

Порівняльні роздуми

1. Оприлюднення особистого погляду: плюси і мінуси

Багато авторів, які розглядають феномен розбіжності у думках суду, представляють і обтяжують різні аргументи, які можна використовувати для і проти публікації особистого погляду. Корисно проглянути ці аргументи, оскільки вони стосуються фундаментальних цінностей і принципів, але слід пам'ятати, що плюси і мінуси розкриття судових інакомислень повинні оцінюватися в контексті однієї конкретної юрисдикції. Переваги особистого погляду зазвичай застосовують в обговоренні принципів і концепцій, таких як прозорість, незалежність судової влади, легітимність і авторитет. Обговорення щодо плюсів і мінусів судового особистого погляду допомагає нам виявити взаємозв'язок цих принципів і концепцій. Розрізнені думки мають принаймні чотири функції: я називаю їх стимулюючою, комунікативною, діалектичною і перетворюючою функціями.

Розбіжність в думках виникає в колективних органах, таких як суд. Цілком природно, що судді розходяться в думці щодо правових питань певної важливості та складності. Питання в тому, чи розумно приховувати інакомислення. Безсумнівно, судді обговорюють справи між собою та впливають на думку один одного. Ці обговорення необхідні для прийняття рішення та пошуку рішення юридичної проблеми. Судді можуть скористатися аргументами, висунутими попередніми членами суду, тільки якщо є можливість викладати свою думку окремо. Таким чином, особисті думки також є своєрідним «ринком ідей», цінним джерелом можливих аргументів і альтернативних інтерпретацій. Стверджується, як ми бачили, на прикладі Суду Європейського Союзу, який забороняє особисті думки, що можливість оприлюднення незгоди може поліпшити якість рішення, змусивши більшість, яку спонукають особисті погляди, розібратися з найскладнішим питанням. Таким чином, особисті погляди зміцнюють колегіальність, а не підривають її, оскільки вони забезпечують однакове ставлення до всіх членів колегії та враховують їхні аргументи. Це можна назвати стимулюючою функцією судового інакомислення, спрямованого на інсайдерів, інших членів суду. Може виникнути питання, чи внутрішньо розповсюджені, але неопубліковані, особисті погляди можуть виконувати ту ж саму функцію. Хоча неопубліковані думки, що не збігаються, можуть сприяти більш живій дискусії в суді, вони, ймовірно, не мають переконливої сили порівняно до опублікованої думки. Звідси випливає, що опубліковані особисті погляди допомагають оцінити відповідальність суддів, гарантуючи громадськості, що вони працюють і беруть участь у дорадчому процесі.

Особисті погляди також мають важливу інформаційну або комунікативну функцію для сторонніх осіб. Вони можуть допомогти тим, хто повинен дотримуватися рішення суду, сторонам у справі та іншим юридичним особам, на яких поширюється прецедентне значення рішення, найголовніше - судів нижчої інстанції, щоб краще зрозуміти причини, які привели до рішення, і передбачити можливі майбутні зміни в спрямованості суду. Насправді, особистий погляд – особливо погляд, що збігається, - може дати додаткові пояснення та доповнити міркування більшості деталями, які допомагають отримати більш повну картину підстави суду. Більше того, це не є рідкістю, як ми можемо бачити, особистий або узгоджена думка, адресована законодавцям, надає рекомендації щодо того, як виправити або вдосконалити закон, або до сторони, що програла, доручаючи їй, де шукати відшкодування.

Правова доктрина також є одним з бенефіціарів особистого погляду. До того ж, правознавці часто приділяють багато уваги цим думкам, які, як ми бачили, часто мають подібний науковій праці стиль. Існує ще більш особливий зв'язок між конституційними судами та правовою доктриною. Багато суддів приходять з академічних кіл, а вчені-юристи можуть прагнути стати конституційним суддями. Таким чином, існує сильна взаємодія між конституційним правосуддям та науковими

колами як на особистому, так і на матеріально-правовому рівні. Особисті погляди стають частиною більш широкого діалогу між суддями та правознавцями з різних тем, що стосуються права, тому вони також виконують певну діалектичну функцію. І останнє, особисті погляди можуть здійснювати важливу трансформаційну функцію. Вчені-правознавці, які хвалять публікацію судових інакомислень, часто вважають їх корисним засобом правового розвитку. Особистий погляд або, що ще важливіше, наявність більш незмінних думок, може стати поштовхом до майбутнього її скасування, оскільки вона виявляє невідповідність думок усередині суду. Склад суду змінюється, а інакодумці можуть стати більшістю. І це не малоімовірна можливість. Як ми бачили, це іноді трапляється. Деякі вчені описують особливі думки як важливий інструмент для прояву плюралізму і демократичного принципу. Здатність виявляти незгоду публічно безсумнівно гарантує більшу прозорість у прийнятті рішень судами.

Ці чотири функції особистого погляду зазвичай використовуються як аргумент на користь їх публікації. Але, окрім пільг, розкриття судового інакомислення теж має свою вартість. Найбільш потужним аргументом проти публікації інакомислення є те, що воно завдає шкоди авторитетності судового рішення і, опосередковано, повноваженням суду. З іншого боку, однак, можна сказати, що якщо розголошення інакомислення дозволено і жоден суддя не викладає свою думку окремо, то сила рішення значно сильніше, ніж у системі, в якій заборонені особисті погляди, а однастайність є невизначеною. Реальна, і не тільки очевидна, однастайність підвищує авторитетність судження. Як ми могли побачити, саме з цієї причини головний суддя Уоррен наполегливо працював, щоб досягти однастайності в справі Брауна проти Комітету з питань освіти. Він знав, що в такому важливому питанні, що стосується соціальної проблеми, яка вимагає особливого підходу, рішення федерального Верховного Суду має показати, що єдність є авторитетною та здійснюваною. У такому випадку публічне схвалення рішення могло бути скомпрометовано шляхом приховування розбіжних думок, оскільки це завадило б Суду посилити авторитетність рішення, продемонструвавши однастайність. В Англії Лорд Менсфілд, верховний суддя в 18 столітті, був раннім прихильником судової однастайності з тієї ж причини. По справі Міллара проти Тейлора, справі по авторському праву, яка є віхою в судовій практиці, по якій Судом королівської лави було винесено рішення в 1769 році, він писав, що однастайність (не досягнута в цьому випадку) «дає вагу і приводить до рішення, відповідно до закону і абсолютного схвалення сторони». Таким чином, особистий погляд може бути шкідливою для авторитетності даного рішення, але заборона особистого погляду не сприяє авторитетності єдиних суджень. Крім того, з точки зору суду як інституту, незгодні думки, можна стверджувати, посилюють, а не зменшують його авторитет і престиж, оскільки вони підвищують довіру громадськості. Наявність особистого погляду, як йдеться в аргументах, дає впевненість у тому, що суди укомплектовані суддями, які приймають свої рішення відповідно до їхнього розуміння закону.

