

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

Ултургашев Павел Юрьевич

**Особые мнения судей в практике судебного конституционного
контроля: сравнительно-правовой аспект**

12.00.02 – конституционное право; конституционный судебный процесс;
муниципальное право

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
кандидат юридических наук
Малютин Н.С.

Москва – 2022

Оглавление

ВВЕДЕНИЕ	3
Глава 1 Общая характеристика феномена особого мнения судьи	18
1.1. Особое мнение судьи как элемент модели судебного поведения.....	18
1.2. Юридическая природа особого мнения судьи	42
1.3. Структура права судьи на особое мнение	64
Глава 2. Нормативное регулирование и практика реализации института особых мнений судей в различных правовых системах	94
2.1. Правовая характеристика англо-саксонской модели особого мнения судьи	94
2.2. Правовая характеристика романо-германской модели особого мнения судьи конституционного суда.....	110
2.3. Правовая характеристика особых мнений судей международных судебных органов	132
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	146
Список литературы.....	151

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования

Реформирование российского процессуального законодательства, включая законодательство о конституционном судопроизводстве в 1993 – 2020 гг. не свидетельствует о системном подходе в отношении регулирования института особых мнений судей. При этом в конституционном судопроизводстве можно проследить тенденцию нарастающего ограничения общедоступности особых мнений судей, которая началась с установления правила об их официальном опубликовании лишь в Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации (2001 год) и в настоящее время привела к введению полной закрытости особых мнений (2020 год). Последний на сегодняшний день этап реформирования этого института вызвал достаточно активное обсуждение, в том числе – с учетом того, что особые мнения судей Конституционного Суда Российской Федерации не раз становились предметом научных исследований. Эта реформа не получила единообразного отклика в экспертном сообществе, найдя как умеренных сторонников, так и принципиальных противников¹.

Хотя особые мнения судей не порождают непосредственно правовых последствий, рассматриваемый институт особого мнения судьи так или иначе связан с самыми различными аспектами правовой системы, такими как регламентация статуса судьи и организация судопроизводства – в частности, доступность материалов дела сторонам, способы обжалования судебного решения и др. Применительно к конституционному судопроизводству особое мнение судьи (или его отсутствие) косвенно может влиять на общественное мнение, позицию суда в системе разделения ветвей власти, позицию законодателя, а в некоторых

¹ См. напр.: Клишас А. и др. Судьба особых мнений в России: новый поворот (Клишас А., Иванов А., Жуйков В., Головкин Л., Ярков В., Боннер А., Кудрявцева Е., Ровверс Н., Джагарян А., Веселов И.) // Закон. – 2020. - № 10. - С.19-34; Верещагин А. Н., Румак В. Б. Унылая пора / А.Н.Верещагина, В.Б. Румак // Закон. – 2020. - № 10. – С.120-129; Авакьян С. А. Слово «власть» не должно пугать [интервью] / С. А. Авакьян // Закон. – 2020. – № 12. – С. 8-17; Исполинов А. С. Открытое несогласие судьи с судебным решением – это публичная атака на мнение большинства [интервью] // Zakon.Ru [сайт] – 03.11.2020 – URL: https://zakon.ru/discussion/2020/11/03/otkrytoe_nesoglasie_sudi_s_sudebnym_resheniem_-_eto_takzhe_fakticheski_publichnaya_ataka_na_mnenie_b (дата обращения: 10.03.2022); Верещагин А. Н. Нехорошо насильно пристегивать несогласных судей к решению, которое основано на ценностях, им чуждых / А. Н. Верещагин // Zakon.Ru [сайт]. – 03.11.2020 – URL: https://zakon.ru/discussion/2020/11/03/nehoroshho_nasilno_pristegivat_nesoglasnyh_sudej_k_resheniyu_kotoroe_osnovano_na_cennostyah_im_chuzhd (дата обращения: 10.03.2022).

случаях – развитие правоприменительной практики. Наконец, особое мнение судьи может рассматриваться как своего рода теоретико-прикладное исследование, способствующее развитию правовой науки и подкрепленное авторитетом судьи в официальном качестве – представителя органа конституционного контроля.

Таким образом, институт особого мнения судьи (в том числе применительно к осуществлению судебного конституционного контроля) демонстрирует своего рода парадокс: по умолчанию не предполагая никакого влияния на юридическую практику, особые мнения судей потенциально могут порождать самые разные последствия – от изменения позиции суда в будущем до реформирования законодательства. Такое непредсказуемое влияние вызывает, по-видимому, беспокойство российского законодателя, что выражается в периодическом возвращении к регулированию рассматриваемого института. Вместе с тем, это регулирование традиционно достаточно краткое (в том числе и в российском законодательстве). Закономерное любопытство, порождаемое данной ситуацией, подкрепляется наличием полноценного предмета исследования, т.е. возможностью изучения феномена особых мнений судей методами юридической науки (с привлечением в перспективе методов, применяемых другими общественными и гуманитарными науками).

В Российской Федерации институт особого мнения судьи присутствует во всех видах судопроизводства на всем протяжении их существования в современной истории России. Примечательно не только его сохранение в уголовном, гражданском, административном и арбитражном судопроизводствах, но также его закрепление в конституционном судопроизводстве одновременно с возникновением самого института конституционного контроля.

Законодатель неоднократно возвращался к доработке и дополнительному регулированию рассматриваемого института особых мнений судей, в то же время выражая в его отношении (по меньшей мере, применительно к конституционному судопроизводству) определенный скептицизм. В настоящее время результатом этого процесса является действующая с конца 2020 года редакция Федерального

конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», согласно которой судьи наделены правом заявить особое мнение, но не могут его каким-либо образом обнародовать.

Такого рода регулирование хотя и не уникально, но не является распространенным в зарубежных странах. Его изучение в сравнительном аспекте, позволило выявить общие черты института особого мнения в конституционном судопроизводстве и других видах судопроизводства как в Российской Федерации, так и в зарубежных государствах, а также спрогнозировать возможные пути его совершенствования (доработки). Помимо этого, анализ рассматриваемого института в силу его особого статуса, связанного с отмеченным ранее «парадоксом», открывает возможность для применения полученных выводов к судебной системе в целом, включая конституционный статус судей и возможность его дальнейшего совершенствования.

Актуальность темы исследования, таким образом, связана с относительной универсальностью рассматриваемого института, весьма широко распространенного в европейских государствах, и особенно в государствах англосаксонской правовой семьи, которые в литературе нередко называются родоначальниками особого мнения судьи, что в свою очередь позволило некоторым авторам предполагать его заимствованный характер для Европы и, в частности, Российской Федерации, а также отсутствием определенности относительно необходимости института особого мнения судьи в национальной системе судебного права, его места в названной системе и его юридической природы.

Степень разработанности темы в отечественной науке характеризуется определенной фрагментарностью. Фундаментальные правовые принципы и явления, тесно связанные с существованием института особого мнения судьи (в том числе и в конституционном судопроизводстве), изучены достаточно тщательно: так, принцип независимости судьи как основная характеристика его правового статуса, обстоятельно исследован в работах таких отечественных авторов, как В.И. Анишина, Г.А. Гаджиев, Х.И. Гаджиев, Ю.А. Гроза, И.М.

Дивин, Г.Т. Ермошин, С.С. Захаров, В.Д. Зорькин, М.И. Клеандров, Е.А. Куделич, В.В. Лазарев, П.А. Лаптев, В.М. Лебедев, Д.Н. Лукоянова, Т.Н. Нешатаева, М.Н. Марченко, А.Д. Попова, Е.В. Резникова, П.П. Серков, В.В. Старженецкий, В.М. Сырых, Т.Я. Хабриева и др. Среди зарубежных авторов в этом отношении можно отметить, например, Р.Б. Гинзбург, Ф. Якобуччи, Г.Л. Чана и др. Преломление этого принципа в практической плоскости, в частности при реализации судейского (судебного) усмотрения и построении т.н. реалистической модели судебного поведения исследовано преимущественно в работах зарубежных исследователей, таких как Х. Абрахам, С.С. Алмер, А. Барак, А. Вейермюле, Р. Дворкин, Дж. Джексон, С.К. Ивков, Ф.Р. Келогг, Н. Ковалев, К. Маллесон, Н. Мавиети, У. Мерфи, Т. Мустафа, С.С. Пракаш, Р.А. Познер, Д. Пиана, Х. Притчетт, П.Х. Рассел, Дж.А. Сигал, С. Сен, У. Ландеа, П.Х. Соломон-мл., М.Уэллса, А.П. Харрис, Д.П. Хамалата, К. Хэндли, Л.Хилблинк, Г.Хелмке, О.У. Холмс, Х. Шварц, Г. Шуберт, Л. Эпштейн и др.. В отечественной литературе можно выделить работы С.А. Авакьяна, А.В. Аверина, Л.Н. Берг, Е.И. Волковой, В.В. Гребенникова, Л.Ю. Грудцыной, В.В. Ершова, В.В. Лазарева, П.А. Lupинской, С.В. Мирошника, И.В. Минникеса, И.А. Минникеса, Ю.А. Потаповой, Д.А. Фурсова Л.А. Шарниной, В.Г. Ярославцева и др.. На этом фоне примечательны также сравнительно немногочисленные работы, применяющие эмпирические методы исследования отечественной судебной системы, авторство которых принадлежит В. Волкову, А. Трошеву, М. Позднякову, Э. Панеях, А. Дмитриевой, Е. Масловской, М. Поповой, К. Титаеву, А. Буркову, Д.А. Дорогину и др.

Сам институт особого мнения судьи – по-видимому, ввиду его предполагаемой невысокой практической значимости – в течение достаточно длительного времени не становился объектом пристального внимания исследователей – до конца первого десятилетия XXI века посвященные его исследованию работы были сравнительно немногочисленны. Среди их авторов, в частности, Д.А. Басангов, Е.И. Белых, А.Н. Верещагин, Н.В. Витрук, Г.А. Гаджиев и А.Л. Кононов. Однако в последнее десятилетие различные аспекты

института особого мнения судьи (не только в конституционном судопроизводстве, но и в общих судах) рассматривались также в работах Т.Ф. Арабовой и В. Ле Бурдона, А. Брестля, В.М. Быкова, О.В. Войцеховской, И.В. Головинской, А.В. Гриневой, Е.В. Дриго, М.А. Кокотовой, О.А. Крапивкиной, М.И. Клеандрова, Л.В. Лазарева, Н.С. Мановой, Е.А. Нефедьевой, Е.А. Николаева, Е.Е. Новопавловской, Е.А. Переверзева, А.Д. Светличного, Ю.В. Тая, Ю.Г. Хамнуева, Л.А. Шарниной, Б.С. Эбзеева, и др. Зарубежные же исследователи, особенно представители Соединенных Штатов Америки, уделяли довольно большое внимание исследованию института особого мнения судьи, в том числе в аспектах возможных последствий заявления особого мнения, его положительных и отрицательных сторон, а также факторов, позволяющих прогнозировать заявление конкретным судьей особого мнения (т.е. с применением эмпирических методов исследования). Последнее особенно характерно для американских исследователей, которые в том числе детально изучали биографии судей Верховного Суда США в целях установления факторов, влияющих на вероятность заявления особого мнения. Указанные аспекты института особого мнения судьи анализировались, например, в работах С.С. Алмера, К. Вальтер, Г. Веде, С.Д. Гербера, Д.П. Карри, А. Линча, Н. Мавиети, Д.Г. Моргана Л.П. Онето, К.Г. Пико, Р.А. Познера, М.Т. Рорига, Х.Г. Руппа, Д. Руссо, С.Дж. Сорабжи, Г. Хелмке, М.Т. Хендерсона, Г. Шуберта, Л. Эпштейна и др. С распространением конституционного судопроизводства на европейском континенте институт особых мнения судей стал привлекать внимание и европейских исследователей, в том числе представителей государств, где судьи не наделены правом заявить особое мнение. Среди авторов соответствующих работ – Б. Андрокевич-Фэррис, Б. Бирляйн, С. Гождж-Рожковский, В. Денти, Г. Загрельский, Дж.Л. Каскахо Кастро, А.С. Кришнакумар, А. Лангениру-Трибалат, С. Кассезе, К. Леро-Дубе, Дж. Лаффранк, Л. Луатти, Ф. Люшер, Л. Мезарос, Г.П. Муратшина, Л.Х. Мьерес Мьерес, К.Х. Надельманн, Р. Нурпеисов, А. Родиня, А. Спале, М. Сафта, С. О’Туама, Л. Тросканьи, Я. Филип, А. Хорват. Большинство указанных авторов в том или ином виде использовали

сравнительно-правовой метод. Однако несколько обширных сравнительно-правовых исследований были предметно посвящены закреплению института особых мнений в европейском праве, и проведены в том числе в рамках институтов Европейского Союза и Совета Европы (имеется в виду Венецианская комиссия). Тщательный исторический и сравнительно-правовой анализ регулирования института особых мнений на европейской территории провела К. Келемен. Некоторые работы рассматривали институт особых мнений судей в международных судебных органах, производство в которых в определенном смысле сходно с конституционным, в этом отношении выделяются полемизирующие друг с другом работы А.С. Исполинова и Т.Н. Нешатаевой. Также необходимо отметить работы А.С. Смбалян, Е. Дамболта, Х. Данофф, Дж. Поллака, П.О. Мартинеса-Фрага, Х.Дж. Самры, Е. Хамбро и др.

Таким образом, отдельные аспекты существования института особых мнений судей (в частности, особых мнений судей конституционных судов), такие как история возникновения института, динамика его нормативного регулирования, положительные и отрицательные стороны явления, особое мнение судьи как самостоятельный процессуальный документ становились предметом исследования отечественных исследователей. Однако рассматриваемому институту в целом уделено в нашей стране гораздо меньше внимания, чем за рубежом. В рамках диссертационных исследований особое мнение судьи как правовой институт не был предметом самостоятельного научного исследования, хотя в нескольких работах, посвященных теоретическим исследованиям судебных правовых позиций (Д.А. Басангов, А.В. Гринева) и проблемам усмотрения в праве (Л.Н. Берг, Л.А. Шарнина) особые мнения судей рассматривались как процессуальные акты.

Объект диссертационного исследования составляют правоотношения, возникающие в процессе осуществления правосудия между судьей – участником коллегии, рассматривающей дело в порядке конституционного судопроизводства, и другими членами этой коллегии, а также органом конституционного контроля (конституционным судом) в целом. Поскольку регулирование института особого

мнения относится также и к компетенции законодателя, к объекту исследования относятся также правоотношения, возникающие по поводу закрепления в законодательстве института особого мнения как относящегося к правовому статусу судьи органа конституционного контроля, а равно возникающие в связи с реализацией права на заявление особого мнения.

Предмет диссертационного исследования, таким образом, составляет особое мнение судьи конституционного суда как институт, закрепленный в законодательстве о конституционном судопроизводстве Российской Федерации и зарубежных государств, практика реализации соответствующих норм.

Целью настоящего исследования было уяснение сущности, правовой природы института особого мнения судьи; выявление особенностей данного института применительно к конституционному судопроизводству стран общего и континентального права и производству в межгосударственных судебных органах; выявление недостатков действующего регулирования института и обоснование путей его дальнейшего совершенствования.

Для достижения этой цели были сформулированы следующие **задачи**: 1) изучение сущности института особого мнения судьи в конституционном судопроизводстве, выделение его общих черт с институтом особого мнения судьи в иных видах судопроизводства, и выделение отличительных особенностей; 2) определение места института особого мнения судьи в рамках правовой системы, определение его правовой природы; 3) уяснение структуры права судьи заявить особое мнение как центрального элемента института особого мнения судьи; 4) проведение сравнительного исследования института особого мнения судьи в рамках конституционного судопроизводства в англо-саксонских и романо-германских государствах с точки зрения истории и нормативного закрепления, в целях определения общих и особенных черт рассматриваемого института 5) исследование вопроса о восприятии института особого мнения судьи в международных судах, исходя из наличия общих черт этого института в конституционном судопроизводстве и производстве в наднациональных судебных органов.

Теоретическую основу исследования составили положения и выводы, отраженные в работах отечественных и зарубежных ученых, которые изучали различные аспекты нормативного регулирования института особого мнения судьи, и в частности проблематику особых мнений судей органов конституционного контроля. **Нормативную основу** диссертационного исследования составили законодательные и подзаконные нормативные акты Российской Федерации и зарубежных государств, регулирующие конституционное и ординарное судопроизводство, статус судей, различные аспекты института особого мнения судьи. **Эмпирическая основа** диссертационного исследования включает материалы судебной практики, статистическую и аналитическую информацию, включая подготовленную межгосударственными органами (Венецианской комиссией, Парламентом Европейского Союза).

С **методологической** точки зрения в основу настоящего исследования был положен сравнительно-правовой метод, позволивший выявить общие и специальные черты института особого мнения судьи в конституционном судопроизводстве различных государств. Для решения поставленных задач также использовались исторический, формально-юридический метод, метод юридической герменевтики, статистический метод. Среди общенаучных методов исследования использованы методы анализа и синтеза, системный и функциональный методы.

Традиционно считается, что **практическая значимость** института особого мнения судьи невысока ввиду отсутствия нормативно установленных правовых последствий заявления особого мнения. Вместе с тем, проведенное исследование позволило выявить недостатки и пути совершенствования нормативного регулирования института особого мнения судьи, а также законодательства, регулирующего институт особых мнений в судах общей юрисдикции и арбитражных судах (при возможной унификации института в различных видах судопроизводства). Исследование может быть использовано при преподавании

юридических дисциплин (судебно-конституционного права и процесса, сравнительного конституционного права).

Теоретическая значимость исследования обусловлена его научной новизной и комплексным характером. Как представляется, исследование является основой для дальнейшего изучения принципиальных вопросов, связанных с обеспечением независимости судьи (в том числе в составе коллегии), потенциального влияния особых мнений судей на изменение правоприменительной практики или законодательного регулирования. Представляемая к защите работа может стать основой для применения эмпирических методов исследования института особого мнения судьи в историческом аспекте (с учетом отсутствия доступа к текстам особых мнений судей Конституционного Суда Российской Федерации в настоящее время), а также на будущее время (в случае возвращения к модели полной открытости особых мнений судей Конституционного Суда).

Научная новизна исследования предопределяется темой диссертационного исследования, формулировкой и постановкой исследовательской проблемы, комплексным предметом и методологией исследования и заключается в анализе института особого мнения судьи конституционного суда с точки зрения его системного конституционно-правового регулирования и необходимости его присутствия в национальной системе судебного права. Впервые в отечественной науке основным предметом диссертационного исследования является феномен, институт особого мнения судьи в конституционном судопроизводстве. Существующие исследования, во-первых, рассматривали особое мнение судьи как отдельный документ (т.е. результат действия соответствующего института), и во-вторых, затрагивали вопросы существования особого мнения судьи лишь косвенно, в качестве одного из элементов исследования (в частности, исследования правовых позиций в конституционном судопроизводстве). Широкое привлечение зарубежного опыта и научных публикаций позволяет обоснованно поставить под сомнение традиционную точку зрения о заимствованном характере института особого мнения судьи для отечественного конституционного

судопроизводства, равно как и для традиции континентального конституционного правосудия в целом. Самостоятельную ценность представляет масштабное обобщение относительно разрозненных исследований института особого мнения судьи, открывающее возможность дальнейших детальных исследований в этом отношении.

Результатом исследования является сформулированное автором научное обоснование юридической природы института особого мнения судьи как элемента его конституционного статуса при рассмотрении дела в составе коллегии. Такой подход, ранее практически не сформулированный в литературе, открывает возможность для прямого сопоставления института особого мнения судьи органа конституционного контроля и судьи ординарного суда, подтверждая его единую природу. Отличия рассматриваемого института в различных судах обусловлены особенностями того или иного вида судопроизводства, прежде всего кругом подлежащих рассмотрению вопросов и степенью необходимого обобщения. Так, данное отличие практически стирается в англо-саксонских правовых системах (в децентрализованной модели конституционного контроля), и ярко проявляется в континентальных правовых системах. Одним из отличий является степень публичности особого мнения судьи: в ординарных судах, принадлежащих к континентальному праву, особые мнения судей всегда доступны вышестоящему суду, и реже – сторонам по делу; в конституционных судах этой группы констатировано отсутствие единой модели, несмотря на все больше распространенную модель «полной открытости» применительно к особым мнениям судей. Переход к данной модели нередко связан с рассмотрением конкретного резонансного дела, разоблачающего «секрет Полишинеля»: отсутствие единства мнений судей, составляющих коллегию. Сохранение закрытой модели в отношении особых мнений характерно для систем, в которых соблюдаются континентальные традиции конституционного контроля, но и для них это становится предметом обсуждения – прежде всего, критики со стороны научного сообщества, заинтересованного в доступе к предмету исследования. Предлагаемые автором идеи, основанные на комплексном анализе института

особого мнения судьи, направлены на дальнейшее научно обоснованное развитие теории правосудия и судебной власти.

Основные положения, выносимые на защиту:

1) Институт особого мнения судьи предусматривает способ преодоления пределов судейского усмотрения, что особенно ярко проявляется именно при его закреплении в органах конституционной юстиции в силу присущих им широких полномочий по толкованию конституционного текста, который характеризуется высокой степенью абстрактности, и ориентирован на телеологическое, аксиологическое и иное истолкование, зачастую не ограниченное буквальным прочтением конституционного положения.

2) Институт особого мнения судьи с точки зрения его юридической природы представляет собой факультативную (дополнительную) гарантию «внутренней» (в рамках коллегии) независимости судьи. Данная характеристика является общей для института особого мнения судьи в различных видах судопроизводства, и позволяет отграничить аргументы целесообразности закрепления института в правовой системе (поскольку они содержат известный парадокс, будучи применимыми для аргументации противоположных точек зрения) от аргументов юридического характера, позволяющих оценивать последовательность регулирования института в рамках конкретной правовой системы.

3) Хотя обязательным признаком особого мнения судьи является несогласие с позицией большинства, анализ содержания особых мнений судей конституционных судов позволяет выделить следующие подвиды особых мнений: в *рекомендательном* особом мнении судья предлагает дальнейшие пути совершенствования законодательного регулирования; в *декларативном* особом мнении судья комментирует контекст принятия решения и заявляет личную позицию в отношении выводов Конституционного Суда и порядка принятия решения. Рекомендательные особые мнения могут служить ориентирами для законодателя, находя со временем отражение в нормативном регулировании. Декларативные особые мнения, как свидетельствует анализ зарубежной практики

органов конституционного контроля, могут являться предметом изучения исследователей, но также способны приводить к обострению противоречий или конфликтов, связанных деятельностью органа конституционного контроля. Данное разделение может стать основой для установления требований к содержанию особого мнения и критериев для их распространения (в случае отказа от публичности особых мнений).

4) Структура права судьи на заявление особого мнения как центральный элемент правового института особого мнения судьи включает два аспекта: *материальный и процессуальный*. *Материальный аспект* права на особое мнение сводится к возможности возразить коллегам в ходе обсуждения дела, и поэтому даже при отсутствии специального нормативного закрепления его следует считать неотъемлемым элементом статуса судьи. В то же время, *процессуальный аспект* представляет собой способ внешнего выражения несогласия судьи с коллегами, и как таковой поддается регулированию с точки зрения формы, содержания и обеспечения доступности. Особое мнение судьи формально не влечет правовых последствий, но фактически может служить отправной точкой для последующего законодательного регулирования, формирования общественного мнения, изменения судебной практики, или критики национальной правовой системы международными (наднациональными) судебными органами. Поскольку этот эффект невозможно систематизировать и затруднительно предсказать, он может вызывать обоснованные опасения законодателя. Вместе с тем регулирование особого мнения должно соответствовать критериям определенности и не ограничивать независимость судей.

5) Институт особого мнения в государствах англо-саксонской правовой семьи основан на презюмируемой обязанности каждого судьи высказать собственные выводы по существу рассматриваемого дела. Для судебных органов, осуществляющих конституционный контроль в рамках данной правовой семьи характерно почти полное отсутствие специального нормативного регулирования института, его широкое применение, публичность особых мнений, отсутствие

значимых ограничений (требований) к их содержанию, что привело к появлению феномена «неуважительного» особого мнения.

6) В государствах романо-германской правовой семьи институт особого мнения связан с правом судьи косвенно воздействовать на рассмотрение дела в вышестоящей инстанции, в том числе без информирования сторон судебного разбирательства. Этот подход отличается от реализованного в государствах англо-саксонской правовой семьи, следовательно, регулирование рассматриваемого института было выработано в романо-германской правовой семье независимо. В органах конституционной юстиции судьи оказались лишены возможности обращаться к вышестоящей инстанции, однако потребность в заявлении возражения сохранилась и приобрела форму обращения к общественности (народу), что обусловило преимущественно публичный характер особых мнений. В органах конституционного контроля стран романо-германской правовой семьи особые мнения судей регулируются в профильном законодательстве и регламентах судов, при этом на практике особые мнения заявляются нечасто.

7) Практика заявления особых мнений в рамках судебного конституционного контроля в государствах романо-германской и англо-саксонской правовых систем отражает их сближение. Так, в особых мнениях судей Конституционного Суда Российской Федерации имеет место отход от обезличенного стиля изложения основного судебного решения, цитирование научной литературы, что обычно является характерным для судей стран общего права. Напротив, в верховных судах США и Соединенного королевства наблюдается сокращение изложения мнения судьи вплоть до краткого указания на «согласие» с позицией автора основного решения.

8) В международных судебных органах институт особого мнения судьи сохраняет черты факультативности (поскольку не является повсеместно распространенным) и непредсказуемости с точки зрения последствий реализации судьями соответствующего права (поскольку особые мнения судей могут служить ориентиром для аргументации при обжаловании). Однако для международных

судов характерно правомерное сомнение относительно использования института особого мнения для контроля лояльности судьи, назначенного при участии конкретного государства. Это сомнение на практике оказывается несостоятельным, однако существенным для его устранения является наличие организационных гарантий, нивелирующих потенциальную выгоду от демонстрации лояльности со стороны судей.

Личный вклад автора. Выносимые на защиту результаты получены лично автором; вклад автора в результаты, опубликованные в работах, является определяющим.

Достоверность результатов диссертационного исследования подтверждается обоснованностью использования соответствующей методологии, изучением достаточного объема нормативной базы, российской и зарубежной научной литературы, судебной практики по конкретным делам.

Апробация результатов исследования. Выводы и основные результаты диссертационного исследования нашли свое отражение в выступлениях автора на международных научных конференциях, посвященных проблемам организации судебной власти, оценке законодательного регулирования правового статуса судей и др., проводимых в Москве (на базе МГУ имени М.В. Ломоносова, Российского государственного университета правосудия), Санкт-Петербурге (на базе Конституционного Суда Российской Федерации и СЗИУ РАНХиГС), Стамбуле (на базе Центра человеческих ресурсов Ассоциации Азиатских конституционных судов и эквивалентных органов) и Сеуле (на базе Секретариата Ассоциации Азиатских конституционных судов и эквивалентных органов по исследованиям и развитию). Итоги исследования также были презентованы в рамках итоговых научных конференций аспирантов «Право и суд в современном мире» (РГУП, г. Москва, 2010-2011 гг.). Промежуточные итоги исследования, опубликованные в научных статьях, востребованы при дальнейшем изучении института особого мнения судьи: РИНЦ приводит 46 ссылок на работы автора, в которых отражены основные положения исследования.

Основные положения диссертационного исследования отражены в научных работах, автора, опубликованных в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности.

Сформулированные автором научные положения используются в деятельности Управления международных связей и обобщения практики конституционного контроля Конституционного Суда Российской Федерации, а также применялись автором при проведении практических занятий в Российском государственном университете правосудия (Москва) и в настоящее время применяются при проведении занятий в СЗИУ РАНХиГС (Санкт-Петербург).

Диссертация подготовлена и обсуждена на кафедре конституционного и муниципального права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Структура диссертации. Диссертационное исследование состоит из введения, двух глав, каждая из которых включает три параграфа, заключения и библиографии.

Глава 1 Общая характеристика феномена особого мнения судьи

1.1. Особое мнение судьи как элемент модели судебного поведения

Предоставление судье возможности самостоятельно (с применением усмотрения или с опорой непосредственно на правовые принципы) разрешить правовой спор связано с тем, что вне зависимости от конкретной системы, право консервативно и не может – хотя бы в силу более или менее строгих правил своего обновления (например, норм, регулирующих законотворческую деятельность) – мгновенно реагировать на изменение регулируемых им общественных отношений, в результате демонстрируя некоторое отставание от реальности². В результате возникает правовая неопределенность, точно охарактеризованная Г.А. Гаджиевым как онтологическая характеристика правовой реальности³. Следовательно, для приложения абстрактных (и «опаздывающих») правовых норм к действительности судья должен прибегать к актам толкования. Результатом этого, собственно, и является выполнение судебной функции: разрешение правового вопроса или спора.

Поскольку акт судебного толкования является творческим актом⁴, постольку выполнение судебной функции тесно связано с личностью судьи, необходимостью гарантировать его соответствие высоким требованиям, в том числе морального свойства – таким, как требования к репутации или соблюдению этических норм. Сложность осуществления правосудия вкупе с традиционно широкими полномочиями суда (вне зависимости от конкретной правовой системы) породили самые различные взгляды на индивидуальность судьи. Ш.Л. Монтескье, например, указывая, что судебная власть «страшна» для людей», предлагал поручить ее осуществление «лицам, которые ... привлекаются из народа для образования суда». Таким образом, по его мысли «судебная власть ...

² Это «отставание» отмечается повсеместно, см. напр.: Зорькин В.Д. Десять лекций о праве: монография. М.: Норма, 2021. – с. 9 и далее; Devi P. Hemalatha Administrative discretion and Judicial review. New Delhi. 1994. – P. 11; Демченко Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона // Журнал Министерства юстиции. 1904. No 8. С. 321-352. и др.

³ Гаджиев Г.А. Принцип правовой определенности и роль судов в его обеспечении. Качество законов с российской точки зрения // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 4. с. 16 - 28.

⁴ См. напр.: Нешатаева Т.Н. Модернизация статуса судьи: современные международные подходы / отв. ред. Нешатаева Т.Н. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011 – с.12-36.

не будет связана ни с известным положением, ни с известной профессией; она станет, так сказать, невидимой и как бы не существующей» и люди «... страшатся уже не судьи, а суда»⁵.

Хотя идея о временном осуществлении судебных полномочий непрофессиональными судьями реализована в современном мире через суд присяжных и некоторые модели мировой юстиции⁶, по общему правилу осуществление правосудия все же преимущественно остается профессиональной деятельностью. Это, во всяком случае, относится к высшим судам – несмотря на ряд исключений, например, в юрисдикциях Австрии, Чешской республики, Франции, Италии и др., а также на существование определенных аргументов в пользу привлечения лиц неюридической специальности к отправлению правосудия⁷. Требование профессионализма иногда действует фактически, даже не будучи закрепленным в законодательстве, как это имеет место в США: ни Конституция, ни законодательство не требуют, чтобы судьи Верховного Суда США были профессиональными юристами, однако фактически примеры назначения судьей лица, не занимавшегося профессионально юридической деятельностью, отсутствуют⁸.

При этом отделение «судьи-человека» от его «процессуальной роли суда» достигается иными средствами, которые относятся к гарантиям беспристрастности и независимости правосудия.

Такие средства «обезличения» имеют законодательное закрепление, и выражаются, например, в установлении критериев отбора кандидатов на должность судьи, которые могут, например, включать минимальный возраст – т.е.

⁵Извлечения из Ш.Л.Монтескье «О духе законов» цит. по Правовая мысль: Антология / Автор-составитель В. П. Малахов. М.: Академические проекты; Екатеринбург: Деловая книга, 2003 – с. 209-213.

⁶См. напр.: Jackson, John & Kovalev, Nikolai. Lay adjudication and human rights in Europe // Colum. J. Eur. L. 13., 2006 83-123. URL: https://www.researchgate.net/publication/291005283_Lay_adjudication_and_human_rights_in_Europe (дата обращения: 10.03.2022); Sanja K. Ivković Ears of the Deaf: The Theory and Reality of Lay Judges in Mixed Tribunals // 90 Chi.-Kent L. Rev. 1031 (2015). URL: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol90/iss3/11> (дата обращения: 10.03.2022).

⁷См. напр.: Vermeule, Adrian. Should We Have Lay Justices? // Stanford Law Review 59, no. 6 (2007): 1569–1611. URL: <http://www.jstor.org/stable/40040396> (дата обращения; 10.03.2022).

⁸См.: Supreme Court Appointment Process: President's Selection of a Nominee [доклад Службы исследований Конгресса США «Процесс назначения в Верховный Суд США: определение кандидата Президентом»], URL: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44235.pdf> (дата обращения: 10.03.2022).

известный жизненный опыт; наличие специальных знаний, обычно обеспечиваемых получением юридического образования; а также стажа работы по юридической специальности (нередко включая также стаж научной или преподавательской деятельности), правовых основ его статуса, а также принципов правосудия и требований к порядку его осуществления⁹.

Среди указанных принципов особое значение имеет независимость суда, которая наряду повсеместно рассматривается как ключевой элемент статуса судьи. Так, судья Верховного Суда США Р.Б. Гинзбург указывала: «Фундаментом верховенства права в любой стране является независимый суд, в котором судьи не находятся под пятой других ветвей власти и тем самым наделены возможностью осуществлять правосудие беспристрастно»¹⁰. Уже в предисловии к коллективной работе «Назначение судей в эпоху судебной власти: критические исследования из разных частей света» Ф. Якобуччи указывает в качестве бесспорного тезиса, что «ни одно государство не может заявлять о себе как о просвещенной демократии в отсутствие определенных атрибутов, включая верховенство права и независимую судебную власть»¹¹.

Представление о независимости судебной власти как ее ключевой характеристике закреплено также в декларативных и обязательных международных актах, включая Всеобщую декларацию прав человека, принятую

⁹См. напр.: Обзор Комиссии Совета Европы «За демократию через право» (Венецианской комиссии) «Состав конституционных судов», документ CDL-STD(1997)020 // «Наука и техника демократии, № 20 (1997), URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1997\)020-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1997)020-rus) (дата обращения: 10.03.2022); ст. 4 Закона Российской Федерации от 26 июня 1992 года № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992 г., N 30, ст. 1792 (с последующими изменениями); ст. 54 Закона Норвегии от 13 августа 1915 года № 5 «О Судах» (ред. от 01.07.2021), URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1915-08-13-5> (дата обращения: 10.03.2022), неофициальный перевод на английский язык: URL: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/da/domstol.no/domstoladministrasjonen/internasjonalt/courts-of-justice-act-english-translation-uten-paragrafinnledning.pdf>; ст. 69 Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей» // Ведомости Верховной Рады, 2016, № 31, ст.545, URL: <http://consultant.parus.ua/?doc=0B6L45AC75&abz=J22YX> (дата обращения: 20.02.2022); ст. 97 Судебного кодекса Республики Армения от 7 февраля 2007 года № ЗР-95-Ն // URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=6166&lang=rus> (дата обращения: 10.03.2022); ст. 5 Закона Республики Корея «О Конституционном суде» // URL: https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=47509&lang=ENG (неофициальный перевод на английский язык) (дата обращения: 19.03.2022).

¹⁰См.: Ginsburg, Ruth Bader Judicial Independence: The Situation of the U.S. Federal Judiciary // 85 Neb. L. Rev. 2011. URL: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol85/iss1/2> (дата обращения: 10.03.2022).

¹¹См.: Iacobucci F. "Foreword" in Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World, ed. Kate Malleson and Peter H. Russell, Un. of Toronto Press, 2006. URL: <http://www.jstor.org/stable/10.3138/9781442670921.3> (дата обращения: 10.03.2022).

резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года (статья 10)¹²; преамбулу Основных принципов, касающихся независимости судебных органов, одобренных Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1985 года¹³; статью 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, заключенной 4 ноября 1950 года¹⁴ и др. основополагающий принцип независимости судей закреплён, вероятно, в национальном законодательстве любого государства¹⁵.

В государствах, относящихся к континентальной правовой системе, независимость суда нередко рассматривалась как некий абсолю́т, достигаемый за счёт полного «отключения» судьи как человека от судебной функции. Модель судебного поведения, основанного на положениях закона без учёта иных факторов, получила название *нормативной*¹⁶. Исследователи статуса судьи опираются на этот подход, в частности, при оценке гарантий принятия судьёй независимого решения. Так, М.И. Клеандров характеризует принцип независимости как имеющий две стороны: а) судья независим при осуществлении правосудия; б) судья одновременно зависим от необходимости при осуществлении правосудия соблюдать действующее законодательство¹⁷. Идеальной ситуацией в контексте этой модели является полная свобода судьи от внешних факторов: «от других ветвей государственной власти, от общественного мнения, от “классовых предрассудков”, от страха за свою жизнь и т. д.»¹⁸.

Эта модель, таким образом, является концептуальной (в том смысле, что для определения и последующего изучения явления она опирается на установление его наиболее важных признаков, относящихся к явлению права как таковому), а потому характеризуется высокой степенью абстрактности. Она имеет

¹² URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml (дата обращения: 10.03.2022).

¹³ URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/indep.shtml (дата обращения: 10.03.2022).

¹⁴ Бюллетень международных договоров, № 3, 2001

¹⁵ См. напр.: статья 120 Конституции Российской Федерации; статья 145 Конституции Албании; Статья 87 Конституции Австрии; статья 101.2 Конституции Италии, статья 203 Конституции Португалии.

¹⁶ См. напр.: Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / под ред. В.В.Волкова. – М.Статут, 2012 – с. 4-5; Гребенников В.В., Грудцына Л.Ю. Актуальные вопросы судебного усмотрения как правоприменительного инструмента разрешения споров в России // Образование и право, № 1, 2017, с. 112 – 122.

¹⁷ См.: Клеандров М.И. Статус судьи: учебное пособие. Новосибирск: Наука. Сибирская издательская фирма РАН, 2000 – с. 62.

¹⁸ См.: Клеандров М.И. указ. соч.; Попова А.Д. Формирование правового статуса судей: история и современность // Журнал российского права, 2007, № 9; отметим также подзаголовок публикации Д.Н.Лукоянова «Прогрессирует ли моральный облик судьи» // Человек и закон, декабрь 2008 – «Судьей должен быть безупречный человек».

дело прежде всего с нормативными основаниями принятия решения, а также его обоснованием со строго правовой точки зрения. Применение данной модели для описания поведения суда и изучения судебных решений имеет преимущества, поскольку позволяет пренебречь переменными факторами, не относящимися к строгой юриспруденции, – например, политическим контекстом, личными склонностями или предпочтениями судьи, размером его заработной платы и др. Это, в свою очередь, позволяет рассматривать юридические аспекты аргументации судебного решения, не учитывая социально-политическую ситуацию в конкретном государстве, а также возможные компромиссы, заложенные в том или ином судебном решении. С точки зрения сравнительного исследования применение такой модели может позволить успешно изучать (при условии соблюдения основных критериев сравнительно-правового исследования) аргументацию судебных постановлений, до некоторой степени пренебрегая отличиями, продиктованными особенностями правовой системы или ее историей.

Недостатком ее, однако, является ограниченная способность объяснить некоторые реально существующие явления в судебной практике. Например, в данную модель не вписывается индивидуальность судьи, его образование и отраслевая специализация, личный опыт, включая политические взгляды, и т. п. Будучи вполне применимой для анализа содержания особых мнений судей, она не годится для их рассмотрения как проявления «юридического творчества» в рамках предмета судебного рассмотрения. Стоит отметить, что и законодательная регламентация особых мнений зачастую весьма фрагментарна, и таким образом предмет, поддающийся оценке с применением данной модели, еще больше сужается.

Учитывая это, исследователи нередко напоминают об отвлеченном характере нормативной модели судебного поведения. Так, В.Д. Зорькин справедливо указывает, что «независимость суда, безусловно, не является категорией абсолютной»¹⁹. По описанию В.В. Лазарева, «классическая позитивистская теория видит в суде проводника внешней воли,

¹⁹См.: Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011 – с. 356.

