

UDC (УДК) 343.139.1

Навроцька Віра Вячеславівна,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ
e-mail: superviranavr@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-3407-7984

ОКРЕМА ДУМКА ЯК ОДНА З ГАРАНТІЙ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ЧЛЕНІВ СУДДІВСЬКОЇ КОЛЕГІЇ ТА ЇХ РІВНОСТІ ПРИ УХВАЛЕННІ РІШЕНЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Анотація. Розглянуто правову природу окремої думки судді/присяжного у кримінальному провадженні, її суть та значення. Виявлено проблеми діючого законодавчого регулювання інституту окремої думки судді/присяжного в кримінальному судочинстві та запропоновано шляхи їх вирішення. Розкрито роль цього інституту в процесі демократизації суспільства, виокремлено його основні функції. Основну увагу автора зосереджено на викладі підстав винесення окремої думки судді / присяжного, її змісту та правових наслідків.

Ключові поняття: окрема думка члена суддівської колегії, кримінальне провадження, нарада суддів, рішення суду.

Navrotska Vira,

Candidate of Legal Sciences (PhD (Law)),
Associate Professor of the
Department of criminal-law disciplines
Lviv State University of Internal Affairs
e-mail: superviranavr@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-3407-7984

DISSENTING OPINION AS ONE OF GUARANTEES OF INDEPENDENCE OF MEMBERS OF JUDICIAL ASSEMBLY AND THEIR EQUALITY IN MAKING DECISION IN UNDER CRIMINAL PROCEEDINGS

Abstract. The article deals with the legal nature of the judge's / juror's dissenting opinion in criminal case, its essence and value. The problems of the operating statutory regulation of the institution of the judge's / juror's dissenting opinion in the criminal proceeding and the ways of their decision are offered. The role of this institution in the process of democratization of society is revealed and its basic functions are distinguished.

The main author's attention is centered on the grounds of making the judge's / juror's dissenting opinion, its concept and legal consequences. It is established that dissenting opinion of a member of judicial assembly is a problem institution of the Ukrainian criminal proceedings. A dissenting opinion in the criminal proceeding is a right of a professional judge or juror not to agree with the position of the majority, offering other solution of an examined situation. The possibility of acquaintance of participants of the judicial trial with a dissenting opinion corresponds the democratic requirements of modern justice.

There is a groundlessness of the same requirements for a structure of an dissenting opinion and for the court decision. A dissenting opinion can be informal. The opinion of a judicial assembly member should include the expounded essence of divergences and the variant of the correct decision of the question. It is proved that the participants of criminal proceeding have the right to an acquaintance with a dissenting opinion. It is established that the dissenting opinion is the judicial guarantee of independence of judicial assembly members.

If the dissenting opinion does not reflect represented opinions of other members of the judicial assembly, the secret of deliberative room is not broken.

Key concepts: judge's / juror's dissenting opinion of a judicial assembly member, criminal proceeding, conference of judges, judgement.

Вступ

Проблеми поняття, суті, підстав винесення окремої думки члена суддівської колегії та її процесуальних наслідків у сучасній вітчизняній юридичній науці є малодослідженими. Існує декілька чинників, які зумовили низький ступінь вивченості цього питання: 1) це, передусім, вузька сфера, де може проявлятися окрема думка судді/присяжного під час розгляду справ у суді першої інстанції (позаяк більшість таких проваджень розглядається суддею одноособово – ч. 1 ст. 31 КПК України; водночас, наявність окремої думки можлива лише за умови колегіального винесення судового рішення); 2) інститут окремої думки члена суддівської колегії дуже поверхово регламентовано у КПК України (ч. 3 ст. 375, ч. 4 ст. 391 цього Кодексу); 3) і, нарешті, останньою із причин є те, що наявність окремої думки не тягне за собою істотних процесуальних наслідків.

Ступінь наукової розробки проблеми є недостатнім. Вітчизняний законодавець дуже скупо регламентував інститут окремої думки. Він недостатньо дав роз'яснення, що, своєю чергою, може потягнути за собою довільне тлумачення, за якого неможливе одностайне застосування кримінально-процесуальних норм.

Зокрема, у КПК України залишено поза увагою такі важливі питання: а) яким є правове значення окремої думки члена суддівської колегії з огляду на юридичну силу цього документа? б) чи необхідна конкретна процесуальна форма викладу окремої думки, особливий порядок її написання, бланк документа, обов'язкова інформація, що має міститися у тексті окремої думки? в) чи є окрема думка члена суддівської колегії підставою для оскарження судового рішення у вищих інстанціях у разі незгоди зацікавленого учасника кримінального провадження із таким рішенням? г) чи з усіх питань, обговорюваних при ухваленні судового рішення, член суддівської колегії вправі письмово викласти свою окрему думку? д) члени суддівської колегії суду якого рівня вправі викласти окрему думку? Відсутність однозначних відповідей на ці (та на деякі інші) питання зумовлена, передусім, слабкою правовою «проробленістю», недостатнім правовим регулюванням.

Окремі аспекти інституту окремої думки члена суддівської колегії аналізували, зокрема, В. М. Биков, В. Н. Бібіло, Н. В. Вітрук, О. Ю. Гай, С. Б. Гариш, І. С. Дікар'єв, А. П. Кононов, О. А. Крапівкіна, Н. С. Манова, В. В. Навроцька, І. Д. Перлов, О. І. Фадєєв, І. С. Фролов, А. В. Щасний. Однак після прийняття КПК 2012 р. ця проблема не була належно досліджена, в юридичній літературі не зверталася увага на низку право-

вих прогалин та неузгодженостей між окремими нормами аналізованого інституту чинного КПК.

Водночас, останнім часом спостерігається поживлення інтересу до проблем значимості окремої думки члена суддівської колегії.