Інший можливий аргумент проти особистого погляду полягає в тому, що для їх підготовки потрібен час, тому вони відволікають суддів від їхніх обов'язків. Беручи до уваги величезне навантаження, з яким мають справлятися європейські конституційні суди, цей аргумент не слід недооцінювати. Він має бути зваженим проти переваг публікації інакомислення. Дехто може стверджувати, що публічно розкривати супротивне голосування є доцільним, щоб захистити право судді не бути примушеним приєднатися до думки більшості і, таким чином, до свободи совісті. Проте, також було б розумно вимагати від судді викласти свої міркування в іншому місці, наприклад, у статті або інтерв'ю. Дозвіл більшого, ніж це, як стверджує аргумент, буде коштувати значних витрат, що стосується часу судді, грошей суду, і громадської неповаги. Це дає судді можливість самореклами за державні витрати.

Як зазначає Джон Альдер, аргументи проти публікації інакомислення мають інший погляд на природу повноважень і зосереджуються на емпіричних недоліках особистого погляду, тоді як прихильники незгодних думок, як правило, зосереджуються на демократичних питаннях,

пов'язаних з судовою системою. Однак, здається, що традиції цивільного права мають більше труднощів у вирішенні судових розбіжностей. Метою цієї глави є обговорення переваг окремих думок з точки зору традицій цивільного права і, зокрема, конституційних судів у межах цієї правової традиції. Я буду робити це, розглядаючи судові розбіжності з точки зору деяких фундаментальних принципів і цінностей, а саме незалежність суду, прозорість, правову визначеність і свободу слова.

2. Незалежність проти прозорості: складний баланс

Як правило, окремі думки обговорюються з огляду на їх вплив на легітимність судової системи, як конституційної, так і звичайної. Питання демократичної легітимності має вирішальне значення для точного аналізу феномену судової розбіжності думок. Однак багато що залежить від нашого розуміння поняття легітимності. Що стосується легітимності конституційних судів, Войцех Садурський обговорює її «метаконституційний» характер. Він пояснює, що оскільки конституційні суди прямо уповноважені можливостями судового перегляду у відповідних національних конституціях, питання законності цих судів не може мати «формального» характеру, і в цьому сенсі їхня легітимність набагато сильніша, в порівнянні з Верховним судом США. Тому, що стосується конституційних судів, «питання не в тому, чи ці суди здійснюють свої повноваження відповідно до Конституції та інших законів, а чи має Конституція надавати їм такі повноваження». У цьому контексті поняття легітимності роботи є «метаконституційним», оскільки заперечення адресовано тим, хто укладає конституцію, а не конституційним суддям. Проте заперечення про незаконність адресовані також конституційним суддям на тій підставі, що вони перевищують межі, визначені конституцією. Тут вступає в дію поняття «судовий активізм», який знову можна трактувати по-різному.

Іншою відмінністю, виявленою Садурським, є вхідна та вихідна легітимність. Вхідна легітимність пов'язана з тим, як створюються конституційні суди (процедура призначення та склад), тоді як вихідна легітимність стосується прийняття ними рішень та їх впливу на правову систему та суспільство. Розбіжність рішень судової влади є аспектом проблеми вихідної легітимності. Садурський, однак, не включає до свого аналізу легітимності результати особистого погляду, але замість цього зосереджує увагу на відмінності між питаннями розподілу влади та встановлення правосуддя, пояснюючи, що легітимність конституційних судів є вищою стосовно першого. Інші автори, які обговорюють проблему легітимності, також не розглядають тему особистого погляду. Вони роблять акцент на вхідну легітимність та судовий активізм. Емпіричні дослідження щодо особистого погляду можуть допомогти нам зрозуміти динаміку легітимності, оскільки оприлюднення розбіжності думок впливає на авторитетність рішень та громадський імідж судів.

Існують два принципи, які виникають при обговоренні проблеми легітимності. Обидва з них суворо пов'язані з проблемою особистого погляду: незалежність суддів та прозорість у прийнятті рішень. Ці два принципи вважаються основою демократії, і в той же час їх важко збалансувати. Як ці цінності впливають на оцінку особистого погляду?

2.1 Розрізнення думок і незалежність судочинства

У сучасних демократичних суспільствах незалежність судової системи є фундаментальним конституційним принципом, але не існує консенсусу щодо його значення та вимог. Незалежність судів має переплетені зовнішній і внутрішній аспекти. Можна проаналізувати незалежність судової влади від інших установ (зовнішній аспект) або незалежність суддів від своїх колег і начальників (внутрішній аспект). Крім того, можна розрізнати інституційний та окремий аспекти незалежності судової влади. Можна говорити про незалежність судів як інституцій (інституційну незалежність) або про незалежність суддів як окремих осіб (індивідуальна незалежність).

Багатогранний характер поняття незалежності судочинства ускладнює віднайдення його зв'язку з судовим рішенням і, зокрема, з практикою особистого погляду. Фактично аргумент про незалежність був використаний як на користь, так і проти розголошення інакомислення. Важливо знати, який аспект незалежності судової влади ми враховуємо при обговоренні питання про особисті погляди.

З одного боку, оприлюднення інакомислення може бути заперечене на підставі того, що це ставить під сумнів неупередженість судді. Цей аргумент ґрунтується на зовнішньому аспекті незалежності судових органів, а у конституційних судах переважно виражається в страху політичного тиску на суддів, але воно також може бути пов'язане з ризиком економічного чи соціального тиску, який здійснює публічний інтерес окремих груп та засобів масової інформації. Що стосується небезпеки політичного тиску, питання про інакомислення часто обговорюється у зв'язку з можливістю повторного обрання конституційних суддів. Як наслідок, Венеціанська комісія і декілька правознавців рекомендували заборону переобрання, оскільки це може підірвати незалежність судді. Якщо суддям дозволено балотуватися на другий термін, вони хочуть бути популярними серед інших кандидатів, щоб бути переобраними. Особисті погляди справляють вплив, оскільки вони розкривають думку окремих суддів. У системі, де публікація інакомислення не дозволяється, кандидатам буде важко зрозуміти позицію членів суду, оскільки всі рішення здаються однотайними і, відповідно, анонімними. З іншого боку, особистий погляд виражає особисту думку судді, навіть якщо вона іноді узгоджена з іншим суддею або виражена у вигляді простого приєднання до думки іншого судді. Таким чином, якщо судді можуть оприлюднити свою незгоду, можливість переобрання стає ще більш небезпечною для їх незалежності. Це іноді використовувалося як аргумент проти інакомислення. Проте це має скоріше використовуватись як аргумент на користь заборони переобрання. Більш того, в Європі існує чітка тенденція до скасування можливості переобрання. І, як ми бачили, ті, хто виступає за скасування заборони на особисті погляди в СЕС, водночас закликають до скасування права на переобрання.

З іншого боку, принцип незалежності суддів також може бути використаний як довід на користь незгоди. У цьому випадку очікується внутрішня незалежність судової влади. Особисті погляди є вираженням незалежності судді від його колег. Як заявив колишній Голова Верховного Суду США, Чарльз Еванс Х'юз, в основному формальна однотайність, яка фіксується за рахунок більшості, суперечливих поглядів, не є бажаною, тому що те, що насамперед має сприяти суспільній довірі до суду – це статус та незалежність суддів.