устанавливающего обстоятельства определенного кейса, и соизмеряющего их с заранее установленной программой решения»²⁰. Ученый указывает, что хотя эта позиция более других претендует на принятие к действию, а ее прагматизм обуславливает экономию времени и средств, она не реалистична, поскольку суд всегда в той или иной мере «вносил свою лепту в рассмотрение дела не только в процессуальном плане, что также *существенно и ценностно*, но и в материально-правовом отношении, обогащая ту самую внешнюю волю»²¹.

Альтернативная модель поведения судей получила название *эмпирической*. Она предполагает признание «нежизнеспособной абстракцией» изолированность судьи в момент принятия решения, сам этот момент и его локализацию в голове или другом внутреннем приватном пространстве²². Авторство этой модели, в настоящее время принятой в западной литературе в качестве стандарта объяснения процесса принятия решений судьями²³, принадлежит англо-американским юристам, в частности О.У. Холмсу²⁴, который, в частности, писал «Жизнь права – не закон, но опыт. Ощущение велений времени, доминирующих моральных и политических теорий, явная или неосознанная интуиция в отношении публичной политики, даже предрассудки, которые судьи разделяют с другими людьми, гораздо больше, чем силлогизмы, определяют правила, которые должны управлять людьми»²⁵. Поскольку такая модель опирается на «опыт, а не логику», она относится к описательным.

Данная модель предполагает в том числе приложение эмпирических методов социологии и политологии к исследованию процесса принятия судебных решений. Первопроходцами же сочетания реалистической модели с методами

²⁰См.: Судебные доктрины в российском праве: теория и практика: монография / П.П.Серков, В.В.Лазарев, Х.И. Гаджиев и др.; отв. Ред. В.В.Лазарев, Х.И.Гаджиев. М.: ИЗиСП: Норма: ИНФРА-М, 2021 – с. 145.

²¹См.: Там же.

²²См.: Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / под ред В.В.Волкова. – М.Статут, 2012 – с. 4-5.

²³См.: Segal, Jeffrey A. Judicial Behavior // The Oxford Handbook of Political Science, Oxford University Press, 2011 – P.276-286. URL: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199604456.001.0001/oxfordhb-9780199604456-e-014> (дата обращения: 10.03.2022).

²⁴См.: Kellogg, Frederick R. Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint. Cambridge University Press, 2007 – p.118-120.

²⁵См.: Holmes O.W. The Common Law. Cambridge, Massachusetts and London, England, 2009. – p.3.

социологии и политологии считаются Г. Притчет и Г. Шуберт²⁶. Имея значительный объем данных о личности конкретного судьи и принятых им в прошлом решениях, можно выявить определенные закономерности, в том числе довольно неочевидные. Например, вероятность заявления особого мнения в зависимости от образования, предыдущей карьеры (в том числе вне судебной системы) или даже религиозной принадлежности. Так, в 1970 году С. Алмер, опираясь на математические методы и данные о биографии судей Верховного Суда США, сделал вывод о корреляции между фактором «родитель судьи – политик» и склонностью судьи присоединяться к решению большинства, и наоборот склонностью заявить особое мнение и прошлым «неполитического юриста»²⁷. Более поздняя работа Л. Эпштейна, У. Ландеса и Р. Познера показала, что в апелляционных судах США (но не в Верховном суде) одно лишь несогласие судьи с позицией большинства не является достаточным для заявления особого мнения; исследователи связали решение о заявлении особого мнения с факторами нагрузки судей, отрицательными последствиями для коллегиальности в случае частого заявления особых мнений, поддержкой существующего прецедента и возможностью изменения практики суда в будущем²⁸. Для российских исследователей социологический метод пока остается мало востребованным, хотя он применялся исследователями, например, при изучении так называемого «обвинительного уклона» российского уголовного правосудия²⁹ или анализе общих вопросов правовой культуры судей³⁰. Таким образом, при условии наличия достаточных данных данная модель замечательно подходит для анализа процесса принятия решений судьями в рамках одной правовой системы, либо нескольких

²⁶См.: Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / под ред В.В.Волкова. – М.: Статут, 2012 – с. 4-5; Pritchett H. The Divided Supreme Court, 1944–1945 // Mich. Law Rev. 1945. Vol. 44. N 3. P. 427–442; Maveety N., ed. The Pioneers of Judicial Behaviour. University of Michigan Press, 2002.

²⁷См.: Ulmer, S. Sidney. Dissent Behavior and the Social Background of Supreme Court Justices // The Journal of Politics 32, no. 3 (1970). P. 580–598. URL: <https://doi.org/10.2307/2128832> (дата обращения: 10.03.2022).

²⁸См.: Epstein L., Landes W.M., Posner R.A. Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis // U. of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 510, URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1542834> (дата обращения: 10.03.2022).

²⁹ Поздняков М. Смысл и двусмысленность обвинительного уклона // Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / под ред В.В.Волкова. М.: Статут, 2012 – с. 54-105.

³⁰См. напр.: Коршунова П.В. Правовая культура и правосознание судей: общетеоретические аспекты осуществления правосудия в России // Правовая культура. № 1, № 2, 2000; Гребенников В.В., Грудцына Л.Ю – указ. соч.

правовых систем, которые характеризуются значительным сходством. Возможность выявления неочевидных связей и тенденций, а также применения выработанных смежными науками количественных методов исследования, безусловно, должна быть отнесена к преимуществам этой модели изучения судебного поведения. Тем не менее, она также не лишена недостатков.

В первую очередь, ее применение без ограничений и оговорок для проведения сравнительного анализа различных судов внутри судебной системы возможно лишь в правовых системах, где все суды имеют идентичный или очень похожий статус (как например в странах, где действует децентрализованная модель конституционного контроля). В случае, когда компетенция судов разных уровней принципиально отличается, вероятно, нет необходимости специально обосновывать разницу руководящих соображений судей (глобальных соображений «правовой политики» судей Верховного Суда США и опасения отмены судебного решения, которым предположительно руководствуются судьи судов первой инстанции того же государства)³¹. Такая разница во взглядах в случае централизованного конституционного контроля обусловлена разницей статуса соответствующих судебных органов. Напротив, к примеру, решения Конституционного Суда Российской Федерации в принципе не подлежат отмене или пересмотру (что исключает обеспокоенность возможной отменой решения), и в то же время выявленный в его решении конституционно-правовой смысл нормы подлежит применению всеми судами (что фактически предписывает судьям необходимость учитывать соображения «правовой политики»).

Это же соображение обуславливает ограничения для осуществления сравнительного анализа различных правовых систем с применением этой модели – она применима для установления общностей и рассмотрения лишь явлений одного порядка. Существенным препятствием видится также разница в доступности данных для анализа. Например, при изучении позиций конкретных судей при принятии коллегиального решения необходимы, собственно, данные об их позиции, которые в европейских правовых системах, рассматривающих тайну

³¹См.: Segal, Jeffrey A. – *op.cit.*

совещательной комнаты как самостоятельную ценность и гарантию независимости, попросту недоступны. Важно, что основополагающие для данной модели работы О.У. Холмса предметно относятся к исследованию и описанию именно англо-американского права.

Однако для анализа судебного поведения представляется вполне допустимым одновременное применение указанных моделей. В.В. Лазарев справедливо характеризует философию прагматизма и философию реализма как «перекрещивающиеся». Ф. Сопер подчеркивает, что описательная модель может совпадать или не совпадать с концептуальной, а также выдвигает тезис о совместимости описательной теории Р. Дворкина и концептуальной теории Г. Харта³².

Таким образом, выбор исследователем эмпирической либо нормативной модели для изучения, описания и объяснения поведения судей, соотносится, по-видимому, с изучаемой правовой системой: если для англо-американских стран общим стандартом является эмпирическая модель, то в государствах континентального права более обоснованным является применение нормативной модели. Подобная разница обращает на себя внимание и при попытке сравнительного анализа института судебного усмотрения. Так, Л.Н. Берг подчеркивает, что «особенности судебного усмотрения как правового явления зависят, прежде всего, от конкретной концепции правопонимания в рамках романо-германской или англо-американской правовых семей»³³. Стоит согласиться с этим утверждением. Его корректность применительно к вопросу о проявлении «личного» в тексте процессуального (судебного) акта ярко иллюстрируется следующими примерами. В Соединенном Королевстве текст акта Верховного суда излагался в формуле *seriatim* (т.е. в качестве сборника персональных мнений каждого из участвующих в процессе судей). В то же время, для французских судей (Кассационного суда, в частности) действует правило об изложении судебного решения в одном предложении, подлежащим в котором

³²См.: Soper, E.P. Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute // 75 MICH. L. REV. 473 (1977). URL: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol75/iss3/2> (дата обращения: 10.03.2022).

³³См.: Берг Л.Н. Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект. Монография. М.: Проспект, 2021 – с. 104.

является суд, а сказуемым решение по жалобе³⁴. Американский исследователь М. Уэллс, сопоставляя стилистику американских и французских судебных решений, обосновывает особенности последних событиями Французской Революции, а также наследием абсолютной монархии³⁵. Отметим, что рассматриваемые им стилистические особенности явным образом соотносятся с рассматриваемой нами темой: проявлением «индивидуальности» в рамках строго процессуальной функции.

Итак, континентальные судьи (суды) предпочитают известную обезличенность. Это проявляется в реализации принципа разделения властей, принципа независимости суда, стилистике судебных решений, строгом соблюдении тайны совещательной комнаты. Между тем, современные исследователи все чаще сосредоточивают усилия на изучении необходимых личностных качеств судьи (а не только его профессиональной квалификации), тем самым фактически признавая, что попытка полностью отделить судью - человека от судьи - носителя судебной власти заведомо обречена³⁶. Представляется, что такая попытка даже в случае успеха вряд ли является необходимой или обоснованной. Можно согласиться с Е.В. Резниковым, который указывает, что «культивирование беспристрастности и объективности в качестве базовых личных и профессиональных качеств судей может приводить к некоторой мифологизации правосудия в целом и образа судьи в частности»³⁷. Судья принимает решение на основе правовых норм, которые уже в силу порядка принятия более ригидны, чем регулируемые ими общественные отношения. Значит, их толкование неизбежно находится в определенном социально-

³⁴См.: Wells M. French and American Judicial Opinions // 19 Yale J. Int'l L. (1994). – p. 94. URL: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol19/iss1/3> (дата обращения: 10.03.2022).

³⁵Op. cit., p. 103-108.

³⁶См. напр.: Клеандров М.И. Что такое модель идеального судьи и зачем она? // Российский судья. 2005. № 11. С. 4–9.; Изварина А.Ф. Профессионально-личностная характеристика судьи – носителя судебной власти // Правовая политика и правовая жизнь - № 1, 2011 г., с.104-107; Солдатова Ю.М. Потенциал личности судьи: постановка проблемы и теоретические основы изучения // Образование и наука. № 4(72) 2010, с. 50-56; Резников Е.В. К вопросу о профессиональной идентичности судьи // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2012. N 3. С. 238 – 241; Черемискина И.И. Черты личности судей на разных этапах профессионализации // Вестник Владивостокского государственного университета экономики и сервиса. № 1, 2020, с. 145-152; Черемисина Т.В. Проблемы личностного отбора при проведении конкурса на должность судьи // Вестник Уральского института экономики, управления и права. № 3. 2020, с. 65 – 69.

³⁷См.: Резников Е.В. – указ. соч.

политическом контексте, учет которого необходим судье, принимающему во внимание способы исполнения вынесенного им решения.

Напротив, англо-американские исследователи права в большей степени склонны рассматривать независимость относительно – отталкиваясь от набора личных качеств судьи и его взглядов, проявляемых вне зала судебных заседаний. В этом отношении, например, для англо-американских судей действует, как принято считать, «пирамида интересов», которая в зависимости от уровня суда характеризует основные соображения такого рода внешних по отношению к рассматриваемому делу факторов: от правовой политики, которая является предметом интереса судей Верховного Суда США, до заинтересованности судей нижестоящих судов в сохранении решения после рассмотрения апелляционной жалобы³⁸.

Вряд ли можно спорить с реальностью этих соображений, и кажется маловероятным, чтобы таких же (или сходных) мыслей избегали судьи российских судов³⁹ или судов других стран континента.

Следует отметить, что не юридические факторы принятия судьей решения не равны нарушению принципа независимости. В то же время частные случаи действия этих факторов способны пошатнуть уверенность стороннего наблюдателя в независимости суда. Вероятно, нарушение принципа независимости судьи имеет место, если он вынужден думать о связи между сделанным им выводом, а не качеством вынесенного решения и сохранением собственного статуса. Так, реформа польской судебной системы, которая, в частности, позволила Дисциплинарной коллегии принимать решения о прекращении судейских полномочий путем закрепления возможности оценки содержания судебных решений в рамках дисциплинарного производства, вызвала

³⁸См. Posner R.A. Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach // Florida State University Law Review. 2005. Vol. 32. N 4. P. 1260; Baum L. The Puzzle of Judicial Behavior. University of Michigan Press, 2009 P. 24–30.

³⁹ В контексте вопроса о наличии у судей самых разных интересов, которые они принимают во внимание при принятии решения, представляется целесообразным отметить обстоятельное исследование А.Трошева, который выдвигает тезис об общности подходов в уголовном судопроизводстве постсоветских государств, опираясь на статистические и социологические данные (См.: Как судьи арестовывают и оправдывают: советское наследие в уголовном судопроизводстве. // Как судьи принимают решения: эмпирические исследования права / под ред В.В.Волкова. – М.Статут, 2012 - с. 18 – 53).

реакцию Комиссии Европейского Союза, а впоследствии Суда ЕС, применение временных мер которого с 17 октября 2021 года обходится Польше в 1 млн евро в день до момента приостановления судебной реформы (вплоть до принятия Судом ЕС окончательного решения)⁴⁰. Но само по себе наличие у судьи «скрытых» соображений, выходящих за строгие рамки судопроизводства, представляется неизбежным спутником судебной системы.

Рассмотренные модели судейского поведения, несмотря на свои различия, имеют тенденцию к сближению. Это с течением времени все более отчетливо проявляется в работах отечественных и зарубежных исследователей. Помимо указанных ранее точек зрения В.Д. Зорькина, В.В. Лазарева, и М.И. Клеандрова, обоснованно напоминающих о невозможности помещения судьи в вакуум при принятии решений, можно вспомнить о критике реалистического подхода Р.Дворкиным, по мнению которого существует единственно верный, основанный на принципах права вариант разрешения судебного спора⁴¹.

Таким образом, точка зрения Р. Давида, еще в середине XX века высказывавшего тезис о сближении правовых систем⁴², подтверждается и с точки зрения определенного сближения моделей судейского поведения (хотя и не до степени смешения – С.А. Белов обоснованно заключает, что глубокий анализ ставит под сомнение вывод о «конвергенции» правовых систем и признании прецедента источником права в странах романо-германской правовой семьи⁴³).

Тем не менее, общим является признание определенного (большого или меньшего) влияния внеправовых (не криминальных или иным образом наказуемых) факторов, влияющих на принятие решения судьей. Само наличие этих внеправовых факторов является частью реальности, что прямо признается, например, законодательным регулированием, в частности, в тексте присяги судьи. Так, согласно статье 8 закона Российской Федерации от 26 июня 1992 года

⁴⁰См.: решение заместителя Председателя Суда ЕС от 14 июля 2021 года с учетом изменений, внесенных 17 октября 2021 года, URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=244199&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=42624349> (дата обращения: 10.03.2022).

⁴¹См.: Dworkin R. A matter of principle. Oxford: Oxford University Press, 1985.

⁴²См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 2003 – с. 43.

⁴³См.: Белов С.А. Обязанность следовать собственным прецедентам в практике конституционных судов Западной Европы // Журнал конституционного правосудия. № 5 (65) 2018 – с. 19-25.

№ 3132-I «О статусе судей в Российской Федерации» присяга судьи звучит следующим образом: «Торжественно клянусь честно и добросовестно исполнять свои обязанности, осуществлять правосудие, подчиняясь только закону, быть беспристрастным и справедливым, как велят мне долг судьи и моя совесть». Присягу судьи Верховного суда Соединенного Королевства можно перевести следующим образом: «Я буду справедлив ко всем людям в соответствии с законами и установлениями Королевства, без страха и предпочтений, привязанности или неприязни»⁴⁴. Судья Федерального конституционного суда ФРГ произносит следующую присягу: «Клянусь, что как беспристрастный судья я всегда буду добросовестно соблюдать Основной Закон Федеративной Республики Германии, и что я добросовестно буду осуществлять свои судебские функции в отношении каждого. И да поможет мне бог»⁴⁵. Члены Конституционного совета Франции перед вступлением в должность клянутся «хорошо и добросовестно выполнять свои функции, осуществлять их беспристрастно в соответствии с Конституцией, хранить тайну обсуждений и голосований, не занимать публичных позиций и не давать консультаций по вопросам, входящим в их компетенцию Совета»⁴⁶

Признание существования этого фактора обосновывает вопрос о возможности его законодательного урегулирования, либо даже принятия во внимание при рассмотрении вопроса о замещении судебской должности. Однако авторы, детально рассматривавшие механизм назначения судей и процедуры применяемых проверок, справедливо отмечают, что при всей детальности процедуры, проверка кандидата на должность судьи вряд ли может гарантировать

⁴⁴См.: Руководство по судебской этике Верховного суда Соединенного королевства: «I will do right to all manner of people after the laws and usages of this Realm, without fear or favour, affection or ill-will». URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/guide-to-judicial-conduct.pdf> (дата обращения: 10.03.2022)

⁴⁵См.: Закон о Федеральном конституционном суде ФРГ, ст. 11: «Ich schwöre, daß ich als gerechter Richter allezeit das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland getreulich wahren und meine richterlichen Pflichten gegenüber jedermann gewissenhaft erfüllen werde. So wahr mir Gott helfe». URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/BVerfGG.pdf> (дата обращения: 10.03.2022).

⁴⁶См.: Ордонанс № 58-1067 от 7 ноября 1958 года об Органическом законе о Конституционном Совете, часть 2 ст.3: «Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil». URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/ordonnance-n-58-1067-du-7-novembre-1958-portant-loi-organique-sur-le-conseil-constitutionnel> (дата обращения: 10.03.2022).

наличие у претендента личных качеств, непосредственно сказывающихся на осуществлении судебной деятельности⁴⁷.

Таким образом, судья должен опираться на положения законодательства и Конституции, но также и на собственные представления о справедливости и добросовестности. Эти представления могут не всегда совпадать с буквой закона, что особенно актуально для конституционной юстиции – в силу высокой степени абстрактности конституционных положений. Данный потенциальный конфликт может нуждаться в определенном законодательном регулировании. А.В. Аверин применительно к такому случаю указывает, что «золотая середина» должна быть регламентирована и закреплена процессуальным законом⁴⁸. Представляется, что наличие «внеправовых» факторов формулирования и принятия судебного решения вызывает необходимость определения границы предоставленного судье усмотрения в рамках выполнения его основной функции, а также – за пределами этих границ – предоставления судье легитимного (имея в виду, прежде всего, закреплённого в праве) способа проявления своей личной позиции или выражения своего личного отношения к принимаемому решению.

Судебное (судейское) усмотрение⁴⁹, несмотря на большое число работ, посвященных его природе и пределам, по-видимому, все еще не имеет единственного определения в правовой науке. Поскольку в этой сфере одной из основополагающих работ является труд А. Барака «Судейское усмотрение», распространенным является и авторское определение: усмотрение – это полномочие, данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя или более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна⁵⁰. Автор, таким образом, полагает, что необходимость в усмотрении возникает лишь в ситуации неоднозначного решения, двух равно обоснованных в правовом отношении исходов дела. В.И. Анишина и П.А. Гук определяют судебское усмотрение как

⁴⁷ См. напр.: Клеандров М.И. Статус судьи: правовой и смежные компоненты. М.: Норма, 2011. – С. 386.

⁴⁸ См.: Аверин А.В. Истина и судебная достоверность (постановка проблемы). 2-е изд., доп. СПб.: Издательство Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2007 – с. 44.

⁴⁹ М.В.Баглай справедливо отмечает, что понятия «судейское» и «судебное» усмотрение должны быть в некоторых случаях разведены (см. предисловие к работе А. Барака «Судейское усмотрение»). Хотя эти позиции представляются справедливыми, в рамках настоящего исследования упомянутые термины для удобства будут употребляться как синонимы.

⁵⁰ См.: Барак А. Судейское усмотрение. Пер. с английского. М. Норма. 1999. – с. 13.

предоставленное право свободного анализа и выбора единственно возможного варианта решения, способного урегулировать отношения при разрешении юридического спора в определенном виде судопроизводства с закреплением результата в судебном акте⁵¹. Тем самым предполагается, что судебное усмотрение сопутствует любому исполнению судебной функции. С такой позицией, по-видимому, солидарна Л.Н. Берг, определяя судебное усмотрение как элемент судебной правоприменительной деятельности, заключающийся в выборе мотивированного законного и обоснованного решения, совершаемого уполномоченным субъектом (судьей) по конкретному юридическому делу в пределах, установленных нормой права⁵². Применительно к конституционному праву усмотрение весьма широко определено Л.А. Шарниной как повелевающее упорядочивающее воздействие властных субъектов конституционного права на конкретные общественные отношения на основе свободного выбора варианта решения вопроса из числа возможностей, предоставляемых неопределенными нормами и принципами права, либо на основе их игнорирования, исходя из политической целесообразности, при условии получения санкции народным правосознанием⁵³ (отмечается, однако, что это определение шире только лишь судебного усмотрения). Некоторые концепции права вовсе отрицают наличие судебного усмотрения, например профессор Р. Дворкин, не находит для него места в правовой системе – поскольку для разрешения каждого дела единственный верный ответ подсказывает истинное право, воплощенное в его принципах и основных началах, а задача судьи – отыскать этот ответ⁵⁴. Другие авторы, детально рассматривавшие общетеоретические вопросы правоприменения, в том числе судьейского усмотрения, предлагают собственные определения этого явления⁵⁵.

⁵¹См.: Правовые основы судебной власти в Российской Федерации. М.: Юрлитинформ, 2015.

⁵²См. Берг Л.Н. – указ. соч. – с. 38.

⁵³См.: Шарнина Л.А. Усмотрение в конституционном праве. дисс. д. ю. н. 12.00.02. М. 2019 – с. 40.

⁵⁴См.: Dworkin R. Law's Empire. Harw. Un. Pres, 1986 – p. 225-226.

⁵⁵См. напр.: Волкова Е.И. Судебное правоприменение как познавательная-оценочная деятельность (вопросы теории). дисс. к. ю. н. 12.00.01. Белгород 2009; Анишина В.И. Конституционные принципы как основа самостоятельности судебной власти. дисс. д. ю. н. 12.00.01. М.: 2006; Правосудие в современном мире: монография / под ред. В.М.Лебедева, Т.Я.Хабриевой. М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. – с. 258-271; Аверин А.В.

Исследователи, однако, сходятся на том, что национальное право (выраженное в статутах, судебных решениях или иным образом) в определенной точке устанавливает границы судебного усмотрения, выход за пределы которых ассоциируется, как правило, с произвольным судебным решением. Л.Н. Берг, например, указывает, что выход за пределы⁵⁶ судебного усмотрения есть выход за сферу юридического воздействия права, выход на отношения, исключаящие возможность правового опосредования, что является судьейским произволом⁵⁷. Ясно, что границы (пределы) судебного усмотрения не являются абсолютно зафиксированными или универсальными для различных правовых систем – хотя бы потому, что они устанавливаются национальным правовым регулированием, которое может быть основано на разных источниках – статутах, прецеденте и т. д.

Доктрина судебного усмотрения предполагает выбор между двумя или несколькими равным образом обоснованными и соответствующими законодательству вариантами. Следовательно, можно предположить два варианта несогласия, основанного на «неюридических» факторах: это принципиальное несогласие с самой «законностью» того или иного варианта разрешения проблемы, либо несогласие с одним или несколькими возможными вариантами. Таким образом, правомерным является вопрос о возможности (невозможности) судьи выхода за пределы данного усмотрения без ущерба для выполнения судебной функции. Иначе говоря, как поступить, если судья, рассматривающий дело, полагает невозможным его правомерное разрешение на основании существующих норм права и предоставленных полномочий?

Представляется, что возможные варианты действий в такой ситуации могут проявляться в категорическом отказе принимать решение в отсутствие правомерных (с точки зрения судьи) вариантов разрешения дела; передаче спорного вопроса на рассмотрение специализированного органа,

Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики). дисс. д.ю.н. 12.00.01. Саратов.: 2004.

⁵⁶Необходимо отметить, что автор отличает границы судебного усмотрения от его пределов, указывая, что границы судебного усмотрения имеют отношение к предмету правового воздействия, а его пределы – это правовые рамки, установленные управомоченными субъектами с помощью юридических средств, ограничивающие объем применения права. Это различие может являться существенным с теоретической точки зрения, однако в предмет настоящего исследования не входит.

⁵⁷См. Берг Л.Н. – указ. соч. с. 70.

уполномоченного разрешить сомнения или несогласие судьи; либо фиксации несогласия вовне путем его доведения до сведения коллег и (или) вышестоящей инстанции.

Эти предполагаемые варианты несогласия соотносятся с определенными процессуальными формами, закрепленными законодательно. К таким формам, в частности, могут быть отнесены 1) право на отставку; 2) направление запроса о конституционности подлежащего применению закона в орган конституционного контроля; 3) заявление особого мнения (мнения) судьи.

1) Право на отставку рассматривается как гарантия независимости судьи⁵⁸ а некоторыми исследователями – как крайнее средство, последний способ отстраниться от неправоудного решения⁵⁹. Следует признать, что отставка судьи (в отличие, например, от отставки политика) ввиду несогласия с решением, которое ему предстоит вынести, даже умозрительно представляется решением исключительно редким. Настоящее исследование подобных случаев не выявило.

Применительно к Верховному Суду США С. Блумберг отмечает, что активно участвующий в политической деятельности судья может заявить об отставке в стратегический момент, обеспечив президенту возможность назначения судьи, представляющего определенную политическую партию⁶⁰.

Логичным в свете общеправового принципа несменяемости судей является обратная ситуация борьбы с принудительной отставкой. Как представляется, потенциально право на отставку может являться достаточно мощным инструментом публичного выражения несогласия, однако оно очевидно выводит судьи из правовой сферы в политическую, т. е. является последним и крайним средством.

Отметим, что в отличие от отставки, которая может не быть мотивированной (а потому может быть обусловлена именно несогласием)

⁵⁸См.: Закон Российской Федерации от 26.06.1992 N 3132-1 (ред. от 05.04.2021) "О статусе судей в Российской Федерации", ст. 8, "Российская юстиция", N 11, 1995.

⁵⁹См.: Морщакова Т.Г. У судьи КС останется один способ обелиться – уйти в отставку. URL: <https://advstreet.ru/interview/u-sudi-ks-ostanetsya-odin-sposob-obelitsya-uyti-v-otstavku/>

⁶⁰См.: Bloomberg S. Reform Through Resignation: Why Chief Justice Roberts Should Resign (in 2023) // 106 Iowa L. Rev. Online 16 (2021). – P.17. URL: <https://ilr.law.uiowa.edu/online/volume-106/reform-through-resignation-why-chief-justice-roberts-should-resign-in-2023/> (дата обращения: 10.03.2022).

самоотвод судьи⁶¹ не может рассматриваться в качестве формы проявления несогласия, поскольку этот институт имеет целью обеспечение права сторон на беспристрастное судебное разбирательство.

Отечественные исследователи констатируют, что культура самоотвода в нашей стране пока не сформировалась, а также отмечают, что вовремя взятый самоотвод – это благо, свидетельство того, что судья дорожит своей независимостью, подчеркивает ее ценность и значимость⁶².

Не относится самоотвод к проявлению несогласия и потому, что предполагается к применению до начала судебного разбирательства, в целях пресечения возникновения у стороннего (объективного) наблюдателя сомнений в беспристрастности суда, в то время как в умозрительной ситуации протеста против предстоящего решения судья должен приступить к рассмотрению дела и ознакомиться с его материалами (в противном случае остается неясным предмет протеста).

2) Проявление несогласия путем передачи вопроса на рассмотрение другого органа, компетентного разрешить сомнения судьи или опровергнуть его несогласие, возможно путем направления запроса о конституционности закона в орган конституционного контроля. Данный институт представляет собой способ разрешения дилеммы усмотрения, когда законодательно обусловленные варианты разрешения дела вызывают несогласие судьи ординарного суда. Для Конституционного Суда Российской Федерации этот порядок предусмотрен главой XIII Федерального конституционного закона от 21.07.1994 N 1-ФКЗ (ред. от 01.07.2021) «О Конституционном Суде Российской Федерации».

⁶¹ Данный институт достаточно подробно урегулирован в российском законодательстве. См.: Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 01.07.2021), ст. 16 // Собрание законодательства РФ, 18.11.2002, N 46, ст. 4532; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 22.07.2021), ст. 21 // Собрание законодательства РФ, 29.07.2002, N 30, ст. 3012; Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 N 174-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 23.09.2021), ст. 61 // Собрание законодательства РФ, 24.12.2001, N 52 (ч. I), ст. 4921; Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 N 195-ФЗ (ред. от 01.07.2021, с изм. от 09.11.2021), ст. 29.2 // Собрание законодательства РФ, 07.01.2002, N 1 (ч. 1), ст. 1.; Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 N 21-ФЗ (ред. от 30.04.2021, с изм. от 15.07.2021), ст. 31 // Собрание законодательства РФ, 09.03.2015, N 10, ст. 1391.

⁶²См.: Тай Ю.В., Арапова Т.Ф., Ле Бурдон В. Отвод судей как гарантия независимости суда // Вестник ВАС РФ. 2014. N 8. с. 131 – 147; Серка Т.В. Самоотвод судьи в арбитражном процессе в контексте мер позитивной юридической ответственности // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. N 2. с. 8 – 11.

Хотя эта форма «несогласия» имеет точные процессуальные границы, которые не предполагают «внеюрисдикционного» компонента позиции судьи, природа конституционного судопроизводства и подразумеваемое им толкование и применение конституционных принципов позволяют предположить, что запрос судьи (суда) в таком порядке может быть основан не только на точном знании закона (как это имеет место, например, в случае с частным определением, имеющим целью устранение нарушений законодательства), но в большей степени на юридическом правосознании судьи, понимании справедливости как высшей цели права и выявлении неопределенности или пробела в действующем регулировании.

Рассматриваемый институт в российском праве весьма подробно изучен отечественными исследователями. С точки зрения настоящей работы представляется важным указать на точное замечание В.И. Анишиной: «... в процедуре конституционного судопроизводства, возбужденной по запросу суда, этот суд выступает стороной-инициатором, а статья 5 Закона о Конституционном Суде закрепляет в качестве одного из основных принципов конституционного судопроизводства состязательность сторон, что налагает на суд обязанности доказывания своей позиции относительно неконституционности оспариваемого акта. При разрешении конкретного дела суд (судья) не может позволить себе рассуждать о «неопределенности» соответствия закона Конституции. Если возникают всего лишь сомнения такого рода, суд обязан исходить из презумпции конституционности законов. Основанием же для обращения с запросом является убеждение суда в том, что данный закон противоречит Конституции»⁶³. Необходимая для заявителя (автора запроса) убежденность в неконституционности нормы (в данном случае рассматриваемая как вариант несогласия с предстоящим судебным решением, основанным на «внеюрисдикционном факторе» - чувстве справедливости или внутреннем убеждении) должна тем самым получать строгое юридическое обоснование.

⁶³См.: Анишина В.И. Судебные запросы в Конституционный Суд Российской Федерации // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2002. № 3(40). – С. 195.

В Российской Федерации этот институт применяется сравнительно редко – так, в 2018 – 2020 года Конституционным Судом было принято 138 постановлений по обращениям 177 заявителей, лишь 14 из которых были судебными органами; 10 283 определения (22 – по запросам судов)⁶⁴. Отмечается, что в государствах, где подобная форма передачи дела на рассмотрение органа конституционного контроля предусмотрена в качестве альтернативной или дополнительной, суды также пользуются ей не слишком охотно. Например, в конституционном судопроизводстве Республики Корея подача конституционной жалобы возможна в двух конкурирующих формах – через ординарный суд либо заявителем самостоятельно, при этом в подавляющем большинстве случаев ходатайство заявителя о направлении жалобы через суд отклоняется (в период 2018-2020 года в КС Республики Корея поступило лишь около 70 запросов судов о проверке конституционности законов, почти 8 300 обращений граждан, включая около 2 000 ранее отклоненных ординарными судами конституционных жалоб)⁶⁵. Статистика Конституционного Суда Турции указывает на более чем 295 000 индивидуальных жалоб, поданных в этот орган в период с 2012 по 2020 год⁶⁶, и лишь немногим более 1 000 запросов судов⁶⁷. Сходным образом в период с 2018 по 2020 годы Федеральный конституционный суд ФРГ получал от 5 100 до 5 500 индивидуальных жалоб ежегодно, и лишь 85 – 100 запросов судов о рассмотрении конституционности закона, подлежащего применению в конкретном деле⁶⁸. Таким образом, наиболее сложные дела, которые зачастую не могут быть

⁶⁴ Справка о деятельности Конституционного Суда Российской Федерации в 2018 – 2020 годах. Документ не публиковался.

⁶⁵ Статистика приводится по англоязычной версии официального сайта Конституционного Суда Республики Кореи. URL: <https://english.ccourt.go.kr/site/eng/jurisdiction/caseLoadStatic.do> (дата обращения: 10.03.2022). Указанный источник приводит статистику нарастающим итогом за все время с 1988, поэтому приводится разница между данными по состоянию на 31 декабря 2020 и 2017 годов.

⁶⁶ Информация, размещенная на франкоязычной версии сайта Конституционного суда Турецкой Республики, URL: https://www.anayasa.gov.tr/media/7201/bb_statistiques_fr_2020.pdf (дата обращения: 10.03.2022). Важно, однако, отметить, что в КС Турции действует т.н. полная конституционная жалоба, предполагающая оценку соответствия Конституции (и Конвенции о защите прав человека и основных свобод) действий и решений государственных органов.

⁶⁷ Информация, размещенная на франкоязычной версии сайта Конституционного суда Турецкой Республики, URL: https://www.anayasa.gov.tr/media/6861/norm_istatistik_french.pdf (дата обращения: 10.03.2022).

⁶⁸ Ежегодный отчет Федерального конституционного суда Германии (английская версия). URL: <https://jahresbericht.bundesverfassungsgericht.de/en/>.

разрешены с применением полномочий, предоставленных судьям обычных судов, переходят на рассмотрение органов конституционной юстиции.

Однако для высших (в частности, конституционных) судов этот механизм оказывается неприменим ввиду отсутствия вышестоящей или иной инстанции, куда дело можно было бы передать для рассмотрения с учетом предполагаемых недостатков законодательного регулирования и невозможности принятия справедливого решения на основе действующего закона. Разбирательство в конституционном суде почти всегда осуществляется коллегиально, и при этом опирается на наиболее абстрактные в рамках конкретной правовой системы положения – конституционные нормы. Этим обусловлены широкие полномочия по истолкованию конституционного текста, предоставленные органу конституционной юстиции, и именно здесь находит наиболее яркое выражение институт особого мнения (мнения) судьи, который мы также рассматриваем как форму выражения несогласия судьи.

3) Институт особого мнения, демонстрируя, как показано Е.А. Нефедьевой и Ю.Г. Хамнуевым, признаки однородности, системности, особого режима правового регулирования, нормативной обособленности, целостности и универсальности⁶⁹, является, по-видимому, наиболее мягкой формой выражения индивидуальной позиции судьи. Эти особенности обуславливают исключительное положение данного феномена как одной из наиболее «человечных» процессуальных возможностей судьи в ситуации, когда пределов предоставленного ему усмотрения оказывается недостаточно. Его содержание в таком качестве ярко раскрывается лишь при рассмотрении наиболее сложных дел, в том числе в рамках конституционного судопроизводства.

В самом деле, хотя особое мнение в рамках конституционного судопроизводства предметно тесно связано с рассматриваемым делом, индивидуальные соображения, излагаемые судьей в особом мнении, зачастую не ограничиваются анализом конституционных положений, но обращаются к

⁶⁹См.: 183.Нефедьева, Е. А. Особое мнение судьи Конституционного Суда: институциональные характеристики / Е. А. Нефедьева, Ю. Г. Хамнуев // Сибирский юридический вестник. – 2021. – № 3 (94). – С. 14–17.

истории, философии, морали. Как отмечает О.А. Крапивкина, «если в судебном решении преобладают рационально-логические компоненты, особое мнение характеризуется проявлением эмоционально-экспрессивных черт»⁷⁰. Именно в высшем суде, в частности в ходе конституционного судопроизводства, раскрывается роль особого мнения, охарактеризованная Ч. Хьюзом как «обращение к нарождающемуся духу права»⁷¹. Е. Дриго метко отмечает «особое мнение конституционного судьи ... характеризует другое видение не фактов, а права»⁷². В отличие от таких широких возможностей заявления особого мнения в органе конституционной юстиции, судьи общих судов – в силу возможности представить особое мнение в вышестоящую инстанцию – в большей степени должны ориентироваться на строго правовые аргументы, от которых может зависеть пересмотр состоявшегося решения.

Сравнительные исследования демонстрируют высокую распространенность этого института при вариативности регулирования и практики, включая частотность реализации соответствующего права судьи; публичность или закрытость текста особого мнения; требования к его содержанию; наличие или отсутствие прямого запрета на осуществление этого права. При этом запрет на публичное особое мнение не равен запрету на выражение несогласия судьи во время обсуждения - трудно представить себе обсуждение судей, которое не сопровождалось бы выражением различных позиций, т. е. несогласия разной степени интенсивности, даже при законодательно установленном требовании к вынесению решения единогласно.

Независимость судьи не является абсолютной, поскольку не может полностью исключать многообразных факторов внеправового характера при принятии судебного решения. Наличие таких факторов косвенно признается

⁷⁰См.: Крапивкина О.А. Особое мнение судьи в жанровом пространстве судебного дискурса // Юрислингвистика. 2011. №11. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/osoboe-mnenie-sudi-v-zhanrovom-prostranstve-sudebnogo-diskursa-1> (дата обращения: 15.02.2022).

⁷¹«Brooding spirit of law», цит. по Langford C. Appealing to the Brooding Spirit of the Law: Argumentation in Judicial Dissents // Paper presented at the annual meeting of the NCA 93rd Annual Convention, TBA, Chicago, IL, Nov 15, 2007.

⁷²См.: Дриго Е.В. Институт особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации: регулирование и практика применения // Сравнительное конституционное обозрение - № 3 (112) 2016 – с. 83.

законодательством, и в ряде случаев может являться предметом исследования закономерностей судебного поведения и принятия судьями решений.

В то же время эти факторы потенциально могут служить основанием для несогласия судьи с решениями коллег, либо даже с решением, которое ему предстоит принять единолично по смыслу действующего законодательства. Предполагается, что такого рода конфликт может быть разрешен тремя путями: радикальным отказом от участия в принятии данного решения (отставка); передачей дела на рассмотрение другого суда, которому предоставлено более широкое усмотрение в части толкования законодательства (запрос в орган конституционной юстиции); наконец, формализованное заявление несогласия, в том числе по мотивам, непосредственно не опирающимся на действующее правовое регулирование (представление особого мнения).

Радикальный отказ от участия в рассмотрении конкретного дела путем отставки рассматривается как умозрительный способ. Во-первых, примеров такого рода отставок, связанных с рассмотрением конкретных дел, не выявлено в российской или зарубежной практике. Во-вторых, такого рода отставка (в особенности применительно к органу конституционной юстиции) являлась бы политическим актом, и не соответствовала бы природе правосудия.

Для высших судов (включая органы конституционной юстиции) в силу исключительных полномочий по толкованию конституционного текста, который характеризуется высокой степенью абстрактности, передача дела на рассмотрение другого суда оказывается невозможной. В этом случае возможные количество возможных форм несогласия уменьшается, и наиболее рациональной формой остается заявление особого мнения.

Особое мнение судьи с точки зрения его предмета связано с конкретным делом на рассмотрении суда, но, в отличие от решения большинства по этому делу, в меньшей степени ограничено процессуальными требованиями, в том числе необходимостью юридического обоснования выводов. В этом смысле особое мнение судьи служит правомерным способом преодоления нормативно определенных пределов судебного усмотрения. При этом в отличие от иных

способов выражения несогласия, особое мнение судьи не влечет правовых последствий, т. е. содержательно его единственной целью является именно фиксация несогласия судьи.