Питання про статус окремої думки є актуальним з огляду на: 1) загальний напрямок зміцнення правової держави у сфері захисту (зокрема й судового) прав й законних інтересів юридичних та фізичних осіб; 2) те, що цей інститут однією із гарантій незалежності членів суддівської колегії та їх рівності при ухваленні рішень у кримінальному судочинстві; 3) те, що виклад окремої думки може забезпечити члена суддівської колегії від притягнення його до кримінальної відповідальності за винесення завідомо неправосудного акту за ст. 375 КК України.

Метою цієї статті є акцентування уваги на невіршених та дискусійних питаннях правового регулювання інституту окремої думки члена суддівської колегії задля усунення цих недоліків у подальшому.

1. Поняття окремої думки судді/присяжного

Окрема думка члена суддівської колегії – це офіційно виражена позиція такого члена, що не співпадає із поглядами більшості щодо висновків рішення чи їх обґрунтування, це право професійного судді чи присяжного, запропонувати інше, альтернативне вирішення розглядуваної ситуації [24].

«Офіційне» визначення цього поняття подано у Порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень (затвердженого рішенням Вищої ради правосуддя від 19.04.2018 №1200/0/15-18) [20]. У п. 15 зазначеного Порядку вказано, що окрема думка – це сформований *суддею* письмовий документ, який є формою визначення власної позиції *судді* у разі незгоди з прийнятим (наданим) рішенням (висновком) або викладенням обставин, що доповнюють мотивувальну частину рішення (висновку). Окрема думка відображає правову позицію *судді* у конкретній справі, яка розглядалася судом та спрямована на заперечення, уточнення або обґрунтування висновків у рішенні суду.

Незважаючи на те, що у наведеному вище нормативному акті йдеться лише про суддю як про особу, яка має право на виклад своєї відмінної позиції у вигляді окремої думки, проте видається, що законодавець при цьому виходив із більш широкого тлумачення зазначеного поняття. Такий висновок варто зробити на підставі аналізу положення п. 23 ч. 1 ст. 3 КПК України, де під поняттям «суддя» мають на

увазі не лише суддів, які згідно з Конституцією України здійснюють правосуддя на постійній основі, але й також присяжних.

Також постає питання: члени суддівської колегії суду якого рівня вправі викладати окрему думку? І логіка, і практика підказує, що «дисиденти» можливі під час розгляду справи в складі суду будь-якої інстанції (зокрема, апеляційної та касаційної), а також під час перегляду судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами. Ст. 375 КПК України «Ухвалення судового рішення і окрема думка судді» міститься у розділі IV КПК України «Судове провадження в суді першої інстанції». Однак незважаючи на це, відповідна норма може бути застосована за аналогією і під час перегляду справи вищими судами.

2. Переваги та недоліки інституту окремої думки

Інститут окремої думки зародився у практиці судочинства Великобританії, де колегіальний судовий орган взагалі не виносив спільного рішення, а кожен із суддів викладав своє власне рішення. У подальшому цей інститут отримав законодавче закріплення у багатьох демократичних державах (зокрема, у США, Німеччині, Канаді). В одних країнах окрема думка публікується разом з рішенням суду (у США), в інших – включається до тексту мотивувальної частини рішення (у Німеччині) [8].

Для англо-американських юристів інститут окремої думки (зокрема й у сфері кримінального судочинства) є типовим атрибутом судового процесу. Окремі думки, як вказують на те іноземні дослідники, є продуктом незалежного та глибокого мислення, вони становлять інтерес для законодавця своїми конструкціями та увагою до нюансів справи, слугують свідченням складності розглядуваних правових питань, вимагають виваженого підходу, природнім чином перетворюють суд в орган, де ведуться правові суперечки, а юридична думка отримує розвиток. При перегляді рішення окремі думки допомагають суду посилатися на відповідну індивідуальну позицію – у цьому полягає їх зовнішній ефект. Внутрішній же ефект зводиться до того, що вони, у кінцевому рахунку, мобілізують творчий потенціал членів суддівської колегії, сприяють підвищенню якості рішень суду [10, с. 270].

Можливість викладу членом суддівської колегії власної, відмінної від решти позиції, має (окрім уже наведених) ще одну безсумнівну перевагу – можливість уникнення таким «дисидентом» притягнення його до кримінальної відповідальності за винесення завідомо неправосудного акту.

Кримінально-правова оцінка діянь, вчинених у складі колегіальних органів, іноді зумовлює складнощі. С. Б. Гавриш зазначає, що відповідальності за незаконні акти колегіальних органів має підлягати службова особа, яка їх підписала або затвердила своїм наказом. Інших службових осіб, які належать до складу колегіального органу, брали участь у прийнятті незаконного рішення, спрямованого на заподіяння шкоди, можна розглядати як співучасників – якщо ті усвідомлювали факт прийняття незаконного рішення і можливість заподіяння внаслідок цього значної шкоди. Якщо рішення колегіального органу оформлено протокольно, і його підписали присутні службові особи, то усі вони, із урахуванням суб'єктивної сторони їх поведінки, мають розглядатися як співвиконавці вчиненого злочину [6, с. 466].

Щойно наведене твердження є занадто категоричним. Іноді трапляються ситуації, за яких члени колегіальних органів змушені підкорятися відповідним рішенням, хоча самі були проти їх прийняття. Так, не підписання рішення будь-ким із членів суддівської колегії (зокрема й тими, хто усвідомлював його неправосудність) означає, що такого рішення юридично взагалі не існує [7, с. 84].

Згідно ч. 2 ст. 375 КПК України 2012 р. у разі ухвалення судового рішення усі без винятку члени суддівської колегії (незалежно від займаної ними позиції у справі) зобов'язані підписати його, якщо за це проголосувала більшість складу суду. Цей обов'язок покладається й на суддю/присяжного, який у письмовій формі виклав окрему думку (відмінну від міркувань своїх колег). У цьому випадку виникає питання про його відповідальність за винесення завідомо для нього неправосудного рішення. Видається, що у діях такого члена суддівської колегії відсутня вина, у зв'язку з чим вони не можуть бути визнані злочинними. У цьому випадку підписання судового акту – обов'язкова процесуальна вимога до оформлення рішення суду, а не до його суті. Своє істинне ставлення до нього член суддівської колегії може відобразити в окремій думці, яка долучається до матеріалів провадження.