2.2 Розрізнення думок і прозорість прийняття рішень

Коли ставиться під сумнів демократична легітимність конституційних кандидатів, виникає важливе питання: чи може факт демократичної легітимності також застосовуватися до процесу прийняття рішень судами, і, зокрема, конституційних судів? Вимога надати обґрунтування рішення є функцією в судовому процесі, подібною до тієї, яку виборчий процес здійснює стосовно політичних гілок влади. Це забезпечує відповідальність суддів перед законом. Більш того, необхідність певної міри демократичної легітимності конституційних судів чітко відображена у процедурі призначення конституційних суддів, що є відкритим політичним процесом. Але наскільки демократичні вимоги йдуть пов'язані з конституційними судами? Поняття правила більшості є центральним для традиційних уявлень про демократію, і воно також застосовується до судових рішень. Коли рішення приймається колегією суддів, то переважає думка більшості. Жодна система не вимагає однотайності в кожному випадку, навіть якщо оприлюднення особистих поглядів заборонено. Наприклад, членам Конституційного суду Австрії не дозволяється оприлюднення особистих поглядів, закон про Конституційний Суд, однак, прямо передбачає голосування більшістю. Однотайність вимагається тільки від палат, коли вони відхиляють слухання конституційної скарги або відхиляють скаргу на тій підставі, що жодне конституційне право очевидно не було порушено. В Італії, де особисті погляди також заборонені, а

Конституційний Суд не розглядає конституційні скарги окремих осіб, однак, однак, конституційність не вимагається. Закон Італійського Конституційного Суду передбачає рішення більшістю голосів як загальне правило, і єдиним винятком є звільнення його членів з посади, де необхідна більшість у дві третини. Справа в тому, що в деяких системах важливі в політичному відношенні справи та справи, які мають першочергове конституційне значення, вимагають кваліфікованої більшості, що вказує на спроби ввести демократичний елемент у процес прийняття рішень судом. Наприклад, в Німеччині потрібна більшість у дві третини голосів у справі про імпічмент проти федерального президента або рядових суддів, провадження щодо визначення конституційності політичних партій та рішень щодо конфіскації основних прав.

Характер конституційних судів за певним випадком, однак, передбачає, що факт демократичної легітимності не може бути використаний так само, як і у відношенні до представницьких органів. Ніхто не очікує на таку ж ступінь прозорості від конституційних судів. Практика середньовічної Англії, в якій погляди окремих суддів були пред'явлені без обговорення справи один з одним раніше, більше не дотримується. Сьогодні це явно порушить демократичні принципи і те, як ми очікуємо від наших суддів приймати свої рішення. Кожне судження має бути результатом обґрунтованого обговорення між суддями. Однак повне розголошення поставило б під загрозу ефективне функціонування судів. Навіть Верховний Суд США не розголошує своїх рішень, навіть якщо його рішення є набагато більш прозорим, ніж рішення європейських конституційних суддів. За словами Генріха Дж. Абрахама, «секретність судового розгляду [Верховного суду США] за «пурпурною завісою» є необхідним побічним продуктом його роботи». Або, як пояснив суддя Франкфуртер, «Верховний суд не повинен бути підданим відкритості, як піддаються виконавча влада і Конгрес, що є суттєвим для ефективного функціонування Суду. Обидва вони мають на увазі, що відкритість і надмірний тиск на суддів, який вона може спричинити, можуть загрожувати незалежності суду. Проте існують також коментатори надмірної секретності Верховного Суду США. Але навіть якщо рішення приймаються за закритими дверима, кінцевий результат буде повністю публічним і прозорим. З порівняльної точки зору, Верховний Суд США дотримується досить унікальної практики. У загальновідомий день висновку суд оголошує прийняте рішення. З цього приводу кожен суддя, що співпрацює з молодшими суддями, і в порядку посади, яку обіймає, читає, пояснює або підсумовує своє рішення. Отже, які з суддів затвердили постанову, а які залишилися в меншості, не є секретом. Особистість судді також є відкритою. Рішення виносяться як «висновок Суду», але його автором є один суддя, який виносить рішення від імені більшості.

Ніякий європейський конституційний суд не дотримується цієї практики. Таємний характер обговорення в рамках конституційних судів включає в себе таємність голосування. Кожен суддя повинен підписати рішення. Як правило, результат голосування не оприлюднюється. Винятком з цього правила є німецька практика, в якій суд може вирішити розкрити кількість голосів за та проти. Однак існують дві важливі відмінності від американської практики: суд може оприлюднити кількість голосів у рішенні, але він не зобов'язаний робити це, і в будь-якому випадку, імена суддів, які голосували за і проти, не розголошують. У практиці європейських конституційних судів ідентичність суддів, які залишаються в меншості, розкривається, лише якщо вони оприлюднюють особистий погляд. В іншому випадку, якщо вони не оприлюднюють особистого погляду, громадськість ніколи не дізнається, хто голосував проти рішення, оскільки воно підписується кожним суддею, який брав участь у його прийнятті.

Таким чином, на кінцевому етапі процесу прийняття рішень можуть існувати різні ступені прозорості. Перший ступінь полягає в тому, щоб дозволити суддям оприлюднити свій особистий погляд. Правило полягає в тому, що вони не можуть просто висловити свій погляд, але також повинні надати обґрунтування, навіть якщо це приєднання до особистого погляду іншого судді. Другий ступінь прозорості - це можливість додаткового розкриття кількості голосів за та проти

цього рішення. Це реалізується в Німеччині, хоча й обмежено, оскільки там це не є обов'язком, а можливістю. І останній, третій ступінь прозорості представлений американською (і англійською) практикою, в якій голоси кожного з суддів є публічними, незважаючи на те, чи вирішують вони оприлюднити особисті погляди чи ні. Особливий випадок представлений Грецією, де всі суди повинні розкривати особисті погляди, тож це є обов'язком, а не можливістю. Обґрунтування цієї виняткової грецької норми полягає в забезпеченні прозорості, але, особи окремих суддів не розкриваються, оскільки особисті погляди оприлюднюються анонімно.

Однак, навіть у тих країнах, де особисті погляди можуть бути оприлюднені суддями конституційного суду, є деякі випадки, коли вони заборонені. Заборона на оприлюднення особистого погляду зазвичай передбачена у випадках, коли рішення стосується кримінальної або дисциплінарної відповідальності судді або іншого високопосадовця держави. Вважається, що в цих випадках публікація інакомислення є неприйнятною. Такий самий підхід застосовується і щодо апеляцій по кримінальній справі в Англії, де вже давно вважається обов'язковим, що «поразка сторони, що подає апеляцію, не повинна посилюватися відкритим поділом думок між суддями». Що стосується кримінальної або дисциплінарної відповідальності високопоставлених посадових осіб та суддів, це питання є ще більш делікатним і має також політичні наслідки. У цих випадках відвертий вираз незгоди в суді може призвести до суперечок між судовою владою та іншими двома гілками влади.