В суде общей юрисдикции особое мнение обращено, в первую очередь, к вышестоящей инстанции, и тем самым отчасти напоминает передачу вопроса на рассмотрение другого уполномоченного органа. Однако судья конституционного суда оказывается в ином положении: его особое мнение формально полностью лишено возможности оказать влияние на правовые процессы, породившие его несогласие, равно как и на изменение итогового решения. Адресат позиции, отраженной в особом мнении судьи конституционного суда, таким образом, находится вне суда (или, во всяком случае, вне его текущего состава, если мнение обращается к суду в будущем). Предполагается, что этот адресат – общественность в самом широком смысле: народ (как источник власти в демократическом государстве), юридическое экспертное и научное сообщество, законодатель и т.д. В самом деле, известны случаи, когда процесс, сопутствующий заявлению особого мнения судьи, приводит к законодательным изменениям (как будет показано далее в параграфе 2.2 это относится к острым ситуациям, когда решение суда вызывает бурную реакцию), либо когда при совершенствовании нормативного регулирования законодатель учитывает особое мнение судьи, хотя и не приводя прямых ссылок на него (иронично, что в этом отношении яркий пример относится к закреплению в российском процессуальном законодательстве права стороны знакомиться с особым мнением судьи суда общей юрисдикции⁷³).

Особое мнение судьи конституционного суда по сути представляет собой исследование (в литературе особое мнение судьи конституционного суда обоснованно называют источником доктринального толкования)⁷⁴, которому в силу особого статуса органа конституционного контроля и его судей сообщается «тень» авторитета суда. В результате в отличие от особого мнения судьи в суде

⁷³ Более подробно этот пример рассмотрен в параграфе 1.3.

⁷⁴ См.: Басангов Д.А. Доктринальное конституционное толкование в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации. дисс. канд. ю. н. 12.00.02. М., 2004. – с. 88-114.

общей юрисдикции, особое мнение судьи высшего (конституционного) суда оказывается в положении неопределенности и отчасти непредсказуемости.

Для законодателя оно не обладает самостоятельным значением, хотя (как и любая другая, в принципе, информация) может оказывать влияние на его позицию или уточнять способ исполнения решения органа конституционного контроля. Для общественности оно, как представляется, в первую очередь демонстрирует наличие различных позиций внутри суда, хотя вопрос о позициях судей, не заявивших особого мнения, не имеет однозначного ответа (например, поддержали ли они итоговое решение или решили воздержаться от высказывания). Выработка регулирования, устраняющего или преодолевающего подобные сомнения, несмотря на отсутствие формального влияния особых мнений судей на законодательство и правоприменительную практику, является достаточно актуальным вопросом, поскольку связана в том числе с поддержанием доверия к суду. Для такого поиска, как представляется, имеет значение не только (и, вероятно, не столько) оценка потенциальной пользы или вреда института особого мнения судьи конституционного суда, но и исследование его юридической природы.

1.2. Юридическая природа особого мнения судьи

Исследователи, изучавшие проблематику института особых мнений судей, нередко концентрировались на исторических аспектах⁷⁵, целях его существования⁷⁶, положительных или отрицательных сторонах⁷⁷. Вместе с тем лишь сравнительно небольшое число работ посвящено правовой природе феномена особого мнения судьи, т.е. определению его места в правовой системе.

⁷⁵См.: Henderson M.T. From seriatim to consensus and back again // Public law and Legal Theory Working paper no. 186. – 2007 (rev. 2008); Гаджиев Г.А. Публикация особого мнения судьи, или история нормы, которая является камертоном судебной реформы в России // Законодательство и практика масс-медиа. 2005. № 12. – с. 27.

⁷⁶ Кокотова М. А. Цели существования особых мнений в Конституционном Суде РФ и Верховном Суде США // Российский юридический журнал. 2019. № 4. – с. 23 – 28.

⁷⁷ Верещагин А.Н. Особые мнения в российских судах // Государство и право. -2008. - № 2. – С. 13; Mészáros L. Obsahové a formálne právne poňatie votum separatum a jeho úloha pri zjednocovaní judikatúry ústavného súdu // Zjednocovanie a vývoj judikatúry ústavných súdov ; zborník konferencie, 25. -27. októbra [2000] Levoča. Košice : Ústavný súd Slovenskej republiky, 2000. – P. 115-116.; Rupp H.-G. Zur Frage der Dissenting Opinion // Die modern demokratie und ihr Recht. FS für Gerhard Leibholz. Vol. II. Tübingen: Mohr, 1966, и др.

В этом отношении в литературе можно выделить несколько подходов. Наиболее распространена, по-видимому, позиция об особом мнении судьи как индивидуальной правовой позиции. Нередко особое мнение рассматривается как субъективное право судьи. В этом контексте особое мнение может рассматриваться как своеобразная форма реализации судьей его права на свободу выражения. Наконец, не исключается возможность рассмотрения особого мнения судьи как гарантии его независимости. Эти позиции далее будут рассмотрены подробнее.

Д.А. Басангов, предметно исследовавший юридическую природу особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации, предположил, что такое особое мнение представляет собой разновидность правовой позиции, выражаемой в рамках реализации принципа независимости судей⁷⁸, а также особый источник доктринального конституционного толкования⁷⁹. Эту точку зрения разделяет А.В. Гринева, диссертационная работа которой посвящена анализу судебных правовых позиций и их классификации⁸⁰. Е.Е. Новопавловская и Е.А. Переверзев рассматривают особые мнения судей Конституционного Суда Российской Федерации как альтернативную основному решению правовую позицию, способную в будущем лечь в основу нового правового регулирования⁸¹. Одновременно как индивидуальную правовую позицию судьи и как форму реализации им принципа независимости рассматривает особое мнение О.А. Крапивкина⁸². Ряд других авторов, классифицирующих правовые позиции или изучавших правовую природу особых мнений судей, разделяют точку зрения

⁷⁸См.: Басангов Д.А. Юридическая природа особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2006. № 2, с. 26.

⁷⁹См.: Басангов Д.А. Доктринальное конституционное толкование в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации. дисс. канд. ю. н. 12.00.02. М., 2004. – с. 88-114.

⁸⁰См.: Гринева А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций (вопросы теории). дисс. канд. ю. н. М. 2008 - с. 59 и далее.

⁸¹См.: Новопавловская Е.Е., Переверзев Е.А. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации: проблемы правовой регламентации и практика применения // Вестник экономики, права и социологии. 2017. № 1. – с. 107.

⁸²См.: Крапивкина О.А. Природа института особого мнения судьи в различных правовых системах // Вестник ИрГТУ. № 2 (97). 2015 – с. 272.

о том, что особое мнение судьи представляет собой разновидность индивидуальной правовой позиции⁸³.

Можно согласиться с тем, что особое мнение (мнение) судьи представляет собой юридически обоснованный вариант разрешения той или иной правовой ситуации, или оценки актов и действий в коллизионной ситуации, что в принципе соответствует относительно расплывчатому определению правовой позиции, которое существует в теории права⁸⁴. Однако более детальное рассмотрение показывает, что эта характеристика не является вполне точной.

Так, рассмотрение особого мнения судьи в качестве индивидуальной правовой позиции, как представляется, могло бы быть правомерно (с определенными ограничениями) для особого мнения судьи в узком смысле, то есть в случае заявления особого мнения в форме отдельного документа, в котором в силу законодательного регулирования возможно отражение позиции судьи по вопросу, разрешенному в основном постановлении. Указанный подход, таким образом, не охватывает ни специальные формы особого мнения (такие как отметка в протоколе) – поскольку они не обязательно предполагают формулирование точных оснований альтернативной позиции, ни так называемые совпадающие мнения (в российском законодательстве – «мнения»). Последние представляют собой не столько вариант *разрешения* правовой ситуации, сколько вариант *обоснования* для того или иного разрешения ситуации. Кроме того, потенциально мнения судей могут не содержать и обоснования разрешения ситуации, обогащая принятое решение сведениями о контексте, в котором принято то или иное постановление – т. е. выполнять, как сформулировал

⁸³ См. напр.: Дорогин Д.А. Обстоятельства, исключющие уголовную ответственность: правовые позиции судебных органов: монография. М.: РГУП, 2017. – с. 31.

⁸⁴ См. напр.: Николаев Е.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: определение, юридическая природа, имплементация в правовую систему // Право и политика. 2002. № 3 – с. 17; Витрук Н.В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. М.: Изд-во Ин-та права и публичной политики. 1999. № 3 (28) – с. 95. Гринева А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций (вопросы теории) дисс. канд. ю. н. 12.00.01. М. 2008 – с. 29-30.

М.И. Клеандров, функцию расширения объема содержательной информации по делу⁸⁵.

При этом особое мнение судьи отличается от актов неофициального толкования (в том числе доктринального, изложенного в научных статьях). Хотя отсутствие непосредственных правовых последствий при высоком уровне теоретической проработки сближает эти явления, особые мнения (в том случае, если они разрешены) всегда имеют определенную процессуальную форму, что предполагает порядок заявления и приобщение к материалам дела (даже при отсутствии возможности сторон знакомиться с их содержанием). В результате особое мнение и мнение судьи могут, не имея обязательной силы, иметь правовые последствия как при рассмотрении дела в суде вышестоящей инстанции, а применительно к органам конституционной юстиции не исключаются более отдаленные во времени последствия, например, изменение законодательства или подходов самого суда.

В отличие от индивидуальных правовых позиций, которыми разрешаются конкретные дела, особое мнение не является обязательным для сторон или иных лиц, и не непосредственно не порождает правовых последствий. Отсутствие непосредственных правовых последствий особого (совпадающего) мнения судьи является его важной чертой в высших судах, решения которых не подлежат обжалованию и принимаются коллегиально, что справедливо не только для России⁸⁶. Данная черта на практике признается и за особыми мнениями судей ординарных судов⁸⁷, хотя в литературе встречается тезис о необходимости обязательного учета особого мнения вышестоящим судом⁸⁸.

Неоднозначность характеристики особого мнения как *индивидуальной* правовой позиции подчеркивается еще и достаточно распространенной

⁸⁵См.: Клеандров М.И. Институт особого мнения судьи: Каковы его значение и основные функции? // Российское правосудие. № 9. 2019 – с. 19.

⁸⁶См. напр.: Trocsanyi L., Horvath A. La pratique des opinions dissidentes en Hongrie – Les opinions individuelles en Hongrie : une institution // Cahiers du Conseil constitutionnel n° 8 (Dossier : Débat sur les opinions dissidentes). Juillet 2000; Lynch A. The Impact of Dissenting opinions upon the development of Australian Constitutional Law – Doctor Philosophy thesis, Un. Of New South Wales, 2005 – p. 296.

⁸⁷Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17 января 2012 года № 174-О-О.

⁸⁸См.: Клеандров М.И. Институт особого мнения судьи: Каковы его значение и основные функции? // Российское правосудие - № 9. 2019 – с. 22-23; Быков В.М., Манова Н.С. О праве судьи на особое мнение: продолжение темы // Российский судья, 2016, № 3.

возможностью заявления коллективных особых мнений, либо присоединения судей к разделяемым ими особым мнениям коллег. Е.В. Дриго подчеркивает индивидуальный характер особого мнения судьи, указывая, в частности, что коллективное особое мнение преследует иные цели, чем изложение своего взгляда на проблему⁸⁹. Аналогичной позиции придерживается, например, А.В.Мазуров⁹⁰. Действительно, если бы особое мнение фактически было проявлением строго индивидуальной позиции судьи, оно требовало бы самостоятельного заявления. Однако практика опровергает этот подход: заявление особых мнений коллегиально или присоединение к особому мнению (мнению), заявленному другим судьей, по-видимому, имеет место как в Конституционном Суде Российской Федерации (во всяком случае, в период публичного обнародования особых мнений и мнений наравне с текстом основного решения)⁹¹, так и в зарубежных или международных судах – в том числе и в ситуации, когда отсутствует нормативное закрепление такой формы коллективного несогласия. Регламенты ряда конституционных судов (например, Хорватии, Латвии, Сербии) прямо разрешают заявление коллективных особых мнений судей⁹², а британский вариант судебного решения развился из сборника индивидуальных мнений, и ныне (видимо, в качестве варианта процессуальной экономии) встречается вариант, когда указан автор решения, а также отмечено, что с ним согласны другие члены коллегии (поименно)⁹³. Для Европейского Суда по правам человека

⁸⁹См.: Дриго Е.В.. Институт особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации: регулирование и практика применения // Сравнительное конституционное обозрение - № 3 (112) 2016 – с. 86, 90.

⁹⁰См.: Комментарий к Федеральному конституционному закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный). М.: Частное право, 2006 - с. 146.

⁹¹ См. напр.: Совместное особое мнение Г.А. Гаджиева и Ю.Д. Рудкина в отношении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 17 марта 2010 года № 6-П; совместное особое мнение Г.А. Гаджиева и К.В. Арановского в отношении Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 5 марта 2013 года № 353-О.

⁹² См. напр.: Статьи 50-52 Регламента Конституционного Суда Хорватии (текст на английском языке размещен на официальном сайте суда, URL: https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/Editorially_revised_and_consolidated_text_of_the_Rules_of_Procedure_of_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia.pdf, дата обращения: 10.03.2022); статья 144 регламента Конституционного суда Латвии (текст на английском языке размещен на официальном сайте суда, URL: <https://lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-rules-of-the-constitutional-court/1973>, дата обращения: 10.03.2022); статья 60 Регламента Конституционного суда Сербии (текст на английском языке размещен на официальном сайте суда, URL: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/238-101921/rules-of-procedure>, дата обращения: 10.03.2022).

⁹³ См. напр.: решение от 2 февраля 2022 года по делу «Офис публичного обвинителя Афинского апелляционного суда против О'Коннора (Северная Ирландия), URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0129-judgment.pdf>. (дата обращения: 10.03.2022). В начале решения указано: «Лорд Стивенс (с которым согласны лорд Рид, лорд Гамблен, лорд Геггатт и лорд Берроуз».

обычной практикой является заявление как коллективного особого мнения⁹⁴, так и индивидуального мнения, к которому присоединяется другой судья⁹⁵. Стало быть, индивидуальность позиции тоже не является обязательным сущностным признаком особого мнения или мнения судьи, рассматриваемых как формы реализации возможности заявить особое мнение.

Таким образом, правовая природа особого мнения судьи не исчерпывается его характеристикой как индивидуальной правовой позиции.

Другой встречающийся в литературе подход – это рассмотрение особого мнения судьи как его субъективного права.⁹⁶ В самом деле, возможность судьи заявить особое мнение вполне соответствует принятому в теории права определению субъективного права как меры дозволенного поведения⁹⁷. Такая точка зрения поддерживается Венецианской комиссией, по рекомендации которой нежелательно закрепление обязанности заявить особое мнение⁹⁸. Отмечается, однако, что комиссия приняла во внимание позицию К. Келемен, согласно которой право судьи заявлять или не заявлять особое мнение потенциально открывает возможности «стратегического поведения»⁹⁹ – т. е. не исключается злоупотребление этим правом.

В самом деле, высказывание судьей личного мнения относительно дела, находящегося в его производстве или вопроса, который может попасть в поле зрения конституционного суда, как правило, запрещено¹⁰⁰. В этом отношении,

⁹⁴ См. напр.: совместное совпадающее мнение судей П.Лемменса и М.Элосеги к постановлению от 12 октября 2021 года по делу «Бойченко против России» (*Boychenko v. Russia*, жалоба № 8663/08), URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-212129> (дата обращения: 10.03.2022).

⁹⁵ См. напр.: частично несовпадающее мнение судьи А.Зайберт-Фор, к которому присоединился судья Зюнд, к постановлению от 12 октября 2021 года по делу «Хабиров против России» (*Khabirov v. Russia*, жалоба № 69450/10). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-212131> (дата обращения: 10.03.2022).

⁹⁶ См.: Светличный А.Д. Особое мнение судьи на постановление, которым дело не разрешается по существу // Администратор суда - № 3 (2018) – с. 41; Кононов А.Л. Право на особое мнение // Закон. 2006. № 11 – с. 43 – 46.

⁹⁷ См. напр.: Сырых В.М. Проблемы теории государства и права: Учебник. М.: Эксмо, 2008 – с. 432; Марченко М.Н. Проблемы теории права и государства: Учебник. М., 2001 – с.641-643.

⁹⁸ См.: Report on Separate Opinions of Constitutional Courts: Adopted by the Venice Commission at its 117th Plenary Session (Venice 14-15 December 2018). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2018\)030-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)030-e) (дата обращения: 10.03.2022). Р. 61 (далее – Заключение Венецианской комиссии № 932/2018).

⁹⁹ Kelemen K., Dissenting opinions in Constitutional Courts // German Law Journal Vol. 14 No. 08, 2013 – p. 1364.

¹⁰⁰ См. напр.: ст.11 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации». Канон 3 (раздел А, пункт (6)) Руководства по судейской этике США (URL: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/code_of_conduct_for_united_states_judges_effective_march_12_2019.pdf,

однако, законодательство может предусматривать исключения для актов доктринального толкования – так, в ФРГ, хотя судья не может выполнять судебные функции, если они ранее были вовлечены в него в силу должности или профессии, академические труды по вопросам, ставшим предметом рассмотрения суда, к такой вовлеченности не отнесены¹⁰¹. Подобный «обход» общеправового принципа беспристрастности суда может представлять собой и заявление особого мнения судьи. Его публичный характер теоретически может ставить непростой вопрос о балансе между свободой выражения судьи и соблюдении им ограничений, налагаемых судебным статусом.

Более того, некоторые исследователи высказывали позицию о том, что заявление особого мнения (при наличии такой возможности) должно считаться моральной обязанностью судьи¹⁰². Имеются примеры, когда подобный подход воспроизведен на нормативном уровне: так, согласно статье 50 Регламента Конституционного суда Хорватии в случае, если судья при обсуждении заявляет о своем особом мнении и устно объясняет свою позицию (можно предположить, что в рамках коллегиального обсуждения несогласие судьи подразумевает определенные пояснения), он обязан подготовить ее в письменном виде. Уголовно-процессуальный кодекс Испании 2016 года предписывает судье докладчику подготовить особое мнение в том случае, если при осуждении он остался в меньшинстве (статья 147)¹⁰³.

В рамках обсуждения особого мнения судьи как его субъективного права высказывалась позиция о том, что заявление особого мнения может являться

дата обращения: 10.03.2022); пункт 11 Руководства по судейской этике Федерального конституционного суда ФРГ (URL: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Richter/Verhaltensleitlinie/Verhaltensleitlinie.html>, дата обращения: 10.03.2022).

¹⁰¹См.: ст. 18 Закона о ФКС ФРГ (URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/BVerfGG.pdf>, дата обращения: 10.03.2022).

¹⁰²См.: Carter J. W., Dissenting opinions // 4 Hastings L. J. 118 (1953) – p. 118; Выступление К. Симачковой «Особые мнения в конституционных судах: способ защиты судебной независимости и легитимации решений», 15 апреля 2021 года // конференция «Верховенство права в Европе – видение и вызовы», URL: https://echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Simackova_Rule_of_Law_ENG.pdf – p. 4 (сноска 10).

¹⁰³См.: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal // GAZ núm. 260, de 17/09/1882. URL: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con) (дата обращения: 10.03.2022). Перевод на английский язык: Criminal Procedure Act, Madrid, 2016 (URL: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Criminal%20Procedure%20Act%202016.pdf>, дата обращения: 10.03.2022).

своеобразной формой реализации права на свободу выражения¹⁰⁴. Представляется, однако, что этот подход может вызвать определенные сложности, поскольку для судей свобода выражения весьма специфична, учитывая должностные ограничения, и в том числе принцип тайны совещательной комнаты. Свобода выражения мнения судей, как отмечается в литературе, охватывает публичные высказывания и выступления судьи вне сферы его профессиональной деятельности, т. е. вне непосредственного осуществления правосудия¹⁰⁵, в то время как заявление особого мнения осуществляется именно в ходе реализации судебных полномочий.

Такой подход подтверждается и практикой, прежде всего решениями Европейского Суда по правам человека, по обращениям судей, подвергнутых дисциплинарным взысканиям за такие высказывания. Так, в известном постановлении от 26 февраля 2009 года по жалобе № 29492/05 «Кудешкина против России» подчеркнута, что судьи пользуются правом на свободу выражения мнений, хотя «служащие имеют определенные обязательства перед работодателем, такие как лояльность, сдержанность в высказываниях и осторожность». Тем самым ЕСПЧ также принимает во внимание разницу между «служебным» и «публичным» осуществлением предполагаемой свободы выражения, применяя во втором случае защитные механизмы Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Применительно к государственным служащим правомерность требования о «лояльности» было подтверждено и на национальном уровне: так, Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 30 июня 2011 года № 14-П признал, что публичное выражение государственными служащими критики в адрес государственных органов, может негативно сказаться на осуществлении органами государственной власти своих полномочий, хотя и отметил, что негативный эффект может стать следствием демонстративной публичной похвалы в адрес государственных органов со стороны их сотрудников.

¹⁰⁴ Kelemen K. Dissenting opinions in Constitutional Courts // German Law Journal Vol. 14 No. 08, 2013 – p. 1360.

¹⁰⁵ См. напр.: Нешатаева Т.Н. Модернизация статуса судьи: современные международные подходы. – М.Норма : ИНФРА-М, 2011 – с. 328-333.

Однако требование лояльности для государственных служащих, конечно, не может распространяться на особые мнения судей, поскольку последние представляют собой проявление независимости судьи в составе коллегии и способ реализации (преодоления) судейского усмотрения. Вместе с тем, поддержание высокого статуса судьи предполагает определенные самоограничения, в том числе и при критических высказываниях в адрес коллег.

Так, в ряде дел ЕСПЧ сделал вывод о том, что при осуществлении их деятельности судьи должны быть исключительно осмотрительны в отношении дел, находящихся на их рассмотрении, с тем чтобы сохранить образ беспристрастных судей, но также с особой осторожностью выражать критику в отношении других публичных служащих и в особенности других судей¹⁰⁶. В этом же контексте проблема реализации судьями свободы выражения рассматривалась Венецианской комиссией, что принято во внимание и отечественными авторами¹⁰⁷. Такого рода ограничения при заявлении публичного особого мнения не могут учитываться хотя бы потому, что неправомерно привлечение судьи к ответственности за суждения, высказанные при отправлении правосудия – а заявление особого мнения, без сомнения, является элементом судебного процесса. Иными словами, если бы замечания, за которые О.Б. Кудешкина была лишена судейского статуса, фигурировали в особом мнении судьи Конституционного Суда, то привлечение к ответственности за них было бы невозможным.

Особое мнение, таким образом, может освобождать судью от ограничений, связанных с публичным выражением своей позиции, но теоретически открывает достаточный простор для действий, вызывающих сомнение с точки зрения поддержания принципа беспристрастности суда – например, в случае рассмотрения судом дела (или темы), ранее поднятой или освещенной в одном из особых мнений. С законодательной точки зрения может быть целесообразным в

¹⁰⁶См.: Руководство по статье 10 Конвенции, текст на английском языке размещен на официальном сайте ЕСПЧ, URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf (дата обращения: 10.03.2022).

¹⁰⁷См. напр.: Ковлер А.И., Фокин Е.А. Венецианская комиссия и Европейский суд по правам человека: точки соприкосновения // Международное правосудие. 2021. N 2. - с. 81.; пункты 4, 8, 9, 46 доклада Венецианской комиссии о свободе выражения судей (Report on the Freedom of expression of Judges, adopted by the Venice Commission at its 103rd Plenary Session (Venice, 19 - 20 June 2015), документ CDL-AD(2015)018-e. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2015\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2015)018-e) (дата обращения: 10.03.2022)

этом отношении оговорить, что заявление судьей особого мнения не предрешает его позиции в дальнейшем, и не влияет на его беспристрастность, либо напротив, исключить участие судьи в рассмотрении дела, в отношении которого ранее была заявлена его позиция.

Первый подход в определенном смысле реализован в упомянутом ранее регулировании процедуры Федерального Конституционного Суда Германии (отмечено, что академические труды и предыдущее участие в законотворческой деятельности не являются препятствием для участия судьи в рассмотрении дела). Другой подход был *ad hoc* применен в Конституционном Суде Российской Федерации: по словам Г. А. Гаджиева, ему было предложено не участвовать в рассмотрении дела, посвященного вопросу, по которому он ранее высказался в своем мнении¹⁰⁸. Имеющаяся практика межгосударственных судов свидетельствует скорее в пользу второго подхода: в деле «Шварк и Кавник против Словении» (*Švarc and Kavnik v. Slovenia*, жалоба № 75617/01) обоснованность опасения заявителей в нарушении беспристрастности была подтверждена, поскольку в рассмотрении их конституционной жалобы принял участие судья, который до своего назначения подготовил экспертную позицию по просьбе оппонента заявителей в суде общей юрисдикции. От такой экспертной позиции особое мнение судьи, конечно, отличается, однако приходится признать, что буквальное строгое следование принципу беспристрастности может быть применимо и к ранее высказанным судьями особым мнениям. Радикально устранить подобные сомнения можно, видимо, и отказом от закрепления института особого мнения.

Во всяком случае, содержание права на свободу выражения относится к публичному высказыванию, а не к реализации судебной функции непосредственно, и поэтому не включает в себя особые мнения судей.

В отличие от названных позиций, представляется обоснованным рассматривать феномен особых мнений в контексте права судьи на возражение

¹⁰⁸ См.: Гадис Гаджиев: Адвокаты придают судьям легитимность : интервью // Адвокатская газета (сайт органа Федеральной палаты адвокатов). URL: <https://www.advgazeta.ru/intervyu/gadis-gadzhiev-advokaty-pridayut-sudyam-legitimnost/> (дата обращения: 20.04.2022).

при рассмотрении дела в составе коллегии – т. е. как элемент его правового статуса, в частности – дополнительную (факультативную) гарантию независимости судьи по отношению к другим членам судебной коллегии.

Во-первых, сущностным элементом особого мнения судьи (судей) является несогласие с позицией большинства судей. При этом конкретный вид особого мнения (особое или совпадающее мнение) не имеет значения, поскольку при заявлении совпадающего мнения судья высказывает возражения против мотивировки принятого решения, либо заявляет аргументы, которые не были учтены или отражены в основном тексте решения. Подобной точки зрения, по-видимому, придерживался Н.В. Витрук, предложивший в наиболее широком смысле определить особое мнение судьи как официально выраженное судьей мнение, не совпадающее с позицией большинства в части постановляющих выводов решения или их обоснования¹⁰⁹.

С точки зрения законодательного регулирования все виды особых мнений судей нередко регулируются однородно (в том числе в рамках одной нормы). Это особенно хорошо видно на примере законодательства стран, не отграничивающих особое и совпадающее мнение, как это имеет место, например, на Украине (ст. 93 Закона о Конституционном Суде¹¹⁰) и Германии (ст. 30 Закона о Федеральном конституционном суде Германии)¹¹¹. Однако в случае, когда законодательство прямо устанавливает различные виды особых мнений, нередко для них имеется общий термин, отражающий единство их сущности. Так, хотя в Эстонии законом, регламентирующим конституционное судопроизводство, предусмотрены две различные формы выражения особого мнения, сам термин (*eriarvamus*) является общим для существа особого мнения (голоса, отданного против принятия решения) и его формы (представленной в письменном виде аргументированной позиции судьи). В этом отношении стоит согласиться с замечанием Дж. Лаффранк о целесообразности законодательной проработки терминологии для большей

¹⁰⁹См.: Витрук Н.В., Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс: Учеб. пособие. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2010 - С. 436.

¹¹⁰См. текст закона на официальном сайте Конституционного суда Украины, URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/zakon_pro_ccu_04_03_2020.pdf (дата обращения: 10.03.2022)

¹¹¹См. текст закона на официальном сайте ФКС ФРГ: URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BVerfGG.pdf> (дата обращения: 10.03.2022)

определенности и обозначения разницы между возражением судьи, высказанным в ходе рассмотрения дела, и представленным им особым мнением¹¹², но представляется, что отсутствие такой уточняющей терминологии только подтверждает в целом единую природу любого вида особого мнения судьи.

Не всякое несогласие может и должно приводить к заявлению особого мнения. В большинстве случаев, по-видимому, судьи добиваются компромиссного содержания решения, сглаживающего имеющиеся противоречия, либо «смирятся» с мнением большинства. Само заявление особого мнения является в известном смысле экстраординарной ситуацией. Тем не менее, принято выделять два его основных варианта.

Крайний случай, когда судья категорически не согласен с существом вынесенного решения, называется особым мнением (*dissenting opinion* в англоговорящих странах и международных судебных органах, *votum separatum* в странах Восточной Европы, *sondervotum* в Германии, *zdanie odrebne* – в Польше и др.). Заявление такого особого мнения с необходимостью сопровождается несогласием с принятым решением по существу, то есть предполагает голосование против вынесенного решения. Логично предположить, что особое мнение не должно ограничиваться выражением несогласия, а должно содержать юридический анализ, не уступающий основному решению суда. Это предположение не всегда подтверждается практикой, в особенности в международных судебных органах, где выражение особого мнения может потенциально преследовать скрытую цель подтверждения лояльности национального судьи. Как правило, особые мнения построены на возражении аргументам, приведенным в основном решении, однако возможны варианты независимого собственного анализа. Необходимо помнить и о том, что перед судом может стоять несколько вопросов, с ответами на ряд из которых судья может быть согласен.

¹¹²См.: Laffranque J. Dissenting opinion and judicial independence // *Juridica international*. 2003. Vol. VIII. – P. 167.

Иная форма несогласия – «мягкая», когда судья полагает неудачными приведенные аргументы, либо разрешение процессуальных вопросов, однако не имеет возражений против сути основного решения. Такая форма называется «мнением» судьи (*concurring opinion* – в англоязычных странах, в которых известно разграничение на «мнение» и «особое мнение»), при этом аналогичные термины достаточно редко встречаются в судопроизводстве других стран, поскольку соответствующее различие зачастую носит теоретический, а не законодательный характер). Представляется, что в этом случае у судьи есть больше свободы с точки зрения как содержания мнения, содержания, так и детальности аргументации.

Поскольку в основе мнения или особого мнения, как правило, лежит несогласие с позицией большинства в части аргументации или выводов, нет необходимости в строгом терминологическом различении особого мнения и мнения судьи. Отсутствие принципиальной разницы в этом отношении хорошо видно на примере отсутствия единообразия наименования мнений (особых мнений) судей Конституционного Суда Российской Федерации, представленных к определениям Суда. Другой пример из области межгосударственного судопроизводства: практика Европейского суда по правам человека демонстрирует многообразие наименований особых мнений, включая «частично особые», «частично совпадающие и частично особые», «совместные частично совпадающие и частично особые», и даже просто «заявления» или «декларации».

Между тем, по меньшей мере применительно к Конституционному Суду Российской Федерации анализ содержания особых мнений судей позволяет выделить некоторые их разновидности в зависимости от направленности аргументации судьи (или, условно, от цели судьи при заявлении особого мнения).

Основная часть особых мнений, следуя за нормативным регулированием Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» акцентируют внимание на полемике с аргументацией или выводами решения, за которое проголосовало большинство судей. Среди многочисленных примеров такого рода особых мнений можно назвать особое мнение

В. Д. Зорькина к Постановлению от 4 марта 1997 года № 4-П, в котором кратко отражается логика решения большинства, а затем прямо заявляется несогласие с выводами основного постановления. Другой пример – позиция о необходимости принять принципиально иное решение (определение о прекращении производства), которую высказал В. Г. Ярославцев в особом мнении к Постановлению от 19 января 2017 года № 1-П. Второй абзац указанного особого утверждает, что по мнению судьи дело подлежало прекращению ввиду недопустимости запроса Минюста России. Такое содержание полностью соответствует определению особого мнения судьи как способа выражения несогласия с решением большинства.

Однако при заявлении указанного несогласия с выводами или аргументацией суда, судья может также обратиться к законодателю или правоприменительным органам, акцентируя внимание на возможных способах совершенствования национального права (даже в том числе случае, если он поддерживает вывод о конституционности оспоренного положения). Данный вариант особого мнения предлагается именовать *рекомендательным*. Ярким примером является мнение Н. С. Бондаря к Определению от 24 октября 2019 года № 2955-О. Судья прямо указывает, на изложение «некоторых соображений, направленных не на выражение несогласия, а дополняющих Определение аргументами, которые <...> будут полезны для совершенствования федерального и регионального правового регулирования <...>». Это утверждение, тем не менее, не препятствовало судье в заключение выразить несогласие с Определением и сделать вывод о наличии оснований принять дело к рассмотрению. Другой примечательный пример – мнение К. В. Арановского к упомянутому ранее Постановлению от 19 января 2017 года № 1-П. Как и В. Г. Ярославцев, судья полагает запрос Минюста России недопустимым, однако содержание его мнения посвящено, прежде всего, обоснованию возможности для государственных органов, ответственных за исполнение постановления ЕСПЧ по делу «Юкос», не считать это постановления обязательным для Российской Федерации. При этом первая часть мнения полемизирует с аргументами заявителя, а вторая посвящена

международно-правовому анализу решения ЕСПЧ. Хотя судья приходит к иным выводам, чем большинство в рассматриваемом деле, акцент в его рассуждениях сделан на возможных действиях Российской Федерации и их правовых основаниях, а также анализе не вполне обоснованных действий ЕСПЧ.

Наконец, не исключается возможность выделить еще одну небольшую группу особых мнений судьи Конституционного Суда Российской Федерации, выполняющих функцию, охарактеризованную М. И. Клеандровым как «расширение объема содержательной информации по делу», т.е. преследующих цель не столько возразить или представить руководство к действию, сколько заявить позицию. Подобные особые мнения можно было бы именовать *декларативными*. В качестве иллюстрации такого рода особого мнения можно привести мнения К. В. Арановского, заявленные по поводу Постановления от 17 января 2019 года № 4-П (критическое по отношению к позиции представителей стороны, принявшей и подписавшей оспариваемый акт, но весьма сдержанно фиксирующее возражения против аргументации в постановлении Конституционного Суда, притом что альтернативные рассуждения приводят судью к тем же выводам) и Постановления от 10 декабря 2019 года № 39-П (дополняющее выводы КС РФ рассуждением о корректности признания Российской Федерации правопреемником СССР и добровольном принятии на себя Россией долга реабилитации жертв политических репрессий).

С точки зрения последствий заявления особого мнения нельзя исключать, что в отдельных случаях особое мнение может получить воплощение в реальности: послужить источником реформирования законодательства и правоприменительной практики¹¹³. Условно такие особые мнения можно назвать *влиятельными*. Это единичные случаи даже для англо-саксонской правовой семьи, где феномен «канонических» особых мнений был подробно изучен¹¹⁴. Для российской практики едва ли не единственный такой случай приводит Г. А. Гаджиев, описывая непростой путь позиции, представленной им в мнении к

¹¹³См.: Ултургашев П.Ю. Значение особых мнений и мнений судей конституционных судов: сравнительно-правовой аспект // Российское правосудие. – 2012 – № 8(76). – С. 27-31.

¹¹⁴Более подробно об этом см. параграф 2.1.

Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 27 февраля 2009 года № 4-П, к отражению в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2012 года № 15-П и, наконец, к «пусть не самым лучшим» изменениям в Гражданский процессуальный кодекс¹¹⁵. Можно предположить также, что реакция законодателя на Определение Конституционного Суда от 17 января 2012 года № 174-О-О в виде закрепления механизмов предоставления сторонам доступа к особым мнениям в судах общей юрисдикции, также отчасти опиралась на особые мнения (мнения) к указанному Определению. Сложность установления связи между высказанным судьей особым мнением и последующим развитием практики и законодательства в Российской Федерации обусловлена тем, что ни суды, ни законодатель не указывают на особое мнение как на источник тех или иных изменений. Однако нет сомнений в том, что такое особое мнение являлось, по крайней мере, одним из факторов (наряду, например, с постановлением ЕСПЧ, предметно рассматривавшим ту же правовую сферу), повлиявших на совершенствование законодательстве.

Предлагаемая типология в значительной мере условна, поскольку, как отмечено, сущностью особого мнения остается несогласие с позицией большинства судей в том или ином отношении.

В то же время случаи, когда судья использует возможность заявить особое мнение не для выражения несогласия с коллегией, а, например, для утверждения политической позиции вне политического процесса, сознательно не учитываются в данной типологии, поскольку они, видимо, должны расцениваться как злоупотребление. В этом отношении Г.А. Гаджиев справедливо отмечал, что публикация особого мнения судьи в средствах массовой информации в отрыве от основного решения суда (и даже до его опубликования) обостряла политическую дискуссию, и наносила ущерб авторитету суда¹¹⁶.

¹¹⁵См.: Гадис Гаджиев: Адвокаты придают судьям легитимность : интервью // Адвокатская газета (сайт органа Федеральной палаты адвокатов). URL: <https://www.advgazeta.ru/intervyu/gadis-gadzhiev-advokaty-pridayut-sudyam-legitimnost/> (дата обращения: 20.04.2022). Тарасов А.С. Трансформация института особого мнения в законодательстве о конституционном судопроизводстве в России // Российский судья. 2021. № 4. - С. 33.

¹¹⁶См.: Гаджиев Г.А. Публикация особого мнения судьи, или история нормы, которая является камертоном судебной реформы в России // Конституционные права и свободы человека и гражданина как высшая ценность демократического, правового государства. Тирасполь. 2005 – с. 33 – 39.

Во-вторых, возможность судьи не согласиться с другими членами коллегии является неотъемлемой частью его статуса, неизбежно, как представляется, проявляющейся при обсуждении проекта того или иного решения. В противном случае сама коллегиальная форма рассмотрения дела оказалась бы лишена смысла. Между тем, коллегиальность применяется для обеспечения справедливости суда, всестороннего изучения дела, предотвращения судебной ошибки, и ассоциируется с рассмотрением наиболее сложных дел, в том числе в рамках конституционного судопроизводства¹¹⁷.

Этот аспект судейской независимости является относительно новым предметом исследования; в литературе отмечается, что он получил широкое распространение в различных аналитических рекомендательных документах в начале текущего тысячелетия¹¹⁸. Он сравнительно кратко был рассмотрен, например, в докладе Венецианской комиссии о независимости судебной системы (часть 1: независимость судей). Доклад, в частности, указывает, что принцип внутренней независимости суда, означает, что независимость каждого конкретного судьи несовместима с подчинением судей в деятельности по принятию решений¹¹⁹. Распространение этого принципа, в первую очередь, на ситуацию неправомерного влияния на судью со стороны лица, обладающего полномочиями или властью (например, председателя суда)¹²⁰, лишь подчеркивает принципиальную важность независимости судьи также и от членов коллегии при рассмотрении дела.

¹¹⁷См. напр.: Cross F.B., Tiller E.H. Understanding Collegiality On The Court // Journal of Constitutional Law. Vol. 10:2, January, 2008 – P. 257 – 271 ; Копарушкина О.В. Коллегиальное рассмотрение некоторых категорий дел в арбитражном суде первой инстанции // Арбитражный и гражданский процесс, 2013, N 11 – С.21 – 26; Алиэксеров М.А. Коллегиальное и единоличное рассмотрение гражданских дел в судах второй инстанции // Арбитражный и гражданский процесс, 2008, N 9; Абдувалиев А.Ф. Проблемы единоличного и коллегиального рассмотрения уголовных дел в суде первой инстанции // Право и политика, 2008, N 5; Райкова Н.С. Вопросы реализации принципов осуществления правосудия в конституционном судопроизводстве // Государственная власть и местное самоуправление, 2009, N 2; Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Г.А. Гаджиева. М. Норма, Инфра-М, 2012 – с. 98.

¹¹⁸См.: Sillen J. The concept of “internal judicial independence” in the case law of the European Court of Human Rights // European Const. Law rev. 15:104-133, 2019.

¹¹⁹См.: Report on the Independence of the Judicial System. Part I: Independence of Judges. Adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12-13 March 2010); URL: <https://rm.coe.int/1680700a63> (дата обращения: 10.03.2022).

