J., dissenting).
8. See *Brown v. Board of Ed. of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).
9. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

Bohdan A. Futey

DISSENT AND SOCIAL TRANSFORMATION: THE IMPORTANCE OF JUDICIAL DECISIONS

In the United States and other countries, including Ukraine, the judiciary has a role to play in a transforming society by attempting to impartially craft clear legal rulings that apply equally to all. The judiciary, then, can be the voice of how the legal framework of society should be constructed. At times, however, the judiciary fails to protect individual rights, and at these moments, it is crucially important for judges to express themselves in dissent. Those dissenting opinions of appellate justices, especially in our court of the last resort, the United States Supreme Court, can transform society by alleviating the natural social pressure towards conformity and agreement.

The Legal Aspect of an Ideal Civil Society. Adherence to the rule of law characterizes the legal aspect of the ideal civil society. The rule of law is the lynchpin of democracy, which leads to a better and more prosperous economic life. Under the rule of law concept, the supremacy of law means that all persons are subject to the law and treated equally before it, regardless of their status. The citizens of a country know that they will not be punished in a way that government officials would not be, and government officials know that they will not be prosecuted on trumped up charges or treated any differently than the other citizens. To enforce the rule of law, a civil society requires a strong and independent judiciary, since judges must be free to speak their minds as to the meaning and application of laws.

The Role of Dissent in Promoting the Ideal Civil Society. The reality of where a society is frequently fails to live up to where many think a civil society should be. Those who think a society is failing in some way can speak up and attempt to spark change. In the judiciary, these critical voices express their dismay through dissents, and it is critical that judges feel the freedom to speak that dissent in writing. Those dissents serve a number of purposes: they may act as a catalyst for legislative action; they may force the majority to improve their opinions; or they may take society to task for current failings while appealing to the hope of future change.

If scholars have that space, they can discuss all opinions – even the unpopular ones – to determine what works best for the civil society of Ukraine. I hope that these remarks will be a call to those scholars – as well as to lawyers, jurists, professors, and intellectuals in Ukraine and elsewhere – to stand up and be counted in the ongoing battle to protect the rule of law in Ukraine.

Keywords: the Judiciary, the Rule of Law, Ideal Civil Society, Judicial independence.

Матеріал надійшов 09.03.2016

УДК 342.51:340.131

Венгер В. М.

МЕЖІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ДИСКРЕЦІЇ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ

У статті здійснено правовий аналіз підходів до розуміння меж реалізації дискреційних повноважень органами публічного управління. Подано загальну характеристику адміністративної дискреції та підходів до визначення правових інструментів її обмеження. Проаналізовано вимогу обмеження дискреційних повноважень як складовий елемент принципу верховенства права.

Ключові слова: дискреція, орган публічної влади, адміністративна дискреція, дискреційні повноваження, принцип законності, виконавча влада, верховенство права.

Усі сфери функціонування органів публічної влади в сучасних умовах мають бути предметом досить жорсткого нормативно-правового регулювання. Встановлюючи вихідне начало спеціально-дозвільного принципу, Конституція України

в частині другій статті 19 визначає, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [1].