3. Судове інакомислення та правова визначеність

У традиціях цивільного права стандартне ставлення полягає в тому, що закон є певним і повинен таким залишатись, і що така визначеність була б порушена, якщо відзначити інакомислення і оприлюднювати особисті погляди. Принцип правової визначеності є свого роду догмою і головною метою. У той же час, згідно з виразом Джона Мерімана, вона схожа на королеву в шахах, вона може рухатися в будь-якому напрямку. Ця метафора може бути добре проілюстрована парадоксальним і контр-інтуїтивним зв'язком між правовою визначеністю і можливістю оприлюднення особистого погляду. Це парадокс, адже навіть якщо очевидно одностайне рішення, здається, закріплює правову визначеність, оскільки суд виступає єдиним голосом і дає лише одну відповідь на кожне правове питання, водночас, це загрожує передбачуваності закону оскільки майбутні зміни у прецедентній практиці важче передбачити. Таким чином, з точки зору одностайних суджень, існує контраст між двома основними елементами правової визначеності: послідовність і передбачуваність.

Складність обговорення принципу правової визначеності полягає в тому, що вона охоплює концептуально неоднорідні правові питання. Відповідні питання з точки зору судових інакомислень: можливість знати точний зміст правових положень, передбачуваність судових рішень, можливість знати заздалегідь про те, як приймаються юридичні рішення, і стабільність права з часом (правова безперервність). Не існує загального визначення чи загального розуміння принципу визначеності. Крім того, що правова визначеність є багатогранний принципом, вона має різну вагу в різних правових традиціях. Важливість правової визначеності стосовно інших принципів є предметом дискусії.

Найбільш очевидним протиріччям є те, як цивільне право і традиції загального права розуміють цей принцип. Хоча для колишньої правової визначеності це є абстрактним значенням, яке зазвичай підкреслюється для того, щоб зробити закон доказаним суддею, у наш час правову визначеність обговорюється більш функціонально. І це не догма, а цінність, яка має свої межі і виступає в конкуренцію з іншими цінностями. У загальному праві визначеність досягається шляхом надання правової сили судовим рішенням, що теоретично заборонено в цивільному праві. Для юристів-фахівців із загального права прецедентне право надає більшу впевненість у законі.

Таким чином, прагнення до визначеності є аргументом на користь правила зобов'язувального прецеденту, і аргументом проти в цивільному праві. У загальному праві прийнято, що визначеність часто передбачає жорсткість, і тому вона конкурує з прагненням до гнучкості. Прагнення формування закону у відповідь на змінені обставини або згинання до вимог конкретного випадку вважається рівним бажанню визначеності. З цієї ж причини традиція загального права надає суддям рівноправні повноваження, тоді як традиція цивільного права вважається несумісною з судовою функцією. Фактично, правова визначеність залежить також від правової традиції.

Якщо окремі думки розглядаються як вплив на правову визначеність, яка досі вважається фундаментальною цінністю, то важко зрозуміти, чому її використання поширюється в традиціях цивільного права. Чи означає це, що правова визначеність втратила свій догматичний характер? Це особливо актуальне питання щодо традиції цивільного права, яка як правило шанувала цей принцип. Тим не менш, суттєвих дебатів з цього питання серед науковців з питань цивільного права не було. Це може бути тому, що оприлюднення особистого погляду, крім декількох випадкових історичних винятків, є відносно недавнім явищем в континентальній Європі і в багатьох системах цивільного права обмеженого конституційними судами.

3.1. Легітимність, принцип більшості і «погодженість» елемента правової визначеності

Існує чітка напруга між нормативним змістом правової визначеності та практикою права. Елемент визначеності «погодженості» на практиці зустрічається зі значними труднощами. Деякі прагматичні теоретики, такі як Юрген Габермас, стверджують, що обговорення правової визначеності є безглуздом і не варте уваги для юридичних теоретиків. Стефано Бертеа стверджує, що правову визначеність слід розглядати як поняття, яке по суті є теоретично обґрунтованим, і яке потрібно обговорювати стосовно конкретних теорій, а не розглядати як переважно теоретичну ідею. У контексті судового інакомислення, зокрема, концепції легітимності та демократії грають роль.

Суддя Верховного суду США Антонін Скаліа захистив особисті погляди, заявивши, що авторитетність суддівської колегії, як і авторитетність законодавчої влади, залежить від надання влади народом. І якщо умови надання полягають у тому, що більшість голосів має переважну силу, то це всі необхідні повноваження. Він стверджує, що повноваження суду не залежать від однастайності, хоча цілком можливо, що люди будуть більш схильні прийняти без скарги. Аналогія Скалії з законодавчою владою є принаймні проблематичною, оскільки судова влада істотно відрізняється від легітимної влади. Судова створює закон, а головна роль суддів полягає в тлумаченні закону, у цьому випадку створення закону є більш обмеженим. Інші стверджують, що авторитетність суду ґрунтується на змісті його рішень, а не на демократичній легітимності. Особливо це стосується традиції загального права, де стверджується, що легітимність прийняття судових рішень впливає з її великої прозорості. Той же аргумент, очевидно, не може бути використаний у традиціях цивільного права, де прийняття судових рішень далеко не є прозорим. Проте традиція цивільного права також підкреслює важливість змісту судових рішень, які повинні довести, що рішення базується на реальних правових джерелах.

У той же час, навіть якщо судові інакомислення не можуть бути оприлюднені, процесуальні правила не вимагають однастайності. У цивільному праві судові колегії приймають рішення більшістю, як і в традиціях загального права. Навіть якщо суд може використовувати голосування у відношенні екстремуму і прагнути досягти консенсусу в кожному випадку, це не завжди можливо. Таким чином, однастайність іноді - або часто, ми не можемо знати, - тільки очевидна. Цивільно-правові рішення дають ілюзію правової визначеності, оскільки вони побудовані на консенсусі серед суддів, але він не обов'язково відображає реальність. Навіть якщо однастайність передбачає процесуальні норми, іноді важко досягти цього на практиці. І більше того, це явно

порушить незалежність суддів. Судді повинні приймати рішення, засновуючись на законі і відповідно до своєї совісті. Їх тлумачення закону не може визначатися іншими суддями, навіть якщо такі судді становлять більшість колегії у даному суді в даний момент часу. До тих пір, поки інтерпретація ґрунтується на реальних правових джерелах і висуває розумні канони тлумачення, вона є законним тлумаченням.

Правило більшості є необхідним для ефективного функціонування суду, але воно - само по собі - не робить суд політичною установою. Насправді, в конституційних країнах з сильним почуттям колегіальності, що процвітає для консенсусу в кожному випадку, голосування не є звичайною практикою. Вона вважається співвідношенням екстремуму. Згідно з цією ідеєю, що ґрунтується на традиціях цивільного права, в суді не існує попередньо встановленої більшості та меншин, але дорадчий процес спрямований на врахування різних поглядів усіх або більшості суддів. Позиції окремих суддів не мають значення. Вони працюють разом, щоб досягти найбільшого консенсусу.

3.2. Елемент «передбачуваності» правової визначеності

Хоча елемент «погодженості» правової визначеності послаблюється судовою незгодою, елемент «передбачуваності», здається, посилюється нею. Прагнення передбачуваності закону означає, що люди повинні вміти передбачати зміст судових рішень. Або, в цілому, це вимагає можливості заздалегідь знати, які правові наслідки будуть впливати з певної поведінки. Визначеність в законі, таким чином, пов'язана з єдиним режимом, регулярністю і передбачуваністю.