¹²⁰См.: Sillen J., указ. соч., p.113.

В самом деле, трудно поверить, что коллегия из более, чем трех судей, каждый из которых является признанным авторитетом в области права и имеет свои устойчивые убеждения, всегда будет приходить к единогласному решению. Единогласие же, по словам Томаса Джефферсона, может привести к ситуации, когда решение принимается «при молчаливом согласии ленивых или робких судей, ловким председателем, который формулирует закон исходя лишь из своих соображений, на основе своих же аргументов». Как справедливо отметил Н.В. Витрук, «вряд ли можно достигнуть хотя бы внешнего «единомыслия» по таким острым в политическом отношении вопросам, как реституция частной собственности, запрет коммунистических партий и т. п. в постсоветский период, о чем свидетельствует и практика Конституционного Суда РСФСР на первом этапе его деятельности в 1991–1993 гг.»¹²¹.

Отмечается, что предлагаемый подход соотносится с встречающейся в литературе позицией о возможности рассматривать особое мнение как одну из гарантий независимости судьи¹²². Аналогичная оценка встречается и в практике. Так, в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 17 января 2012 года № 174-О-О указано, что по смыслу уголовно-процессуального закона право судьи на особое мнение выступает процессуальной гарантией принципа его независимости, закрепленного в статье 120 (часть 1) Конституции Российской Федерации. Несмотря на значимые отличия особых мнений судей в конституционном судопроизводстве, обусловленные в том числе характером вопросов, подлежащих рассмотрению, коллегиальностью как распространенным

¹²¹См.: Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс: Учеб. пособие. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2010. – с.436.

¹²²Rafaelli R. Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States: Study, European Union – 2012; Дриго Е.В. Институт особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации: регулирование и практика применения // Сравнительное конституционное обозрение - № 3 (112) 2016; Сейдалина Ж.К. Правовое суждение меньшинства при коллегиальном принятии решения судом: вопросы и перспективы // https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34935913&pos=5;-106#pos=5;-106 (дата обращения: 10.03.2022); Матусевич А.Н. Особое мнение судьи в странах с романо-германской правовой системой, науч. рук. Т.М. Пехота // Национальная экономика Республики Беларусь: проблемы и перспективы развития: материалы XI Международной научно-практической конференции студентов, Минск, 6-13 апреля 2018 года; М-во образования Респ. Беларусь, Белорусский гос. экон. ун-т. Минск: БГЭУ, 2018; Фролов И.С. Особое мнение судьи как одна из гарантий независимости судей и их равенства при постановлении приговора: проблемы и перспективы // Сибирские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения. 2017. №2 (16). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/osoboe-mnenie-sudi-kak-odna-iz-garantiy-nezavisimosti-sudey-i-ih-ravenstva-pri-postanovlenii-prigovora-problemy-i-perspektivy> (дата обращения: 10.03.2022).

принципом конституционного судопроизводства, а также отсутствием вышестоящего по отношению к конституционному суду, аспект поддержания независимости судьи в составе коллегии путем возможности заявить особое мнение представляется аналогичным в общих и конституционных судах.

В-третьих, существенным признаком феномена особого мнения является его факультативность. Хотя немало государств отказались от закрепления возможности судьи заявить особое мнение, маловероятно, чтобы в государствах, отказавшихся от особых мнений в судах общей и конституционной юрисдикции, коллегия судей во всех случаях без обсуждения придерживалась единой позиции, или по умолчанию предполагалось несоблюдение принципа независимости суда. Следовательно, возможность заявить особое мнение не стоит, по-видимому, рассматривать как самостоятельную гарантию независимости судьи или суда. Свободное усмотрение государств в вопросе о закреплении института особого мнения подчеркивает и Венецианская комиссия¹²³.

Такого же рода факультативность была отмечена ранее применительно к возможности (а не обязанности) несогласного судьи заявить особое мнение. Это справедливо и в отношении фиксации особого мнения судьи (которое может принимать вид самостоятельного документа, а может, например, лишь фиксироваться в протоколе совещания). Интересно, что факультативный характер особого мнения судьи сопутствует этому явлению вне зависимости от того, с какой точки зрения рассматривается это явление: например, Н.В. Витрук предполагал, что заявление судьей особого мнения является факультативной «подстадией» стадии принятия решения Конституционного Суда, его опубликования и вступления в силу¹²⁴.

С точки зрения факультативного характера особого мнения, небезынтересно сопоставить факт наличия или отсутствия в различных правовых системах соответствующей возможности данного права с порядком принятия решений органом конституционного контроля. Ясно, что право на

¹²³См: Заключение Венецианской комиссии № 932/2018, Р.60.

¹²⁴См.: Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс: Учеб. пособие. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2010. – С. 345, 436

особое мнение может быть предоставлено судьям, если решение суда принимается большинством голосов. Вопрос в том, считают ли зарубежное законодательство или процессуальные правила международных судебных органов необходимым сопровождать отсутствие права на особое мнение дополнительными (альтернативными) гарантиями независимости судьи в рамках коллегии. Умозрительно в качестве таких правил можно представить, например, обязательное вынесение решения единогласно (т.е. право вето несогласного судьи), как это имеет место при принятии Европейским Судом по правам человека (ЕСПЧ) решений в составе Комитета из трех судей: при наличии возражения хотя бы одного судьи дело должно быть передано на рассмотрение Палаты. Другой возможный способ – обусловить такой запрет специальным порядком принятия решения, например, установить правило о тайном голосовании судей, как это имеет место в Болгарии при рассмотрении вопроса о лишении судьи неприкосновенности (см. ниже).

Однако анализ зарубежного законодательства показывает, что отсутствие права заявить особое мнение не предполагает подобных «альтернативных» процессуальных гарантий.

В континентальных правовых системах индивидуальные позиции судей нередко остаются неизвестными для общественности. Как будет показано в главе II, это можно назвать общей чертой романо-германского права и отчасти обусловлено первоначальным назначением института особого мнения в общих судах как инструментального, доступного лишь вышестоящему суду. Нередко особое мнение судьи, хотя и заявленное, остается, тем не менее, недоступным для сторон и публики. В Ирландии и России в настоящее время доступ к особым мнениям судей, представленным в рамках конституционного судопроизводства (и даже сведения об их наличии) отсутствует. В Узбекистане особое мнение судьи Конституционного Суда приобщается к материалам дела в закрытом конверте. В Италии нарушение тайны совещательной комнаты является преступлением, и

законодательство не оставляет судьям возможности публично заявить особое мнение¹²⁵.

Ст. 217 Кодекса организации и гражданского процесса Мальты (регулирующего в том числе судопроизводство в Конституционном суде) устанавливает, что все решения принимаются большинством голосов и считаются решением суда в целом, при этом право судьи высказать особое мнение не закреплено. Аналогичным образом регулируется принятие решений в конституционных судах Австрии, Италии (где Уголовным кодексом и вовсе предусмотрено наказание за ненадлежащее опубликование имен судей и их позиции при голосовании по уголовному делу), Бельгии, Люксембурга, Лихтенштейна. Присяга члена французского Конституционного совета включает положение о сохранении тайны совещания и итогов голосования, этот принцип не знает исключений, что обуславливает и отказ от особых мнений во французской судебной системе в целом. Закон о Конституционном трибунале Андорры квалифицирует нарушение тайны совещания или публичную критику либо несогласие с решением суда в качестве «серьезного нарушения» наравне с уклонением от обязанности мотивировать принятое решение; решения при этом принимаются большинством голосов. Редкий пример взаимосвязи между отказом от особого мнения и особенностями регулирования конкретных видов конституционного судопроизводства демонстрирует законодательство Болгарии. Специально предусмотрены два случая, когда особые мнения запрещены, что прямо обусловлено особенностями реализации конкретных полномочий Конституционного суда: при решении вопроса о лишении судьи неприкосновенности и об импичменте Президента голосование судей является тайным.

Таким образом, факультативный характер рассматриваемого института подтверждается и тем, что его отсутствие (или даже запрет) в зарубежных правовых системах не сопровождается установлением специальных (замещающих

¹²⁵См.: Safta M. The Role Of Dissenting And Concurring Opinions In The Constitutional Jurisdiction // Perspectives of Law and Public Administration. Societatea de Stiinte Juridice si Administrative (Society of Juridical and Administrative Sciences) vol. 5(1) November. 2016 – p.210; Rafaelli R.– op. cit, P.18-19.

по характеру) гарантий. Обсуждение в совещательной комнате естественным образом оставляет достаточно возможностей для выражения несогласия, в том числе и при наличии строгого запрета на разглашение тайны совещания. Необходимости закреплять специальное право высказать особое мнение в таком случае не возникает. Это указывает на относительную самостоятельность данного института, т. е. в общем случае он может быть достаточно безболезненно закреплён в правовой системе, или наоборот изъят из нее.

Изложенное позволяет уточнить ранее выдвинутые предположения о правовой природе особого мнения судьи.

Так, особое мнение судьи может рассматриваться как индивидуальная правовая позиция лишь постольку, поскольку такая позиция судьи может быть отражена в его особом мнении (т. е. в *конкретном документе*).

Точка зрения, согласно которой возможность заявить особое мнение является *субъективным правом* судьи (и соответственно особое мнение представляет собой *форму реализации* этого права), представляется заслуживающей внимания постольку, поскольку заявление особого мнения в общем случае не является для судьи обязательным (хотя в литературе высказаны другие точки зрения).

Синтезируя эти точки зрения, представляется наиболее корректным определять юридическую природу института особого мнения судьи как *факультативную гарантию независимости судьи, участвующего в коллегиальном рассмотрении дела, от своих коллег*.

Рассматриваемый институт является производным от общеправового принципа независимости судьи, однако затрагивает достаточно специфический ее аспект – индивидуальную независимость судьи, участвующего в коллегии. При этом различные виды особого мнения (включая т. н. совпадающие мнения) объединяет их существо – выражение несогласия с мнением большинства. В то же время следует признать, что выражение такого несогласия в ходе совещания по делу (при обсуждении итогового решения) является неотъемлемым правом судьи вне зависимости от закрепления в законодательстве института особого мнения.

Хотя особое мнение судьи непосредственно не порождает каких-либо правовых последствий, в общих судах оно имеет достаточно определенную функцию – оказать то или иное влияние на рассмотрение дела в вышестоящей инстанции. В отличие от этого в органах конституционной юстиции, высших судах или судах, где отсутствует вышестоящая инстанция, особое мнение обращено к публике, будущим поколениям судей или будущему составу этого суда, при этом затруднительно предвидеть или предсказать отдаленные последствия заявления особого мнения в этом случае. В этом случае в полной мере реализуется потенциал особого мнения как процессуально зафиксированного способа преодоления пределов судебского усмотрения.

Сравнительно-правовой анализ показывает, что закрепление института особого мнения судьи в той или иной правовой системе является факультативным. Отсутствие этого института в общем случае не дает оснований для выработки каких-либо «компенсирующих» механизмов, дополнительно гарантирующих независимость судьи в составе коллегии. Эта независимость в любом случае проявляется в ситуациях, недоступных стороннему наблюдателю, т. е. при обсуждении дела в совещательной комнате.

Изложенное указывает также на относительную изолированность института особого мнения в рамках процессуального законодательства. Следовательно, теоретически возможно закрепление или изъятие этого института в той или иной правовой системе без существенных последствий с точки зрения противоречивости регулирования.

1.3. Структура права судьи на особое мнение

Центральным элементом института особого мнения судьи является его возможность заявить особое мнение. Как отмечено ранее, этот элемент рассматриваемого института обоснованно можно рассматривать как право на особое мнение. В свою очередь, данное право может рассматриваться как включающее два аспекта: 1) закрепление права судьи заявить особое мнение (*материальный аспект* особого мнения судьи, определяющий само существо,

факт наличия соответствующего права судьи) и 2) регламентация порядка и условий доступа к текстам этих особых мнений (*процессуальный аспект* особого мнения судьи, характеризующий «внешние» проявления реализации соответствующего права судьи)¹²⁶.

Хотя данное разделение является условным, оно достаточно ярко проявляется при регулировании института особого мнения.

Так, в действующем российском законодательстве право судьи Конституционного Суда заявить особое мнение установлено ст. 76 ФКЗ о Конституционном Суде Согласно названным нормам:

- судья Конституционного Суда, не согласный с решением Конституционного Суда, вправе письменно изложить свое особое мнение;

- судья Конституционного Суда, голосовавший за принятое постановление или заключение по существу рассматриваемого вопроса, но оставшийся в меньшинстве при голосовании по какому-либо другому вопросу или по мотивировке принятого решения, вправе письменно изложить свое мнение о несогласии с большинством судей.

Две последующих части указанной статьи регламентируют процессуальный аспект особого мнения:

- особое мнение или мнение судьи приобщается к протоколу заседания Конституционного Суда Российской Федерации и хранится вместе с ним;

- судья Конституционного Суда Российской Федерации не вправе обнародовать особое мнение или мнение в какой-либо форме или публично на него ссылаться.

Таким образом, в данном случае два аспекта особого мнения разделены в рамках частей одной статьи.

Пункт 2 статьи 30 Закона о Федеральном конституционном суде ФРГ указывает: «Если судья выражает отличающееся мнения относительно решения

¹²⁶См.: Сергеев С.Л., Ултургашев П.Ю. Институт особого мнения конституционного судьи в российском и зарубежных правовых порядках // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. – 2021 – № 6 – С. 29 и далее.

или его мотивировки во время обсуждений, он или она может представить свою позицию в особом мнении; особое мнение прилагается к решению...»¹²⁷.

В приведенном примере аспекты права судьи на особое мнение также фактически разделены, хотя и только знаком препинания.

Статья 17 Закона Азербайджанской Республики от 23 декабря 2003 года № 561-ПQ «О Конституционном суде»¹²⁸ относит к правам судьи Конституционного суда «оставаться при особом мнении, если он не согласен с описательно-мотивировочной или резолютивной частью решения Конституционного суда» (пункт 17.0.7.) Кроме того, статья 64 устанавливает право судьи составить особое мнение в письменной форме (пункт 64.1), а также правило о его опубликовании вместе с решением Конституционного суда (пункт 64.2).

Несколько иное регулирование имеет место в государствах, где принята децентрализованная модель конституционного контроля.

Например, в Норвегии статья 19–3 Закона «О посредничестве и судебном разбирательстве в гражданских спорах» указывает на необходимость отдельного голосования каждого судьи по каждому требованию, правовому или процессуальному вопросу (подразумевая тем самым возможность несогласия). Статья 19–6, регламентирующая содержание решения, уточняет необходимость указания на распределение голосов, а также того, к каким пунктам относится несогласие¹²⁹. Венецианская комиссия указывает, что особые мнения объявляются и разъясняются открыто¹³⁰. Сведения об особых мнениях приводятся в ежегодных отчетах и статистике Верховного суда¹³¹.

¹²⁷Текст закона на английском языке: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bverfgg/englisch_bverfgg.html#p0166 (дата обращения: 10.03.2022).

¹²⁸См.: Сборник Законодательства Азербайджанской Республики, 31-01-2004, № 01, ст. 9; актуальный текст на азербайджанском языке в базе данных Министерства юстиции Азербайджанской республики, URL: <http://www.e-qanun.az/framework/5404> (дата обращения: 10.03.2022).

¹²⁹См.: Закон на норвежском языке в базе данных законодательства Норвегии, URL: https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-06-17-90/KAPITTEL_4-9#KAPITTEL_4-9 (дата обращения: 10.03.2022).

¹³⁰См.: Заключение Венецианской комиссии № 932/2018, Р. 116; Lindblom P.H. The role of the Supreme courts on Scandinavia. // Stockholm institute for Scandinavian law URL: <https://scandinavianlaw.se/pdf/39-15.pdf> (дата обращения 10.03.2022) – Р. 365.

¹³¹См.: сайт Верховного суда Королевства Норвегия, URL: <https://www.domstol.no/en/enkelt-domstol/supremecourt/annual-report/2021/> (дата обращения 10.03.2022); URL:

Свод законов США не содержит правила, устанавливающего материальный аспект особого мнения, однако статья 552 устанавливает общую обязанность государственных органов опубликовывать сведения о принятых решениях, разрешении споров, в том числе особых мнениях¹³².

Другая часть регулирования материального аспекта особого мнения судьи конституционного суда касается его содержания. Параграф 59 Регламента Конституционного Суда устанавливает в этом отношении следующие правила:

- в особом мнении или мнении судьи по постановлению или заключению не должны высказываться суждения и оценки, не относящиеся непосредственно к вопросу о конституционности или неконституционности объекта конституционного контроля или к мотивировке таковой;

- в особом мнении или мнении судьи по определению не должны высказываться суждения и оценки, не относящиеся непосредственно к вопросу о наличии или отсутствии оснований для принятия обращения к рассмотрению.

ФКЗ о КС устанавливает, что право судьи заявить мнение (а не особое мнение) ограничено лишь случаем несогласия с постановлением или заключением суда. Таким образом, в связи с определением формально может быть заявлено лишь особое мнение. Возражая против вывода определения об отказе в принятии к рассмотрению жалобы (ходатайства, запроса), судья выражает несогласие с итогом ее изучения – хотя по жалобе и не принято итоговое решение. На практике соответствующие индивидуальные правовые позиции судей могли именоваться и «мнениями», и «особыми мнениями».

Стоит отметить, что ранее содержание особого мнения (мнения) к определению Конституционного Суда не регулировалось отдельно¹³³. При этом представление мнений в отношении определений Конституционного Суда,

https://www.domstol.no/contentassets/73ae7146b4094aa7a55cf4ec915deb2d/hoyesterett_statistikk_2020.pdf (дата обращения 10.03.2022).

¹³²См.: 5 USC 552, URL: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title5-section552&num=0&edition=prelim> (дата обращения 10.03.2022).

¹³³ Редакция Регламента Конституционного Суда, утв. его решением от 24 января 2011 г. (в рассматриваемой части действовала до 28 января 2021 г.) предусматривала, что особое мнение (мнение) к любому решению Суда не должно выходить за рамки вопроса о конституционности оспариваемой нормы. В Регламенте Конституционного Суда, принятом 1 марта 1995 г., регламентация содержания особого мнения судьи вовсе отсутствовала.

поддерживавших итоговый вывод об отказе в принятии жалобы к рассмотрению, но приводивших иную аргументацию для этого вывода, имело место: около четверти заявленных судьями Конституционного Суда особых мнений и мнений касаются именно определений. Например, в мнении к Определению от 15 сентября 2016 г. № 1742-О судья Г.А. Гаджиев отметил, что проголосовал в пользу отказа в рассмотрении жалобы по существу, но полагает, что «неопределенность оспариваемых в запросе норм может быть устранена на основе учета релевантных правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации и системного толкования отраслевых норм и конституционных принципов избирательного права». В мнении к Определению от 14 января 2016 г. № 135-О судья С.М. Казанцев пришел к выводу об отсутствии неопределенности в оспоренных положениях, в то время как в основном тексте Определения был сделан вывод о том, что оспоренное положение не может рассматриваться как нарушающее конституционное право гражданина. Указанные определения, стоит отметить, в сущности, имели характер «квазипозитивных»¹³⁴, т. е. обращались к развернутому анализу норм действующего законодательства (хотя в конечном счете и приходили к выводу об отсутствии необходимости вынесения постановления Конституционного Суда Российской Федерации).

При этом сама идея установления требований к особым мнениям судей с точки зрения их содержания не является новой или противоречащей существу права судьи на особое мнение. Так, исследование Венецианской комиссии 2018 г., посвященное особым мнениям судей конституционных судов, указывает: «легитимность судебного решения может быть обеспечена только таким особым мнением, которое остается верным суду и его институциональной роли»¹³⁵. Особое мнение, таким образом, должно демонстрировать правовую дискуссию равных собеседников (судей) и не допускать в том числе неуважительных или выходящих за ее пределы суждений. Венецианская комиссия рекомендовала поэтому отражать в кодексе судейской этики определенные правила, касающиеся

¹³⁴См.: Сивицкий В.А. О динамике типологии решений Конституционного Суда Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. №2. – с. 53-56. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-dinamike-tipologii-resheniy-konstitutsionnogo-suda-rossiyskoy-federatsii> (дата обращения: 17.02.2022).

¹³⁵ Заключение Венецианской комиссии № 932/2018, P.40.

содержания особых мнений, но не вторгающиеся при этом в их существо. Вне зависимости от наличия таких нормативных положений Венецианская комиссия указывает на недопустимость применения санкции (в виде отказа в опубликовании особого мнения) в случае их нарушения.

Эта рекомендация, как представляется, может быть реализована и вне кодексов судейской этики, как это имеет место в Российской Федерации – путем закрепления соответствующих правил в Регламенте Конституционного Суда Российской Федерации.

Вместе с тем подробное регулирование содержания особого мнения судьи органа конституционного контроля не является распространенным явлением¹³⁶. Например, регламент Конституционного суда Венгрии ограничивается лишь кратким указанием на то, что содержание особого мнения (мнения) не должно выходить за пределы содержания решения Конституционного суда¹³⁷. Особое мнение (мнение) судьи имеет целью в первую очередь оспаривание аргументов решения большинства, а значит такого рода правила, относящиеся к его содержанию, в общем случае не являются ограничением возможности заявить особое мнение. Это косвенно подтверждается, например, отсутствием в ФКЗ о КС и Регламенте Конституционного Суда положений о мерах реагирования на нарушение требований к содержанию особого мнения судьи, что также иллюстрирует гарантийный характер института особого мнения судьи: несмотря на теоретическую возможность злоупотребления, право судьи возразить коллегам не отягощено возможностью применения каких-либо санкций (в противном случае можно было бы говорить о неправомерном влиянии на судью).

Однако большинство изученных регламентов, законов о конституционном судопроизводстве или кодексов судейской этики не содержат и такого краткого указания, ограничиваясь лишь общим требованием о проявлении уважения, терпения и толерантности к сторонам¹³⁸. Это относится в том числе к упомянутым

¹³⁶ Заключение Венецианской комиссии № 932/2018, P.42.

¹³⁷ Пункт 4 ст. 59 Регламента Конституционного суда Венгрии. Текст размещен на официальном сайте Конституционного суда: URL: <http://hunconcourt.hu/rules-of-procedure> (дата обращения: 10.03.2022).

¹³⁸ См. напр.: п. 4.3 Руководства по судейской этике Верховного суда Соединенного королевства: «In Court, the Justices will seek to be courteous, patient, tolerant and punctual and to respect the dignity of all» (В суде судьи

ранее документам, относящимся к деятельности верховных судов США, Соединенного Королевства и Норвегии, Конституционного суда Азербайджана (его регламент лишь устанавливает срок представления особого мнения), Германии и др. При этом анализ текстов особых мнений судей¹³⁹ показывает, что несмотря на более свободный стиль изложения, чем основное решение суда, они остаются в достаточной степени формализованными, в том числе нередко используют «ритуальные» или «шаблонные» формулировки в части декларирования несогласия¹⁴⁰. Однако это следует не из специальных требований к оформлению особых мнений, а естественным образом вытекает из стилистики судебных решений, что только подтверждается исключениями из общего правила уважительной формулировки несогласия¹⁴¹. Следует в этом отношении отметить также, что стиль изложения особых мнений судей конституционных судов континентальных правовых систем меняется достаточно динамично. Помимо очевидно личного характера особого мнения (значимо отличающегося от безличных формулировок основного решения суда), особые мнения нередко приводят ссылки на научные труды или анализируют теоретические концепции¹⁴².

Так, Конституционный Суд Российской Федерации не артикулирует использование пропорционального анализа при рассмотрении дел (хотя

стремятся проявлять вежливость, терпение, терпимость и пунктуальность, и уважать достоинство всех). URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/guide-to-judicial-conduct.pdf> (дата обращения: 10.03.2022).

¹³⁹ Некоторые переводы особых мнений судей размещены в базе данных Венецианской комиссии (URL: <http://www.codices.coe.int/>), другие - в сборниках текстов решений судов (в переводе на англ. яз.), напр.: Constitutional Court decisions 2005-2008, the Constitutional Court of the Republic of Korea (URL: <https://library.court.go.kr/pyxis-api/attachments/BULLETIN/79471327-61c6-410e-973b-b36db989ea15>) (дата обращения: 01.09.2021).

¹⁴⁰ См. о сравнительном анализе текстов особых мнений Верховного суда США и Конституционного трибунала Польши лингвистическими методами: Goźdz-Roszkowski S. Communicating Dissent in Judicial Opinions: A Comparative, Genre-Based Analysis // Int'l J. Semiot L. 2020. Vol. 33. – P. 381 – 401.

¹⁴¹ Ср., напр., подчеркнуто уважительное обращение британского судьи Боуэна (Lord Justice Bowen): «К несчастью, мое мнение отличается от позиции судьи Коттона (Lord Justice Cotton), и я представляю свое особое мнение, глубоко осознавая возможность его [судьи Коттона] правоты» (особое мнение по делу *Haseldine* (1886), 31 Ch. D. 511, 517) – цит. по *Adler v. University Boat Mart, Inc.*, 63 Wn.2d 334 (1963)); индийского судьи Венкатачалиа (Venkatachaliah): «Я с уважением и волнением проанализировал позицию, получившую поддержку большинства моих братьев. При всем уважении я с огорчением должен отказать себе в чести согласиться с их позицией в отношении как самой проблемы [стоявшей перед судом], так и решения, которое показалось им приемлемым» (дело *A.R. Antulay v. R.S. Nayak & Anr rd-sc* 123 (29 April 1988)); и резко критическое выступление американского судьи Винсона (C.J. Vinson): «... применение правила, впервые поддержанного Судом сегодня, ожидаемо приведет к возникновению глубочайших противоречий в области, которая уже ими изобилует» (дело *Trupiano v. United States*, 334 U.S. 699 (1948)).

¹⁴² См. напр.: Карпенко К.В. Особое мнение в конституционном правосудии и развитие юридической науки // Вестник Тюменского государственного университета. Социально-экономические и правовые исследования. 2021. – Т.7, № 4(28). – С. 174.

фактически и осуществляет анализ соразмерности ограничений прав, введенных оспоренным регулированием). Между тем стадии такого анализа подробно описывает Г. А. Гаджиев в мнении к Постановлению от 15 февраля 2016 года № 3-П. В результате некоторые особые мнения судей российского Конституционного Суда могут напоминать индивидуальные решения судей Верховного Суда США, тем самым в очередной раз подтверждая тенденцию сближения правовых систем.

Интересно отметить, что в самом ВС США (особые мнения в котором стали предметом многочисленных подробных исследований) выработал в этом отношении доктрину «уважительного несогласия»¹⁴³. Исследователи указывают, что стилистически особые мнения судей Верховного Суда США на протяжении первого столетия его существования были пространным текстом, фактически извинявшимся за невозможность присоединиться к мнению большинства¹⁴⁴, что отчасти объяснялось установившимся в этот период правилом консенсуса. Несмотря на фактическое отсутствие регулирования, запрещавшего особые мнения, председатель Д. Маршалл приложил немалые усилия для возможного уменьшения их числа и придания суду «единого голоса». Этот подход притом значимо расходился с традицией британского правосудия – обязанностью каждого судьи заявить свою позицию (*seriatim*). Со временем по мере учащения случаев несогласия судей особые мнения перестали выступать за рамки нормы, и приобрели форму кратких высказываний, констатирующих несогласие. «Уважительное несогласие» появилось как своеобразный промежуточный подход: с 1957 года и избранием председателем суда графа Уоррена Верховный суд демонстрировал готовность к поиску консенсуса, а иногда и единогласие¹⁴⁵. Несогласные же судьи традиционно стали завершать свои особые мнения формулой «I respectfully dissent» - «при всем уважении, я возражаю».

¹⁴³См.: From Consensus To Collegiality: The Origins Of The ‘Respectful’ Dissent. // Harvard Law Review 124, no. 5 (2011): 1305–26, URL: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol124_consensus_to_collegiality.pdf (дата обращения: 10.03.2022).

¹⁴⁴См.: Op.cit.

¹⁴⁵См.: Entrikin L.J. Disrespectful Dissent: Justice Scalia's Regrettable Legacy of Incivility // J. App. Prac. & Process. 2017. Vol. 18. N 201 – p. 217

Отмечается, однако, что эта уважительная формула была существенно подорвана, и, в частности, поведением двух весьма известных судей Антонина Скалии и Рут Бадер Гинзбург.

Имя А. Скалия, как отмечается в литературе, связано с многочисленными критическими особыми мнениями, многие из которых изложены настолько несдержанно, что граничат с оскорблениями (например, в деле об освобождении церковных изданий от налогов штата текст его особого мнения начинался со слов «Как проект по разрушению правосудия сегодняшнее решение впечатляет»¹⁴⁶). Неудивительно поэтому, что его тексты стали объектом критики как в научных работах¹⁴⁷, так и в СМИ¹⁴⁸.

Комментаторы не указывают на подобные оскорбительные выражения со стороны его знаменитой современницы Р.Б. Гинзбург, однако утверждается, что она никогда не использовала формулу «при всем уважении» – и что в Верховном суде США это считается эквивалентом пощечины¹⁴⁹. Ее тексты и подходы при этом анализируются исследователями¹⁵⁰ и журналистами¹⁵¹ с подчеркнутым уважением.

Обращается внимание, что несмотря на значительную разницу в подходах указанных судей и активное обсуждение текстов их особых мнений, в Верховном суде США никогда не возникал вопрос о применении своеобразной цензуры или санкций в отношении соответствующих текстов или их авторов. Обсуждение и критика оставались на страницах научных и популярных изданий. Хотя для Верховного Суда США такой подход к регулированию института особых мнений

¹⁴⁶ «As a judicial demolition project, today's decision is impressive» In: *Tex. Monthly, Inc. v. Bullock*, 489 U.S. 1, 29–30, 33 (1989).

¹⁴⁷ См.: Entrikin L.J. – op. cit.

¹⁴⁸ См.: Auerbach D. R-E-S-P-E-C-T, Find Out What It Means to Scalia // *Lexicon valley*, 26 June 2015. URL: <https://slate.com/human-interest/2015/06/the-surprising-history-of-the-respectful-dissent-at-the-supreme-court.html> (дата обращения: 10.03.2022); Beckwith Ryan Teague The Two Harshes Words Antonin Scalia Used Against Obamacare // *Time*. 25 June 2015. URL: <https://time.com/3935812/supreme-court-antonin-scalia-dissent/> (дата обращения: 10.03.2022); Quick Brenda Jones Whatever Happened to Respectful Dissent? // *ABA Journal* 77, no. 6 (1991): 62–63. URL: <http://www.jstor.org/stable/20761575> (дата обращения: 10.03.2022).

¹⁴⁹ См.: D. Auerbach, op.cit;

¹⁵⁰ См. Tribe L.H. Respecting Dissent: Justice Ginsburg's Critique Of The Troubling Invocation Of Appearance // *Harvard Law Review* 127, no. 1 (2013): 478–80. URL: <http://www.jstor.org/stable/23741413> (дата обращения: 10.03.2022);

¹⁵¹ См. Livni Ephrat "I RESPECTFULLY DISSENT": The art of throwing shade in a SCOTUS dissent // *Quartz*, 20 June 2019. URL: <https://qz.com/1648101/the-art-of-throwing-shade-in-a-scotus-dissent/> (дата обращения: 10.03.2022).

(или, вернее, отсутствию такового) является традиционным, его следует считать своего рода общим местом. Это также соответствует рекомендациям Венецианской комиссии¹⁵².

В то же время отмечается два примечательных случая попытки ввести цензуру особых мнений судей конституционных судов. Так, попытка кратковременного введения ограничения существующего права на особое мнение в увязке с соблюдением требований к его содержанию имел место в регулировании деятельности Конституционного суда Румынии. Исследование Венецианской комиссии упоминает, что в 2017 г. этот суд ввел правило о предварительной проверке особых мнений судей, предполагавшее их направление председателю суда, проверку на предмет «декларативных, претенциозных, провоцирующих или политически ангажированных заявлений». При наличии таковых председатель суда был вправе предложить судье внести изменения в особое мнение, а в случае отказа – не публиковать его. Решение Конституционного суда, установившее данное правило, было, однако, отменено в судебном порядке, и правило о предварительной проверке текста особого мнения было отменено в июле 2018 г.¹⁵³

Другой пример продемонстрировал Уставный суд г. Санкт-Петербурга в 2017 году, отказавшись публиковать особое мнение судьи О. В. Герасиной со ссылкой на то, что этот документ «не является особым мнением» и содержит суждения и оценки, не относящиеся к вопросу уставности спорных норм¹⁵⁴. Эта ситуация остается для российского конституционного правосудия исключительной; она широко освещалась в прессе¹⁵⁵, а несколько юристов пытались оспорить отказ Уставного суда публиковать особое мнение (в принятии к рассмотрению соответствующих заявлений, судя по находящейся в открытом

¹⁵²См.: Заключение Венецианской комиссии № 932/2018, Р. 60.

¹⁵³См.: Заключение Венецианской комиссии № 932/2018, Р.44.

¹⁵⁴См.: А.Пушкарская Уставный суд Петербурга замолчал особое мнение // Коммерсантъ. 27 января 2017 года. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3202170> (дата обращения: 10.03.2022).

¹⁵⁵См.: А.Пушкарская Уставный суд открывают в судебном порядке // Коммерсантъ. 6 мая 2017 года. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3292233> (дата обращения: 10.03.2022).

доступе базе данных судов, было отказано)¹⁵⁶. Примечательно, что в итоге спорное особое мнение было опубликовано, хотя и в средствах массовой информации¹⁵⁷. Процессуальные правила заявления особых мнений в Уставном суде после этой ситуации изменений не претерпели.

Подводя итоги рассмотрению материального аспекта права судьи на особое мнение, необходимо отметить следующее. Этот аспект предполагает саму возможность заявить особое мнение (помимо возможности приводить аргументы в пользу своей точки зрения во время рассмотрения дела). Анализ зарубежной практики показывает, что регулирование данного права может быть различным, от фиксации возможности заявить свою позицию, до установления определенных ограничений или требований к содержанию текста особого мнения. Как видно, установление таких требований по общему правилу не связано с «цензурированием» текста особого мнения; редкие случаи установления правил предварительного согласования текста особого мнения не увенчались успехом, в том числе подвергаясь критике со стороны профессионального сообщества и журналистов. С другой стороны, как будет продемонстрировано далее, бесперспективность регулирования, направленного на индивидуальное согласование текстов особых мнений, не означает невозможности установления общего правила об их недоступности для публики.

Процессуальный аспект права судьи на особое мнение (т. е. возможность и порядок его обнародования и распространения) имеет заметные особенности в судах общей юрисдикции по сравнению с органами конституционного правосудия. В то время как в рамках конституционного судопроизводства особые

¹⁵⁶См.: https://smolninsky--spb.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=r&delo_id=1540005&case_type=0&new=0&G1_PARTS_NAMESS=%EA%F3%F2%EB%EE%E2%F1%EA%E8%E9&g1_case_CASE_NUMBERSS=&g1_case_JUDICIAL_UIDSS=&captcha=87568&capchaid=9td19rddash2524eim1rpcmng07&delo_table=g1_case&g1_case_ENTRY_DATE_ID=&g1_case_ENTRY_DATE2D=&G1_CASE_JUDGE=&g1_case_RESULT_DATE1D=&g1_case_RESULT_DATE2D=&G1_CASE_RESULT=&G1_CASE_BUILDING_ID=&G1_CASE_COURT_STRUCT=&G1_EVENT_EVENT_NAME=&G1_EVENT_EVENT_DATEDD=&G1_PARTS_PARTS_TYPE=&G1_PARTS_INN_STRSS=&G1_PARTS_KPP_STRSS=&G1_PARTS_OGRN_STRSS=&G1_PARTS_OGRNIP_STRSS=&G1_RKN_ACCESS_RESTRICTION_RKN_REASON=&g1_rkn_access_restriction_RKN_RESTRICT_URLSS=&G1_DOCUMENT_PUBL_DATE1D=&G1_DOCUMENT_PUBL_DATE2D=&G1_CASE_VALIDITY_DATE1D=&G1_CASE_VALIDITY_DATE2D=&G1_ORDER_INFO_ORDER_DATE1D=&G1_ORDER_INFO_ORDER_DATE2D=&G1_ORDER_INFO_ORDER_NUMSS=&G1_ORDER_INFO_STATE_ID=&Submit=%CD%E0%E9%F2%E8 (дата обращения: 10.03.2022).

¹⁵⁷См.: URL: https://www.kommersant.ru/issues/corp/2017/01/27/ks_002_16-p_19122016.pdf

мнения зачастую публичны, в судах общей юрисдикции публичная доступность текстов особых мнений нередко заменена возможностью участников процесса (сторон) знакомиться с текстом особого мнения и (или) наличием вышестоящей инстанции, полномочной изучить особое мнение несогласного судьи.

Так, в Российской Федерации право на особое мнение судей судов общей юрисдикции и арбитражных судов регулируется частью 2 статьи 15 Гражданского процессуального кодекса, частью 5 статьи 301 Уголовно-процессуального кодекса; частью 2 статьи 20 Арбитражного процессуального кодекса. Право лица, участвующего в деле, на ознакомление с особым мнением прямо закреплено в части 1 статьи 41 Арбитражного процессуального кодекса. Гражданский и уголовный процессуальные законы в соответствии с Определением от 17 января 2012 года № 174-О-О в 2013 году были дополнены положениями, обеспечивающими возможность ознакомления с особыми мнениями судей сторон, принят Федеральный закон о внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. Данные изменения регулируют порядок ознакомления с особыми мнениями судей, а также уточняют регулирование самого права на особые мнения.

Указанное Определение КС РФ, по всей видимости, вызвало споры в совещательной комнате: четверо судей (Г. А. Гаджиев, Г. А. Жилин, М. И. Клеандров и С. Д. Князев) представили мнения относительно высказанной Конституционным Судом позиции. В данных мнениях подробно рассмотрен вопрос о сущности особых мнений судей, их месте в правовой системе Российской Федерации, а также существующие пробелы в правовом регулировании особых мнений судей.

Г. А. Жилин, С. Д. Князев и М. И. Клеандров, указали также на конституционную обязанность органов государственной власти и их должностных лиц обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом, что может распространяться

(исходя из права на ознакомление с материалами уголовного дела) и на особое мнение судьи.

Г. А. Гаджиев в пространном мнении подробно рассмотрел не только вопрос о праве на ознакомление с особым мнением в рамках уголовного судопроизводства, но указал и на более общую проблематику ознакомления с особыми мнениями судей. Он справедливо отметил, что регулирование особых мнений судей поднимает важные вопросы о балансе конституционных ценностей: о том, как соотносятся принципы независимости суда и судебной демократии; не нарушает ли право на особое мнение судьи тайну совещательной комнаты или тайну судебного разбирательства; что означает тайна судебного разбирательства и каковы ее пределы в соотношении с принципом независимости судей и правом судьи на изложение особого мнения. Г. А. Гаджиев подчеркивает, что проблема ознакомления с особым мнением судьи по уголовному делу лишь на первый взгляд кажется точечной, в действительности поднимая важные конституционные вопросы, связанные с обеспечением независимости суда, правом судебных органов на участие в развитии права и др.

Позиция об обманчивой незначительности, «точечном характере» регулирования доступности особого мнения судьи представляется полностью верной. В рамках настоящей работы продемонстрировано, что особые мнения судей являются достаточно своеобразным институтом, существующим в том или ином виде и со своими особенностями во многих отраслях процессуального права, регламентирующих различные виды судопроизводства. Рассматриваемый институт, несомненно, нуждается в обстоятельном обсуждении, несмотря на его своеобразный (факультативный) характер. Известная неопределенность, сопутствующая этому институту, его факультативный характер, недостаток данных о процессе подготовки и заявления особых мнений судей (в том числе Конституционного Суда Российской Федерации), по-видимому, способствуют тому, что количество исследований соответствующей проблематики сравнительно невелико. Это тем более верно, что в настоящее время затруднительно использование эмпирических методов исследования феномена особых мнений

судей (не в последнюю очередь в свете недавних изменений в ФКЗ о КС РФ). В то же время зарубежная практика свидетельствует о том, что особые мнения судей – хотя и достаточно редко – оказывают серьезное влияние на авторитет судебного органа, способствуют большей прозрачности его деятельности, обнажают дискуссию, имеющую место в суде при рассмотрении сложных, в том числе политических вопросов.