Ще стосовно Статуту кримінального судочинства зауважувалося, що «закон допускає подачу письмових окремих думок не як критику одним суддею рішення чи вироку, постановленого більшістю суддів, всупереч його міркуванням, а тільки з метою огороження судді від моральної та юридичної відповідальності за невільну участь у постановленні завідомо неправильної для нього резолюції, яку він все-таки зобов'язаний підписати» [5, с. 11].

Справедливим є твердження про те, що окрема думка є процесуальною гарантією неза-

лежності членів суддівської колегії один від одного [1, с. 17]. Можливість викладу відмінної позиції забезпечує внутрішню незалежність члена суддівської колегії, захищає від негативного тиску колективу.

Окремі думки як сукупність правових поглядів члена (членів) суддівської колегії, поза сумнівом, впливають на формування правової ідеології та на розвиток правової культури в державі, можуть мати і моральне, і доктринальне значення. В окремій думці член суддівської колегії не тільки виражає свою незгоду із рішенням більшості, але й наводить аргументи на захист своєї позиції [9, с. 43–44].

Наявність окремих думок є ознакою неупередженості суду й підтвердженням того, що судді/присяжні намагалися обговорити різні аспекти справи та альтернативні варіанти рішень. Авторитет судового рішення має ґрунтуватися на належній аргументації, на логічності такого рішення, а не на «єдності силоміць». Наявність таких відмінних позицій змушує суд наводити додаткові аргументи на користь колективного рішення, а, відтак – підвищити його якість та належну обґрунтованість.

Водночас існують країни демократичні, із добре розвинутою судовою системою, де такий інститут взагалі відсутній, де законодавець демонструє до нього вороже ставлення як до вкрай небажаного явища, а європейські правники вважають окремі думки аномалією судової системи (приміром, в Італії, Бельгії, Франції), фактично змушуючи суддів «співати в унісон». Головною причиною відсутності інституту окремої думки є, вочевидь, побоювання підризу значимості судового рішення, того, що наявність відмінних позицій не сприятиме зміцненню авторитету суду як колегіального органу. Адже демонстрація альтернативного варіанту рішення та протилежної аргументації в окремій думці може викликати небажання підпорядковуватися «хибному», «неправильному» рішенням у сторони, яка прогнала процес, спробу будь-що його оскаржити.

Окрім того, законодавча заборона у деяких державах оприлюднювати фактично наявні окремі думки впливає із принципу таємниці наради суддів.

До того ж, така заборона спрямована на захист члена суддівської колегії від переслідування за висловлення позиції по справі, від протиправного зовнішнього впливу. Адже якщо рішення суду є колективним, то не можливо достовірно встановити персональну позицію кожного із його членів під час голосування. А, відтак, значно зменшується небезпека того, що його за це будуть переслідувати.

У будь-якому разі, безсумнівним є те, що якщо судова система є демократичною, то вона, своєю чергою, є толерантною до окремих думок та відкритою для публічного обговорення й критики на свою адресу.

Передбачивши у ч. 3 ст. 375 та у ч. 4 ст. 391 КПК України право на виклад членом суддівської колегії окремої думки, український законодавець надав суддям / присяжним певну гарантію їх самостійності, відповідальності та незалежності – саме того, на чому й ґрунтується правосуддя.

3. Обов'язок членів суддівської колегії засвідчити постановлене рішення та їх право на виклад окремої думки

У ч. 2 ст. 358 КПК Республіки Білорусь міститься положення, згідно з яким суддя, який залишився при окремій думці, не підписує вирок, про що напроти його прізвища робиться помітка «окрема думка». Проте більш логічним видається підхід вітчизняного законодавця, згідно з яким прийняте рішення має бути підписане усім складом суду. Адже у протилежному випадку може скластися враження про поверхове обговорення (у нарадчій кімнаті чи поза нею) питань постановлення рішення або ж про те, що головуючий позбавив суддю можливості більш активно брати участь у прийнятті кінцевого рішення.

Інколи стверджується, що суд не має права вийти із нарадчої кімнати для проголошення вироку, доти, доки суддя, який залишився у меншості, не напише свою окрему думку. Щодо цього твердження є низка зауважень: Передусім, професійні судді/присяжні вправі викласти окрему думку не лише тоді, коли певне рішення прийнято у нарадчій кімнаті, але й поза нею так само. Окрім того, виклад відмінної від решти позиції можливий як під час винесення вироку, так й інших рішень суду. До того ж, автори відповідного висловлювання не дають рекомендацій до дій у разі виникнення ситуації, за якої переконання не досягло своєї мети і суддю/присяжного, що не погоджується із міркуванням своїх колег, не вдалося вмовити письмово викласти власну позицію по справі. Що ж тоді: змусити його до цього чи не випускати із нарадчої кімнати (звісно, за умови, що рішення прийнято у нарадчій кімнаті) взагалі?!

Не потрібно забувати, що викладення у письмовій формі окремої думки – це саме *право*, а не обов'язок судді/присяжного. Відповідно до ч. 3 ст. 375 КПК України 2012 «кожен суддя з колегії суддів має *право* (курсив мій. – В. Н.) викласти окрему окрему думку...». Схоже положення міститься й у § 15

Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи від 17.11.2010 р. державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, де зазначено, що судові рішення мають бути обґрунтовані та оголошені публічно, однак судді *не зобов'язані роз'яснювати*, якими переконаннями вони керувалися під час прийняття таких рішень [22].

4. Низка питань, щодо яких член суддівської колегії вправі викласти окрему думку

Потребує з'ясування й те, чи з усіх питань, обговорюваних при ухваленні судового рішення, член суддівської колегії вправі письмово викласти свою окрему думку?