Однак навіть у традиції загального права, яка визнає обов'язковий характер прецедентів, прецедентне право постійно розвивається. Прецеденти можуть бути відхилені; попередні випадки можуть бути розрізнені. Отже, коли відбувається така зміна, це шкодить передбачуваності закону. Збиток може зменшитися через особистий погляд, який додається до скасованого прецеденту. Якщо інакомислення зберігаються в таємниці, юридична спільнота позбавлена можливості передбачати зміни. У цьому контексті особистий погляд виступає як превентивний показник вірогідності зміни судової практики. Судді не безсмертні. Склад судів змінюється в часі, так само як і більшість і їх тлумачення закону. Насправді, в традиції загального права рішення, що покладаються на незначну більшість суду, мають слабшу прецедентну цінність, ніж одностайні рішення.

Роль особистих поглядів у підвищенні передбачуваності закону ще більш зрозуміла у відношенні активістських судів. Як стверджував Х'ялте Расмуссен, відображаючи думки Тома Бінгама, одного з найбільших англійських суддів, коли судді перетворюють закон радикально, вони не тільки створюють правову невизначеність, але й відводять цілі суду. У контексті активістських судів, пом'якшувальний вплив меншин є для перевірки радикалізації. Але ця перевірка є ефективною лише в тому випадку, якщо оприлюднені особисті погляди. Якщо ідентичність суддів, що складають більшість, не розголошується, вони менш мотивовані «вкласти весь свій інтелектуальний потенціал у надання обґрунтованих правових міркувань».

Як зазначалося вище, елемент «передбачуваності» правової визначеності не обмежується передбачуваністю судових рішень. Це стосується тлумачення закону в цілому. Можливість знати зміст правових нормативних висловлювань є необхідною умовою для визнання закону. Цей аспект передбачуваності привертає нашу увагу до мови, яка його формує. Мовну залежність правової визначеності пояснив Герберт Харт. Харт вважав, що мова допускає різночитання і ця її риса направлена на закон. Який б спосіб не був обраний для передачі стандартів поведінки, він, так чи інакше, виявляється неостаточним. Він приймає помірно скептичне ставлення до можливості досягнення правової визначеності, стверджуючи, що як чиновники, так і приватні особи керуються визначеними правилами, які не вимагають від них нового рішення кожен наступний раз.

3.3. Правова визначеність і правовий позитивізм

Здається, що феномен судового інакомислення, що є незаперечною реальністю, дає зрозуміти напругу між двома основними елементами правової визначеності: послідовністю і передбачуваністю. Труднощі правових систем цивільного права приймати домовленості з судовим інакомисленням в значній мірі є наслідком правового позитивізму. Для традиційної позитивістської теорії тлумачення закону полягає лише в інтелектуальному акті роз'яснення; так, ніби орган, що застосовує право, повинен був використовувати тільки його мотив, а не волю. Ми вважаємо, що закон може забезпечити лише одне правильне рішення і що «правильність» цього рішення ґрунтується на конкретному джерелі права. Ханс Кельзен, у своїй чистій теорії права, критикував цю традиційну теорію. Він стверджував, що закон, який застосовується, є лише рамкою, в якій можливі декілька варіантів застосування, за якими кожен акт є законним і залишається в рамках. Кельзен чітко зазначив:

Тлумачення статуту (...) необов'язково призводить до одного рішення як єдиного правильного, але, можливо, до кількох, які мають однакову цінність, хоча тільки один з них в дії органу, що застосовує право, (особливо суду) стає позитивним правом. Той факт, що судові рішення базуються на законі, полягає тільки в тому, що воно знаходиться в рамках, представлених статутом.

Ханс Кельзен вважав, що на відміну від традиційної позитивістської теорії, судові рішення має конституційний характер. Судові рішення - це не чисте застосування закону, а створення права в буквальному сенсі слова, хоча в меншій мірі, ніж його створення законодавчою владою. Це - продовження, а не початок процесу створення закону. Кельзен також зазначав, що суди в правовій системі, де судові рішення мають характер обов'язкового прецеденту, фактично уповноважені створювати загальні норми, але навіть суди, рішення яких не мають прецедентного значення, створюють окремі норми. Окремі норми встановлюють матеріальний факт, що визначається абстрактно загальною нормою (статутом), що фактично існує на практиці, і наказує примусовий акт. Як індивідуальні, так і загальні норми, створювані судами, конкурують з законодавчим органом і призводять до децентралізації законодавчої функції. Ця радикальна децентралізація створення права обґрунтовується припущенням, що жоден випадок не є точно таким же, як будь-який інший випадок. Ця система відрізняється великою гнучкістю, але не позбавлена правової визначеності. Ханс Кельзен вважав, що принцип правової визначеності (Rechtssicherheit) знаходиться в зворотній залежності від принципу гнучкості права. Система, в якій суди уповноважені створювати загальні норми у формі прецедентних рішень, являє собою більш високий ступінь децентралізації правотворчої функції і тим самим більш низьку ступінь реалізації принципу правової визначеності.

Кельзен чітко заявив, що його чиста теорія права відкидає думку, що тлумачення - це пізнання позитивного права, спосіб виведення нових форм з діючих норм. Він критикував так звану юриспруденцію понять (Begriffsjurisprudenz), яку представляли Пухта і фон Ієринг, які розглядали судову функцію як відкриття вже існуючих норм, і тому вони просто повинні бути розкриті особливим чином. Кельзен звинувачує традиційну позитивістську теорію прагнення зберегти ілюзію правової визначеності.

Кельзен не брав участі в обговоренні судового інакомислення, оскільки його теорія про те, як слід застосовувати закон, а не те, як він застосовується. Виходячи з його теорії, можна припустити, що він вважав це явище очевидним. Однак було б цікаво подивитися, що сказав би Кельзен про оприлюднення інакомислення. Навіть найбільш переконані позитивісти визнають, що судові розбіжності існують, оскільки деякі судді можуть бути введені в оману в процесі тлумачення та не досягати (одного та єдиного) правильного висновку. Але як ми можемо переконатися, що правильного висновку досягла більшість, а не інакомислячий? Навіть найбільш переконаний позитивіст не може стверджувати, що принцип більшості забезпечує правову «правильність»

застосування закону. Як вважає Джон Олдер, «більшість має прогностичну, але не обов'язково нормативну значимість». Оприлюднення судового інакомислення розкриває помилки правового позитивізму.

3.4. Коротке зауваження щодо невизначеності конституційного права

Правова визначеність має особливе значення в конституційному праві, що частіше є більш абстрактною, ніж інші галузі права. Як правило, конституції не дають прямих відповідей на конкретні правові проблеми, але вони слугують орієнтиром і обмеженням правотворчої сили. Отже, конституція повинна тлумачитися. Проте те саме стосується і закону, особливо у традиціях цивільного права, де кодекси містять загальні положення, які, принаймні, настільки абстрактні, як конституційні положення. З іншого боку, конституції також містять процесуальні норми, які мають більш конкретний характер. Таким чином, особливість конституційного права не в його абстрактному характері, а в більшій кількості абстрактних і загальних норм, ніж у статутному праві. Як стверджує Андраш Якоб, різниця між конституційним і законодавчим правом з точки зору природи є скоріше міфом, і до того ж шкідливим, оскільки це призводить до «втєчі з-під контролю звичайних методів [тлумачення], таким чином здатних переорієнтувати власні моральні уподобання, замаскованих як результат певного виду тлумачення». Дійсно, питання невизначеності права є загальною темою в теорії права, особливо серед критиків-правознавців. Чи відрізняються вони чи ні від тлумачення закону, конституційної інтерпретації - або конституційної думки - стало об'єктом порівняльних досліджень в Європі за останні кілька десятиліть, і цей напрямок досліджень, безсумнівно, виграє від оприлюднення особистих поглядів.