Поэтому можно признать, что развернутое обсуждение рассматриваемого института феномена вряд ли было возможным в рамках указанного конституционного судопроизводства, ограниченного предметом жалобы заявителя. Такое обсуждение, видимо, должно осуществляться в научной литературе, на профессиональных конференциях судей, а также на законодательном уровне при принятии решения о закреплении этого института или отказе от него. К сожалению, в отечественной практике это обсуждение носит скорее закрытый характер, как видно на примере изменений 2020 года в ФКЗ о КС РФ, но также и в случае изменений в процессуальное законодательство, основанных на рассматриваемом Определении Конституционного Суда РФ.

В итоге, применительно к судам общей юрисдикции действующее российское процессуальное законодательство подробно регулирует лишь доступ к особому мнению, заявленному в рамках производства по уголовному делу. Если до 2013 года особое мнение судьи традиционно приобщалось к делу в закрытом конверте; в настоящее время УПК Российской Федерации явным образом открывает возможность ознакомиться с особым мнением судьи участникам уголовного судопроизводства: осужденному, оправданному, их защитникам, законным представителям, прокурору, потерпевшему, его представителю, а также гражданскому ответчику, гражданскому истцу и их представителям. При этом председательствующий судья обязан уведомить стороны о наличии особых мнений при оглашении приговора, а также разъяснить им право ходатайствовать об ознакомлении с данными особыми мнениями. Текст ГПК Российской Федерации в настоящее время указывает лишь, что особое мнение судьи приобщается к принятому решению. Часть 2 статьи 15 ГПК Российской

Федерации предусматривает, что текст особого мнения приобщается к материалам дела, но не оглашается при объявлении принятого по делу решения суда.

Что касается конституционного судопроизводства, то вопрос о регулировании процессуального аспекта права на особое мнение стали объектом пристального внимания исследователей после внесения в Федеральном конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» масштабных изменений, в том числе исключающих возможность обнародования текстов особых мнений¹⁵⁸ Согласно ст. 11, 70, 76 действующей редакции ФКЗ о КС и корреспондирующим положениям п. 59 Регламента Конституционного Суда:

- особое мнение или мнение судьи приобщается к протоколу заседания суда и хранится вместе с ним;

- особое мнение или мнение судьи не предоставляется для ознакомления сторонам, иным участникам процесса при предоставлении для такого ознакомления протокола проведенного Конституционным Судом слушания;

- судья Конституционного Суда не вправе в печатных изданиях, средствах массовой информации, самостоятельно распространяемых текстах, на сайтах (страницах сайтов) в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», в выступлениях перед любой аудиторией, в переписке с органами публичной власти, организациями и гражданами, которые исходя из обстоятельств ее ведения могут ее обнародовать, критиковать в какой бы то ни было форме решения Конституционного Суда;

- судьи и другие лица, присутствовавшие на закрытом совещании, не вправе разглашать содержание дискуссии и результаты голосования, в том числе обнародовать свое несогласие с принятым решением в какой бы то ни было форме.

¹⁵⁸ Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 года № 1-ФКЗ (с изм. внесенными Федеральным конституционным законом от 9 ноября 2020 года № 5-ФКЗ).

Следует отметить, что, по наблюдениям отечественных исследователей, законодатель задолго до внесения рассматриваемых изменений демонстрировал известный скепсис в отношении особых мнений судей¹⁵⁹. Так, А.Н. Верещагин констатировал «наличие ограничительных тенденций»¹⁶⁰ в отношении публикации особых мнений судей Конституционного Суда еще в 2012 г., указывая на исключение нормы об их опубликовании в Вестнике Конституционного Суда РФ¹⁶¹.

Новое регулирование отходит от модели «полной открытости»¹⁶² особых мнений судей, но при этом, вероятно, больше соответствует логике сохранения тайны совещательной комнаты, закрепленной ст. 70 ФКЗ о КС. Это положение в свою очередь также служило предметом достаточно активного обсуждения еще на этапе разработки первоначальной редакции ФКЗ о КС¹⁶³. Как было показано, подобный строгий запрет не является уникальным: достаточное количество зарубежных органов конституционного контроля предпочитают более или менее строго ограничить возможность выражения ввне несогласия с решением большинства.

Однако зарубежное законодательство демонстрирует лишь немногочисленные примеры, когда возможность заявить особое мнение не равна возможности его обнародовать. Так, как указывает Дж. Лаффранк¹⁶⁴, в США все государственные органы (включая суды) обязаны обеспечивать общедоступность

¹⁵⁹ См. напр.: Ултургашев П.Ю. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации: некоторые аспекты регулирования // Журнал конституционного правосудия. – 2011 – № 4 – С. 19-23.

¹⁶⁰ Оговоримся, что несмотря на общее признание скорее символического значения этого ограничения, анализ все же подтверждает некоторое воздействие на распространение текстов особых мнений. Так, хотя на официальном сайте Конституционного Суда Российской Федерации размещены все особые мнения к постановлениям и определениям Суда, в повсеместно используемой справочно-правовой системе «Консультант-Плюс» некоторые особые мнения (мнения) к определениям, представленные за последние несколько лет, отсутствуют (например, мнения Г.А. Гаджиева к Определению от 29 мая 2019 года № 1445-О, мнения Н.С.Бондаря к Определению от 24 октября 2019 года № 2955-О¹⁶⁰, особого мнения Ю.М. Данилова к Определению от 15 марта 2018 года № 594-О, мнения С.Д.Князева к Определению от 14 мая 2018 года № 1113-О).

¹⁶¹ См.: А.Н. Верещагин Особые мнения в Конституционном Суде России. // Как судьи принимают решения. М., 2012. С. 250.

¹⁶² Используется терминология, предложенная А.Н. Верещагиным (см.: *Верещагин А. Особые мнения в российских судах // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 4*).

¹⁶³ См.: О.Н. Кряжкова Под покровом тайны: запрет разглашать результаты голосования в Конституционном Суде Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 10.

¹⁶⁴ См.: J. Laffranque Dissenting opinion and judicial independence // *Juridica international. 2003. Vol. VIII. – P. 165.*

своих решений и особых мнений в электронном виде¹⁶⁵. В Чешской Республике особые мнения публикуются наряду с основными решениями и считаются их частью¹⁶⁶. В судах Швейцарии возражения судей, могут быть заявлены только в устной форме во время обсуждения решения в совещательной комнате¹⁶⁷. Специальных положений об особых мнениях судей не предусмотрено¹⁶⁸.

Ст. 26 Конституции Ирландии касается полномочия Верховного суда осуществить предварительный конституционный контроль закона после его одобрения парламентом, но до подписания президентом: «решение большинства судей Верховного суда в целях настоящей статьи считается решением суда ... никакое другое мнение, совпадающее или особое, не провозглашается, и существование таких мнений не раскрывается»¹⁶⁹. Это регулирование предполагает обычную процедуру принятия решения, исключая лишь возможность провозгласить особое мнение (т. е. заявить его публично), при этом само право судей заявить такое мнение не ограничивается.

Конституционный Закон Республики Узбекистан от 27 апреля 2021 года № ЗРУ-687 «О Конституционном суде Республики Узбекистан» в статье 69¹⁷⁰ устанавливает, что судья Конституционного суда Республики Узбекистан, не согласный с принятым решением, обязан его подписать, но имеет право изложить особое мнение в письменной форме, которое приобщается к делу в закрытом конверте. Участников судопроизводства с особым мнением судьи не знакомят. Судьи Конституционного суда не вправе сообщать кому бы то ни было сведения о

¹⁶⁵См.: 5 USC 552 (часть (2)) URL: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=dissent&f=treesort&fq=true&num=0&hl=true&edition=prelim&granuleId=USC-prelim-title5-section552>

¹⁶⁶ См.: J. Filip Disent a konkurence v judikatuře Ústavního soudu ČR // Zjednocovanie a vývoj judikatúry ústavných súdov : zborník konferencie, 25.-27. oktobra [2000] Levoča. Košice: Ústavný súd Slovenskej republiky, 2000 – P. 36.

¹⁶⁷ Пункт 44 Регламента Федерального суда от 20 ноября 2006 № 173.110.131 // PO 2006 5635, URL: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/834/fr>;

¹⁶⁸ Статья 21 Закона от 17 июня 2005 года № 173.110 «О Федеральном суде» // RO 2006 1205, URL: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/218/fr>

¹⁶⁹ Текст Конституции Ирландии размещен на официальном сайте Верховного Суда: URL: [http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/\(WebFiles\)/1D450647230317178025861D005DDC82/\\$FILE/Constitution%20of%20Ireland%20-%20version%20uploaded%20to%20Supreme%20Court%20website%20on%2003.09.20.pdf](http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/(WebFiles)/1D450647230317178025861D005DDC82/$FILE/Constitution%20of%20Ireland%20-%20version%20uploaded%20to%20Supreme%20Court%20website%20on%2003.09.20.pdf) (дата обращения: 01.09.2021)

¹⁷⁰См.: Конституционный Закон Республики Узбекистан от 27 апреля 2021 года № ЗРУ-687 «О Конституционном суде Республики Узбекистан», URL: <https://lex.uz/ru/docs/5391999> (дата обращения: 10.03.2022).

содержании обсуждения при принятии решения, о позиции отдельных судей, входивших в состав Конституционного суда, и иным способом раскрывать тайну совещания судей. Ранее действовавший закон при этом предусматривал изложение судьи в письменном виде и его приобщение к протоколу заседания¹⁷¹.

В Конституционном суде Латвии особое мнение судьи хранится в запечатанном конверте и подлежит опубликованию в течение двух месяцев после вынесения решения суда, т. е. обнародование особого мнения происходит отдельно от опубликования самого решения¹⁷². При этом порядок обнародования особого мнения судьи не влияет на свойство окончательности постановления Конституционного суда, закрепленное, в частности, ст. 32 Закона о данном суде. Надо отметить, однако, что данное свойство не предполагает невозможности изменения правовой позиции суда, поскольку суд всякий раз принимает во внимание изменения в регулировании и правоприменительной практике¹⁷³.

До 2002 г. Закон Словакии о Конституционном суде предусматривал возможность только краткой фиксации особого мнения в протоколе голосования закрытого совещания судей¹⁷⁴, однако в настоящее время особое мнение судьи подлежит обязательному опубликованию вместе с решением суда¹⁷⁵.

В целом можно отметить, что возможность опубликования или иного доступа к особому мнению судьи конституционного суда, как правило, ассоциируется с его публичностью. Поэтому правомерным является вопрос о целесообразности в принципе сохранения «материального аспекта» института особого мнения судьи конституционного суда при невозможности его обнародования или отсутствия вышестоящего суда, который мог бы ознакомиться

¹⁷¹ Статья 31 Конституционного Закона Республики Узбекистан от 31 мая 2017 года № ЗРУ-431 «О Конституционном суде Республики Узбекистан» (<https://lex.uz/ru/docs/3221765>) (дата обращения: 20.12.2021).

¹⁷² Ст. 33 Закона о Конституционном суде Латвии (<https://likumi.lv/doc.php?id=63354>) (дата обращения: 01.09.2021); п. 145 Регламента Конституционного суда Латвии (<https://likumi.lv/ta/id/264317-satversmes-tiesas-reglaments>) (дата обращения: 01.09.2021).

¹⁷³ См., напр.: Родня А., Спале А. Конституционно-правовой статус Конституционного Суда Латвийской Республики // Конституционное правосудие. Международный вестник Конференции органов конституционного контроля стран новой демократии. 2012. Вып. 4(58). С. 62.

¹⁷⁴ Rafaelli R. – op.cit.

¹⁷⁵ Статья 67 Закона о Конституционном суде Словакии (URL: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/314/20210101>) (дата обращения: 01.09.2021). Ситуация, предшествовавшая закреплению института особого мнения в конституционном судопроизводстве указанного государства подробнее рассмотрена в Главе II.

с его содержанием. Изложенное ранее свидетельствует о том, что материальный аспект права на особое мнение соотносится с правовым статусом судьи при рассмотрении дела в составе коллегии, его возможностью сформулировать и высказать собственное мнение при рассмотрении дела. Следовательно, формальное сохранение права на особое мнение при запрете его опубликования либо исключения возможности ознакомления с ним можно считать дублированием одного из элементов статуса судьи, не имеющим самостоятельного содержания. Объем гарантии независимости от других членов коллегии при этом также несколько уменьшен (хотя и лишь в его внешнем аспекте). В самом деле, несогласный судья в силу положений статьи 75 ФКЗ о КС обязан подписать итоговое решение, тем самым солидаризируясь с ним, при этом информация о его позиции остается неизвестной, и он оказывается лишен возможности заявить свои возражения в какой бы то ни было форме в силу прямого законодательного запрета (который при желании можно истолковать, например, и как применимый к его свободе научного творчества). Выходом из ситуации могло бы быть раскрытие сведений о голосовании судей – даже в отсутствие раскрытия имен голосовавших, в этом случае оказался бы раскрытым сам факт обсуждения.

Хотя отдельные примеры показывают, что иногда единство позиции суда, тайна совещания, соображения, связанные с независимостью судей или другие аргументы против публичных особых мнений по-прежнему превалируют над возможностью публично заявить несогласие в форме особого мнения или мнения, большинство юрисдикций делают выбор в пользу опубликования особого мнения судьи конституционного суда. Это относится и к изменению ранее существовавшего запрета на опубликование особого мнения.

Примеров обратной ситуации больше. Так, особые мнения были введены в практику органов конституционного контроля Дании (с 1930-х гг. в виде анонимных особых мнений, а с 1958 г. – в полностью открытом формате), Германии (с 1970 г.), Литвы (с 2008 г.), Венгрии, Румынии и др. В то же время научное сообщество в государствах, где конституционные судьи правом на

особые мнения не наделены, нередко возвращается к обсуждению необходимого включения данного института в национальную правовую систему (Ирландия¹⁷⁶, Австрия¹⁷⁷, Италия¹⁷⁸). Поэтому решение российского законодателя отказаться от опубликования особых мнений – притом, что на протяжении длительного времени данный институт каким-либо особым ограничениям не подвергался, – обращает на себя внимание как противостоящее более или менее распространенной тенденции.

Право судьи на особое мнение и мнение во всех случаях обладает рядом отличительных признаков.

Первым таким признаком, очевидно, является субъект. Только судья, имеющий право голоса в рамках коллегии, может заявить особое мнение во время рассмотрения дела. Здесь необходимо сделать несколько оговорок. Во-первых, в практике достаточно редки случаи заявления особого мнения председательствующим либо судьей-докладчиком. В случае с судьей докладчиком причина понятна: авторитет решения суда в достаточной степени подрывается, когда человек, который, по сути, готовил проект данного решения, отказывается от собственных аргументов. Гораздо логичнее ситуация, при которой возражения направлены против проекта решения, предложенного судьей-докладчиком. При этом Ян Филип отмечает, что случаи, когда судья-докладчик не может достаточно убедительно отстоять свою позицию, не так уж и редки¹⁷⁹. Он отмечает также, что законодательство Чешской Республики теоретически допускает заявление 14 мнений и особых мнений (судья-докладчик готовит

¹⁷⁶См. напр.: S. O'Tuama *Judicial Review under the Irish Constitution: More American than Commonwealth* // *Electronic J. Comp. L.* 2008., vol. 12.2 (October 2008), P. 14. URL: <http://www.ejcl.org/122/art122-2.pdf> (дата обращения: 10.02.2022).

¹⁷⁷См. упоминание о такой дискуссии, напр., в докладе заместителя председателя Конституционного суда Австрии на Всемирной конференции по конституционному правосудию в 2011 г.: B. Bierlein *Separation of powers and Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies* // https://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT_Bierlein_E.pdf. Отметим, что докладчик приводит весьма любопытный аргумент против закрепления права на особые мнения: наличие таких мнений уменьшает независимость судей от политических групп, участвовавших в его назначении, поскольку позволяют такому судье демонстрировать лояльность их позиции даже оставаясь в меньшинстве.

¹⁷⁸G. Zagrebelsky *La pratique des opinions dissidentes en Italie* // *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. N 8. Juillet 2000.

¹⁷⁹См.: J. Filip, указ. соч. – P. 40.

проект основного решения, семь судей заявляют особое мнение, семь судей представляют мнение).

Иная ситуация возникает в случаях, когда ограничение на заявление особого мнения предъявляется к председателю суда. С одной стороны, председательствующий в процессе может иметь право решающего голоса, поэтому незаявление им особого мнения придает дополнительную устойчивость основному решению суда. С другой стороны, в ходе судебного заседания председатель выступает прежде всего как один из судей, т. е. равен им по положению, а с этой точки зрения не приходится удивляться ситуации, когда его позиция может не находить поддержки у большинства.

Неоднозначен пример Соединенных Штатов, где председатель вправе наравне с остальными судьями заявлять особое мнение. Роль личности председателя в Верховном Суде США чрезвычайно велика. С именами конкретных председателей судов связаны периоды «всплеска» и «запрета» особых мнений. При таких обстоятельствах заявление председателем особого мнения может быть воспринято как пример, а не как одна из возможных рядовых ситуаций, возникающих в ходе судопроизводства.

Особый случай имеет место, если позиция, выполняющая роль особого мнения, может быть заявлена должностным лицом, не являющимся судьей. Такая ситуация имеет место в Европейском Суде справедливости. В этом суде отсутствует право судей на особое мнение, однако имеются специальные должности Генеральных адвокатов (фр. – *avocat-general*), задачей которых является предоставление судебной коллегии собственной независимой точки зрения относительно разрешения конкретного дела. Представление такого мнения имеет место до вынесения окончательного решения и призвано содействовать развитию прецедентной практики суда. Гипотетически такая практика может расцениваться как «компенсация» отсутствия особых мнений, однако позиция Генерального адвоката, конечно, существенно отличается от особого мнения (хотя бы тем, что представляется до вынесения решения, что обуславливает реальную возможность повлиять на его содержание).

Таким образом, специальным субъектом заявления особого мнения, с учетом указанных оговорок, является судья – член коллегии, рассматривающей дело.

Существенным признаком особого мнения судьи является также момент его заявления. Особое мнение всегда следует за решением суда. В этом отношении необходимо иметь в виду следующее.

В ходе судопроизводства у судей имеется достаточно времени для предварительного закрытого совещания перед принятием окончательного решения. Естественно, что в ходе такого совещания открывается достаточно возможностей для сглаживания имеющихся противоречий и поиска компромисса. То обстоятельство, что после проведения обсуждения судья считает необходимым заявить особое мнение, свидетельствует о наличии по меньшей мере двух противоположных, бескомпромиссных позиций. С другой стороны, это ставит в своего рода «невыгодное» положение самого судью, который выступает против большинства своих коллег. Следовательно, основания для заявления особого мнения должны быть очень весомыми.

С другой стороны, особое мнение практически никогда не излагается одновременно с основным решением суда. Это логично, поскольку вряд ли можно говорить о том, что судья удаляется в совещательную комнату с готовым особым мнением. Это также означает, что особое мнение – это своего рода «недостаточно убедительные аргументы», которые не возымели действия во время обсуждения в совещательной комнате, и не смогли повлиять на решение суда. Иначе говоря, поскольку особое мнение представляется после вынесения или после вступления в силу основного решения суда, оно уже не может каким-либо образом на него повлиять.

Здесь вновь необходимо сделать оговорку, относящуюся, в первую очередь, к судам общей юрисдикции, где имеется возможность пересмотра решения вышестоящим судом. Поскольку решения судов общей юрисдикции и арбитражных судов подлежат обжалованию, вышестоящий суд может принять во внимание содержание особого мнения судьи по данному делу (если

соответствующее мнение было представлено). В уголовном судопроизводстве особые мнения судей в любом случае доступны для вышестоящей инстанции.

Особые мнения судей Европейского суда по правам человека являются общедоступными и могут как служить аргументами сторон при направлении ходатайства о передаче дела Большую Палату, так и стать предметом рассмотрения в самой Палате. Таким образом, косвенное влияние особого мнения на основное решение в некоторых случаях все же возможно.

Однако последствия заявления особого мнения судьей Конституционного Суда Российской Федерации (а фактически - любого органа судебного конституционного контроля) зачастую могут выходить за пределы конкретного дела и даже воздействовать на изменения в законодательстве. Известны примеры, когда внедрение в практику данного института или его сдерживание существенным образом влияли на авторитет и общую эффективность судебного органа¹⁸⁰. Иногда заявленное судьей особое мнение становилось основанием для изменения практики судебного органа¹⁸¹, самостоятельным источником права, по юридической силе близкому к прецеденту¹⁸², либо основанием для реформаторской деятельности законодателя¹⁸³. Приходится признать, однако, что эти примеры актуальны в основном для правовой системы США, имеющей значимые особенности применительно к структуре и стилю судебного решения, а равно к его статусу.

Неочевидным последствием заявления особого мнения может быть его использование наднациональным судебным органом для дополнительной аргументации собственного решения – в том числе и неблагоприятного для государства, судья которого такое мнение заявил. Ясно, что особое мнение не

¹⁸⁰ См.: Henderson M.T. From seriatim to consensus and back again // Public law and Legal Theory Working paper no. 186. – 2007 (rev. 2008); Гаджиев Г.А. Публикация особого мнения судьи, или история нормы, которая является камертоном судебной реформы в России // Законодательство и практика масс-медиа. 2005. № 12. – С. 27.

¹⁸¹ См.: Supreme Court of the United States. Case *Minersville School District v. Gobitis* 310 US 586 (1940); Case *West Virginia State Board of Education v. Barnette* 319 US 624 (1943). В последнем решении позиция большинства судей соответствовала особому мнению, высказанному по предыдущему делу.

¹⁸² См.: Supreme Court of the United States: Case 65. *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905).

¹⁸³ См., напр.: комментарий законодателя к статьям Федерального процессуального кодекса США (<http://uscode.house.gov/>); J. Laffranque, *Dissenting Opinion in the European Court of Justice — Estonia's Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System* // *Juridica international*. 2004. Vol. IX. – P. 16., подобный пример приведен и выше - в контексте внесения изменений в процессуальное законодательство Российской Федерации.

может быть единственным источником такого решения, однако, как представляется, оно в таком случае рассматривается международным судом как дополнительный аргумент, внося свой вклад в судебный диалог или, напротив, конфликт.

Таким образом, обладая в разных правовых системах и видах судопроизводства различными чертами, право на особое мнение (если такое право признается правовой системой) является в достаточной степени определенным с точки зрения субъекта (судьи) и существа (несогласия с мнением большинства). Кроме того, рассмотрение регулирования соответствующего института в различных правовых системах позволяет выделить два структурных компонента или аспекта соответствующего права: материальный (право заявить особое мнение, право на возражение) и процессуальный (право придать своему несогласию форму и сделать его видимым, возможность опубликования особого мнения). Материальный аспект права на особое мнение является логичным продолжением неотъемлемого права судьи высказать свою позицию по рассматриваемому делу. В этом смысле отсутствие специально определенного права на особое мнение или права на возражение вряд ли имеет особый смысл: очевидно, что в судах, где дело рассматривается коллегиально и при этом судьям не предоставлено право на особое мнение, в любом случае происходит обстоятельное обсуждение с возможностью заявить возражения.

Потенциально поддается урегулированию форма особого или совпадающего мнения и требования к порядку его заявления. Урегулирование требований к содержанию особого мнения или мнения, однако, сопряжено с заметными сложностями. Во-первых, при осуществлении такого регулирования принципиально важно предотвратить злоупотребление особым мнением (в том числе его использование как политической декларации), в частности, путем сохранения его содержательной связи с рассматриваемым делом. С другой стороны, представляется сложным урегулировать последствия нарушения этих требований – ведь поскольку особое мнение является аспектом (пусть и факультативным) судебской независимости, постольку попытка в конкретном

случае предотвратить его опубликование является посягательством на такую независимость, что также подтверждается практикой, демонстрирующей лишь единичные (и безуспешные) примеры попытки осуществить цензуру особых мнений.

Наконец, в отличие от судебного решения, особое мнение является абсолютно неопределенным с точки зрения его последствий. В этом отношении оно обладает некоторым отзвуком авторитета судебного решения, но при этом менее строго ограничено процессуальными требованиями. Это потенциально способно приводить к непредсказуемым последствиям – от недовольства граждан, не согласных с мнением судьи (например мнение К.В. Арановского к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 10 декабря 2019 года № 39-П вызвало различные реакции, подробно освещенные в прессе¹⁸⁴, а в Конституционный Суд Российской Федерации поступили обращения граждан с требованием об отставке судьи); до неожиданного использования особого мнения международным судом.

С точки зрения последствий особых мнений в национальных судах необходимо выделить возможность реакции международных судов на особые мнения национальных судей.

В этом отношении яркий пример конфликта, разворачивающегося на наших глазах, это ситуация Конституционного трибунала Польши, который по мнению Европейского Суда по правам человека более не соответствует критерию трибунала, учрежденного на основании закона, по смыслу статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В постановлении от 7 мая 2021 года (вступило в силу 7 августа 2021 года) по делу «Зеро Флор в Польше сп.з.о.о. против Польши» (*Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, жалоба № 4907/18). В этом деле компания-заявитель ссылалась в том числе на несоответствие Конституционного трибунала Польши критерию «суда, учрежденного в соответствии с законом». ЕСПЧ согласился с этой точкой зрения, причем в его

¹⁸⁴ См. напр.: Глухова Н., Черных А. «Россия сама является жертвой Советского Союза» // Коммерсантъ. 17 февраля 2020 года. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4258761> (дата обращения: 10.03.2022).

постановлении содержатся ссылки на особые мнения судей трибунала, указывавших на нарушения при формировании его состава. Примечательно, что это постановление ЕСПЧ стало поводом для оспаривания в Конституционном трибунале некоторых положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Хотя описанный конфликт порожден не особыми мнениями судей Конституционного трибунала Польши, эти особые мнения открыли международному суду дополнительную возможность указать на проблему, существующую в национальной правовой системе, тем самым обострив конституционный кризис.

В других случаях такие ссылки могут способствовать смягчению противостоящих позиций. Например, в деле «Сабанчиева и другие против России» (*Sabanchiyeva and Others v. Russia*, жалоба № 38450/05), где заявители жаловались на российское законодательство, запрещающее выдачу родственникам тел лиц, погибших при пресечении их террористической деятельности. Устанавливая нарушение статьи 8 (право на уважение частной и семейной жизни), ЕСПЧ, в частности, упомянул особые мнения, высказанные судьями к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 28 июня 2007 года № 8-П¹⁸⁵. Как указывает Е.А. Чернышев, причиной для ссылки на особые мнения судей национального конституционного суда могло послужить то, что «ЕСПЧ ... явно не хотел конфликта с КС и, используя позиции Г. А. Гаджиева и А. Л. Кононова, в некоторой степени «оправдал» свое несогласие с позицией КС»¹⁸⁶.

Примечательно, что возможна и обратная ситуация – в отличие от «дипломатической» функции особого мнения судьи национального суда в решении международного суда, особые мнения судей международного суда могут быть сформированы с учетом позиции большинства в решении суда национального. Редкий пример такого любопытного влияния можно увидеть в постановлении Европейского Суда по правам человека от 22 декабря 2020 года по

¹⁸⁵См.: СЗ РФ. 2007. N 27, ст. 3346.

¹⁸⁶См. Чернышев Е.А. Правовые позиции Конституционного Суда России и Европейского Суда по правам человек: генезис и взаимовлияние – автореф. дисс. – Санкт-Петербург, 2010 – С.10-11;

делу «Усманов против России» (*Usmanov v. Russia*), жалоба № 43936/18. В этом Постановлении установлено нарушение статьи 8 (право на уважение частной жизни) ввиду отмены решения о приеме заявителя в гражданство России из-за применения формального подхода, не предусматривавшего необходимость учета конкретной ситуации заявителя. ЕСПЧ отметил, что власти не обосновали (и не обязаны были обосновывать), что неуказание родственников в анкете являлось достаточно серьезным нарушением, чтобы отменить решение о приеме в гражданство. Двое судей заявили совместное совпадающее мнение, согласившись с наличием нарушения, но подчеркнув, что национальное законодательство не является неопределенным с учетом наличия правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации по рассматриваемому вопросу, обосновывающих необходимость детального изучения сведений, которые были сокрыты при подаче документов о принятии в гражданство, а равно возможность учета правоприменительными органами всех имеющих отношение к делу обстоятельств. Судьи заключили, что в данном случае эти подходы не были учтены, и таким образом следовало бы говорить не о нарушении требований качества закона, а о «не соответствии закону» ограничительной меры в отношении заявителя ввиду ее применения вразрез с выводами Конституционного Суда Российской Федерации.

Ясно, что случаи, когда особое мнение вызывает волну реакции общества, экспертов и (или) законодателя, чрезвычайно редки. Однако можно представить, что законодателя волнует не столько частота такой реакции, сколько ее непредсказуемость. Полагаем, что это соображение легло в основу реформы российского регулирования особого мнения судьи Конституционного Суда. К сожалению, эта реформа может быть охарактеризована как промежуточная, выражающая скорее сомнения законодателя в целесообразности института особого мнения при отсутствии воли для полного отказа от этого института. Хотя право на особое мнение, по-видимому, не может быть полностью исключено из правовой системы – в том смысле, что при коллегиальном рассмотрении дела лишение судьи возможности высказать собственную позицию эквивалентно

прямому умалению основных принципов правосудия – номинальное сохранение его материального аспекта при отказе от процессуального вряд ли можно считать удачным решением.

При этом мотивы законодателя в целом можно понять и даже отчасти разделить, учитывая высокую неопределенность последствий заявления публичного особого мнения. Исходя из изложенных соображений, новое регулирование института особого мнения судьи в Конституционном Суде России следует признать имеющим промежуточный характер, что характерно, по всей видимости, для государств, находящихся в процессе реформирования правовой системы. Это прежде всего постсоветские государства (в приведенных примерах – Россия, Румыния, Узбекистан). Нельзя исключать, что дальнейшее развитие практики Конституционного Суда Российской Федерации может убедительно продемонстрировать необходимость поддержания авторитета суда путем возвращения к открытости особых мнений судей (как это имело место в Словакии), либо напротив – обращения к австрийской модели конституционного правосудия, строго опирающейся на единое мнение суда.

Тем не менее, нельзя не учитывать, что для высшего суда (в частности, конституционного) публичность особого мнения компенсирует невозможность его представления в вышестоящий суд для своеобразной проверки аргументации несогласного судьи. Ее отсутствие не позволяет реализовать потенциал института особого мнения как способа обеспечить прозрачность конституционного правосудия, продемонстрировать имеющее место в суде дискуссии. Эти положительные явления, как представляется, заслуживают большего внимания, чем избранная законодателем «охранительная» тактика.

Немаловажно и то, что проведенное исследование зарубежного законодательства показывает, что хотя модель закрытости особого мнения судьи конституционного суда и наблюдается в различных государствах, случаев реформирования законодательства для возвращения или введения такой модели не наблюдается. Регулирование особых мнений судей конституционных судов напоминает улицу с односторонним движением – в том смысле, что единственный

случай, когда законодатель принял решение отказаться от публичных особых мнений, имеет место, видимо, в России, в то время как ситуации перехода от закрытой модели к открытой наблюдаются неоднократно. Это говорит о том, что спор о положительных и отрицательных сторонах института особого мнения решается, в целом, в его пользу.

Представляется также, что ввиду гарантийного значения института особого мнения судьи для поддержания судебской независимости (пусть и в достаточно узком ее аспекте), отказ от данного института со стороны в первую очередь воспринимается как посягательство на эту независимость. Вероятно, промежуточный характер реформы российского регулирования института особого мнения судьи можно объяснить опасением законодателя быть обвиненным в указанном посягательстве. Если это верно, данную попытку следует признать неудачной. Аргумент об укреплении судебской независимости с отказом от института публичных особых мнений судей Конституционного Суда нельзя назвать полностью необоснованным, дискуссия на страницах социальных сетей и в прессе показывает противоположное восприятие этой реформы, в том числе и со стороны юридического сообщества¹⁸⁷. Даже сторонники отказа от публичных особых мнений сосредотачивают аргументацию, главным образом, на необходимости поддержания авторитета суда, а не на обеспечении независимости¹⁸⁸.

Между тем, вряд ли можно констатировать необходимость дополнительного поддержания авторитета Конституционного Суда России, тем более таким спорным инструментом. Как указывает С.П.Маврин, за свою историю Суд занял собственное место в системе государственных органов, утвердившись в качестве «проводника заложенных в [Конституции Российской Федерации] идей

¹⁸⁷Так, по мнению Т.Г. Морщаковой: «Если не представляются разные позиции, как поверить в независимость судей КС?» // «У судьи КС останется один способ обелиться – уйти в отставку» // Адвокатская улица : независимый журналистский проект. [сайт]. URL: <https://advstreet.ru/interview/u-sudi-ks-ostanetsya-odin-sposob-obelitsya-uyti-v-otstavku/>.

¹⁸⁸См.: Исполинов А. С. Открытое несогласие судьи с судебным решением – это публичная атака на мнение большинства [интервью] // Zakon.Ru [сайт] – 03.11.2020 – URL: https://zakon.ru/discussion/2020/11/03/otkrytoe_nesoglasie_sudi_s_sudebnym_resheniem_-_eto_takzhe_fakticheski_publichnaya_ataka_na_mnenie_b (дата обращения: 10.03.2022); Тарасов А.С. Трансформация института особого мнения в законодательстве о конституционном судопроизводстве в России / А.С. Тарасов // Российский судья. – 2021. – № 4. – С. 34.

общественного согласия, преодоления социального раскола и несправедливой социальной дифференциации»¹⁸⁹. Изложенное, разумеется, не означает, что Конституционный Суд свободен или защищен от критики – напротив, как отмечает В.Д. Зорькин, такая критика принимается с благодарностью¹⁹⁰. Между тем, как видится, ни подобная критика сама по себе, ни наличие публичных особых мнений авторитету Конституционного Суда не угрожают.

¹⁸⁹ Маврин, С. П. Тридцать лет Конституционному Суду: неизменность целей и динамизм правовых инструментов / С. П. Маврин // Журнал Конституционного правосудия. – 2021. – № 5. – С. 2.

¹⁹⁰ См. обзор такого рода критических замечаний конституционалистов: Зорькин В.Д. Конституционный Суд Росси: доктрина и практика / В.Д. Зорькин М.: Норма: Инфра-М. – 2019. – С.437-473.

Глава 2. Нормативное регулирование и практика реализации института особых мнений судей в различных правовых системах

2.1. Правовая характеристика англо-саксонской модели особого мнения судьи

Исследователями неоднократно высказан тезис о том, что особые мнения судей являются продуктом британской правовой системы¹⁹¹. Изначально в высших судах Англии (а позднее и Соединенных Штатов) сведения о распределении голосов судей были открытыми и играли важную роль для определения силы прецедента, даже в отсутствие заявленных особых мнений. Эти данные, таким образом, позволяют реально прогнозировать устойчивость позиции суда и возможность последующего ее изменения. Это, в свою очередь, обуславливает внимание к персональному составу судей, например, Верховного Суда США и, в частности, к предложению кандидатуры судьи конкретным президентом. Например, Р.Б. Гинзбург, рассуждая о независимости судебной ветви власти в США, отмечает расхождение во взглядах между судьями, назначенными одним Президентом¹⁹².

С исторической точки зрения англо-американское право различает три различных формы принятия решений судами в составе коллегии: *seriatim* (лат. – «последовательно», «один за другим»), «единое мнение суда» и своего рода «промежуточный» вариант (по-видимому, наиболее распространенный в настоящее время), при котором вынесенное судом коллегиально решение может сопровождаться особыми мнениями судей¹⁹³. Последние две формы принятия решений, фактически, не отличались друг от друга, поскольку во всех случаях отсутствовал запрет на заявление особого мнения, и «единое мнение суда» лишь демонстрировало стремление к компромиссу. Форма *seriatim*, однако, имеет значительные особенности.

¹⁹¹ См. напр.: Kelemen K. The Road from Common Law to East-Central Europe: The Case of the Dissenting Opinion // Legal and Political Theory in the Post-National Age, Frankfurt [etc.], Peter Lang Publ., 2011, p. 120; А.Н. Верещагин Особые мнения в российских судах // Государство и право. -2008. - № 2. – С. 13

¹⁹² См.: Ginsburg R.B., Judicial Independence: The Situation of the U.S. Federal Judiciary // 85 Neb. L. Rev. (2011) URL: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol85/iss1/2> (дата обращения 10.03.2022) - P. 4 – 5.

¹⁹³ См.: М. Т. Henderson, op.cit. – p. 7.

Seriatim или «последовательная» форма коллегиального судебного решения зародилась в Великобритании, и без значимых изменений существовала практически до 1760 г. Данная форма не предусматривала вынесения единого судебного решения. Каждый из членов коллегии высказывал свое мнение о том, как необходимо разрешить дело, затем осуществлялся подсчет аргументов «за» и «против». При этом решения суда в письменном виде фактически не существовало, а высказанные судьями мнения лишь записывались присутствовавшими в заседании юристами. До конца 18 в. официальные протоколы заседаний суда не велись и не могли публиковаться; соответственно, доступность решения и возможность его воспроизвести зависела от записей юристов, зачастую отличавшихся в одном процессе даже друг от друга¹⁹⁴. При этом до 15 в. не практиковалось изложение присутствовавшими юристами и судьями сути решения в письменном виде. Такой порядок вынесения судебного решения чрезвычайно сложен, и для юриста континентальной правовой системы практически невообразим. Тем не менее, в Великобритании он существовал почти в течение тысячи лет.

По сути, решение суда, вынесенное в форме *seriatim*, представляло собой сборник особых мнений судей (из которых некоторые благодаря взаимной поддержке становились основой принятого решения).

М.Т. Хендерсон указывает, что переход к следующей форме вынесения коллегиальных решений суда – «единому мнению суда» – связан с именем Уильяма Мюррэя, лорда Мэнсфилда (*William Murray, Lord Mansfield*), который стал председателем Суда Королевской Скамьи в 1756 г. и реформировал порядок вынесения решений этим судом в сторону большей ясности. «Единое мнение суда» значительно больше напоминало современные судебные решения, и заключалось в том, что после тайного совещания коллегии выносилось единое «компромиссное» решение, не предполагавшее представления позиций о каких-либо альтернативных вариантах разрешения судебного дела¹⁹⁵.

¹⁹⁴ См.: М.Т. Henderson, op. cit. – P. 7 – 8.

¹⁹⁵ Op.cit. – P. 8.

В качестве основной причины такого резкого перехода исследователи называют желание английских судов общей юрисдикции соответствовать нуждам международных коммерсантов на фоне усилившейся для Британской империи роли международной торговли¹⁹⁶. Торговцы, обращавшиеся в английские суды, сталкивались с их сложной и пересекающейся подсудностью, отсутствием определенности и единообразия при принятии решений, и фактической невозможностью формирования какого-либо единого правила поведения на основании решения суда. Упомянутый ранее порядок *seriatim* предполагал, что суд разрешает только дело, находящееся перед ним в данный момент (и даже решение по этому делу могло иметь весьма различное толкование). Поэтому для разрешения торговых споров участники оборота гораздо чаще обращались к специализированным судам (по-видимому, прототипам современных арбитражных судов), которые ориентировались на сформировавшиеся с течением времени торговые обычаи и житейский опыт (*law merchant*, право торговли), а не на положения общего права (*common law*). Новый порядок принятия решений позволял создавать устойчивые правила поведения, на которые участники торгового оборота могли ориентироваться в будущем, сталкиваясь с аналогичными делами. Более того, фиксируя правило поведения, суд также давал прочные основания и разработки соответствующих научных теорий.

Лорд Мэнсфилд весьма активно поддерживал и развивал возможности «единого мнения суда». В качестве примера приводится, например, случай, когда дело, которое он рассматривал единолично, было передано в Суд Королевской Скамьи в Лондон с единственной целью создания общего правила поведения¹⁹⁷.

При всех достоинствах нового порядка принятия решений «продержался» он в Великобритании сравнительно недолго. После отставки Лорда Мэнсфилда председателем Суда Королевской Скамьи стал Лорд Кеньон, имевший противоположные взгляды на цели и порядок судопроизводства. Произошло возвращение к порядку *seriatim*, от которого лорды – судьи Королевской Скамьи

¹⁹⁶ См.: Op. cit., P. 10.