Законодавець деяких держав надає право викладати окрему думку лише при постановленні вироку (ч. 5 ст. 301 КПК Російської Федерації; ч. 1 ст. 472 КПК Республіки Узбекистан). В юридичній літературі висловлена точка зору (правда, без будь-якого обґрунтування наведеної вище позиції. – *В. Н.*), відповідно до якої окрема думка члена суддівської колегії – це письмово виражена думка члена такої колегії, що не співпадає з позицією більшості членів цієї колегії з *питань кваліфікації* суспільно небезпечного діяння та *призначення заходів кримінальної відповідальності* [2, с. 312]. Водночас автор щойно наведеного твердження вказує на те, що стосовно так званих *другорядних* питань щодо суті вироку (до прикладу, питань щодо розподілу процесуальних витрат, визначення долі речових доказів та майна, на яке накладено арешт, витребування судового збору тощо) винесення окремої думки не можливе [2, с. 313].

Варто зазначити, що вітчизняний законодавець не обмежує професійного суддю чи присяжного колом питань, при обговоренні яких під час ухвалення рішення, той вправі викласти власну, відмінну від решти, позицію. А раз так, то вважаю, що стосовно будь-якого із них член суддівської колегії може письмово викласти свою окрему думку. Принаймні, такий висновок можна зробити шляхом тлумачення положень ч. 3 ст. 375 та ч. 4 ст. 391 КПК України, де жодних спеціальних обумовлень чи винятків із цього приводу немає.

Судова практика теж йде тим шляхом, що окрема думка може бути викладеною щодо будь-яких питань, вирішуваних судом. Зокрема, члени суддівської колегії викладають свою позицію як стосовно так званих «кінцевих (остаточних)» рішень по справі (до прикладу, стосовно кваліфікації дій особи та призначення покарання), так і відносно «проміжних» судових актів (наприклад, щодо обов'язковості участі захисника, щодо відведення присяжних/

професійних суддів від участі у кримінальному провадженні, щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження, щодо повернення обвинувального акту прокурору тощо).

5. Вимоги до оформлення окремої думки члена суддівської колегії

Невирішеним (і на законодавчому рівні, і в теорії) залишається питання про те, чи необхідна обов'язкова інформація, що має міститися у тексті окремої думки, конкретна процесуальна форма її викладу, особливий порядок її написання?

Окрема думка – лише сигнал про те, що при ухваленні судового рішення не було досягнуто одногосся. З огляду на це навряд чи обґрунтованим є пред'явлення до її структури таких самих вимог, як і до судового рішення. Окрема думка судді/присяжного – звичайно ж, судовий акт [4, с. 6–11]. Але вона не має самостійного значення у визначенні прав та обов'язків учасників кримінального процесу і не тягне щодо них яких-небудь наслідків. Її не можна прирівняти до індивідуальних ухвал судді. Її правова природа інша, аніж судових актів, у яких сформульовані рішення, що підлягають обов'язковому виконанню. Адже вона не відповідає вимогам виключності, обов'язковості, незмінності, преюдиційності. Саме тому законодавець у КПК України і не встановлює вимог до структури окремої думки.

Окрема думка може викладатися у довільній формі. Головне, аби з неї можна було зрозуміти:

1) *хто є її «творцем»*

(З огляду на це вважаю абсолютно неприйнятною ситуацію, за якою вдаються до спроб «зашифрувати» авторство окремої думки. Так, до прикладу, в окремій думці щодо ухвали колегії суддів судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду Луганської області від 09.08.2018, вказано, що вона винесена Особою 4 [17]. Тяжко сказати, чим зумовлений такий підхід, але він, поза всяким сумнівом, хибний. Припускаю, що причиною цього є намагання убезпечити члена суддівської колегії від протиправних посягань з боку незадоволених таким його підходом до вирішення справи учасників кримінального процесу чи інших осіб. Якщо це так, то з цього приводу є хороша народна мудрість: «Вовка боїться – в ліс не ходити». Тобто, якщо член суддівської колегії боїться незаконного впливу щодо себе за висловлення позиції по справі, то, мабуть, йому варто займатися не судівництвом, а будь-якою іншою діяльністю, де таких ризиків менше або ж вони відсутні взагалі);

2) з яким саме рішенням суддівської колегії не погоджується «дисидент»

(Доводиться констатувати, що на практиці окремі судді вдаються до хитрощів та намагаються настільки завуальовано сформулювати свою відмінну від решти колег позицію, аби складалося враження, згідно з яким така окрема думка викладена не щодо рішення суддівської колегії, а стосовно мотивів та аргументів, зазначених у клопотаннях, скаргах чи зверненнях приватних учасників процесу, з приводу яких і приймається таке рішення [15]. Вочевидь, треба привчати та призвичаювати і професійних суддів, і присяжних до думки про те, що мати відмінні від більшості міркування (особливо, якщо така думка належним чином обгрунтована) – це аж ніяк не відступництво, не ренетатство. Навпаки, це абсолютно нормально! Необхідно подолати страх судді висловлювати незгоду із позицією більшості, не боятися тиску суддівського співтовариства. Це можна зробити, зокрема, й передбачивши застосування заходів заохочення стосовно того члена суддівської колегії, чия окрема думка при розгляді справи у вищих інстанціях виявилася правильною (на відміну від підсумкового рішення його колег);

3) щоб у ній була викладена *суть розбіжностей та варіант правильного*, на думку члена суддівської колегії, *вирішення питання*;

4) в окремій думці, як видається, мають бути зазначені й *аргументи та міркування* «інакомислячого», керуючись якими він не погоджується із рішенням загалом.

(Про обов'язкове належне обгрунтування такої відмінної позиції йдеться, зокрема, у ч. 7 ст. 339 КПК Республіки Молдова. Це як на мене, цілком справедливо та виправдано! Аналіз же окремих думок вітчизняних суддів свідчить про те, що, на жаль, іноді їх автори лінуються та не переважтажують себе наведенням бодай якихось доводів чи мотивів незгоди із рішенням більшості [13];

5) окрім того, в окремій думці має бути зазначено *дату її викладу*, яка має збігатися із датою ухвалення колегіального судового рішення.