4. Точка зору суддів

4.1. Особистісний аспект окремих думок

Аналіз практики особистих поглядів з точки зору незалежності та прозорості судочинства передбачає вивчення його зовнішнього впливу. Такий аналіз розглядає відносини суду з іншими державними органами та громадськістю в цілому. Це допомагає зрозуміти, як і якою мірою оприлюднення власного погляду впливає на зовнішні відносини суду, такі як у парламенті, виконавчій владі, інших судах і громадській думці. Однак існує й інший аспект, який заслуговує на увагу дослідників: внутрішній. Внутрішній або особистий аспект в основному складається з точки зору суддів. Коли судді вирішують оприлюднити своє інакомислення? Як вони використовують цю можливість? Як це впливає на їхні стосунки з колегами? Ці питання викликали особливий інтерес у юридичних реалістів та політологів.

Особистий аспект не менш складний, ніж зовнішній, з кількох причин. По-перше, судді зобов'язані оприлюднювати своє інакомислення, навіть якщо вони проти цього рішення. Отже, в конституційних судах, де результат голосування не є публічним, неможливо скласти повну статистику щодо поведінки суддів у сфері голосування. Дослідник може аналізувати лише кількість і зміст оприлюднених особистих поглядів, але тільки самі судді знають, скільки разів вони залишилися в меншості. Як вже зазначалося вище, це не характерно Верховному Суду США та Великобританії, де результат голосування є публічним, тому проводиться ретельний аналіз поведінки голосування. Суддя із загального права може, однак, вирішити утримати своє інакомислення, навіть якщо він дійсно не поділяє думку більшості. Таким чином, реальна різниця між суддею із загального права та цивільним полягає в тому, що перший не може голосувати проти судового рішення, не висловлюючи свого мотиву, а другий може голосувати проти судового рішення, приховуючи мотив. Суддя, що засідає в Конституційному суді, що допускає публікацію інакомислення, який опинився в меншості зі своєю думкою, має чотири варіанти: (1) голосування з більшістю як знак поваги та лояльності до більшості та повноважень суду, або «неприйнятне

інакомислення»: (2) голосування проти більшості, не оприлюднюючи свій погляд і мовчачи про свою незгоду в очах громадськості, або «інакомислячий, що не висловлюється», опція, що не є недоступною для суддів Верховні суди США та Великобританії; (3) голосування проти судового рішення, не оприлюднюючи свій погляд, але приєднуючись до особистого погляду іншого судді, або «висловлюючи думку про згоду»; і, нарешті, (4) голосування проти більшості, оприлюднюючи свій погляд, або варіант «повної незгоди». Той факт, що для суддів це право, а не обов'язок оприлюднювати свій погляд, залишає простір для стратегічної поведінки. Судді повинні голосувати відповідно до своєї совісті, але низький рівень інакомислення в європейських судах, здається, свідчить про те, що іноді їх лояльність до установи превалює над їх совістю. Альтернативно, також можна припустити, що вони працюють більше на тим, щоб досягти згоди, ніж їхні американські колеги. У будь-якому випадку це демонстрація лояльності та поваги.

Ще одним фактором, який ускладнює роботу дослідника, є таємниця обговорення. Тільки продукт (рішення) є публічним, а не творення (процес прийняття рішень). Це значною мірою пов'язує руки зовнішнього спостерігача. Деяка інформація щодо процесу обговорення суду може бути отримана, якщо суддя або секретар порушують свій обов'язок конфіденційності і говорять про події всередині суду, але записи не знаходяться в межах досяжності дослідників. Отже, систематичний і всебічний аналіз процесу прийняття рішень здається неможливим. З іншого боку, особисті погляди, як і раніше, надають чудову інформацію про роботу судів. Вивчення Конституційного Суду Угорщини, включене в попередній розділ, було подібною спробою.

Більшість правознавців і суддів погоджуються, що дозвіл на публікацію інакомислення покращує якість думки більшості. Це є обмеженням для більшості, оскільки гарантує, що думки меншин беруться до уваги. Не секрет, що і думка більшості, і особисті погляди поширюються серед суддів до остаточного голосування за рішенням. Вони не формують свою думку в повній ізоляції, а обговорюють її кілька разів. Отже, більшість та судді, що мають мислять інакше, неминуче впливають один на одного. Питання полягає в тому, в яких обставинах суддя вирішує порушити свою лояльність до своїх колег і написати оприлюднити особистий погляд? Який ступінь або характер розбіжностей, які спонукають суддю оприлюднити інакомислення? Чи, швидше, це залежить від важливості чи характеру обговорюваного питання? Питання ще більш цікаве стосовно європейських конституційних судів, де судді оприлюднюють особисті погляди. Рівень незгоди в конституційних судах значно нижчий, ніж у Верховному суді США.

Як пояснив Дональд Комерс щодо практики Німецького Федерального Конституційного Суду:

Інституційне упередження проти персоналізованих судових думок має тенденцію до мінімізації оприлюднених інакомислень. Судді, які не погоджуються - навіть якщо вони оприлюднили інакомислення в суді - частіше за все не публікують свої інакомислення або навіть ідентифікуються як інакодумці, частково через почуття інституційної лояльності. Переважаюча норма, як видається, полягає в тому, що особисті погляди є правильними лише тоді, коли їх викликають глибокі особисті переконання.

Це означає, що німецькі конституційні судді оприлюднюють особисті погляди лише при виняткових обставинах, коли незгода з більшістю є настільки непереносною, а питання, на яке йдеться, настільки важливе, що сумління судді переважає над лояльністю до своїх колег. Вони виявляють розсудливість у використанні особистого погляду. Їх тип мислення відрізняється від свідомості американських суддів, хоча конституційні суди мають багато спільних рис з Верховним Судом США. Необхідно звернути увагу на те, що конституційні суди докладають більше зусиль для досягнення одностайності. Чи означає це, що конституційні судді використовують інакомислення, щоб розкрити непереносні розбіжності в суді? Чи допомагає їм це вирішувати внутрішні конфлікти, які виникають між суддями? Як ми можемо побачити з назви тома книги, опублікованої суддею Воросом, Дикси Ет Сальва (Dixi et salvavi) , коли суддя публічно висловлює

свою незгоду, він заспокоює свою свідомість, що може допомогти поліпшити стосунки з колегами та вирішити внутрішню напругу в суді.