¹⁹⁷ См.: J. Oldham Review: From Blackstone to Bentham: Common Law versus Legislation in Eighteenth-Century Britain // Michigan Law Review 1637, 1645 no. 32 – 1991, P. 89.

окончательно отошли лишь в 80-х гг. XX века. В то же время, этот порядок все же сохранился в настоящее время. Решения Верховного Суда Великобритании представляют собой, в сущности, все тот же «сборник особых мнений». Отличие заключается лишь в том, что в заголовке решения указывается его автор и перечислены судьи, поддержавшие его позицию¹⁹⁸, либо мнение судьи, получившего наибольшую поддержку, приводится первым, а остальные ограничиваются кратким обзором того, что они соглашались с ним, и выдвигают отдельные дополнительные аргументы или возражения¹⁹⁹.

Опыт принятия судебных решений в форме *seriatim* передался и британским колониям. Первоначально судебная система Соединенных Штатов Америки, несмотря на значительные отличия, связанные с федеративной структурой государства и с более четким ее оформлением, вполне восприняла британский порядок вынесения решений. Первые американские юристы изучали английское общее право, и не могли не основывать многие свои позиции на его основных принципах. Кроме того, большая часть судов штатов учреждалась до реформы Мэнсфилда. Таким образом, и в судах штатов, и в Верховном Суде США первоначально решения выносились в порядке *seriatim*²⁰⁰.

Во многом одобрение *seriatim* было обусловлено и настороженным отношением к Верховному Суду США. Предполагалось, что судебная власть имеет слишком много потенциальных возможностей для чрезмерного усиления и нарушения системы сдержек и противовесов. Нужно заметить, что отчасти эти опасения впоследствии подтвердились. После знаменитого дела «Мэрбери против Мэддисона»²⁰¹ президент Томас Джефферсон писал: «Конституция с подобной точки зрения является в руках судебной власти не более чем воском, который

¹⁹⁸См. напр.: [2021] UKSC 35, URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0188-judgment.pdf>; первая часть решения (до п. 163) написана одной судьей, аргументы которой разделили три члена коллегии; следующий раздел (пп. 164-178) написан членом коллегии (с которым также выразили согласие трое судей); наконец, заключительная часть решения написана одной судьей, представившей дополнительные аргументы для принятого решения (при этом отсутствует пометка о согласии других судей с ее решением).

¹⁹⁹См. напр.: [2021] UKSC 58, URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2021-0160-judgment.pdf>; Первая часть решения (до п. 95) написана четырьмя судьями, вторая (с п. 96) написана одной судьей.

²⁰⁰См. напр., Gerber S.D. *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall* / Gerber S.D. (ed.) New York Un. Press. 1998. URL: <https://www.jstor.org/stable/j.ctt9qgf0m> (дата обращения: 10.03.2022); D.P. Currie *Review of Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall* // *American Historical Review* 1301, – 2000, P. 105.

²⁰¹См.: Supreme Court of the United States. Case «Marbury v. Madison», 5 U.S. 137 (1803).

можно изогнуть или придать ему любую форму по желанию»²⁰². Практика *seriatim* служила сдерживанию роста авторитета Верховного Суда, поскольку создавала известную неопределенность и неточность в понимании и последующем применении его решений, т. е. по тем же причинам, что и в английских судах. Материальное обеспечение деятельности Верховного Суда США также не способствовало росту его авторитета. Первые судьи были обязаны не только разрешать дела в пределах юрисдикции самого Верховного Суда, но и участвовать в заседаниях окружных судов по всей стране, а Верховный Суд не имел даже собственного здания²⁰³.

Однако реформа Лорда Мэнсфилда не осталась незамеченной для судей в Соединенных Штатах. В ряде штатов была внедрена аналогичная практика, усиливавшая роль судебной власти в системе сдержек и противовесов.

Подобная практика столкнулась с критикой со стороны влиятельных сторонников республиканской партии. Так, Т. Джефферсон писал: «позиция [в таком случае] вырабатывается в закрытом собрании, возможно, с перевесом всего в один голос, при этом она преподносится как единогласная, при молчаливом согласии ленивых или робких судей, ловким председателем, который формулирует закон исходя лишь из своих соображений, на основе своих же аргументов»²⁰⁴. В результате под напором политического давления во многих штатах произошел возврат к *seriatim*²⁰⁵. В отличие от Великобритании, этот порядок оказался недолговечным – в 1801 г. с назначением Джона Маршалла председателем Верховного Суда началась так называемая «эра единства» (*era of unanimity*). Политическое противостояние, касавшееся порядка вынесения судебных решений, продолжалось еще около десятилетия. Сегодня американские авторы говорят о том, что основы и характерные признаки современной

²⁰²См.: Письмо Томаса Джефферсона Спенсеру Роану (6 сентября 1819 г.), цит. по Jefferson, Thomas. The Works: vol. 12: Correspondence and Papers 1816-1826 / ed. Ford P.L. G. P. Putnam's Sons, 1905 – P. 137. URL: <https://oll.libertyfund.org/title/ford-the-works-vol-12-correspondence-and-papers-1816-1826> (дата обращения: 10.03.2022).

²⁰³См.: Henderson M.T. – указ. соч. P. 18-20.

²⁰⁴См.: Письмо Томаса Джефферсона Томасу Риччи (25 декабря 1820 г.) // Jefferson, Thomas. The Works: vol. 12: Correspondence and Papers 1816-1826 / ed. Ford P.L. G. P. Putnam's Sons, 1905, P. 177-178.

²⁰⁵См.: D. G. Morgan The Origin of Supreme Court Dissent – 1953, P. 353 – 354.

американской правовой системы были заложены именно во время этого противостояния²⁰⁶.

Джон Маршалл ввел в практику Верховного Суда США «единое мнение суда», согласованную позицию всех судей. При таком порядке компромиссное решение принималось в закрытом совещании, а затем подписывалось и провозглашалось самим председателем. В установлении этого порядка ключевую роль сыграли личные качества Маршалла, который сумел убедить остальных судей Верховного Суда в необходимости его поддержания.

Исторически первое вынесение решения путем принятия «единого мнения суда» состоялось в 1801 г., в деле «Талбот против Симена»²⁰⁷. Данное дело касалось вопроса о вознаграждении за спасение судна. Судно, из-за которого начался спор, принадлежало Симену, жителю города, не принимавшего участия в «торговой» войне Англии и Франции. Во время перевозки английских товаров судно было захвачено французами, и впоследствии захвачено повторно – на этот раз капитаном американского фрегата Талботом. Последний в качестве вознаграждения за возврат судна потребовал половину стоимости спасенного груза. Симен полагал, что поскольку судно принадлежало нейтральной стороне, оно было вне опасности, следовательно, не нуждалось в «спасении», и отказывался выплатить вознаграждение.

Несмотря на то, что вопросы, стоявшие перед Верховным Судом, касались исключительно узкой сферы отношений, принятие решения по данному делу было чрезвычайно сложным с учетом политического контекста. Фактически Верховный Суд должен был разрешить противоречие между действиями Президента и Конгресса, и определить положение США в «квази-войне» с Францией. Суд пришел к выводу о том, что повторный захват судна был законным, и являлся, по сути, ценной услугой судовладельцу. При этом, однако, вознаграждение Талбота было существенно уменьшено. Кроме того, из него были исключены издержки, понесенные судовладельцем. Одновременно Верховный

²⁰⁶ См., напр., M.T. Henderson, *op.cit.*, P.16; Simon J.F. *What Kind of Nation: Thomas Jefferson, John Marshall, and the Epic Struggle to Create a United States*, NY, Simon and Schuster, 2003 и др.

²⁰⁷ См.: Supreme Court of the United States. Case «Talbot v. Seeman» 5 US 1, (1801).

Суд констатировал наличие у себя полномочия на пересмотр актов Конгресса, касающихся захвата судов, а также по оценке роли исполнительной власти во внешней политике. Поскольку решение в целом было принято и поддержано основными политическими силами, Суд также существенно упрочил свой политический статус и место в системе сдержек и противовесов. Таким образом, решение по данному делу явилось в известном смысле предтечей установления полномочия Верховного Суда США по осуществлению конституционного контроля (дело «Мэрбери против Мэддисона»).

Любопытно, что установленный Маршаллом порядок, при котором число особых мнений было минимальным, оказался настолько прочным, что практически не изменялся еще столетие – практически до Второй мировой войны. М.Т. Хендерсон приводит статистику, из которой видно, что количество особых мнений судей Верховного Суда Соединенных Штатов редко превышало два десятка в год, вплоть до 1946 года. После этого судьи Верховного Суда США представляют от 40 до 80 особых мнений в год²⁰⁸. Статистика за 2021 год показывает, что судьи Верховного Суда США заявили в этот период 40 особых мнений, 47 совпадающих мнений (при 54 решениях большинства)²⁰⁹.

Стоит отметить, что на протяжении этого времени отношение к особым мнениям судей в Верховном Суде США изменялось. Так, в первый период его существования порядок *seriatim* получил широкую поддержку со стороны исполнительной и законодательной ветвей власти. В качестве преимуществ *seriatim* назывались повышение открытости судебного процесса и ответственности судей; усиление персональной ответственности судей через демонстрацию их личных позиций при разрешении конкретных дел; возможность оценивать «силу» прецедента, предлагаемого судом, через оценку количества голосов «за» и «против»; возможность последующей корректировки судебной

²⁰⁸См.: Henderson M.T., op. cit. P. 28-29.

²⁰⁹См.: URL: <https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2021/07/Final-Stat-Pack-7.6.21.pdf> (дата обращения - 23.12.2021).

практики на основе ранее озвученного мнения судьи²¹⁰. Примечательно, что практически те же аргументы сегодня звучат в пользу особых мнений судей.

Вместе с тем, в действительности на этом этапе использование порядка *seriatim* не способствовало укреплению его влияния. Политическое по существу решение председателя Суда Д. Маршалла, поддерживавшего вынесение единого мнения и своим авторитетом и аргументацией подавлявшего возникновение «оппозиционеров», послужило серьезной основой для усиления авторитета Верховного Суда США и укрепления его позиции в системе сдержек и противовесов. При этом, однако, доктрина «единого мнения суда» не предусматривала запрет особых мнений (этим и обусловлено отсутствие существенных различий между ним и коллегиальным порядком принятия решений, распространенным в наши дни). Практика представления особых мнений предотвращалась, главным образом, лидерскими качествами Маршалла, его способностью к убеждению и поиску компромисса. За время председательства Маршалл представил единственное особое мнение²¹¹ и Верховный Суд под его председательством, как правило, демонстрировал единство мнения²¹².

Преимущественное единогласие сохранялось в ВС США до 1940-х гг. М.Т. Хендерсон выделяет два основных фактора, препятствовавших появлению большого количества особых мнений судей в этот период.

Первым таким фактором, по его мнению, стали личные качества председателей Верховного Суда, которые по различным причинам воздерживались от заявления своих особых мнений, и пытались убедить других судей присоединиться к мнению большинства. Свою роль здесь играл и социальный статус судей, их предшествующий опыт и лидерские качества. Стоит отметить позицию Уильяма Говарда Тафта, акцентировавшего внимание на важности единого мнения суда: «Я, как правило, не поддерживаю практику заявления особых мнений, поскольку во многих случаях, где мое мнение отличается от большинства, полагаю, что важнее стоять на стороне Суда и

²¹⁰ См.: Henderson M.T., *op. cit.* – P.16

²¹¹ Brian P. Smentkowski John Marshall – Chief Justice of the United States // Encyclopedia Britannica, Inc [сайт] Britannica – URL: <https://www.britannica.com/biography/John-Marshall/Chief-justice-of-the-United-States>.

²¹² Ginsburg R.B. The role of Dissenting Opinions // Minnesota Law Review, 95:1, 2010, P.1

придать больший вес его решению, чем попросту зарегистрировать факт своего возражения против принятого решения в случае, когда лучше обеспечить определенность закона, чем разрешить дело каким-либо иным образом». Следующий после Тафта председатель Верховного Суда, Чарльз Эванс Хьюз, поддерживая его взгляды, писал: «Я слегка давлюсь, когда проглатываю ваши рассуждения, в то же время я не думаю, что демонстрация моих взглядов послужит какой-либо благой цели».

Вторым фактором стала юрисдикция самого Верховного Суда, на рассмотрение которого до 1940-х гг. редко попадали спорные дела, имевшие конституционное значение. За весь 19 век в истории Верховного Суда США было лишь несколько подобных дел, в том числе упомянутое «Талбот против Симена» (1801 г.); «точка отсчета» для англо-американской системы конституционного правосудия – «Мэрбери против Мэдиссона» (1803 г.), а также дело «Плесси против Фергюссона» (1896 г.), ставшее впоследствии классической иллюстрацией значения особых мнений.

Изменение обеих указанных переменных вполне коррелирует с резким ростом числа особых мнений после 1941 года. Так, в 1941 году, на пост председателя Верховного Суда был избран Харлан Фиск Стоун. Он оказался первым ученым, который стал судьей, а впоследствии - председателем Верховного Суда. Академическая подготовка подразумевала большую готовность к дискуссии, к ведению спора и поиску различных путей разрешения дел. Еще будучи одним из судей, он нередко заявлял особые мнения. Став председателем, он стал подавать в этом отношении пример и другим судьям. Т. Уокер, анализируя причины резкого статистического «скачка» количества особых мнений в США, делает вывод о том, что предводительство председателя Стоуна стало переломным моментом для права судей на особое мнение – так же, как предводительство председателя Маршалла ранее стало началом «эры единогласия»²¹³.

²¹³ См.: Walker T.G., Epstein L. and Dixon W.J. On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court. // The Journal of Politics 50, no. 2 (1988): 361–89. URL: <https://doi.org/10.2307/2131799> (дата обращения: 10.03.2022).

В целом академические круги, разрабатывая доктрину «правового реализма», косвенным образом оказывали поддержку и институту особых мнений судей. В течение значительного периода своего существования Верховный Суд рассматривался как своего рода «оракул права». Предполагалось, что после формализованного и тщательного обсуждения судьи выносят единственно верное решение – формулируют «юридическую истину». Однако к 1920-м годам идея о наличии формулируемой и объективной юридической истины постепенно исчезает из юридического научного дискурса в США. Отсутствие такой истины ложится в основу «правового реализма». Центральными академическими учреждениями, поддерживавшими эту идею, стали Йельский и Колумбийский университеты, где Х.Ф. Стоун проходил обучение и впоследствии был деканом. Таким образом, Стоун прошел академическую подготовку, существенным образом отличающуюся от подготовки его предшественников. С учетом сказанного неудивительно, что Стоун широко поддерживал особые мнения судей, полагая, что они способствуют как развитию права в целом, так и поддержанию авторитета Суда. К этому выводу приходят и современные исследователи²¹⁴.

Задачей Стоуна в период председательства стало также усиление роли Суда, в том числе в политической сфере. Во многом эта задача была сходна с той, что стояла перед Джоном Маршаллом в начале работы Суда. Примечательно, что для решения таких сходных задач были использованы прямо противоположные средства, которые в обоих случаях продемонстрировали свою эффективность. Принятие решений в отсутствие единогласия, с расширением дискуссии, с возможностью изменения правоприменительной практики, в итоге позволило усилить влияние Суда на политические и гражданские права и свободы. Более того, влияние Стоуна и его поддержка особых мнений оказалась настолько велика, что даже назначение председателем после его отставки Фреда Винсона, который, как считалось, был способен привести Суд к единогласию и компромиссу, не изменило ситуации существенным образом.

²¹⁴См.: Henderson M.T., From seriatim to consensus and back again // Public law and Legal Theory Working paper no. 186. – 2007 (rev. 2008) – P.39; Sunstein C.R. Unanimity and Disagreement on the Supreme Court // 100 Cornell L. Rev. 769 (2015), URL: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss4/2 - 805-807> (дата обращения: 10.03.2022).

Второй фактор также изменился – во второй половине XX века ВС США перешел от обязательного судебного контроля к факультативному (т. е. действующей системе *writ of certiorari*, предполагающей самостоятельный отбор судом дел, подлежащих рассмотрению). Кроме того, увеличилось количество рассматриваемых Судом дел, что приводило к отсутствию достаточного времени для выработки единой позиции; с развитием правовой системы изменился характер дел, поступающих на рассмотрение Суда. В числе других существенных обстоятельств называют изменение обстановки в самом Суде, а также существенное изменение персонального состава судей в этот период²¹⁵.

При этом количество особых мнений, представляемых судьями, вряд ли соотносится с важностью данного института в целом. Несмотря на то, что частота заявления особых мнений судей в разные годы изменялась, на протяжении всего периода существования они оказывали реальное влияние на развитие судебной практики и законодательства. Существенно, что особые мнения судей могут сыграть важную роль по прошествии некоторого времени, с изменением юридической практики и доминирующих подходов к восприятию права. В момент заявления судьей особого мнения вряд ли можно предсказать роль, которую оно может сыграть в будущем.

Так, практике органов судебного конституционного контроля известны случаи, когда особые мнения судей спустя определенное время становились основой для последующей правоприменительной практики, фактически приобретая силу прецедента, и, более того, «затмевали» основное решение суда. Данный феномен имеет место в практике Верховного Суда США и получил название «канонические» особые мнения.

Так, дело «Скотт против Сэнфорда» (1857 г.) касалось признания свободным гражданином Дредда Скотта, чернокожего раба, в течение некоторого времени находившегося на территории «свободного» штата, где рабство было отменено. Истец полагал, что в период пребывания в «свободном» штате он был свободным человеком, и его возвращение в рабство с переездом не

²¹⁵ См.: Henderson M.T., *op. cit.*, P. 29.

соответствовало Конституции США. Скотт был признан рабом, а акты Конгрессов штатов, которыми определенные территории признавались свободными – неконституционными²¹⁶. Против решения высказалось двое судей, один из которых, в частности, указал, что оснований не считать негров гражданами к моменту рассмотрения дела уже не было, и Суд принял решение «более на основании личных предпочтений, чем права»²¹⁷. Рабство в США было отменено в 1865 г.

Другое решение Верховного Суда США по делу «Плесси против Фергюсона» (1896 г.), упомянутое выше, поддержало концепцию «раздельно, но не наравне», устанавливая конституционность разделения вагонов для негров и белых в поездах.²¹⁸ Судья Маршалл Харлан, упоминая в своем особом мнении об отрицательных последствиях дела «Скотт против Сэнфорда», предостерегал от вынесения такого решения²¹⁹. И вновь последующие события убедительно подтвердили его правоту.

Одним из наиболее спорных решений Верховного Суда тех лет стало решение по делу «Лохнер против Нью-Йорка» (1905 г.).²²⁰ В данном деле на основании 14-й поправки к Конституции США, запрещающей ограничение прав граждан вне установленной законом процедуры, оспаривались нормы трудового законодательства штата Нью-Йорк, запрещающие установление для пекарей продолжительности рабочего дня свыше десяти часов и рабочей недели – свыше шестидесяти. Предприниматель Лохнер, оштрафованный в соответствии с данным законом, утверждал, что последний нарушает право на свободу контракта, ограничивая право собственности. Пятью голосами против четырех Верховный Суд постановил, что ограничение, установленное властями штата, было незаконным. Четырьмя судьями было представлено два особых мнения, предложивших критерии возможного вмешательства государства в осуществление предпринимательской деятельности. Особого внимания

²¹⁶ См.: Supreme Court of the United States. Case «Scott v. Sandford» 60 U.S. 393 (1857).

²¹⁷ См.: Там же.

²¹⁸ См.: Supreme Court of the United States. Case «Plessy v. Ferguson» 163 U.S. 537, (1896)

²¹⁹ См.: Там же;

²²⁰ См.: Supreme Court of the United States Case «Lochner v. New-York» 198 U.S. 45 (1905)

заслуживает мнение О.У. Холмса, по мнению которого «Конституция не имеет целью поддерживать конкретную экономическую доктрину»²²¹. Позиция судьи Холмса подчеркивала приоритет конституционных прав над свободой договора. После изменения практики Верховного Суда и появления принципиально новых взглядов на регулирование экономической деятельности в 1937 г., данное особое мнение постепенно начало цитироваться в различных решениях суда начиная с 1940 г. Изменение практики и напоминания об ошибках суда времен дела «Лохнер» стали своеобразной «судебной реакцией» на изменение экономической обстановки (в частности, на Великую депрессию) и взглядов на экономические права и свободы²²².

В деле «Эскола против компании Кока-кола»²²³ Верховный Суд штата Калифорния рассматривал вопрос об ответственности компании за причинение вреда здоровью работнице ресторана, в руках которой неожиданно взорвалась бутылка кока-колы, ранив ее осколками. В ходе рассмотрения были изучены многообразные доказательства, хотя у суда не было возможности непосредственно изучить взорвавшуюся бутылку. Присяжные и суд сочли, что, несмотря на отсутствие достаточного количества доказательств непосредственной вины компании в изготовлении некачественной бутылки, небрежность со значительно большей вероятностью была допущена именно при производстве, а не только при последующем обращении с товаром. При этом была сделана ссылка на доктрину *res ipsa loquitur* («дело говорит само за себя»). Судья Р. Трэйнор (R. Traynor), согласившись с итоговым решением, представил собственное мнение, согласно которому решение суда должно было быть основано не на «очевидности» обстоятельств дела, а на концепции «strict liability» (приблизительно аналогичной установленной в ст. 1079 Гражданского кодекса Российской Федерации ответственности за вред, причиненный техническими средствами, представляющими повышенную опасность для окружающих). Судья

²²¹ См.: Там же.

²²² См.: Krishnakumar A.S. On the evolution of the canonical dissent // Rutgers Law Review, Vol. 52, 2000. – p. 788 – 790.

²²³ См.: Supreme Court of the United States. Case «Escola v. Coca-Cola Bottling Co.», 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436 (1944).

подкрепил свою позицию ссылками на несколько уже имевшихся к тому времени прецедентов, а также тем соображением, что ответственность должна быть возложена на тот субъект, который реально имеет возможность исправить нарушение. В случае с производством стеклянных бутылок таким субъектом является компания «Кока-кола». Спустя девятнадцать лет данная позиция стала общепризнанной после вынесения решения по делу «Greenman v. Yuba Power Products»²²⁴. В настоящее время изучение решений по обоим делам входит в учебный курс американских юристов.

Другим примером канонического особого мнения считается особое мнение судьи Брандейса (Brandeis) относительно решения по делу «New State Ice Co. v. Liebmann»²²⁵. В данном деле Верховный Суд признал требование штата Оклахома о получении производителями льда специальной лицензии для постройки заводов, необходимых для производства, нарушающим право предпринимателей на «осуществление законного частного бизнеса». Судья Брандейс, со своей стороны, утверждал, что властям необходимо достаточно широкое усмотрение в области экономических прав, чтобы надлежащим образом реагировать на изменения экономической обстановки и меняющиеся потребности общества.

Следует признать, что влияние особого мнения (в том числе на законодателя) даже в странах англо-саксонской правовой семьи является скорее исключением. Как точно указывает Р. Санштейн: «судьи, которые верят в том, что особые мнения как таковые окажут большое влияние на Конгресс, вероятно, страдают оптимистической предвзятостью или эффекта прожектора»²²⁶. А. Линч, исследователь особых мнений конституционном праве Австралии, указывает: «...искупление мнения меньшинства происходит с минимальной частотой - намного реже ... чем считается. ... Хотя случай [изменения позиции под

²²⁴ См.: Supreme Court of the United States. Case «Greenman v. Yuba Power Products» 59 Cal. 2d 57 (1963).

²²⁵ См.: Supreme Court of the United States. Case «New State Ice Co. v. Liebmann» 285 U.S. 262, 280 (1932).

²²⁶ Sunstein R., Unanimity and Disagreement on the Supreme Court // 100 Cornell L. Rev. 769 (2015), URL: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss4/2> (дата обращения: 10.03.2022) – p. 803.

влиянием особого мнения] нельзя считать неслыханным, одна ласточка – и даже несколько – не делает лета»²²⁷.

Таким образом, рационально судья вряд ли может рассчитывать на такой эффект своего особого мнения. В то время как его влияние на судебную практику может косвенно проявляться в использовании аргументации судьи представителями сторон при рассмотрении в других дел²²⁸, в отношении законодательных реформ последствия особого мнения скорее представляются случайностью.

Рассмотренная хронология развития института особых мнений в англо-саксонской правовой семье опирается по преимуществу на их историю в Верховном суде США, поскольку в этом суде развитие института особых мнений хорошо описано. Поэтому выводы, опирающиеся на специфически американский контекст (которых характеризуется активным участием суда в политической жизни; чрезвычайно высокой открытостью процесса обсуждения в суде; огромным влиянием личности председателей суда и т. д.) следует с осторожностью применять к другим государствам англо-саксонской правовой семьи.

Вместе с тем высокая степень научной разработанности проблематики особых мнений в США (и в меньшей степени в Соединенном королевстве) позволяет выделить ряд позиций обобщающего характера.

Во-первых, с исторической точки зрения институт особых мнений судей в англо-саксонской правовой семье основан не на праве судьи возразить коллегам, а на его обязанности озвучить собственную точку зрения и привести аргументы в ее поддержку. Это говорит о том, что особые мнения судей в рассматриваемой правовой семье возникли в качестве своего рода способа процессуальной экономии и обеспечить единообразное понимание решения суда.

²²⁷ Lynch A. The Impact of Dissenting opinions upon the development of Australian Constitutional Law – Doctor Philosophy thesis, Un. Of New South Wales, 2005 - p. 296.

²²⁸ Baird V., Jacobi T.. How The Dissent Becomes The Majority: Using Federalism To Transform Coalitions In The U.S. Supreme Court // Duke Law Journal 59, no. 2 (2009): 183–238. URL: <http://www.jstor.org/stable/20684804> (дата обращения: 10.03.2022).

Во-вторых, формирование концепции «единого мнения» суда и развитие взгляда на особые мнения как факультативный (а подчас и нежелательный) элемент судебного решения эффективно способствовал укреплению авторитета Верховного Суда США, что сыграло критическую роль при разрешении конституционных вопросов. Данный аргумент может быть *mutatis mutandis* применен к реформе института особого мнения в Российской Федерации. В самом деле, масштабное обновление Конституции предполагает формирование обновленного корпуса практики Конституционного Суда России. Этот процесс, бесспорно, только выиграет от единогласных сбалансированных решений Суда, которые не будут оставлять места для сомнений или двойкой (альтернативной интерпретации).

Эта логика, однако, может быть поставлена под сомнение двумя обстоятельствами: 1) с точки зрения аналогии ситуации, ни на каком этапе ВС США не рассматривал возможность полного отказа от особых мнений или от их публичного характера; и 2) с точки зрения преследуемой цели, в конечном итоге наличие особых мнений, как считается, может иметь тот же эффект укрепления авторитета суда (интуитивно понятный и достаточно распространенный²²⁹ аргумент о том, что единогласное мнение суда имеет больший авторитет, чем решение, принятое с минимальным перевесом голосов, не находит однозначного эмпирического подтверждения²³⁰). В зарубежной практике выделяется пример Верховного Суда Ирландии, особые мнения судей которого по конституционным вопросам не разглашаются и не публикуются, однако этот подход подвергается критике исследователями²³¹.

²²⁹ В качестве примеров применения данного аргумента, см. напр.: Smith H. Individual and Institutional Authority: The Turn-of-the-Century Quest to Abolish the Dissenting Opinion (2009). // Student Prize Papers. Paper 49. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsspps_papers/49 (дата обращения: 10.03.2022) - P.2; Kelemen K. Dissenting Opinions in Constitutional Courts // German Law Journal, Vol. 14 No. 08, 2013 – P. 1355-1356. и др.

²³⁰ См.: Salamone M.F. Judicial Consensus and Public Opinion: Conditional Response to Supreme Court Majority Size // Political Research Quarterly 67, no. 2 (2014): 320–34. URL: <http://www.jstor.org/stable/24371791> (дата обращения: 10.03.2022). – P.322-323.

²³¹ Loinsigh N.N. Judicial Dissent In Ireland: Theory, Practice And The Constraints Of The Single Opinion Rule // Irish Jurist (1935-) 51 (2014): 123–48. <http://www.jstor.org/stable/44027280> (дата обращения: 10.03.2022).

2.2. Правовая характеристика романо-германской модели особого мнения судьи конституционного суда.

Вопрос о возникновении и развитии права на особое мнение у судей континентальной Европы является относительно малоизученным, но исследователи приводят данные в пользу давнего и разнообразного регулирования в этом отношении.

Так, в Испании особые мнения существовали с 15 века, в соответствии с Ордонансом Медины, согласно которому особые мнения (исп.: *voto reservado*) не подлежали публикации, однако регистрировались в специальном закрытом реестре²³². Статья 159 Уголовно-процессуального кодекса 1882 года предписывает ведение специальной книги, в которой отражались все окончательные судебные решения, включая особые мнения. Последние направляются в Верховный суд и подлежат опубликованию только в случае принятия к рассмотрению апелляционной жалобы (статьи 157, 859)²³³. Данные правила остаются актуальными. Статья 368 Гражданского процессуального кодекса Испании 1881 года содержала аналогичное правило о направлении особого мнения судьи в Верховный суд²³⁴. Современный гражданский процессуальный кодекс 2000 года предписывает опубликование особых мнений судей²³⁵. Органический закон Испании о Конституционном суде позволяет судье, оставшемуся в меньшинстве, заявить особое мнение, если оно ранее обсуждалось («защищалось») в ходе совещания судей²³⁶..

До объединения Италии в 19 веке (итал. *il risorgimento*) и завоеваний Наполеона законодательство отдельных провинций следовало испанской традиции, и особые мнения судей были предусмотрены законодательством

²³² См Kelemen K., Dissenting opinions on Constitutional Court // German Law Journal Vol. 14 No. 08, 2013 – p. 1347.

²³³ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. // «GAZ» núm. 260, de 17/09/1882. URL: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con) (дата обращения: 10.03.2022).

²³⁴ Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. // «Gaceta de Madrid» núm. 36, de 5 de febrero de 1881, páginas 326 a 329 // URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1881-813> (дата обращения: 10.03.2022).

²³⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil // «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 7286 URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-323>. (дата обращения: 10.03.2022).

²³⁶ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional // «BOE» núm. 239, de 05/10/1979. URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709&b=120&tn=1&p=20070525#anoventa> (дата обращения: 10.03.2022).

Королевства Неаполь, герцогств Феррары, Тосканы, Цизальпинской Республики, в судебной системе Сардинского Королевства, городов Эсте. При этом особое мнение существовало в устной форме – в ходе заседания судья имел право высказать свои возражения по существу рассматриваемого вопроса²³⁷.

В Германии, в Бадене, особые мнения публиковались вплоть до середины 19 века, а в Вюртембурге аналогичная практика существовала до Второй мировой войны²³⁸.

В судебной системе Норвегии особые мнения существуют с 1864 года²³⁹.

Применительно к российской правовой системе А.Н. Верещагин прослеживает историю появления права на особое мнение в российских судах и административных органах с 18-го века (указывая, в частности, что в Учреждениях для управления губерний 1775 года для различных судов предусматривалось представление особого мнения, подлежащего изучению только в вышестоящей инстанции)²⁴⁰. Ряд исследователей рассматривали вопрос о появлении института особого мнения судьи в конституционных судах стран «молодой демократии» в 20-м веке, обращая внимание в том числе на традиции публичной дискуссии при осуществлении правосудия²⁴¹.

В рамках конституционного судопроизводства закрепление особых мнений в законодательстве относится уже к XX веку. Как утверждается, первым

²³⁷ См., напр.: Denti V. Per il ritorno al “voto di scissura” nelle decisioni giudiziarie. // *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali* — Milano: Giurè.Denti 1964, P. 3–6; Cascajo Castro J.L. La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española // *Revista española de derecho constitucional*, Año nº6, Nº17, 1986. P. 171-188.

²³⁸ См.: Nadelmann K.H. Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany // *American Journal of Comparative Law* 13, 1964. P. 272; Oneto L.P. Le opinioni dissenzienti dei giudici della Corte costituzionale tedesca // *Annali della Facoltà di Scienze Politiche di Genova*, 1976–77. P: 1087.

²³⁹ Hambro E. Dissenting and individual opinions in the international court of justice // *Zeitschrift fur ausladisches offentliches Recht und Volkerrecht*, 1956/57, vol. 17, p. 322

²⁴⁰ Верещагин А.Н. Особые мнения в российских судах // *Сравнительное конституционное обозрение*. № 4 (57) 2006 – с. 165 – 175.

²⁴¹ См., напр.: Гаджиев Г.А. Публикация особого мнения судьи, или история нормы, которая является камертоном судебной реформы в России // *Законодательство и практика масс-медиа*. 2005. № 12. – С. 27 – 30; Laffranque J. Dissenting opinion and judicial independence // *Juridica international*. 2003. Vol. VIII. P. 163 – 164.; L. Mészáros *Obsahové a formálne právne poňatie votum separatum a jeho úloha pri zjednocovaní judikatúry ústavného súdu Zjednocovanie a vývoj judikatúry ústavných súdov*; zborník konferencie, 25.-27. októbra [2000] Levoča. Košice : Ústavný súd Slovenskej republiky, 2000. – P. 115-116.; Kelemen K. The Road from Common Law to East-Central Europe: The Case of the Dissenting Opinion (October 2010). Paper presented at the Second Central and Eastern European Forum for Young Legal, Social and Political Theorists, organized in Budapest, 21-22 May 2010, published in P. Cserne–M. Könczöl (eds), *Legal and Political Theory in the Post-National Age*, Frankfurt-[etc.], Peter Lang Publ., 2011, p. 118-134.

европейским государством, которое ввело институт особых мнений в Конституционном суде, была Германия²⁴².

Данной реформе предшествовал ряд «прецедентных» решений, среди которых ключевую роль играет постановление ФКС Германии по так называемому делу журнала «Шпигель», вынесенное в 1966 г. Это дело во многих отношениях оценивают как один из ключевых этапов в истории немецкого конституционного правосудия. На его примере иллюстрируется влияние политических процессов на судопроизводство, защита гражданских прав и свобод юридическими средствами, а также укрепление влияния Конституционного суда. Для настоящей работы принципиально, что данное дело стало существенным шагом к внедрению особых мнений в конституционное судопроизводство Германии.

В 1962 году в журнале «Шпигель» была опубликована статья «Ограниченно обороноспособные» (*Bedingt abwehrbereit*), в которой обсуждались результаты учений НАТО. В ходе данных учений немецкие войска продемонстрировали наихудшие результаты по шкале боеготовности НАТО («ограниченно готовые к обороне»). Журнал распространил информацию, что, по результатам этих учений, ни бундесвер, ни объединенная группировка НАТО, расположенная на территории ФРГ, не в состоянии в случае войны удерживать Западную Германию более двух недель. После публикации редакция газеты в Гамбурге, а также дома ряда журналистов были опечатаны полицейскими. В результате проведенных обысков было изъято огромное количество документов. Журнал был обвинен в измене. Главный редактор журнала и его заместители были помещены под стражу. Впоследствии они были отпущены, и в течение нескольких лет последовала серия судебных процессов против правоохранительных органов, осуществлявших обыски и задержания, а также против Министерства обороны (поскольку обыски проводились с санкции Министра). По итогам данных процессов Верховный Суд признал, что действия правоохранительных органов были незаконны, но оправдывались соображениями государственной

²⁴²См.: К. Kelemen, *op.cit.* – P. 124.

безопасности. Руководство журнала обратилось в Федеральный Конституционный суд. В решении по делу ФКС ФРГ впервые обнародовал результаты голосования судей (поскольку голоса разделились поровну), а также аргументы, высказанные за различные варианты разрешения данного дела. В 1970 году соответствующие изменения, позволяющие палате раскрывать соотношение голосов при принятии решения, а также регламентирующие представление судьей особого мнения (которое приобщается к решению) были внесены в статью 30 Закона ФРГ О Федеральном конституционном суде²⁴³.

Правовые последствия решения по данному делу стали предметом разногласий. Первая палата Суда постановила, что с учетом равенства голосов и отсутствия определенной позиции Суда, вопрос права остался неразрешенным. В то же время ряд ученых со ссылкой на положения части 4 статьи 15 Закона ФРГ «О Федеральном конституционном суде», в соответствии с которой при равном распределении голосов судей при голосовании по вопросу о конституционности не может быть установлено нарушение, указывали, что нарушение Конституции в данном деле отсутствовало²⁴⁴.

Исследователи отмечают, что статистически количество особых мнений судей возрастало только в первые годы внедрения данного института, а затем пошло на спад. В 2009 году утверждалось, что особые мнения высказываются судьями федерального Конституционного Суда лишь в 6–7 % случаев.²⁴⁵ Из принятых по состоянию на 2020 год 2147 решений, особые мнений были

²⁴³См.: Federal Constitutional Court Act in the version of 11 August 1993 (перевод на английский язык) // (Federal Law Gazette I p. 1473), last amended by Article 2 of the Act of 8 October 2017 (Federal Law Gazette I p. 3546)"; URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (дата обращения: 10.03.2022).

²⁴⁴См.: Walter C. La pratique des opinions dissidentes en Allemagne // Cahiers du Conseil constitutionnel n° 8 (Dossier: Débat sur les opinions dissidentes) – juillet 2000. Конституционный совет Франции [сайт] URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-allemande> (дата обращения: 10.03.2022).

²⁴⁵См.: Rorig M.T. Pico C.G. L'opinione dissidente nella prassi del Bundesverfassungsgericht e del Tribunal Constitucional spagnolo (1994-2009) // сравнительное исследование Конституционного суда Италии, май 2009. Конституционный суд Италии [сайт]. URL: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_opinione_dissidente_12012010.pdf.

представлены лишь в 169²⁴⁶. Несмотря на то, что такая статистика радикально отличается от Верховного Суда США, не вызывает сомнений, что особые мнения судей в настоящее время являются устоявшейся частью немецкого конституционного судопроизводства. Сказанное позволяет сделать вывод о том, что частота реализации права на особое мнение вряд ли является показательной для эффективности или устойчивости данного института.

Следующей после Германии страной Западной Европы, закрепившей право судей на особое мнение, стала Испания. Статья 164 Конституции Испании 1978 года предусматривала, что «решения Конституционного Суда публикуются в Официальном Государственном Бюллетене вместе с особыми мнениями, представленными при его принятии [...]». Следует отметить, что Конституция употребляет термин "*votos particulares*", который является общим для особых мнений (исп. *voto disidente*) и мнений (исп. *voto concurrente*), то есть не предусмотрено никаких ограничений на публикацию какого-либо из видов особых мнений. Обращает на себя внимание и то, что норма, регламентирующая распространение особых мнений, носит конституционный характер, т. е. не может быть изменена в рамках обычной законотворческой процедуры. Конкретизируя указанные конституционные положения, пункт 2 статьи 90 Органического закона о Конституционном Судопроизводстве № 2 от 3 октября 1979 г. предусматривает, что представленное письменно (и подлежащее приобщению к решению и последующему опубликованию) особое мнение должно быть до его подготовки высказано в совещательной комнате. Данное законоположение, по-видимому, призвано служить дополнительной гарантией от возможного злоупотребления правом на особое мнение со стороны судей Верховного Суда. Наконец, в 2007 году названные положения Органического закона были дополнены нормой, согласно которой официальная публикация решений суда должна сопровождаться обязательным опубликованием особых мнений, высказанных в ходе его принятия.

²⁴⁶ Статистика за период 1971-2020 годы представлена на официальном сайте ФКС ФРГ, URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/A-I-7.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Нормы общего характера, распространяющиеся и на особые мнения судей судов общей юрисдикции, закреплены в статье 260 Органического закона о судебной власти № 6 от 1 июля 1985 года, причем данные законоположения представляют собой редкий образец достаточно подробной регламентации института особых мнений. Во-первых, предусмотрено, что любой судья вправе заявить особое мнение в ходе окончательного голосования по принимаемому судебному решению. Такое мнение может касаться принципиальных вопросов права, резолютивной части итогового решения, либо его мотивировочной части. Во-вторых, указано, что особое мнение рассылается сторонам и публикуется вместе с основным решением суда. Наконец, отмечено, что особое мнение может включаться в основное решение в качестве самостоятельного раздела или параграфа «в тех случаях, когда это применимо».