Виняток може становити ситуація, передбачена у ч. 2 ст. 376 КПК України. Там йдеться про те, що якщо складання судового рішення у формі ухвали вимагає значного часу, суд може обмежитися складанням та оголошенням його резолютивної частини; водночас повний текст ухвали має бути складений не пізніше 5 діб з дня оголошення резолютивної частини. За подібних обставин (та в такі ж самі строки) допустимим вважаю також складання спочатку скороченого, а в подальшому – і повного, остаточного тексту

окремої думки. До прикладу, первісний варіант окремої думки судді Вінницького міського суду Вінницької області Романюка Л. Ф. (стосовно ухвали цього суду про зміну запобіжного заходу з тримання під вартою на домашній арешт) було складено 04.05.2018, повний же її текст викладено через три дні – 08.05.2018 [14].

Варто зазначити, що у КПК України відсутній припис про необхідність зазначення в окремій думці дати її викладу. На практиці іноді окремі думки викладалися та, відповідно, оприлюднювалися (в Єдиному державному реєстрі судових рішень) пізніше, аніж саме рішення. Наприклад, окрема думка судді Апеляційного суду Житомирської області Ю. В Широкопояс на вирок Малинського районного суду Житомирської області від 05.07.2018, була викладена аж через півроку після цього – 06.11.2018 [12]. А судді Івано-Франківського апеляційного суду О. П. Васильєвій після винесення вироку Коломийським міськрайонним судом Івано-Франківської області від 07.12.2018 для того, аби «опам'яталася» та зрозуміти, що вона все-таки не згідна із рішенням суддівської колегії потрібно було вдвічі більше часу: лише через 1 рік та 2,5 місяці (аж 25.02.2019) вона нарешті виклала окрему думку! [16].

Свого часу деякі дослідники пропонували, аби в тексті рішення суду було зазначено про наявність окремої думки. Це, як вони стверджували, могло запобігати ситуаціям, коли член суддівської колегії викладав окрему думку із запізненням, побачивши негативну реакцію суспільства на ухвалені рішення чи коли над ним уже висить «дамоклів меч» кримінальної відповідальності за постановлення завідомо неправосудного рішення [8].

Така ситуація змінилася після 01.10.2018, тобто після набрання чинності Порядком ведення Єдиного державного реєстру судових рішень (затверджених рішення Вищої ради правосуддя від 19.04.2018 № 1200/0/15-18) [20]. У зазначеному порядку вказано, що електронний примірник судового рішення або окремої думки виготовляється судом в Автоматизованій системі документообігу суду (далі – АСДС) у день ухвалення судового рішення або виготовлення його повного тексту в паперовій формі, підписується електронним цифровим підписом (далі – ЕЦП) судді, який ухвалив таке судові рішення, а у разі колегіального розгляду – ЕЦП усіх суддів, що належать до складу колегії, та зберігається у стані, що унеможливує його подальше коригування. Дата та час підписання ЕЦП, а також дата і час надсилання до Реєстру електронного примірника судового рішення або окремої думки судді автоматично зберігається в АСДС і не підлягає коригуванню.

Отож, окремі думки «постфактум» уже будуть неможливі. Такий підхід законодавця до вирішення розглядуваної ситуації варто тільки вітати!

Також варто зазначити, що за наявності декількох членів суддівської колегії, які не поділяють позицію більшості, цілком допустимим є як висловлення кожним із них персональної (одноособової) незгоди, так і виклад спільної (колективної, колегіальної) окремої думки [19].

А от що вважаю абсолютно неприйнятним (і цілком поділяю з цього приводу позицію інших дослідників [24]), так це такий спосіб викладу окремої думки, за якої професійний суддя/присяжний, порушуючи таємницю наради суддів, розкриває позицію решти членів суддівської колегії під час прийняття відповідного рішення. Такі ситуації на практиці, теж, на жаль, трапляються [18].

Видається виправданим та логічним підхід законодавця однієї із сусідніх держав (ч. 5 ст. 301 КПК РФ), згідно з яким «Суддя, що залишився при окремій думці під час постановлення вироку, не вправі вказувати в ньому відомості про міркування, що висловлювалися під час обговорення та прийняття судового рішення, про позицію окремих суддів, що входили до складу суду чи іншим способом розкривати таємницю наради суддів».

З огляду на це раджу доповнити ст. 375 КПК України ч. 4 наступного змісту:

«Жоден із членів суддівської колегії, що залишився при окремій думці, не вправі вказувати у ній відомості про міркування, що висловлювалися під час обговорення та прийняття судового рішення, про позицію решти членів, котрі входили до складу суду чи будь-яким іншим способом розкривати таємницю наради суддів».

6. Можливість зацікавлених осіб ознайомитися із окремою думкою

Наявність окремої думки члена суддівської колегії у кримінальному провадженні викликає інтерес до його змісту. З приводу того, хто вправі знайомитися з окремою думкою, в юридичній літературі відсутня єдність підходів.

Так, одні науковці стверджують, що ознайомлюються з нею лише судді суду вищого рівня під час провадження в суді апеляційної і касаційної інстанції; що ніхто з учасників судового розгляду і присутніх не має знати, хто ж із суддів залишився при окремій думці (бо у протилежному випадку буде порушена таємниця нарадчої кімнати та результати голосування при ухваленні рішення) [2, с. 314; 3, с. 21]. Такий доктринальний підхід (відповідно до якого учасників процесу про наявність окремої

думки не повідомляють, у залі судового засідання вона не озвучується та не долучається до матеріалів провадження) відображено у процесуальних кодексах окремих держав (ч. 2 ст. 54 КПК Республіки Казахстан, ч. 4 ст. 416 КПК Туркменістану).