4.2. Судові інакомислення та свобода вираження поглядів

Здатність оприлюднювати інакомислення також може сприйматися як свобода вираження поглядів. Вона гарантує гідність судді, дозволяючи висловлювати свою думку, навіть якщо він/вона залишається в меншості. Важливість свободи вираження судді відчувається особливо сильно в американській правовій традиції, де право на інакомислення загалом визнається фундаментальним правом, закріпленим у Першій поправці до Конституції США. Для суддів, як у загальному праві, так і в цивільному праві, рішення про оприлюднення своїх інакомислень часто є питанням сумління. Прикладом цього може служити назва вищезгаданої збірки інакомислень, опублікованих суддею Імре Воросом після закінчення строку його повноважень: Дикси Ет Сальва (*Dixi et salvavi*). Він вирішив опублікувати всі свої окремі думки в одному томі, щоб захистити свою особисту цілісність, яку він описує як одну з головних функцій особистого погляду. «*Dixi et salvavi animam meam*», що означає «я сказав і врятував свою душу», - латинське висловлювання, засноване на уривку Біблії, що прекрасно ілюструє цей аргумент. Навіть якщо суддя знає, що його думка не зобов'язує нікого і не стане законом, він все ще вважає важливим її висловити публічно для того, щоб захистити свою особисту недоторканість і гідність.

Як ми бачили, судді іноді наполегливі у своєму інакомисленні та повторюють ту ж думку в декількох різних випадках. Особливо такого роду інакомислення, коли суддя обирає так званий «варіант ніколи не здаватися», і прагне більше, ніж просто запропонувати альтернативну думку. Як пояснив суддя Бреннан: «Це висловлювання судді як особистості: «Це тільки моє рішення»». Іноді це явно трактується як обґрунтування для рішення виразити власний погляд, як це зробив суддя Даніель у згоді у Ліцензійних справах, де він писав: «Я ніким не розташовую: «Це суверенне право, яке використовую, покладаючись на свою совість. Я повинен робити виключно те, що диктує мені совість». Хоча в традиції цивільного права сумління судді традиційно вважається достатньо захищеним правом вільно голосувати за чи проти певного рішення, в системах загального права США та інших країн існує конституційне право на публічну незгоду, принаймні у формі публічного відзначення цього рішення.

Право оприлюднювати особистий погляд може бути обговорено у традиціях загального права. Хоча, очевидно, що судді не втрачають своїх конституційних прав, коли вони виконують службові обов'язки, наскільки ці права поширюються на прийняття судових рішень. У Конституції США свобода слова охоплюється Першою поправкою. Як стверджував Рорі Літтл, «Перша поправка може підтримувати лише право суддів висловлюватись публічно. З іншого боку, з точки зору аудиторії суду, просто відзначити інакомислення не є досить важливим, якщо причини не аргументовані. Це навряд чи може задовільнити будь-якій з чотирьох функцій, зазначених вище. Це, власне, думка інакомислячого, що може відповідати цим функціям, а не гола заява про незгоду. Останнє може захистити сумління інакомислячого, але воно не змушує більшість вирішувати найскладніші питання, не повідомляє нічого за межами суду, не веде діалогу з правовою доктриною, і не може бути корисним засобом правового розвитку. Висловлюючи інакомислення, не пояснюючи причин, як пояснив Лаутерпахт, «передбачається замінити авторитет окремого судді на силу аргументу, що лежить в основі інакомислення».

Однак, точка зору суддів не є єдиною, коли обговорюється взаємозв'язок між особистими поглядами і свободою слова. Це також може бути розглянуто з точки зору громадян. Конституційний суд Угорщини розглянув це питання в цьому ракурсі, коли дві особи хотіли ініціювати референдум, щоб заборонити оприлюднення особистого погляду у Конституційному суді. Національна виборча комісія (ОВБ) відхилила цю ініціативу на підставі того, що це конституційна поправка, яка порушує свободу вираження поглядів, закріплену в Конституції. У

своїх міркуваннях Комісія стверджувала, що заборона оприлюднення особистого погляду, зокрема, порушує фундаментальне право доступу до публічних даних. Таким чином, це рішення стосувалося не обмеження свободи вираження суддів, а скоріше громадян. Суд вважав, що особисті погляди є інформацією, що становить суспільний інтерес (közérdeki információ). Рішення оскаржувалося в Конституційному суді, який – з надзвичайно короткими міркуваннями, однак підтвердив висновки виборчої комісії.

5. Роль особистих поглядів у розвитку конституційної судової практики

Як ми бачили, можлива функція особистих поглядів полягає в прогнозуванні майбутніх змін. І справді, іноді вони дають підставу для скасування рішення надалі. Не всі особисті погляди мають такий шанс. Але більшості з них це не вдається. Але навіть у цих випадках, просто висловлюючи різні ідеї та методи аналізу, інакомислячі змушують суд переглядати фундаментальні питання і переосмислювати результат у кожному подібному випадку, який виноситься пізніше.

Особливо це стосується конституційного права, що діє з абстрактними принципами і цінностями. Як зауважили кілька політичних філософів, неможливо створити раціонально цілісну схему цінностей у демократичній правовій системі, яка базується на взаємодії конкуруючих воľ і інтересів. Одним із головних завдань конституційного суду є арбітраж між конкуруючими цінностями. Незгода з цих питань не просто неминуха, але й рушійна сила як правового, так і політичного процесу. Особисті погляди, у цьому сенсі, привертають увагу до несумірних цінностей і зберігають живий вибір на майбутнє.

Більше того, якщо особисті погляди більш допустимі у сфері права, яка побудована на основі судової практики, а не через законодавство, ми можемо зрозуміти, чому вони більш поширені в конституційних судах, ніж у звичайних судах у традиціях цивільного права. Конституційний закон розвивається через прецедентне право також свідчить про те, що скасування прецеденту є більш поширеним, коли йдеться про конституційне тлумачення. Навіть якщо компартії визнають, що формальна відсутність доктрини обов'язкового прецеденту в традиціях цивільного права не означає, що судді цивільного права не дотримуються прецедентів, а на практиці різниця між загальним і цивільним правом ця повага є чимось на зразок «фольклору», як стверджує Джон Мерриман, цей «фольклор» все ще має певні наслідки. І ці наслідки проявляються в стилі суджень. Мерриман стверджує, що «розрізнення між цивільним і загальним правом судових процесів не полягає в тому, що суди насправді роблять, а в тому, що домінуючий фольклор їм наказує робити. Насправді це пояснює, чому цивільні суди відмовляються від прецеденту (або «відхиляють його», згідно з термінологією загального права) частіше прямо, ніж побічно: оскільки прецеденти не є формально обов'язковими, немає необхідності виправдовувати зміну орієнтації суду. Достатньо, що (друге) рішення добре обґрунтоване на основі інших, позитивних джерел права. Якщо немає необхідності обґрунтовувати інакомислення, ще менше необхідно посилатися на попереднє судження, що не відповідає іншим, як підставу для вироку. Як ми бачили, судді цивільного права іноді переконувалися в попередніх інакомисленнях, але вони рідко визнають це.