Такой способ регулирования заслуживает внимания. Во-первых, нормы испанского законодательства, закрепляющие право судей на особое мнение, содержатся в актах конституционного значения, а не в специализированном процессуальном законодательстве. Следовательно, они распространяются на всех судей, отправляющих правосудие в рамках любого из видов судопроизводства. Отчасти это обусловлено, по-видимому, единством системы испанских судов (напомним, что конституционный контроль осуществляется Верховным Судом Испании в рамках процедуры *amparo*). В то же время, на наш взгляд, это свидетельствует о внимательном отношении к данному институту со стороны законодателя, который рассматривает его как дополнительную гарантию независимости судей, одновременно предпринимая меры по защите от возможных злоупотреблений, связанных с реализацией права на особое мнение. Во-вторых, урегулирован (пусть и в диспозитивном порядке) порядок приобщения особого мнения к основному решению суда, а именно путем включения его в решение в качестве самостоятельного раздела. Несмотря на отсутствие более конкретных норм, представляется, что испанский законодатель обращался к традиции, поддерживающей максимальную гласность судопроизводства.

Вслед за этапом «возрождения» института особых мнений судей в Западной Европе в конце двадцатого века произошел своего рода «статистический взрыв»: практически все государства Восточной Европы, ранее входившие в состав Советского Союза, получив независимость создали конституционные суды либо закрепили полномочия конституционного контроля за верховными судами (нередко предусмотрев в законодательстве возможность судей представлять особые мнения).

Например, подобная ситуация имела место в Эстонии. Хотя фактически особые мнения представлялись судьями Верховного Суда с 1994 г.²⁴⁷, формально право судей, осуществляющих конституционный контроль, на особые мнения, было закреплено лишь в кодексе конституционного судопроизводства, принятом в марте 2002 года²⁴⁸. Статьей 57 этого акта предусмотрено, что судья или судьи, несогласные с принятым решением или с его мотивировкой, могут представить особое мнение (мнение). Особое мнение должно быть подготовлено к моменту провозглашения основного решения, и подписывается всеми судьями, заявившими его, то есть законодательство Эстонии прямо предусматривает возможность коллективного особого мнения. Следует отметить, однако, что данный закон не содержит положений, регламентирующих публикацию особых мнений судей.

Что касается судей судов общей юрисдикции, положения Гражданского процессуального²⁴⁹ и Уголовно-процессуального кодекса Эстонии²⁵⁰ закрепляют право судей на особое мнение. В уголовном процессе особое мнение судьи приобщается к делу (а не к приговору), но не оглашается при провозглашении приговора, то есть не может считаться частью решения.

Дж. Лаффранк отмечает, что несмотря на отсутствие законодательного регулирования вопроса о публикации особого мнения судей Верховного Суда, на

²⁴⁷ См.: J. Laffranque Dissenting opinions in the European Court // *Juridica international*, 2004 IX - P.15

²⁴⁸ См.: Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus // *Riigi Teataja* 1 2002, 29, 174 URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/12849846>.

²⁴⁹ См.: Tsiviilkohtumenetluse seadustik // *Riigi Teataja* 1 1998, 43/45, 666. URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/109042021017>

²⁵⁰ См.: Kriminaalmenetluse seadustik // *Riigi Teataja* 1 1995. 6/8, 69; 2000, 56, 369. URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/106012016019>.

практике такая публикация осуществляется. По-видимому, правовым основанием для этого служит расширительное толкование нормы, согласно которой особое мнение приобщается к решению суда. Публикация особых мнений судей Верховного суда осуществляется вместе с решениями: в сборнике решений Верховного суда, в Вестнике Верховного суда, а также на его официальном сайте²⁵¹.

Однако следует иметь в виду, что в Эстонии функция конституционного контроля возложена на специальную коллегию Верховного Суда, и распространенность особых мнений судей может быть связана с обеспечением единства статуса судей. Несколько иная ситуация возникает в случае, когда конституционный контроль осуществляется специализированным органом, имеющим особый статус в судебной системе страны. Подобное регулирование весьма распространено, и помимо Российской Федерации имеет место, например, в Латвии, Литве, Румынии, Словакии и т. д. При этом государства Восточной Европы традиционно заимствуют институт особого мнения судей конституционных судов вместе с моделью организации конституционного контроля – то есть из немецкого правопорядка²⁵².

Примером такого заимствования является законодательство Венгрии. Венгерский Конституционный Суд был создан в 1990 году по немецкой модели, и его судьи изначально были наделены правом представлять особые мнения, которые публиковались вместе с основным решением суда²⁵³. Статья 66 нового Закона о Конституционном Суде прямо предусматривает публикацию особых мнений и мнений судей. Особое мнение должно быть подготовлено в течение 4 дней с момента вынесения окончательного решения, и публикуется одновременно с ним. Особые мнения судей судов общей юрисдикции приобщаются к делу в закрытом конверте и доступны вышестоящим судам в ходе пересмотра дела.

²⁵¹См.: J. Laffranque Dissenting opinion and judicial independence // *Juridica international*. 2003. Vol. VIII. – P. 166.

²⁵²См.: Kelemen K. *Op.cit.* – P. 124.

²⁵³Troscanyi L., Horvath A. La pratique des opinions dissidentes en Hongrie - Les opinions individuelles en Hongrie : une institution // *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 8 (Dossier:Débat sur les opinions dissidentes) – juillet 2000. Конституционный совет Франции [сайт] URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-hongrie-les-opinions-individuelles-en-hongrie-une> (дата обращения: 10.03.2022).

Другой пример оригинального заимствования немецкой модели конституционного правосудия имел место в Литве. По утверждению К. Келемен, литовский законодатель воспринял первоначальную немецкую идею о том, что суд должен достаточно укрепить свой авторитет и получить определенный вес в обществе, прежде чем судьи смогут получить право представлять особые мнения²⁵⁴. Однако литовский исследователь А. Валута, ссылаясь в том числе на материалы рабочей группы по разработке закона о Конституционном суде Литвы, указывает несколько иные причины – соблюдение тайны совещания судей; защиту судей от политического давления в случае высказывания нежелательной индивидуальной позиции, и отсутствие практического смысла особых мнений судей в конституционном судопроизводстве (в отличие от ординарного судопроизводства, где особые мнения влияют на рассмотрение дела вышестоящим судом)²⁵⁵. Во всяком случае, рассматриваемый институт получил закрепление в конституционном судопроизводстве Литвы лишь в 2008 году.

Некоторые государства, обратившись первоначально к модели полной открытости особого мнения судьи конституционного суда, впоследствии ввели несколько более сдержанное регулирование. Так, Закон Республики Казахстан от 5 июня 1992 года № 1379-ХІІ «О конституционном судопроизводстве в Республике Казахстан» прямо предусматривал опубликование особого мнения судьи Конституционного суда в качестве приложения к постановлению суда (статья 27)²⁵⁶. Действующий же Закон от 29 декабря 1995 года № 2737 «О Конституционном совете Республики Казахстан» прямо закрепляет только само право члена совета на изложение особого мнения письменно, умалчивая о возможности его опубликования (статья 34)²⁵⁷. В отношении особых мнений судей ординарных судов сохраняется традиция их доступности только для

²⁵⁴ . Kelemen K, Op. cit. - P. 126.

²⁵⁵ Valuta A. Atskirosios nuomonės institutas Lietuvos konstitucinės justicijos procese: raida ir tobulinimo perspektyvos // Teisė, 2019, vol. 110 – P. 136-137

²⁵⁶ База данных законодательства Республики Казахстан.
URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1001173&pos=191;-25#pos=191;-25 (дата обращения: 10.03.2022).

²⁵⁷ База данных законодательства Республики Казахстан.
URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004022

вышестоящего суда (а в уголовном процессе этот институт был полностью упразднен в 2010 году)²⁵⁸.

Что касается Российской Федерации, то положения, регламентирующие право на особое мнение, содержались уже в Законе СССР от 23 декабря 1989 г. «О конституционном надзоре в СССР»²⁵⁹. В соответствии с ними член Комитета конституционного надзора СССР, имевший особое мнение, мог изложить его в письменной форме. При этом оно включалось в заключение Комитета как самостоятельная часть (ст. 18). На эту норму необходимо обратить отдельное внимание. Особое мнение было частью текста решения, следовательно, было общедоступно и давало возможность всесторонней оценки решений Комитета конституционного надзора СССР. Может показаться, что указанное положение было фиктивным, внесенным «для галочки», однако право на особое мнение фактически реализовывалось²⁶⁰.

Закон РСФСР от 12 июля 1991 г. «О Конституционном Суде РСФСР»²⁶¹ предусматривал особое мнение судьи в качестве приложения к решению Суда. При этом судья вправе был изложить особое мнение лично, следовательно, в отрыве от решения Суда (ст. 45). Так, особое мнение Э.М. Аметистова по делу о соответствии Конституции Российской Федерации действий и решений Президента Российской Федерации, связанных с его обращением к гражданам России 20 марта 1993 г., было опубликовано не в Вестнике Конституционного Суда, а в газете «Известия»²⁶². Как отметил Г.А. Гаджиев, «подобная практика наносила ущерб авторитету Суда, превращая его решения в «хромую утку»²⁶³.

В целом же за 1992 – 2020 гг., т.е. за период, когда особые мнения (мнения) судей Конституционного Суда Российской Федерации были публичными, такие

²⁵⁸ Р.Нурпеисов Личное мнение юриста об особом мнении судьи // Адвокаты Алматы. №1-1 (39-40). 06.2014.- С.16-25 URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31563385 (дата обращения: 10.03.2022).

²⁵⁹ Ведомости СНД и ВС СССР. 1989. № 29. Ст. 572.

²⁶⁰ См.: особые мнения членов Комитета конституционного надзора СССР С.С. Босхолова, А.Г. Быкова, Г.З. Инцирвели // Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. № 47. Ст. 1245, 1247-1248. М.А. Митюков отмечает, что само существование особых мнений в практике Комитета конституционного надзора некоторым образом приближало его к Конституционному Суду, хотя нельзя сделать однозначного вывода о его принадлежности к судебной ветви власти (см.: Митюков М.А. Предтеча конституционного правосудия (к истории Комитета конституционного надзора СССР) (продолжение) // Конституционное правосудие. 2006. № 2 (32). С. 20 – 21.

²⁶¹ См.: Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 30. Ст. 1017.

²⁶² См.: Известия. 1993. 26 марта.

²⁶³ См.: Г.А. Гаджиев указ. соч. - с. 27.

мнения были заявлены 411 раз (более подробно эти цифры иллюстрирует таблица ниже).

Таблица 1. Заявление особых мнений (мнений) судьями Конституционного Суда Российской Федерации²⁶⁴

Год	Всего особых мнений (мнений) к решениям Конституционного Суда Российской Федерации	в том числе к определениям КС РФ
1992	9	-
1993	19	-
1994	-	-
1995	23	1
1996	15	-
1997	19	-
1998	22	7
1999	7	1
2000	9	1
2001	11	4
2002	10	2
2003	8	-
2004	13	4
2005	21	7
2006	8	5
2007	16	7
2008	1	-
2009	7	5
2010	14	5
2011	22	8
2012	33	16
2013	26	15
2014	8	4
2015	18	6
2016	17	8
2017	18	10
2018	16	7
2019	18	11
2020	3	-
Итого	411	134

²⁶⁴ Данные за 1992 – 2016 гг. приведены на сайте «Институт прецедента», URL: <https://precedent.hse.ru/dissents/?judicature=88726943&judge=0> (дата обращения: 15.04.2022). Данные за 2017 -2020 гг. приведены по текстам решений Конституционного Суда Российской Федерации, размещенном на его официальном сайте: www.ksrf.ru (дата обращения: 15.04.2022).

Нужно признать, что эта цифра чрезвычайно мала по сравнению с общим количеством решений Конституционного Суда, вынесенных за тот же этот период (немногим менее 700 итоговых актов и почти 39 тыс. определений и решений от отказе в рассмотрении жалоб). Тем не менее, этих данных, как представляется, вполне достаточно для того, чтобы констатировать если не активную востребованность, то по меньшей мере жизнеспособность рассматриваемого института²⁶⁵. Необходимо также иметь в виду, что вряд ли разногласия судей, которые принимают форму особого мнения, должны иметь место часто или в большинстве случаев. Опыт англо-саксонских правовых систем вряд ли свидетельствует о переходе «количества» особых мнений в их «качество»: как отмечено ранее, даже авторы большого числа таких мнений (например, А.Скалия) признавали определенные злоупотребления со своей стороны.

Упомянутый пример публикации особого мнения судьи Э. М. Аметистова в газете «Известия» является частью конфликта между Конституционным Судом Российской Федерации и Президентом Российской Федерации в 1993 году. Как известно, этот конфликт завершился приостановлением работы Конституционного Суда России. Между тем, зарубежная практика знает примеры, когда и само право на особое мнение было предоставлено судьям после возникновения сложной и неоднозначной ситуации политического (а не юридического) характера.

Так, в Словакии до 2000 г. особое мнение судей фиксировалось в протоколе заседания, который приобщался к делу в закрытом конверте и был недоступен широкой публике. В 1998 г. новое Правительство отменило акт об амнистии, принятый премьер-министром Владимиром Мечьяром во время исполнения последним обязанностей Президента Республики. Данный акт об амнистии освобождал от ответственности сотрудников служб безопасности, принимавших

²⁶⁵ См. также аналогичные выводы сторонников этого института: Е. А. Нефедьева Дискреция, о которой мы не знали: запрет на публикацию особых мнений судей Конституционного Суда РФ // zakon.ru [блог], URL: https://zakon.ru/blog/2020/10/21/diskreciya_o_kotoroj_my_ne_znali_zapret_na_publicaciyu_oso_byh_mnenij_sudej_konstitucionnogo_suda_rf (дата обращения: 15.04.2022); Кряжкова О.Н. Три причины отменить запрет на публикацию особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционный Вестник. – 2021. – № 6 (24). – URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/tri-prichiny-otmenit-zapret-na-publikatsiyu-osobogo-mneniya-sudi-konstitutsionnogo-suda-rossiyskoy-federatsii> (дата обращения: 10.03.2022).

участие в принудительном перемещении сына предыдущего Президента. После отмены акта об амнистии Правительством один из офицеров службы безопасности обратился в Конституционный Суд, утверждая, что уголовное преследование в его отношении нарушало бы его конституционные права. Конституционный Суд рассмотрел доводы заявителя, изменив собственную практику, согласно которой подобные заявления не подлежали рассмотрению. В принятом решении был сделан вывод о том, что надлежащим образом опубликованный и вступивший в силу акт об амнистии не подлежит отмене, несмотря на нарушения, допущенные при его принятии²⁶⁶. Решение повлекло значительные споры в научной и политической среде. Один из судей Конституционного Суда, Ян Ключка (Ján Klučka) представил особое мнение, ссылка на которое была приведена в решении, и ходатайствовал о его публикации. Когда в этом было отказано, он опубликовал в юридическом журнале статью, в которой критиковалось принятое решение, и которая во многом повторяла его особое мнение²⁶⁷. Уже в следующем году законодатель внес изменения в Закон о конституционном Суде, в соответствии с которыми особые мнения судей подлежали публикации.

События, связанные со спорными ситуациями при опубликовании особых мнений, не могли не породить споров о целесообразности существования особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации. Однако в принятом после конституционной реформы Законе о Конституционном Суде оно было сохранено, правда, с существенными поправками. В соответствии с данным Законом особое мнение судьи приобщалось к материалам дела и публиковалось вместе с решением Конституционного Суда (ст. 76). Указанная норма появилась в результате деятельности рабочей группы, в состав которой входили судьи и

²⁶⁶ Заключение Конституционного суда Словацкой Республики I. ÚS 48/99 č. 43/99 от 20 декабря 1999 г. // Конституционный суд Словацкой Республики [сайт]. URL: https://www.ustavnysud.sk/ussr-intranet-portlet/docDownload/03c17e87-9d7d-4310-bb1a-8645f0542de4/Amnestia%20a%20ochrana%20pr%C3%A1va%20zaru%C4%8Den%C3%A9ho%20C4%8D1%C3%A1nkom%2017%20ods.%2020%C3%9Astavu%20Slovenskej%20republiky%20v%20konan%C3%AD%20o%20podnete%20I.%20C3%9AS%2048_99.pdf.

²⁶⁷ Kelemen K., Op. cit. – P.128.

работники аппарата Конституционного Суда.²⁶⁸ Данная редакция, таким образом, сочетала преимущества одновременного опубликования с предотвращением появления особых мнений судей в отрыве от решения Суда.

В целом же государства, перешедшие от социалистической правовой системы к романо-германской, в отношении особых мнений судей, по-видимому, не столько установили новое регулирование, сколько воспользовались подходами, ранее выработанными применительно к особым мнениям ординарных судов. При этом если для ординарного правосудия особые мнения непосредственно встроены в систему обжалования и доступны вышестоящим судам, сохранение такого же подхода в органе конституционного контроля приводит к своего рода консервации особых мнений внутри самого суда. Хотя в таком случае вряд ли можно говорить об ограничении роли особого мнения как элемента гарантии внутренней независимости судьи, закрытость особого мнения судьи конституционного суда не позволят в полной мере раскрыть его потенциал с точки зрения развития правовой мысли.

Любопытно, что в современных государствах, которые можно отнести к социалистическому праву (Китай, Куба), институт особых мнений судей в настоящее время, по-видимому, относительно востребован, служа цели обеспечения надлежащей мотивированности судебных решений. Так, О.А. Крапивкина указывает, что в 2003 году особое мнение было впервые приобщено к решению суда в Китае, демонстрируя реформирование правовой системы в пользу значительно более детальной мотивировки судебного решения²⁶⁹. Возможность заявить особое мнение имеется у судей Верховного Суда Кубы²⁷⁰, а также в других судах, при этом доступ к особым мнениям судей имеют только вышестоящие инстанции²⁷¹.

²⁶⁸См.: Гаджиев Г.А. Публикация особого мнения судьи, или история нормы, которая является камертоном судебной реформы в России // Законодательство и практика масс-медиа. 2005. № 12. – С. 27.

²⁶⁹См.: Крапивкина О.А. Природа института особого мнения судьи в различных правовых системах // Вестник ИрГТУ, № 2(97) 2015 – с. 272.

²⁷⁰См.: Grant J.E., Florén-Romer M., Stone S.D. [et.al.] Guide to Cuban law and legal research // International Journal of Legal Information 45.2, 2017, p. 121. URL: <https://doi.org/10.1017/jli.2017.22>. (дата обращения: 10.03.2022).

²⁷¹См.: Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977 // la Gaceta Oficial de la República Ordinaria No. 32 de 15 de agosto de 1977, art. 45. Gaceta Oficial [сайт] URL: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-no-5-ley-de-procedimiento-penal> (дата обращения: 10.03.2022); Ley No. 141, Código de Procesos // la Gaceta Oficial de la

На сегодняшний день право на особое мнение чрезвычайно широко распространено в европейских государствах. При этом данное право преимущественно предоставлено только судьям органов конституционного контроля либо высших судов, в отличие от судей ординарных судов²⁷². Исключение составляют Россия, Испания, Эстония и ряд государств Восточной Европы, где право на представление особого мнения предоставлено также судьям общих судов. Отдельно необходимо сказать об уникальном примере Ирландии, где конституционно закреплён запрет на высказывание особых мнений по конституционным вопросам²⁷³. Аналогичная ситуация в настоящее время имеет место в России.

Таким образом, в то время как зарождение, развитие и распространение права судей на особое мнение в странах англо-саксонской правовой семьи имеет достаточно «цельную» и последовательную историю, практически для каждой страны романо-германской правовой семьи история особых мнений судей индивидуальна. При этом конкретные положения, регулирующие право судей на особое мнение, весьма разнообразны.

К. Келемен обращает внимание на коренное отличие между судебными решениями континентальной и англо-саксонской правовой семьи. С ее точки зрения, данные отличия основаны на традициях статуса судьи в данных правовых семьях²⁷⁴. Так, абстрактные формулировки решений французского Кассационного Суда являются логичным следствием французского правосознания, не одобряющего судебное правотворчество и ограничивающего роль судей в изменении законодательства. Сходная ситуация наблюдается и в немецких

República Ordinaria No. 138 de 7 de Diciembre 2021, art 141.1. Gaceta Oficial [сайт] URL: https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2021-o138_0.pdf. (дата обращения: 10.03.2022).

²⁷² См. напр.: «Ознакомление сторон с особым мнением судьи при коллегиальном рассмотрении уголовного дела в суде первой инстанции» / Управление международных связей и обобщения практики конституционного контроля Конституционного Суда Российской Федерации, 2011. Конституционный Суд Российской Федерации [сайт] URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Info/External/ComparativeOverview/Documents/23/%D0%9E%D0%B7%D0%BD%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%BB%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%20%D1%81%20%D0%BE%D1%81%D0%BE%D0%B1%D1%8B%D0%BC%20%D0%BC%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%D0%BC%20%D1%81%D1%83%D0%B4%D1%8C%D0%B8%202011.pdf>. (дата обращения: 10.03.2022)

²⁷³ Ó Tuama S. Judicial review under the Irish Constitution: More American than Commonwealth. // Electronic Journal of Comparative Law, 12(2). - 2008 <http://www.ejcl.org/122/art122-2.pdf> (дата обращения: 10.03.2022).

²⁷⁴ Kelemen K. – op.cit. – P. 122.

судебных решениях (хотя немецкая правовая система и отличается от французской, но относится к романо-германской правовой семье)²⁷⁵.

Коллегиальные судебные решения в континентальных (романо-германских) правовых системах считаются единогласными. К континентальной традиции применимы слова Ш.-Л.Монтескье, о том, что судьи – «не более как уста, произносящие слова закона, безжизненные существа, которые не могут ни умерить силу закона, ни смягчить его суровость»²⁷⁶.

Напротив, в странах общего права (англо-саксонская правовая семья) судебные решения значительно более персонализированы, т. е. непосредственно связаны с личностью принявшего их судьи, что обусловлено в том числе порядком их принятия (*seriatim*). В традиции общего права судья несет личную ответственность за принятое решение, и это подчеркивается оформлением и стилистикой решения (указанием на имя автора решения и позицию каждого из судей, употребление личных местоимений и т. д.). Такая ответственность обеспечивается процедурой вынесения решения, в ходе которой каждый судья может предложить поправки к решению, заявить о наличии особого мнения либо мнения, провозглашением мнения суда и публикацией вынесенного решения (а также особых мнений к нему) в тот же день.

Поскольку особое мнение судьи в государствах романо-германской правовой семьи является, как правило, персональным (его автор указывается, в отличие от основного решения), это может рассматриваться как косвенный признак заимствования этого института из англо-саксонской правовой системы. Однако приведенные примеры свидетельствуют об обратном: европейские государства самостоятельно и успешно разработали оригинальные формы особого мнения судьи, ряд которых существуют и сегодня. Анализ исторических аспектов закрепления института особых мнений позволяет утверждать, что аргумент о его «чуждом» характере для романо-германской правовой традиции

²⁷⁵op. cit.

²⁷⁶Ш.-Л. Монтескье О духе законов – М.: Мысль, 1999 – с. 145

носит скорее характер мистификации²⁷⁷. Таким образом, несмотря на сходство института особого мнения судьи континентальном и общем праве, традиционное утверждение о его «заимствовании» в государствах романо-германской правовой семьи вряд ли является верным. Более обоснованным представляется предположение о появлении особых мнений в различных правовых системах относительно независимым образом, в рамках своеобразного «юридического параллелизма»²⁷⁸.

В качестве основной причины широкого распространения данного института в странах общего права иногда называют давнюю английскую традицию публичного обсуждения при отправлении судопроизводства²⁷⁹. Однако история права современных европейских государств знает примеры самых различных форм судопроизводства, в том числе включающих публичное обсуждение и заявление «особых мнений». При этом в романо-германских государствах решение коллегии суда является продуктом коллективного творчества, поиска консенсуса и обсуждения. Отсюда повсеместно распространенное правило о подписании решения всеми судьями, в том числе оставшимися в меньшинстве при голосовании. Следовательно, право на особое мнение основано на *возможности* судьи передать свои возражения в вышестоящий суд – в отличие от англо-саксонской правовой семьи, где судья *обязан* представить личную позицию. Такой взгляд на особое мнение судьи объясняет и традицию закрытости их текстов в романо-германской правовой семье.

Однако вряд ли можно говорить об изолированности и полностью независимом развитии правовых систем, то есть европейские государства не могли в той или иной форме не испытать британское влияние. Как уже было сказано, в 19 в. Верховный Суд США прочно утвердился в качестве одного из

²⁷⁷См.: Perju V.F. Reason and Authority in the European Court of Justice // Virginia Journal of International Law 49, (2009). – P. 364.

²⁷⁸См.: Ултургашев П.Ю. Особые мнения судей в сравнительно-правовом контексте // Сравнительное конституционное обозрение. – 2013 – № 6(97). – С. 75.

²⁷⁹См.: J. Laffranque, указ соч. – P.164.

важных игроков в системе сдержек и противовесов. В это же время континентальная традиция отводила суду скромное подчиненное место²⁸⁰.

С распространением конституционного правосудия и учреждением конституционных судов стало очевидным, что в отсутствие вышестоящего суда, который имел бы доступ к особым мнениям судей, их заявление становится фактически бессмысленным. Тем не менее, сама необходимость зарегистрировать возражения судей оказалась признана в той или иной форме, как обращение не к вышестоящей инстанции, но к общественности, т.е. к народу-суверену как источнику власти в государстве. Закрытая модель особого мнения судьи конституционного суда сохраняет его лишь в запечатанном конверте. В таком случае отказ от публикации особого мнения судьи лишает реального содержания специальное закрепление права заявить такое мнение – поскольку в рамках обсуждения дела в совещательной комнате судья, без сомнения, имеет достаточно возможностей для высказывания своей позиции (при этом он не ограничен в формах высказывания или в возможности возражать судье-докладчику либо большинству). Разрешение этого противоречия, как видится, возможно несколькими способами.

Во-первых, практика показывает, что по мере возникновения острых (сложных) ситуаций, в которых судьи предпринимали внепроцессуальные усилия для обеспечения доступности своих особых мнений (Германия, Словакия), законодатели соответствующих государств, очевидно, делают попытку выработать такой порядок их опубликования, который не наносил бы ущерба авторитету суда, и не свидетельствовал бы о подавлении инакомыслия. Наиболее простым решением является в этом смысле полная открытость особых мнений. На примере ФКС ФРГ видно, что в отличие от ВС США закрытие особых мнений и сохранение тайны совещаний являлось исходной посылкой для континентального конституционного правосудия (в ряде правовых систем этот подход сохраняет

²⁸⁰См.: Schwartz H. The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe (Constitutionalism in Eastern Europe) – 2002. P. 13-14.

актуальность). Открытый характер особых мнений, напротив, стал дополнительным способом обеспечения авторитета суда.

Во-вторых, как было продемонстрировано, противоречия можно избежать, полностью отказавшись от закрепления самостоятельного права на особое мнение (при вероятном предоставлении судьям определенной свободы научного исследования), как это имеет место в Австрии, Италии или Франции. Такой подход характеризуется устойчивостью. Так, в Австрии вопрос о закреплении института особых мнений судей Конституционного Суда с момента создания суда не получил положительного ответа, хотя дискуссия о необходимости закрепления иногда возобновляется. Однако в целом динамика регулирования института на континенте позволяет прогнозировать, что в случае принятия модели полной открытости особого мнения судьи конституционного суда (как в Германии), маловероятно возвращение к ситуации отсутствия (закрытости) особых мнений.

В-третьих, если признать нежелательной непредсказуемость воздействия особого мнения судьи на общественное мнение (сколь бы ни была мала вероятность его реальных последствий), законодательно может быть определен круг лиц, обладающих правом на ознакомление с «закрытым» особым мнением. Например, поскольку основным вопросом, который подлежит разрешению в ходе конституционного судопроизводства, является вопрос о соответствии основному закону законодательства, такое право может быть предоставлено государственным органам и должностным лицам, обладающим правом законодательной инициативы, т.е. наделенным возможностью реально учесть содержание особого мнения (мнения) в своей работе. Поскольку особое мнение судьи конституционного суда не порождает определенных правовых последствий, ознакомление с ним не будет вторжением в компетенцию законодателя. В то же время особое мнение судьи нередко может иметь целью не только спор с выводами или аргументацией основного решения, но и представление рекомендации или пожелания о дальнейшем совершенствовании законодательного регулирования. Например, мнение Г. А. Гаджиева к Определению Конституционного Суда Российской Федерации от 28 февраля 2019

года № 397-О указывает на то, что поставленный заявителем вопрос не нашел своего разрешения в решении Суда (и в этой части возражает против основного решения), однако предлагает законодателю обратиться к сравнительно-правовым материалам в целях дальнейшего совершенствования оспоренного регулирования²⁸¹. Очевидно, что такое регулирование по сравнению с публичным характером особого мнения судьи в известном смысле ограничивало бы его содержание: актуальность в этом случае сохранили бы лишь такие особые мнения, которые отражают соображения о совершенствовании законодательства. В то же время, положительной стороной было бы преодоление противоречия, связанного с бессмысленным, в сущности, закреплением материального аспекта права на особое мнение при отказе от его процессуального аспекта.

Итак, континентальные правовые системы по-разному воспринимают возможность предоставления судье права заявить особое мнение. Конституционный совет и суды Франции, судебная система Австрии (включая Конституционный суд) в своей деятельности его по-прежнему отрицают, немецкое конституционное судопроизводство позволило судьям предъявлять особые мнения лишь в семидесятых годах двадцатого столетия²⁸², в то время как практически все страны Восточной Европы – т.н. страны «молодой демократии» – включили в той или иной форме положения о возможности заявления особого мнения при создании конституционных судов. В отношении особых мнений судей ординарных судов при этом нередко принимается модель закрытости текста особого мнения для всех, кроме судей вышестоящей судебной инстанции. Не осталась в стороне и Российская Федерация. По всей видимости, об ограниченном влиянии англо-саксонской правовой семьи в отношении рассматриваемого института можно говорить именно в отношении последних примеров. При этом в России институт особых мнений прочно занял свое место в судопроизводстве судов общей юрисдикции, Конституционного Суда Российской Федерации

²⁸¹ Следует отметить, что Г. А. Гаджиев обращается к практике ЕСПЧ, актуальность которой для Российской Федерации в настоящее время подвергается сомнению. Это не препятствует, как представляется, ее реальному учету законодателем в целях совершенствования национальных механизмов правовой защиты.

²⁸² См.: Laffranque J. Dissenting Opinion in the European Court of Justice — Estonia's Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System // *Juridica international*. 2004. Vol. IX. P. 16.

(законодатель при всем скептицизме в отношении публичного характера особых мнений конституционных судей не отрицает, по-видимому, целесообразности самого явления) и конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации (в период их существования).

Хотя, как отмечено, институт особого мнения судьи конституционного суда весьма распространен, представление особого мнения нельзя назвать сколько-нибудь частым явлением. Притом, что само введение данного института в ту или иную правовую систему может сопровождаться достаточно активной дискуссией о независимости суда и качестве принимаемых им решений, после этого момента общественный интерес к институту уменьшается, сохраняясь главным образом среди специалистов. Это свидетельствует в пользу отсутствия самостоятельной угрозы, исходящей от особых мнений. При добросовестном применении судьями этот инструмент, действительно, не только может представлять интерес для исследователей, но и способен служить к обогащению практики суда, стимулировать проработку аргументации основного решения, а в перспективе также служить источником вдохновения при совершенствовании законодательства.

Вместе с тем, как справедливо отмечают некоторые авторы, в конкретных ситуациях, связанных с напряженностью политического характера, особые мнения судей, в особенности судей органов конституционного контроля, могут вольно или невольно создавать опасность делегитимации решений конституционного суда. Так, Б. Брикер констатирует, что особые мнения судей польского Конституционного Трибунала в период продолжающегося конституционного кризиса обнажают внутренние противоречия суда и даже противостояние некоторых судей с его руководством, тем самым способствуя вступлению Трибунала в поле политической борьбы, а не юридического анализа²⁸³. Как можно судить из ранее приведенных примеров, относящихся к Конституционному Суду России, подобная опасность была актуальна и в начале

²⁸³См.: Bricker, B. The (Very) Political Dissent: Dissenting Opinions and the Polish Constitutional Crisis / B. Bricker // German Law Journal. – 2020. – 21. – P. 1586-1605.

деятельности отечественного Конституционного Суда. Таким образом, нужно признать, что хотя институт особого мнения судьи конституционного суда в обычных условиях вряд ли способен негативно воздействовать на статус суда, нельзя исключать, что в период внутренней турбулентности его применение судьями (особенно без учета необходимости дистанцироваться от политических процессов) может усиливать сомнения в легитимности суда или даже необходимости его существования. В этом смысле «декларативные» особые мнения могут, по всей видимости, порождать негативную реакцию, в том числе со стороны других государственных органов.

Несмотря на опасность обострения внутренних кризисных ситуаций, особые мнения судей вряд ли способны послужить их источником. Напротив, существование института в течение длительного времени, наряду с поддержанием положения конституционного суда как беспристрастного арбитра, способного эффективно разрешать наиболее сложные вопросы в рамках национальной правовой системы, вполне способно нивелировать предполагаемую «опасность» особого мнения. Ограничения этого института, введенные законодателем Российской Федерации, выглядят как превентивные меры безопасности в ситуации, когда извне реальной необходимости в таких мерах не наблюдается – собственно говоря, само введение соответствующих ограничений может быть воспринято как раскрывающее опасения законодателя, и тем самым подчеркивающее эту мнимую или реальную опасность. При этом даже эти ограничения, как отмечено ранее, были введены лишь частично (без упразднения самого института особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации). Следовательно, при всех сомнениях законодатель склонен признать, что польза представления открытого (или во всяком случае упорядоченного) аргументированного несогласия судьи перевешивает предполагаемые недостатки, связанные с необходимостью дополнительно аргументировать решение большинства.

2.3. Правовая характеристика особых мнений судей международных судебных органов

Наднациональные судебные органы, прежде всего суды по защите прав человека, в определенном смысле схожи с органами конституционного контроля: они не связаны положениями ординарного национального законодательства и уполномочены осуществлять толкование нормативных актов, характеризующихся высокой абстрактностью. При этом решения этих органов публичны, и зачастую носят декларативный характер – в том смысле, что национальные органы власти (законодатель) самостоятельно определяет способы исполнения их решений. Кроме того, нередко в таких судебных органах отсутствует вышестоящая инстанция. Принимая во внимание достаточно широкое распространение института особых мнений судей в международных судебных органах, целесообразно его рассмотрение в рамках настоящего исследования.

В первую очередь необходимо отметить отсутствие единообразия в закреплении рассматриваемого института. Так, А.С. Исполинов, отмечая отсутствие единства мнений исследователей и регулирования процедуры международных трибуналов, указывает на некорректность тезиса о том, что особые мнения являются неотъемлемой чертой современного международного правосудия²⁸⁴.

В деятельности Суда Европейского Союза, Суда Европейской ассоциации свободной торговли, Карибского суда, Трибунала Андского Сообщества, Суда экономического сообщества восточноафриканских стран особые мнения отсутствуют. В то же время они предусмотрены в Международном суде ООН, Международном трибунале по морскому праву, Органе разрешения споров Всемирной торговой организации, Европейском суде по правам человека, Межамериканском суде по правам человека, Африканском суде по правам человека и народов, Суде Евразийского экономического сообщества, Международном уголовном суде.

²⁸⁴См.: Исполинов А.С. Особые мнения в международных судах: доктрина и практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. №1. – с.220.

В отличие от национальных (особенно европейских) юрисдикций, особые мнения судей в Международном Суде ООН могут рассматриваться в качестве вспомогательного источника международного права – исходя из того, что Статут этого суда признает в качестве вспомогательного источника права при рассмотрении конкретного дела «судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм» (статьи 38, 59 Статута МС ООН)²⁸⁵.

В тех международных судебных органах, где особые мнения разрешены, подход к их применению не идентичен. Учредительные документы соответствующих органов могут и не содержать положений о необходимости открытого распределения голосов, как правило указывая лишь, что решения принимаются "большинством голосов"²⁸⁶. Открытость информации о соотношении голосов судей (сопутствующая возможности заявить особое мнение) является, таким образом, своего рода правовым обычаем. Например, в Европейском суде по правам человека особые мнения являются широко распространенной практикой, логично продолжающей традицию открытости сведений о распределении голосов судей (в 2021 году особые или совпадающие мнения судей были заявлены в 126 постановлениях ЕСПЧ из 428 вынесенных в составе Палаты и Большой палаты)²⁸⁷. Хотя эта практика должна быть признана устоявшейся, сложность разрешаемых ЕСПЧ вопросов и нередко их значимость для государств некоторым образом открывают его решения для критики, в особенности со стороны проигравшего государства. В.Д. Зорькин справедливо задается вопросами: насколько единственно верным может быть мнение ЕСПЧ

²⁸⁵ Статьи 38, 59 Статута Международного Суда ООН.

²⁸⁶ См.: Статут Международного Суда (принят в г. Сан-Франциско 26 июня 1945 года) (ст. 55–57) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами: Действующие договоры, соглашения и конвенции, вступившие в силу между 3 сентября 1945 года и 31 декабря 1946 года. Вып. 12. М.: Госполитиздат, 1956. С. 47–63; Римский статут Международного уголовного суда (принят в г. Риме 17 июля 1998 года Дипломатической конференцией полномочных представителей под эгидой ООН по учреждению Международного уголовного суда) (ст. 60). URL: http://legal.un.org/icc/statute/russian/rome_statute%28r%29.pdf (дата обращения 10.03.2022); Конвенция о защите прав человека и основных свобод (заключена в г. Риме 4 ноября 1950 года) (ст. 45) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 2. Ст. 163.

²⁸⁷ Например, база данных ЕСПЧ hudoc.echr.coe.int предусматривает возможность поиска по признаку «наличие отдельных мнений» (separate opinions).

относительно «важнейших и деликатных вопросов», по-разному воспринимаемых представителями различных религиозных, социальных, этнических групп? И насколько может быть «единственно верным» мнение Большой Палаты ЕСПЧ, чьи голоса разделились в отношении 10 на 7?²⁸⁸ Отвечая на этот вопрос необходимо принимать во внимание следующее. Практика ЕСПЧ не является статичной, она постепенно модифицируется и изменяется. Это зависит от формирования «общеевропейского консенсуса» в отношении того или иного права - например, в постановлении от 7 декабря 2021 года по жалобе Якутской республиканской федерации профсоюзов ЕСПЧ констатировал, что пока отсутствует европейский консенсус по вопросу о возможности объединения заключенных в профсоюзы. Другой принципиальный фактор – развитие понимания того или иного права непосредственно в практике ЕСПЧ – так, например, в постановлении от 18 декабря 2018 года «Муртазалиева против России» Большая Палата ЕСПЧ приняла решение уточнить ранее выработанные в его практике критерии допроса свидетеля защиты в соответствии с конвенционными стандартами. Это свидетельствует о том, что решения ЕСПЧ не претендуют на статус «единственно верных», а распределение голосов или наличие особых мнений указывает в том числе на возможность изменения его позиции в будущем. Отметим также, что закрытость сведений о распределении голосов с этой точки зрения лишает стороны возможности предполагать изменение практики суда, то есть такие изменения становятся внезапными.

Хотя формально распределение голосов при принятии судебного решения не влияет на его исполнимость, поскольку решения того же ЕСПЧ являются обязательными, наличие особых мнений судей может на национальном уровне способствовать затягиванию вопроса об исполнении такого решения, порождая дополнительные споры и обсуждения. Такое опасение высказывают Д. Норин и О.Стянсен, которые анализируют данные об исполнении решений межгосударственных судебных органов и констатируют взаимосвязь между

²⁸⁸См: Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия на современном этапе: новые перспективы // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5 – с. 6

наличием приложенных к решению особых мнений и затруднениями при их исполнении²⁸⁹. Применительно к ЕСПЧ это, вероятно, справедливо для наиболее сложных и болезненных для государств-ответчиков дел, касающихся, в частности, геополитических проблем – для которых даже вопрос о наличии компетенции (юрисдикции) ЕСПЧ не является однозначным с точки зрения участников спора. С другой стороны, трудно представить, чтобы для таких ситуаций отсутствие особых мнений судей могло бы облегчать процесс исполнения.