Водночас інша група вчених переконана, що правом на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, а, отже, із окремою думкою, оскільки вона після приєднання до матеріалів цього провадження є його невід'ємною частиною, наділені учасники кримінального провадження. У разі заявлення учасником кримінального провадження клопотання про ознайомлення з окремою думкою, головуючий має забезпечити йому таку можливість [21, с. 49].

Видається, що саме друга із наведених думок ґрунтується на законі, позаяк ч. 3 ст. 375 КПК України 2012 р. жодним чином не обмежує учасників кримінального провадження у реалізації права на відповідне ознайомлення.

Більш радикальної позиції притримується К. І. Фадеєва, яка вважає, що «окрема думка судді має бути оголошена в залі судового засідання, оскільки особи, які вислуховують вирок [певно, це стосується не лише вироків, а й інших рішень суду – В. Н.], мають знати зміст рішення, прийнятого судом, а окрема думка судді є частиною вироку» [23, с. 19].

Міркування авторів, що пропонують посилити процесуальні можливості окремої думки члена суддівської колегії, отримала свій розвиток у КПК РФ, який містить положення про те, що під час проголошення вироку головуючий оголошує про наявність окремої думки судді і роз'яснює учасникам судового розгляду право протягом 3-х діб заявити клопотання про ознайомлення з окремою думкою судді і строк такого ознайомлення. Заявити клопотання вправі: засуджений, виправданий (їх захисники, законні представники), прокурор, потерпілий (його представники), а у випадку, коли окрема думка судді пов'язана із вирішенням цивільного позову – цивільний позивач, цивільний відповідач, їх представники (ст. 310 КПК РФ). Подібна норма міститься й у ч. 3 ст. 340 КПК Республіки Молдова, де сказано, що якщо при прийнятті рішення була висловлена окрема думка, присутні при її проголошенні мають бути проінформовані про це.

Видається, що наведений вище підхід законодавця сусідніх держав загалом заслуговує на схвалення.

Розрахунок на те, що про окрему думку зацікавлені особи все ж мають можливість дізнатися самостійно, реалізуючи право на ознайомлення із матеріалами провадження – є

хитрунством. Хоча, зрештою, припускаю, що це може бути й законодавчим недоглядом. У будь-якому разі, потрібно зважати на те, що особам, які беруть участь у кримінальному провадженні на непрофесійній основі, процедурні норми невідомі. Вони не мають здогадуватися чи припускати наявність у них будь-якого права (зокрема й права ознайомлюватися із змістом окремої думки), а мають чітко про це знати. Такий законодавчий підхід та отака критикована мною правова регламентація аналізованого питання не мають має нічого спільного із принципами (засадами) законності та верховенства права.

З огляду на це пропоную викласти ч. 1 ст. 376 КПК України у наступній редакції:

«Судове рішення проголошується прилюдно негайно після його проголошення. Головуючий у судовому засіданні роз'яснює зміст рішення, порядок та строк його оскарження. За наявності у справі окремої думки, головуєчий повідомляє про її наявність, не розкриваючи її змісту».

Висновки

Вищенаведене дає підстави для таких тверджень:

1) право члена суддівської колегії на вираження окремої думки справедливо та традиційно розглядається як одна з гарантій їх незалежності та рівності при постановленні судових рішень;

2) за своєю суттю окрема думка у кримінальному провадженні становить собою незгоду члена суддівської колегії із позицією більшості по рішенню загалом чи щодо окремих питань, що вирішуються у рішенні;

3) складання окремої думки у вітчизняному кримінальному судочинстві завжди було правом члена суддівської колегії та не звільняло його від обов'язку підписати рішення, постановлене рештою членів суддівської колегії;

4) незважаючи на те, що ст. 375 КПК України «Ухвалення судового рішення і окрема думка судді» міститься у розділі IV КПК України «Судове провадження в суді першої інстан-

ції», відповідна норма може бути застосована за аналогією і під час перегляду справи вищими судами;

5) члени суддівської колегії вправі викладати свою позицію як стосовно так званих «кінцевих» (остаточних) рішень по справі, так і відносно «проміжних» судових актів;

6) підхід, відповідно до якого викладення членом суддівської колегії окремої думки із запізненням (після появи негативної суспільної реакції на ухвалені рішення чи у зв'язку із загрозою настання кримінальної відповідальності за постановлення завідомо неправосудного акту) стає неможливим, є абсолютно логічним та виправданим кроком законодавця;

7) необґрунтованим є пред'явлення до структури окремої думки тих же вимог, що й до судового рішення. Окрема думка може викладатися у довільній формі. Головне, аби у ній була викладена суть розбіжностей і варіант правильного, на думку члена суддівської колегії, вирішення питання;

8) існує потреба доповнити ст. 375 КПК України ч. 4, згідно з якою член суддівської колегії, що залишився при окремій думці під час винесення рішення, не вправі вказувати у ньому відомості про міркування, що висловлювалися при обговоренні та прийнятті цього рішення, про позицію своїх колег чи будь-яким іншим способом розкривати таємницю наради суддів;

9) надання можливості учасникам судового розгляду (та іншим зацікавленим особам) знати про факт наявності у справі окремої думки відповідає демократичним вимогам сучасного правосуддя; з огляду на це запропоновано нову редакцію ч. 1 ст. 376 КПК України;

10) з метою подолання страху професійного судді/присяжного через тиск суддівського співтовариства у зв'язку із висловленням незгоди із позицією більшості, варто передбачити застосування заходів заохочення стосовно того члена суддівської колегії, чия окрема думка при розгляді справи у вищих інстанціях виявилася правильною (на відміну від підсумкового рішення його колег).