6. Заключні зауваження: судові інакомислення та традиції цивільного права

Основною метою цієї книги було вивчення феномена судової незгоди в конституційному вирішенні з точки зору традиції цивільного права. Незважаючи на те, що розповсюдження особистих поглядів у цій традиції робить відоме зближення загального права з цивільним правом очевидним, спосіб, яким вони використовуються суддями, демонструє, що ця конвергенція ще

далека від завершення. Існує кілька особливостей традицій цивільного права, які змінюють практику оприлюднення особистих поглядів. З іншого боку, важливо також зазначити, що ні загальне право, ні традиції цивільного права не є однорідними, тому ми повинні бути обережними з узагальненнями. Як ми могли бачити в попередніх розділах, будь-який узагальнений висновок представляє винятки. Більше того, ця книга зосереджена на конституційних судах, які становлять особливий тип суду, і не нагадують звичайні суди у всіх аспектах. Окремий розгляд звичайних судів і процес їх прийняття рішень можуть призвести до різних висновків і, безумовно, сприятимуть кращому розумінню судової функції в традиціях цивільного права.

Загальною рисою традиції цивільного права є особливо високий престиж академічних кіл та інтенсивний діалог між науковцями та судовою владою. Особливо це стосується конституційних судів принаймні з двох причин. По-перше, конституційні питання, навіть якщо вони виникають у контексті конкретних суперечок, мають суспільне значення, і їх обговорення обов'язково включає оцінку фундаментальних принципів і цінностей. По-друге, конституційні судді часто приходять з академічних кіл. Особлива думка суддів з академічною освітою, як ми бачили, як правило, має інший стиль, а вчені-юристи можуть стати більш активними суддями, ніж їхні брати, але, здається, не існує сильної кореляції між рівнем інакомислення окремих суддів і їх професійний досвід. Таким чином, очевидно, професійні судді не мають труднощів при адаптації до іншого судового середовища конституційного суду або, принаймні, не мають більше труднощів, ніж представники іншої юридичної професії.

Іншою важливою відмітною рисою традиції цивільного права, що зазвичай обговорюється компаратистами, є відсутність принципу обов'язкового прецеденту. Незважаючи на те, що компаратисти не соромляться підкреслити, що це лише формальна різниця, оскільки судді цивільного права мають тенденцію дотримуватися прецедентів на практиці, тоді як судді загального права можуть застосовувати різні методи, щоб уникнути необхідності дотримуватися прецеденту, але це все ще є різниця. Формальні відмінності враховуються законом. У цьому випадку вони мають серйозні наслідки для змісту та стилю суджень. Судді цивільного права дотримуються прецедентів, але вони не представлені як відправна точка у міркуваннях, а як додаткові аргументи, що підтримують певне рішення. Хоча аргументація судді загального права є прецедентною, не можна говорити про рішення цивільного права. Останнє застосовує дедуктивні міркування з використанням позитивного права (конституції та статутного права) як вихідного пункту. Більше того, судді цивільного права не відчують себе зобов'язаними посилатися на прецеденти, тому їхні посилання більш вибіркові. Це має принаймні два наслідки. По-перше, в тому ж самому випадку більшість і інакомислячі можуть посилатися на різні прецеденти, відповідно до їх власного розуміння, які є найбільш релевантними, тоді як це трапляється рідко в судах загального права. У традиції загального права, як правило, інакомислячий інтерпретує прецеденти інакше і досягає іншого висновку, а не засновує свою думку на різних прецедентах. По-друге, навіть якщо особисті погляди, що не згодні з позицією більшості, стають думкою більшості, міркування щодо скасування засновано на або навіть посиляється на минулий особистий погляд. Ця відсутність прозорості в аргументації суду є спадщиною жорсткої ідеї Монтеस्क'є у вирішенні питання про поділ влади, яка розглядає суддю як вуста закону, без будь-якої влади для створення закону.

Ступінь, до якої судді судової системи дотримуються більш традиційного погляду щодо судової ролі, може бути виміряна за допомогою оприлюднення особистого погляду. Але навіть у юрисдикціях, які повністю забороняють особисті погляди, можна поглянути на дорадчу культуру в суді. Наприклад, той факт, що італійські конституційні судді зазвичай не утримуються від написання рішення у справах, в яких вони залишилися в меншості, свідчить про дуже високу повагу до принципу колегіальності та високого рівня лояльності до інституцій. В інших судах судді почуваються менш комфортно з прийняттям рішення, якого вони не поділяють.

Що стосується процесу ухвалення судових рішень загалом, а також особливостей особистого погляду, а не відмінності між цивільним і традиційним правом, то можна помітити відмінність між Сполученими Штатами та рештою західних юридичних традицій, включаючи інші країни загального права. Як ми могли бачити, дуже високий рівень інакомислення, явище «канонізації» інакомислячих і часте використання неправових (соціальних, політичних, моральних) аргументів є унікальними для американської практики. З іншого боку, в Європі існує чітка тенденція, що дозволяє суддям, особливо конституційним, оприлюднювати свої погляди окремо. Якщо ми розглянемо поширення особистих поглядів в галузі цивільного права з історичної точки зору, ми бачимо, що серед західноєвропейських країн, які конструювали свою конституційну систему після закінчення Другої світової війни, тенденція була проти розголошення інакомислення. Ця тенденція була перевернута після розпаду східноєвропейських соціалістичних режимів. Зміна німецької практики у 1960-х роках і законодавча реформа, що дозволила оприлюднити особисті погляди в 1970-х роках, здається, грають вирішальну роль в інверсії тенденції. Федеральний конституційний суд Німеччини послужив моделлю для більшості європейських конституційних судів, створених з 1970-х років, включаючи два іберійські та кілька східноєвропейських судів. Німецький досвід виявився успішним, і оприлюднення інакомислення розглядається багатьма як вимога в усталених конституційних демократіях XXI століття.

У той час як кілька західноєвропейських конституційних судів ще не наздогнали цю тенденцію, у Центрально-Східній Європі навіть ті країни, які скептично ставилися до особистих поглядів, а саме Литва та Румунія, пізніше вирішили відкритись їй. Але жвава дискусія щодо можливості усунення заборони на особисті погляди йшла також у Франції та Італії, а також у відношенні до СЄС. Однак європейська практика ще далека від однорідності. Кожен конституційний суд повинен розглядатися в його конкретному правовому та політичному контексті. Ми могли бачити, що внутрішня організація судів значно відрізняється, як і розподіл робочого навантаження між суддями та іншими співробітниками, у тому числі молодшими юристами та генеральним секретарем. Ці фактори, разом з більш широким соціально-політичним контекстом, в якому діють суди, мають бути враховані при вивченні практики особистих поглядів.

По суті, європейська тенденція до розкриття судового інакомислення має бути розглянута і обговорена як частина більш широкої картини, в якій прозорість і підзвітність знаходяться в центрі. Ця тенденція супроводжується посиленням діалогу між судами, що включає національні верховні суди, конституційні суди та міжнародні суди. Дійсно, особисті погляди та більш широке використання порівняльного права конституційними суддями є двома сторонами однієї медалі. У контексті конституційного плюралізму, особисті погляди є доказом того, що суди не мають імунітету до дебатів, що відбуваються в суспільстві, але, навпаки, вони ними займаються. Конституційний плюралізм сьогодні особливо поширений у Європі. Такий плюралізм змушує суддів мати справу з множиною джерел конституційної влади. Таким чином, суди, зокрема конституційні суди, стають частиною більш широкого публічного дискурсу, в якому вони беруть активну участь, але не тільки завдяки своїм судженням, але й через особисті погляди окремих суддів.