Список використаних джерел

1. Аскеров С. С. Принцип незалежності і недоторканності суддів у кримінальному процесі України та Азербайджану: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: 12.00.09. К., 2009. 19 с.
2. Бибило В. Н. Информационное значение особого мнения судьи по уголовному делу. *Право и демократия*. Сборник научных трудов. Вып. 27. Минск: Изд-во БГУ, 2016. С. 309–319.
3. Бибило В. Н. Конституционные принципы правосудия и их реализация в стадии исполнения приговора. Минск: Университетское, 1986. 160 с.
4. Бибило В. Н. Судебный акт как юридический термин. *Вестник Гродненского государственного университета имени Янки Купалы*. Сер. 4. Правознауства. 2013. № 4. С. 6–11.
5. Волжин В. Особое мнение при постановлении приговоров и независимость судей. *Журнал гражданского и уголовного права*. 1882. Кн. 8. С. 8–16.

6. Гавриш С. Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні. Проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства. К., 2002. 634 с.
7. Гай О. Ю. Законная сила приговора в уголовном процессе: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Саратов: Саратовский юридический институт, 1999. 179 с.
8. Кібенко О. Окрема думка судді Верховного Суду – диверсія чи героїчний вчинок? URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/inshe/okrema-dumka-suddi-verhovnogo-sudu--diversiya-chi-geroyichniy-vchinok.html>.
9. Кононов А. П. Право на особое мнение. *Закон*. 2006. Ноябрь. С. 43–46.
10. Крапивкина О. А. Природа института особого мнения в различных правовых системах. *Вестник Иркутского государственного технического университета*. Социально-экономические и общественные науки. 2015. № 2 (97). С. 269–273.
11. Мартынчик Е. Г. Особое мнение судьи по уголовному делу. Кишнев: Штиинца, 1981. 130 с.
12. Окрема думка судді апеляційного суду Житомирської області Широкопояс Ю. В. від 06 листопада 2018 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77652928>.
13. Окрема думка судді Апеляційного суду Закарпатської області судді Мишинчука Н. С. від 18 вересня 2018 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76621957>.
14. Окрема думка судді Вінницького міського суду Вінницької області Романюка Л. Ф. від 04.05.2018 року. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73956838>.
15. Окрема думка судді Житомирського апеляційного суду Слісарчука Я. А. від 06 лютого 2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79772670>.
16. Окрема думка судді Івано-Франківського апеляційного суду Васильєвої О. П. від 25 лютого 2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80073150>.
17. Окрема думка судді судової палати з розгляду кримінальних справ Апеляційного суду Луганської області ОСОБА 4 від 09.08.2018 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75811375>.
18. Окрема думка судді Татарбунарського районний суду Одеської області Тимошенко С. В. від 10 червня 2019 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82359953>.
19. Окрема думка суддів Глибочького районного суду Чернівецької області Цуренка В. А. та Маковійчук Ю. В. від 09 листопада 2015 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53304955>.
20. Про затвердження порядку ведення Єдиного державного реєстру судових рішень: рішення Вищої ради правосуддя від 19.04.2018 № 1200/0/15-18. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1200910-18>
21. Прокопьева С. И. Гносеологические, процессуальные и социально-психологические проблемы постановления приговора. Калининград: Изд-во КГУ, 1981. 58 с.
22. Рекомендація СМ Рес (2010) 12 Комітету міністрів Ради Європи від 17 листопада 2010 р. державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a38.
23. Фадеева Е. И. Особое мнение судьи по приговору. *Российский судья*. 2010. № 9. С. 17–19.
24. Фролов И. С. Особое мнение судьи как одна из гарантий независимости судей и их равенства при постановлении приговора: проблемы и перспективы. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/osoboe-mnenie-sudi-kak-odna-iz-garantiy-nezavisimosti-sudey-i-ih-ravenstva-pri-postanovlenii-prigovora-problemy-i-perspektivy>.

References

1. Askerov, S. S. (2009). Pryntsyp nezalezhnosti i nedotorkannosti suddiv u kryminal'nomu protsesi Ukrayiny ta Azerbaydzhanu [The principle of independence and integrity of judges in the criminal process of Ukraine and Azerbaijan]. Abstract dis. kand. legal sciences: 12.00.09 [in Ukr.].
2. Bibilo, V. N. (2016). Informatsionnoye znacheniyе osobogo mneniya sud'i po ugovnomu delu [The informational significance of the special opinion of a judge in a criminal case]. *Pravo i demokratiya*. Sbornik nauchnykh trudov (*Law and democracy*. Collection of scientific works), 27, 309–319 [in Russ.].
3. Bibilo, V. N. (1986). Konstitutsionnyye printsipy pravosudiya i ikh realizatsiya v stadii ispolneniya prigovora [Constitutional principles of justice and their implementation at the stage of execution of the sentence] [in Russ.].
4. Bibilo, V. N. (2013). Sudebnyy akt kak yuridicheskiy termin [Judicial act as a legal term]. *Viestnik Hrodnienskaha dziarjaunaha univiersyteta imia Janky Kupaly*. Ser.4. Pravaznaustva (*Journal of Grodno State University named after Yanka Kupala*. Series. 4. Jurisprudence), 4, 6–11 [in Russ.].
5. Volzhin, V. (1882). Osoboye mneniye pri postanovlenii prigovorov i nezavisimost' sudey [Special opinion in sentencing and independence of judges]. *Zhurnal grazhdanskogo i ugovnogo prava* (*Journal of Civil and Criminal Law*), 8, 8–16 [in Russ.].
6. Gavrish, S. B. (2002). Kryminal'no-pravova okhorona dovkilliya v Ukrayini. Problemy teorii, zastosuvannya i rozvytku kryminal'noho zakonodavstva [Legal protection of the environment in Ukraine. Problems of theory, application and development of criminal law] [in Ukr.].
7. Guy, O. Yu. (1999). Zakonnaya sila prigovora v ugovnom protsesse [The legal force of the sentence in the criminal process]. Dis. ... kand. legal sciences: 12.00.09 [in Russ.].

8. Kibenko, O. Okrema dumka suddi Verkhovnoho Sudu – dyversiya chy heroyichnyy vchynok? [A dissenting opinion of a Supreme Court judge – sabotage or heroic deed?]. Retrieved from <http://yur-gazeta.com/publications/practice/insh/okrema-dumka-suddi-verhovnogo-sudu--diversiya-chi-geroyichniy-vchinok.html> [in Ukr.].
9. Kononov, A. P. (2006) Pravo na osoboye mneniye [Right to dissent]. *Zakon (Law)*, 11, 43–46 [in Russ.].
10. Krapivkina, O. A. (2015) Priroda instituta osobogo mneniya v razlichnykh pravovykh sistemakh [The nature of the institute of dissent in various legal systems]. *Vestnik Irkutskogo gosudarstvennogo tekhnicheskogo universiteta. Sotsial'no-ekonomicheskiye i obshchestvennyye nauki (Gazette of the Irkutsk State Technical University. Socio-economic and social sciences)*, 2 (97), 269–273 [in Russ.].
11. Martynchik, E. G. (1981). Osoboye mneniye sudii po ugovnomu delu [Separate opinion of the judge in a criminal case] [in Russ.].
12. Okrema dumka suddi apelyatsiynoho sudu Zhytomyrs'koyi oblasti Shyrokopoyas Yu.V. vid 06 lystopada 2018 r. [Separate Opinion of Judge of the Court of Appeal of Zhytomyr Region Shirokopoyas Yu. V. dated November 06, 2018]. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77652928> [in Ukr.].
13. Okrema dumka suddi Apelyatsiynoho sudu Zakarpats'koyi oblasti suddi Myshynchuka N. S. vid 18 veresnya 2018 r. [Separate Opinion of Judge of the Court of Appeal of Transcarpathian Region Judge Myshynchuk N.S. dated September 18, 2018]. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76621957>. [in Ukr.].
14. Okrema dumka suddi Vinnyts'koho mis'koho sudu Vinnyts'koyi oblasti Romanyuka L. F. vid 04.05.2018 r. [Separate Opinion of Judge Vinnytsia City Court of Vinnytsia Region Romanyuk L. F. from 04/05/2018]. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73956838>. [in Ukr.].
15. Okrema dumka suddi Zhytomyrs'koho apelyatsiynoho sudu Slisarchuka Ya. A. vid 06 lyutoho 2019 r. [Separate Opinion of Judge Zhytomyr Court of Appeal Slisarchuk Ya. A. dated February 06, 2019]. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79772670> [in Ukr.].
16. Okrema dumka suddi Ivano-Frankivs'koho apelyatsiynoho sudu Vasyl'yevoyi O. P. vid 25 lyutoho 2019 r. [Separate Opinion of the Judge of Ivano-Frankivsk Court of Appeal Vasilyeva O. P. dated February 25, 2019]. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80073150>. [in Ukr.].
17. Okrema dumka suddi sudovoyi palaty z rozhlyadu kryminal'nykh sprav Apelyatsiynoho sudu Luhans'koyi oblasti OSOBA 4 vid 09.08.2018 r. [Separate Opinion of the Judge of the Trial Chamber on Criminal Cases of the Court of Appeal of Lugansk Region PERSON 4 of 09.08.2018]. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75811375>. [in Ukr.].
18. Okrema dumka suddi Tatarbunars'koho rayonnyy sudu Odes'koyi oblasti Tymoshenko S. V. vid 10 chervnya 2019 r. [Separate Opinion of Judge of Tatarbunarsky District Court of Odessa Region Tymoshenko S. V. dated June 10, 2019 Okrema dumka suddi Tatarbunars'koho rayonnyy sudu Odes'koyi oblasti Tymoshenko S. V. vid 10 chervnya 2019 r.]. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82359953> [in Ukr.].
19. Okrema dumka suddiv Hlybots'koho rayonnoho sudu Chernivets'koyi oblasti Tsurenka V. A. ta Makoviy-chuk Yu. V. vid 09 lystopada 2015 r. [Separate Opinion of Judges of the Hlybtsky District Court of Chernivtsi Region Tsurenka V. A. and Makoviychuk Yu. V. dated November 09, 2015]. Retrieved from <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53304955>. [in Ukr.].
20. Pro zatverdzhennya poryadku vedennya Yedynoho derzhavnogo reyestru sudovykh rishen': rishennya Vyshchoyi rady pravosud'dya vid 19.04.2018 r. № 1200/0/15-18 [On approval of the procedure for maintaining the Unified State Register of Judgments: the decision of the High Council of Justice of 19.04. 2018 № 1200/0/15-18]. Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1200910-18>. [in Ukr.].
21. Prokopyeva S. I. (1981). Gnoseologicheskiye, protsessual'nyye i sotsial'no-psikhologicheskiye problemy postanovleniya prigovora [Epistemological, procedural and socio-psychological problems of sentencing]. [in Russ.].
22. Rekomendatsiya CM Rec (2010) 12 Komitetu ministriv Rady Yevropy vid 17 lystopada 2010 r. derzhavam-chlenam shchodo suddiv: nezalezhnist', efektyvnist' ta obov'yazky [Recommendation CM Rec (2010) 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 17 November 2010 to the Member States on judges: independence, efficiency and duties]. Retrieved from http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a38 [in Ukr.].
23. Fadeeva, E. I. (2010). Osoboye mneniye sud'i po prigovoru [Dissenting opinion of the judge]. *Rossiyskiy sud'ya (Russian judge)*, 9, 17–19 [in Russ.].
24. Frolov, I. S. Osoboye mneniye sud'i kak odna iz garantiy nezavisimosti sudey i ikh ravenstva pri postanovlenii prigovora: problemy i perspektivy [The dissenting opinion of the judge as one of the guarantees of the independence of judges and their equality in sentencing: problems and prospects]. Retrieved from <https://cyberleninka.ru/article/v/osoboe-mnenie-sudi-kak-odna-iz-garantiy-nezavisimosti-sudey-i-ih-ravenstva-pri-postanovlenii-prigovora-problemy-i-perspektivy> [in Russ.].

*Стаття: надійшла до редакції 12.11.2019
прийнята до друку 10.12.2019*

*The article: is received 12.11.2019
is accepted 10.12.2019*