Проиллюстрируем этот тезис примером, связанным с процессом исполнения постановления ЕСПЧ от 8 июля 2004 года по делу «Илашку и другие против Молдовы и России» (*Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, жалоба № 48787/99). Нарушение в данном постановлении, как и в последующем связанном с ним постановлении от 15 ноября 2011 года по делу «Иванцок и другие против Молдовы и России» (*Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia*, жалоба № 23687/05) было связано с заключением заявителей властями непризнанной «Приднестровской Молдавской Республики», притом что до передачи заявителей властям этого образования они были задержаны российскими войсками. Таким образом, исполнение постановления было связано с освобождением заявителя – при этом молдавские и российские власти, как было подтверждено ЕСПЧ, не контролировали ПМР, которая находится в пределах территории Молдовы. Судья от Российской Федерации А.И. Ковлер в своем особом мнении критически оценил постановление ЕСПЧ, среди прочего указав, что «отдает себе отчет в объективной невозможности для второго государства-ответчика досконально исполнить Постановление Суда через голову суверенной Молдовы», поскольку невозможно принудить государство обеспечить конвенционные стандарты за пределами его территории. В данном случае судья констатировал проблему, порожденную постановлением ЕСПЧ, которая в полной мере проявилась во время процесса его исполнения, в ходе которого молдавские власти информировали Комитет министров Совета Европы о предпринимаемых

²⁸⁹См.: Naurin, D. The Dilemma of Dissent: Split Judicial Decisions and Compliance With Judgments From the International Human Rights Judiciary // *Comparative Political Studies*. – 2020. – 53(6). – P. 959-991. См. также URL: <https://theloop.echr.eu/the-dilemma-of-dissent-why-should-courts-avoid-making-public-their-dissenting-opinions/>.

ими усилиях по освобождению заявителей, в то время как российские власти выразили готовность способствовать возобновлению контактов между властями Молдовы и ПМР²⁹⁰, что по мнению ЕСПЧ и КМСЕ не являлось использованием всех доступных средств для обеспечения исполнения постановления. В итоге заявители были освобождены в связи с отбытием наказания и с учетом переговоров властей Молдовы и ПМР. Постановление было признано исполненным, однако следует признать, что российские власти вряд ли обладали достаточными полномочиями для влияния на этот процесс (что было расценено как бездействие и уклонение от принятия надлежащих мер ЕСПЧ и КМСЕ)²⁹¹. Таким образом, наличие особого мнения (фактически – многочисленных особых мнений) в данном деле сигнализировало о потенциальных проблемах исполнения постановления ЕСПЧ, которые в полной мере проявились на стадии обсуждения в Комитете министров Совета Европы.

Можно предположить, что такого рода предупреждения о недостатках готовящегося судебного решения потенциально способны улучшить решение на стадии его подготовки, т. е. до того, как они станут особым мнением. После вынесения решения же они скорее могут трансформировать в аргументы проигравшей стороны.

Другая параллель с регулированием института особых мнений в национальных судах – это признание того, что по меньшей мере на определенной стадии существования суда единство его позиции является более важным, чем возможность представления особых мнений, демонстрирующих активную дискуссию. Так, успех Суда ЕС после его создания исследователи связывают в том числе с его способностью «говорить единым голосом»; институт особых мнений заведомо исключает такую возможность²⁹². Обосновывая необходимость внедрения особых мнений судей в практику Суда ЕС, Дж. Лаффранк выделяет

²⁹⁰ Меморандум Секретариата Комитета министров Совета Европы от 7 мая 2007 года. Документ CM/Inf/ВР(2006)52-rev // Комитет министров Совета Европы [сайт]. URL: <https://www.coe.int/en/web/cm> (дата обращения: 10.03.2022).

²⁹¹ Резолюция КМСЕ от 6 марта 2014 года, документ CM/ResDH(2014)37 // Комитет министров Совета Европы [сайт]. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805b0ae8 (дата обращения: 10.03.2022).

²⁹² V. Perju – op. cit. – P. 331-332; А.С.Исполинов, указ. соч. – с. 221; Nadelmann Kurt H. The Judicial Dissent: Publication v. Secrecy // The American Journal of Comparative Law 8, no. 4 (1959): 415–32.

несколько групп причин, по которым право судей на особое мнение не нашло отражения в Статуте и Регламенте данного Суда в момент его создания: исторические, организационные и связанные с отбором судей, а также «фундаментальные»²⁹³.

Исторические причины связаны с тем, что государства, по инициативе которых был создан данный судебный орган (Франция, Германия, Италия, Бельгия, Нидерланды и Люксембург), на момент его создания не имели особых мнений в рамках своих судопроизводств. Кроме того, в качестве образца для Устава суда и его Регламента было взято производство во французском Государственном Совете (*Conseil d'Etat*), в котором особые мнения отсутствуют и в настоящее время. Между тем, за прошедшее с 1952 г. время Европейский Союз расширился и включил в себя страны, активно поддерживающие практику заявления особых мнений, в том числе Великобританию, а некоторые европейские страны, например Германия, восприняли институт особых мнений – во всяком случае, в Конституционном Суде.

Организационные причины связаны с обеспечением независимости судей, поскольку судья, срок полномочий которого может быть продлен, теоретически может подтвердить лояльность государству, которое предлагает его назначение, путем заявления (или отказа от заявления) особого мнения. В самом деле, критика Суда ЕС со стороны органов власти государства, задействованных в принятии решения вопроса о переназначении судей, вольно или невольно создает давление на судью, назначенного от этой страны. К организационным причинам Дж. Лаффранк относит и стиль судебных решений, которые в силу относительной краткости не всегда предоставляют достаточно информации для развернутой аргументации противоположной позиции в особом мнении.

Наконец, *фундаментальные* причины указанная исследовательница связывает с особой ролью Суда ЕС, который оценивает деятельность органов Союза (а не действия национальных властей). Внедрение же особых мнений

²⁹³ Laffranque J., Dissenting Opinion in the European Court of Justice — Estonia's Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System // *Juridica International* IX/2004 - , P. 16 – 17.

судей, как предполагается, способствовало бы демонстрации в них национальных подходов, и затрудняло бы поиск единого правового стандарта.

Тем не менее, в Суде ЕС особые мнения судей получили весьма любопытную замену²⁹⁴. В данном суде действуют Генеральные адвокаты, чьей обязанностью является представление собственной, независимой позиции по рассматриваемому в Суде делу до принятия решения судом. Предполагается, что это содействует развитию практики суда и предлагает судьям альтернативный вариант разрешения того или иного спора. Таким образом, в данном случае, несмотря на отсутствие института особых мнений, в практике предусмотрена структура, каким-то образом предоставляющая судьям альтернативную точку зрения.

Как отмечено ранее, возможность представить особое мнение следует рассматривать в качестве элемента гарантии внутренней независимости судьи. Данная точка зрения, как представляется, подтверждается и для международных судов, хотя в литературе встречаются утверждения о необоснованности оценки права судьи международного суда на особое мнение как элемент гарантии «внешней» независимости судьи. Так, А.С. Исполинов полагает, что «выглядит как минимум спорным утверждение, что особые мнения являются гарантией независимости судей»²⁹⁵. Он указывает, что следует разделять независимость судей от большинства судей при принятии решения (и в этом смысле право на выражение несогласия ограничивается принципами коллегиальности и конфиденциальности обсуждений), и независимость судей от государства, их назначившего (в этом смысле, по мнению А.С. Исполинова, особые мнения могут играть отрицательную роль, поскольку воспринимается как инструмент контроля лояльности со стороны государств).

Точка зрения А.С. Исполинова перекликается с отмеченными Дж. Лаффранк причинами для отказа от закрепления института особых мнений судей в Суде ЕС. Подобные опасения высказывал также, Председатель Суда

²⁹⁴ Laffranque J., *op. cit.* – P. 18

²⁹⁵ Исполинов А.С. Особые мнения в международных судах: доктрина и практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. No 1. С. 218–233.

Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ) К. Бауденбахер, по утверждению которого основной аргумент против введения особых мнений в судах европейской интеграции (суды ЕС и ЕАСТ) состоит в том, что особые мнения могут использоваться как средство давления на судей со стороны их государств, и это может сказаться на шансах судей на переназначение, самым очевидным образом ущемляя их независимость²⁹⁶. На эту же опасность обращали внимание правозащитные организации²⁹⁷.

В самом деле, особые мнения в международных судах могут восприниматься как инструмент демонстрации лояльности со стороны судей по отношению к государству, которое они представляют в международном органе.

Представляется, однако, что опасность злоупотребления особым мнением несколько преувеличена и во всяком случае может предотвращаться организацией судебного органа.

В качестве примера предлагается рассмотреть ситуацию в Европейском суде по правам человека, где особые мнения судей прочно закреплены в практике, являются открытыми и периодически имеют довольно экзотические формы (например, совместное частично совпадающее и частично особое мнение судей, к которым присоединился судья, не ставший автором особого мнения; или «заявление»). Поскольку государства определяют кандидатуры для выдвижения на судебские должности в ЕСПЧ, допустимо предположить, что особые мнения являются «индикатором лояльности» международного судьи по отношению к государству. В этом случае (предельно упрощая поведение судьи ради иллюстрации) можно ожидать, что судья всегда или в большинстве случаев будет голосовать в пользу этого государства, при случае также заявляя особое мнение. Этот подход, вероятно, должен более ярко проявляться по мере приближения отставки судьи, т. е. времени, когда он должен вернуться в государство, предложившее его кандидатуру, и в особенности наблюдаться в отношении

²⁹⁶ Исполинов А.С. – Указ.соч. – с. 222

²⁹⁷ Доклад Judicial Independence: Law and Practice of appointments to the European Court of Human Rights. Interights, May 2003. URL: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32795.pdf> (дата обращения: 10.03.2022).

государств, по жалобам против которых выносятся наибольшее количество постановлений.

Эти параметры и предположения могут быть оценены с помощью базы данных Европейского Суда по правам человека HUDOC.

Как известно, три государства, лидирующие по числу жалоб на рассмотрении ЕСПЧ – это Россия, Турция и Украина (суммарно эти жалобы составляют более 60% от общего числа жалоб на рассмотрении суда)²⁹⁸. До четверти постановлений ЕСПЧ, вынесенных ежегодно, относятся к этим трем государствам. Представляется поэтому достаточным с точки зрения иллюстрации ограничиться рассмотрением статистики особых мнений судей из этих трех стран. Можно также предположить, что в государствах, имеющих наибольшее число дел в ЕСПЧ, потребность в их разрешении в пользу государства выше, а следовательно и потенциальная заинтересованность судьи также может увеличиваться.

Что касается рассматриваемого периода, представляется обоснованным в качестве исходной даты определить 2010 год как год масштабной реформы ЕСПЧ и введения в действие механизма рассмотрения «повторяющихся» жалоб комитетами из трех судей (в таком случае решение принимается единогласно, а значит, особые мнения исключены). Таким образом, статистические данные будут касаться однотипных с процессуальной точки зрения производств.

Наконец, предпочтительным является рассмотрение данных деятельности судей, чей срок полномочий завершен (этот критерий, к сожалению, не удается соблюсти применительно к судье от Украины, поскольку срок полномочий В. Буткевича истек в 2008 году, а избранная в 2010 году Г. Юдкивска по-прежнему является судьей ЕСПЧ²⁹⁹).

С учетом этих соображений рассмотрены данные о деятельности следующих судей: судья от России Д.И. Дедов (2012-2021 гг.), судья от Турецкой

²⁹⁸ Статистические сведения о жалобах, находящихся на рассмотрении ЕСПЧ, размещены на его официальном сайте. По состоянию на 31 января 2022 года см. URL: https://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2022_BIL.PDF (дата обращения: 10.03.2022)

²⁹⁹ Срок полномочий представительницы Украины Г.Юдкивской (G.Yudkivska) истек, однако она продолжает исполнять обязанности судьи, поскольку кандидатура следующего судьи по-прежнему не определена (список представленных кандидатов был в очередной раз отклонен ПАСЕ в сентябре 2021 года).

Республики Ы. Каракаш (*Işıl Karakaş*) (2008-2019 гг.) и судья от Украины Г. Юдживска (*G. Yudkivska*) (с 2010 года).

Сведения о деятельности этих судей применительно к представлению особых мнений можно обобщить следующим образом:

Таблица 2. Особые мнения, заявленные Ы. Каракаш

Год	Всего постановлений ЕСПЧ вынесено (Большая Палата и Палата)	Из них по жалобам против Турции	Из них с особыми мнениями (мнениями)	Из них с мнением Ы. Каракаш (включая коллективные)	Из них мнения В. Каракаш об отсутствии хотя бы одного нарушения со стороны Турции	Мнения Ы. Каракаш по делам против других государств (включая коллективные)
2010	1381	274	28	4	4	-
2011	888	154	26	-	-	3
2012	887	89	21	2	1	1
2013	697	90	10	1	-	2
2014	682	93	30	6	6	4
2015	646	76	30	3	-	3
2016	680	84	13	3	2	8
2017	544	61	16	3	1	10
2018	477	74	17	2	2 ³⁰⁰	2
2019	339	64 ³⁰¹	11	1	-	1

Таблица 3. Особые мнения, заявленные Г. Юдживской

Год	Всего постановлений ЕСПЧ (Большая Палата и Палата)	Из них по жалобам против Украины	Из них с особыми мнениями (мнениями)	Из них с мнением Г. Юдживской (включая коллективные)	Из них мнения Г.Юдживской об отсутствии хотя бы одного нарушения со стороны Украины	Мнения Г. Юдживской по делам против других государств (включая коллективные)
2010	1381	85	6	2	-	-
2011	888	47	5	5	2	-
2012	887	46	6	- ³⁰²	-	5
2013	697	45	10	2 ³⁰³	-	3
2014	682	27	5	1	1	8
2015	646	36	5	2	1	6
2016	680	39	3	-	-	6
2017	544	29	8	2	-	5
2018	477	23	4	3	-	7
2019	339	16	6	2 ³⁰⁴	-	6
2020	391	13	1	-	-	5
2021	428	23	5	3	1	4

³⁰⁰ Еще 1 особое мнение представлено судьей *ad hoc*.

³⁰¹ В связи с завершением срока полномочий судья Каракаш принимала участие в рассмотрении не всех этих дел.

³⁰² Два особых мнения представлено судьей *ad hoc*.

³⁰³ Еще одно особое мнение заявлено судьей *ad hoc*.

³⁰⁴ В деле «Развозжаев и Удальцов против России и Украины и Удальцов против России» судья присоединилась к двум особым мнениям.

Таблица 4. Особые мнения, заявленные Д.И. Дедовым.

Год	Всего постановлений ЕСПЧ (Большая Палата и Палата)	Из них по жалобам против России	Из с особыми мнениями (мнениями)	Из них с мнением Д.И.Дедова (включая коллективные)	Из них мнения Д.И.Дедова об отсутствии хотя бы одного нарушения со стороны России	Мнения Д.И. Дедова по делам против других государств (включая коллективные)
2012	887	129	10	³⁰⁵	-	-
2013	697	110	10	9	6	2
2014	682	98	16	10 ³⁰⁶	4	4
2015	646	91	10	6	2	8
2016	680	102	18	8	5	9
2017	544	96	21	17	14	6
2018	477	80	27	14	10	6
2019	339	49	17	8	4	2
2020	391	55	17	9	3	2
2021	428	68	18	8	8	4

Этот пример хотя и не является исчерпывающим, поскольку не включал анализ всего массива постановлений ЕСПЧ, не позволяет подтвердить ни одно из высказанных предположений. Лишь по небольшому количеству дел против собственных государств судьи заявляли особое мнение. Еще меньше их было направлено на обоснование позиции об отсутствии нарушения со стороны государства-ответчика. Судьи далеко не всегда принимали решение высказаться в спорных случаях (где другие члены коллегии нашли основания для заявления особого или совпадающего мнения, в том числе по резонансным делам³⁰⁷); по мере приближения к завершению срока полномочий какие-либо заметные изменения в частоте представления или содержания особых мнений также не наблюдаются (скорее напротив, можно отметить снижение количества особых мнений). Количество мнений, высказанных в делах против других государств, хотя и колеблется, остается небольшим.

При этом далеко не всегда право заявить особое мнение было использовано для защиты интересов государства-ответчика. Среди ярких

³⁰⁵ Несколько особых мнений в этот период заявлено А.И.Ковлером, который был судьей от России до осени 2012 года, а также судьей *ad hoc*.

³⁰⁶ В этот период одно особое мнение было заявлено судьей *ad hoc*.

³⁰⁷ Например, судья Д.И.Дедов не заявил отдельного мнения применительно к известным постановлениям «Хорошенко против России» (*Khoroshenko v. Russia*, жалоба № 41418/04) – об обеспечении права на длительные свидания при отбывании пожизненного заключения; «Каспаров против России» (*Kasparov v. Russia*, жалоба № 53659) – о привлечении к ответственности за несанкционированные публичные мероприятия.

примеров, когда позиция судей расходилась с позицией властей государства ответчика, можно назвать дела «Эртуш против Турции» (*Ertuş v. Turkey*, жалоба № 37871/08); «Навальные против России» (*Navalnyye v. Russia*, жалоба № 101/15); или «Алексеев и другие против России» (*Alekseyev and Others v. Russia*, жалоба № 14988/09 и 50 других жалоб).

Конечно, эти рассуждения в достаточной степени упрощают оценки поведения судьи, и вряд ли могут полностью опровергать саму возможность использования текста его особого мнения в качестве «индикатора лояльности». Например, очевидно, что разные дела в разной степени интересуют компетентные государственные органы соответствующего государства, в том числе политическое руководство.

В этом отношении можно обратить внимание на статистику за 2014 год. В этом году вынесено 93 постановления (одно из них Большой Палатой), в 30 заявлены особые мнения. В одном деле (постановление о присуждении компенсации по межгосударственной жалобе «Кипр против Турции» (*Cyprus v. Turkey*, жалоба № 25781/94)) судья Каракаш заявила собственное особое мнение (возражая против факта присуждения компенсации и ее размера), а также поддержала коллективное совпадающее мнение (в части критики высказывания суда о статусе исполнения одного из ранее вынесенных постановлений ввиду отсутствия у ЕСПЧ таких полномочий). Такой реакции на постановление по межгосударственной жалобе можно придать особое значение (это постановление, кстати, остается по-прежнему не исполненным в части выплаты компенсации, как свидетельствует резолюция Комитета министров Совета Европы от 16 сентября 2021 года³⁰⁸).

Таким образом, высказанные опасения в теории не лишены оснований, однако вполне преодолимы в случае закрепления института особого мнения в том или ином международном судебном органе. Это зависит как от личных качеств судьи, так и от авторитета судебного органа и, вероятно, нормативного

³⁰⁸ Резолюция Комитета министров Совета Европы от 16 сентября 2021 года. Документ CM/ResDH(2021)201 // Комитет министров Совета Европы [сайт]. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a3d29f (дата обращения: 10.03.2022).

регулирования – например, закрепления определенных гарантий для судьи, прекратившего работу в международном судебном органе и возвратившегося в свое государство, либо исключения возможности повторного назначения на должность. Э. Вотен, подробно исследовавший вопрос о беспристрастности судей международных судов, в этом отношении отыскал удачную формулировку: «судьи ЕСПЧ являются политически мотивированными акторами в том смысле, что они имеют предпочтения политического характера относительно наилучшего применения абстрактных прав человека в конкретных делах, а не в том смысле, что они используют судебные полномочия для решения геополитических задач»³⁰⁹. Исследователи в целом разделяют позицию о том, что при подготовке особого мнения наибольшее значение имеет именно личность судьи и его жизненный опыт³¹⁰.

Анализ института особых мнений судей в международных судебных органах демонстрирует практически те же тенденции, что и в национальных правовых системах.

Во-первых, отсутствует единый стандарт относительно закрепления этого института, что наряду с небольшим количеством заявляемых особых мнений в очередной раз подтверждает его факультативный характер. В то же время в отличие от национальных правовых систем, где отказ от особых мнений (или их обнародования) тесно связан с обеспечением тайны совещания судей, и лишь в меньшей степени мотивируется потенциальной угрозой их независимости, именно второй аргумент, по-видимому, является основополагающим для международного суда. Этот аргумент связывает назначение или переназначение судьи и демонстрацию его лояльности государству, способному способствовать этому назначению или переназначению. Вместе с тем выявить какие-либо конкретные угрозы в этой сфере не удастся – высокий статус и серьезный

³⁰⁹ Voeten E. The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights // *American Political Science Review*, 102(4), 2008 – P. 432.

³¹⁰ Исполинов А.С. - указ. соч. – с. 226; Нешатаева Т.Н. Особое мнение как точка равновесия между интернационализмом и этатизмом // *Российское правосудие*. 2018. № 11 – с.73, 75.; Dumbauld E. Dissenting Opinions in International Adjudication // 90 U. PA. L. REV. 929 (1942). – P.940; Martinez-Fraga P.J., Samra H.J. A Defense of Dissents in Investment Arbitration // 43 U. Miami Inter-Am. L. Rev. (2012) – P.445; Anand R. P. The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication // *The International and Comparative Law Quarterly* 14, no. 3 (1965): 788–808. и др.

профессиональный отбор международных судей, равно как и статус соответствующих судебных органов, по всей видимости, достаточны для того, чтобы развеять сомнения в этом отношении.

Во-вторых, к особым мнениям судей международных судебных органов применим вывод о непредсказуемости их последствий, в том числе в части возможности и способа исполнения его решений. Для международного суда такая проблема может представлять собой серьезное препятствие для утверждения его авторитета.

В-третьих, международные суды и отдельные судьи могут в то же время использовать особые или совпадающие мнения судей национальных судов. Это относится в первую очередь к высшим судам, учитывая сложность разрешаемых ими вопросов. У такого цитирования, как представляется, есть позитивный потенциал, связанный в первую очередь с возможностью поиска компромисса или путей преодоления разногласий позиций большинства. Однако непредсказуемость последствий, ранее отмеченная нами в качестве фактора, увеличивающего недоверие к публичным особым мнениям судей, также может сыграть значительную роль в этом отношении, сигнализируя, в частности, о неустойчивости национального судебного органа. Цитирование такого рода особых мнений международным судом потенциально может создать для национального суда непростую ситуацию (особенно учитывая, что спорное особое мнение само по себе может быть заявлено в ситуации неопределенности или кризиса на национальном уровне).

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Широкое применение сравнительно-правового метода позволило выделить существенные характеристики и назначение института особого мнения судьи, определить его место в правовой системе (правовую природу), а также определить структуру данного института. Это позволило отказаться от участия в традиционной дискуссии, имеющей место в литературе, о целесообразности закрепления права на особое мнение, его положительных и отрицательных сторонах. В этом отношении представляется обоснованной позиция, согласно которой одни и те же аргументы звучат как в пользу особых мнений, так и в пользу отказа от них.

Вопрос о закреплении института особого мнения судьи в конституционном судопроизводстве не является принципиальным сам по себе – различные правовые системы знают разные примеры такого регулирования. Однако при его установлении законодатель должен принимать во внимание необходимость реализации потенциала особого мнения в форме того или иного способа его обнародования. При установлении регулирования института особого мнения судьи в конституционном судопроизводстве принципиальное значение имеет последовательность такого регулирования. Так, по-видимому, выбранный российским законодателем вариант регулирования – сохранение права на особое мнение при отказе от той или иной формы его обнародования – выглядит избыточным (поскольку материальный аспект особого мнения корреспондирует праву судьи на возражение при рассмотрении дела в составе коллегии). Если целью законодателя было изъятие особых мнений судей из публичного пространства, то целесообразнее было бы устранить само право на заявление особого мнения.

Изучение зарубежного опыта демонстрирует распространенность института особого мнения судьи в конституционном судопроизводстве. Практически во всех конституционных судах, созданных в период активного распространения механизмов судебного конституционного контроля, данное право в том или ином виде закреплено. Напротив, в государствах, где судьям конституционных судов

особое мнение не предоставлено (Италия, Франция), как правило, нет и специальных положений, регламентирующих этот правовой институт. Поэтому обоснован вывод о промежуточном характере действующего регулирования института особого мнения судьи в российском конституционном судопроизводстве.

Поскольку материальный аспект права заявить особое мнение (право на возражение), в сущности, предоставлен любому судье при рассмотрении дела в составе коллегии, его отдельное закрепление может быть избыточным. В то же время, ключевым является вопрос о наличии механизма обнародования особого мнения судьи (право на опубликование особого мнения). В настоящее время буквальное прочтение положений Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» и регламента КС РФ дает основания предполагать, что судья оказывается лишен возможности обнародовать свое особое мнение иными способами, кроме процессуального (например, в научной публикации). Такой подход может свидетельствовать об определенном ограничении свободы выражения судьи, причем вне рамок рассмотрения дела.

Опасения законодателя, связанные с непредсказуемостью реакции общественности на заявление особого мнения, а также с потенциальным нарушением принципа независимости и беспристрастности суда (возможности злоупотребления особым мнением в политических целях) заслуживают внимания. Однако наиболее последовательным в этом случае был бы полный отказ от института особого мнения, например, путем исключения соответствующих положений (в том числе и указанного запрета) из Федерального конституционного закона и регламента. Сравнительный анализ показывает, что в ситуации частичного ограничения права обнародовать особое мнение можно ожидать, что при наличии серьезного спора между судьями, распределения голосов поровну или рассмотрении острого вопроса судья или судьи будут искать внепроцессуальный (а значит и внеправовой) способ демонстрации своей личной позиции.

Это характерно именно для конституционных судов, поскольку в судах общей юрисдикции особое мнение судьи впоследствии может являться предметом изучения в вышестоящей инстанции. Заявление возражения вне или помимо процессуальных рамок может создавать угрозу авторитету суда. Именно поэтому в ряде государств (Германия, Словакия) законодатель в итоге принял решение урегулировать институт особого мнения, позволяя публике или сторонам ознакомиться с его содержанием. Напротив, в случае, когда особое мнение не предусмотрено, но имеется давняя устойчивая традиция закрытости судебного разбирательства и мнения отдельных судей, обычно отсутствуют дополнительные ограничения, направленные на исключение раскрытия информации о высказанных в совещательной комнате позициях. Но при этом судьи свободно участвуют в научной дискуссии (Франция, Италия, Австрия). Общая тенденция зарубежного регулирования, однако, свидетельствует в пользу закрепления института особого мнения в конституционном судопроизводстве.

Сравнительное исследование позволило сделать вывод о том, что вопреки распространенному мнению в исторически в государствах англо-саксонской и романо-германской правовой семьи особое мнение имеет различное происхождение. Для англо-американских государств оно, видимо, редуцировалось из обязанности каждого судьи высказать свою личную позицию при рассмотрении дела. Очевидность этой обязанности обуславливает повсеместную распространенность рассматриваемого института в этих государствах при весьма скудном регулировании (исключение – наличие ограничений, как в Ирландии). Напротив, особое мнение в конституционных судах европейских (романо-германских) государств представляет собой развитие механизма, позволяющего вышестоящему суду оценить аргументацию несогласного судьи. Для органа конституционной юстиции возможность обратиться к вышестоящему суду отсутствует в силу их особого положения. Опубликование особого мнения в этом случае можно рассматривать как своего рода обращение к народу – суверену, обладающему всей полнотой власти в демократическом государстве. Практика показывает, что иногда адресат особого

мнения является вполне конкретным – это законодатель или правоприменительные органы.

В международных судебных органах особое мнение судьи сохраняет черты факультативности и не является повсеместно распространенным. Для этих судов характерно правомерное сомнение относительно использования института особого мнения для контроля лояльности судьи, назначенного при участии конкретного государства. Это сомнение на практике оказывается несостоятельным, но для его устранения существенным является наличие организационных гарантий, устраняющих целесообразность демонстрации лояльности со стороны судей (например, невозможность повторного избрания на должность).

Тем не менее, настоящее исследование не исчерпывает проблематику института особых мнений судей в органах судебного конституционного контроля. Вместе с тем, как представляется, оно открывает возможности дальнейшего углубленного исследования данного института, в том числе и вне рамок сравнительно-правового исследования.

Так, вывод о сущности особого мнения судьи как формализованного способа преодоления пределов судебского усмотрения может учитываться в дальнейших работах, посвященных судебному усмотрению. Определение сущности особого мнения судьи как явления указывает на тесную связь между данным институтом в конституционном судопроизводстве и других видах судопроизводства. С этой точки зрения в дальнейшем возможно изучение закономерностей влияния (или отсутствия такового) особого мнения судьи в суде общей юрисдикции на правоприменительную практику.

В то же время, особое мнение судьи охарактеризовано как факультативная гарантия независимости судьи при коллегиальном рассмотрении дела. Этот вывод подтверждает «ускользающий» характер института особого мнения: его нельзя считать обязательным, его отсутствие не влияет непосредственно на объем судебской независимости, наконец, его потенциал как проводника законодательных изменений реализуется достаточно редко.

Дальнейшие исследования в этом направлении могут с течением времени и накоплением опыта осуществления конституционного контроля в Российской Федерации приобрести эмпирический характер, в том числе учитывающий данные о личности того или иного судьи. В отсутствие открытых данных об особых мнениях судей соответствующие исследования неизбежно будут отчасти спекулятивными.

Список литературы

Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации : [принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. : с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 года] // Российская газета. – 2020. – № 144.

2. О Конституционном Суде Российской Федерации : Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ : текст с изменениями и дополнениями на 1 июля 2021 г. : [принят Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации 24 июня 1994 г. : одобрен Советом Федерации Федерального собрания Российской Федерации 12 июля 1994 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 13. – Ст. 1447.

3. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации : Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ : текст с изменениями и дополнениями на 30 декабря 2021 г. : [принят Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации 14 июня 2002 г. : одобрен Советом Федерации Федерального собрания Российской Федерации 10 июля 2002 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 30. – Ст. 3012.

4. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ : текст с изменениями и дополнениями на 10 марта 2022 г. : [принят Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации 23 октября 2002 г. : одобрен Советом Федерации Федерального собрания Российской Федерации 30 октября 2002 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 46. – Ст. 4532.

5. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации : Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ : текст с изменениями и дополнениями на 13 января 2022 г. : [принят Государственной Думой

Федерального собрания Российской Федерации 20 февраля 2015 г. : одобрен Советом Федерации Федерального собрания Российской Федерации 25 февраля 2015 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2015. – № 10. – Ст. 1391.

6. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : Федеральный закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ : текст с изменениями и дополнениями на 13 января 2022 г. : [принят Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации 20 декабря 2001 г. : одобрен Советом Федерации Федерального собрания Российской Федерации 26 декабря 2001 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – Ст. 1.

7. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : Федеральный закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ : текст с изменениями и дополнениями на 9 марта 2022 г. : [принят Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации 22 ноября 2001 г. : одобрен Советом Федерации Федерального собрания Российской Федерации 5 декабря 2001 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 52 (I часть). – Ст. 4921.

8. О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации в части установления порядка ознакомления с особым мнением судьи : Федеральный закон Российской Федерации от 21 октября 2013 г. № 272-ФЗ : текст с изменениями и дополнениями на 9 марта 2022 г. : [принят Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации 8 октября 2013 г. : одобрен Советом Федерации Федерального собрания Российской Федерации 16 октября 2013 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2004. – № 35. – Ст. 3607.

9. О статусе судей в Российской Федерации : Закон Российской Федерации от 26 июня 1992 г. № 3132-I : текст с изменениями и дополнениями на 5 апреля 2021 г. // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 30. – Ст. 1792.

10. О конституционном надзоре в СССР : Закон СССР от 23 декабря 1989 г. № 972-1 : утратил силу // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. – 1989. – № 29. – Ст. 572.

11. О Конституционном Суде РСФСР : Закон РСФСР от 12 июля 1991 г. № 1599-1 : фактически утратил силу // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. – 1991. – № 30. – Ст. 1017.

12. Регламент Конституционного Суда Российской Федерации : [принят Конституционным судом Российской Федерации 1 марта 1995 г.] : текст с изменениями и дополнениями на 28 января 2021 г. // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2016. – № 4.

13. О Комиссии при Президенте Российской Федерации по предварительному рассмотрению вопросов назначения судей и прекращения их полномочий : Указ Президента Российской Федерации от 17 февраля 2021 г. № 97 // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2021. – № 8. – Ст. 1313.

14. Статут Международного Суда : [принят в г. Сан-Франциско 26 июня 1945 г.] // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами : Действующие договоры, соглашения и конвенции, вступившие в силу между 3 сентября 1945 г. и 31 декабря 1946 г. – Москва : Госполитиздат, 1956. – Вып. 12. – С. 47-63.

15. Конвенция о защите прав человека и основных свобод : [заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г.] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 2. – Ст. 163.

16. Закон 13 липня 2017 року № 2136-VIII «Про Конституційний Суд України» // Відомості Верховної Ради. – 2017. – № 35. – Ст. 376. – URL: <http://consultant.parus.ua/?doc=0B6M3A511F> (дата обращения: 08.01.2022). [Закон Украины от 13 июля 2017 года «О Конституционном суде Украины» (ред. от 12 июля 2018 года)].

17. Закон за Конституционен Съд : [Обн. ДВ. бр. 67 от 16 август 1991 г.]. – URL: <https://www.constcourt.bg/bg/LegalBasis> (дата обращения: 08.01.2022). [Закон о Конституционном суде Болгарии]

18. О конституционном судопроизводстве в Республике Казахстан : Закон Республики Казахстан от 5 июня 1992 г. № 1379-ХІІ : утратил силу. – URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1001173&pos=191;-25#pos=191;-25 (дата обращения: 13.03.2022).

19. О Конституционном совете Республики Казахстан : Закон от 29 декабря 1995 г. № 2737 : текст с изменениями и дополнениями на 22 декабря 2017 г. – URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1004022& (дата обращения: 13.03.2022).

20. Правилник за организацията на дейността на Конституционния съд : [обн., ДВ, бр. 106 от 20 декември 1991 г.] – URL: <https://www.constcourt.bg/bg/LegalBasis> (дата обращения: 13.03.2022) [Регламент организации и деятельности Конституционного суда Болгарии].

21. О Конституционном суде Республики Узбекистан : Конституционный Закон Республики Узбекистан от 27 апреля 2021 года № ЗРУ-687 : [принят Законодательной палатой 13 января 2021 г. : одобрен Сенатом 12 марта 2021 г.]. – URL: <https://lex.uz/ru/docs/5391999> (дата обращения: 20.12.2021).

22. Bundesrecht konsolidiert : Gesamte Rechtsvorschrift für Verfassungsgerichtshofgesetz. – StF BGBl. – 1953. – № 85/1953 (WV). – URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000245> (datum der behandlung: 08.01.2022). [Консолидированный федеральный закон Австрийской Республики о Конституционном суде].

23. Federal Rules of Civil Procedure : December 1, 2020 : [U.S. Government Publishing Office Washington : 2021]. – URL: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf (date of application: 08.01.2022) [Федеральные правила гражданского производства США].

24. Gesetz vom 27 : November 2003 über den Staatsgerichtshof (StGHG) // URL: <https://erlasse.rechtportal.li/showdocument.aspx?lrrnr=173.10&showHTML=1&zusatz=>

&autoresetcache=1 (datum der behandlung: 01.09.2021) [Закон о Государственном Суде Лихтенштейна].

25. Kodiċi Ta' Organizzazzjoni U Proċedura Ċivili : 1 ta: Aivissu, 1855 // Kapitolu. – URL: <https://legislation.mt/eli/cap/12> (data ta'applikazzjoni: 08.01.2022) [Кодекс организации и гражданского процесса Мальты].

26. Kriminaalmenetluse seadustik : Riigi Teataja RT I, 22 detsember 2021, 45. § 23. – URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/122122021045> (taotlemise kuupäev: 08.01.2022). [Уголовно-процессуальный кодекс Эстонии].

27. Ley № 141 código de Procesos // Gaceta Oficial de la República Ordinaria. – de 7 de diciembre de 2021. – № 138. – URL: https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2021-o138_0.pdf (fecha de recurso: 13.03.2022) [Процессуальный кодекс Республики Кубы].

28. Ley № 5 Ley de Procedimiento Penal: [de 13 de agosto de 1977] // Gaceta Oficial de la República Ordinaria. – de 15 de agosto. – de 1977. – № 32. – URL: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/ley-no-5-ley-de-procedimiento-penal> (fecha de recurso: 13.03.2022) [Закон об уголовной процедуре Республики Кубы].

29. Llei qualificada del Tribunal Constitucional // Butlletí Oficial de Principat d'Andorra. – 1993. – № 51. – URL: https://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/lleis-1989-2002/llei-qualificada-del-tribunal-constitucional.pdf/at_download/file (data d'aplicació: 13.03.2022). [Квалифицирующий закон о Конституционном Трибунале Андорры].

30. Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle. – URL: <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1997/07/27/n6/jo> (date de la requête: 01.09.2021) [Закон об организации Конституционного Суда Люксембурга].

31. Loi spéciale du 6 Janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. – URL: <https://www.const-court.be/fr/court/basic-text#2-legislation-organique>. (date de la requête: 08.01.2022). [Органический специальный закон Бельгии о Конституционном суде].

32. Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale : [Corte Costituzionale Delibera 22 luglio 2021] // Gazzetta Ufficiale Serie Generale. -2021. –

- № 262. – URL: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2021-11-03&atto.codiceRedazionale=21A06516&elenco30giorni=true (data del caso: 08.01.2022). Статья 20 [Дополнительные правила судопроизводства в Конституционном суде Италии (ред. от 22 июля 2021 года)].
33. Ordonnance № 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. – URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/ordonnance-n-58-1067-du-7-novembre-1958-portant-loi-organique-sur-le-conseil-constitutionnel> (date de la requête: 01.09.2021). [Ордонанс № 58-1067 от 7 ноября 1958 об органическом законе о Конституционном Совете Франции].
34. Põhiseaduslikkuse järelevalve kohtumenetluse seadus alates 13 märtsist 2002 aasta // Riigi Teataja I. – 2019. – № 4. – URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/107032019004> (taotlemise kuupäev: 08.01.2022). [Закон Эстонской Республики от 13 марта 2002 года «О конституционном судопроизводстве» (ред. от 1 января 2020 года)].
35. Regio Decreto 19 ottobre 1930 № 1398 Approvazione del testo definitivo del Codice Penale // GU. – 930. – № 251. – URL: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1930-10-19;1398> (data del caso: 08.01.2022). Статья 683-685 [Уголовный кодекс Италии, утвержден Королевским декретом от 19 октября 1930 года № 1398 (ред. от 30 ноября 2021 года)].
36. Satversmes tiesas likums 1996 gada 14 Jūnijā // Latvijas Vēstnesis. – 1996. – № 103. – URL: <https://likumi.lv/doc.php?id=63354> (datums ārstēšana: 08.01.2022). [Закон Латвии от 14 июня 1996 года «О Конституционном Суде» (ред. от 9 сентября 2020 года)]
37. Tsiviilkohtumenetluse seadustik // Riigi Teataja I. – 2021. – p. RT I 2005, 26, 197. – § 22. – URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/122122021023> (taotlemise kuupäev: 08.01.2022). [Гражданский процессуальный кодекс Эстонии (ред. от 22 декабря 2021 года)].

38. United States Code // Public Law 117-80. – 5 USC 552. – URL: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=dissent&f=treesort&fq=true&num=0&hl=true&edition=prelim&granuleId=USC-prelim-title5-section552> (date of application: 08.01.2022). [Свод законов США].

39. Zákon o Ústavním soudu 182/1993 Sb ze dne 16 června 1993 // AION CS 2010-2022 [cit. 8. 1. 2022]. – URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/en/1993-182#f1506555> (datum odvolání: 08.01.2022). [Закон Чешской Республики от 16 июня 1993 года № 182/1993 «О Конституционном суде» (ред. от 2 августа 2021 года)].

40. Zákon z 24 októbra 2018 o Ústavnom súde Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov. – URL: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2018/314/20210101> (dátum uplatňovania: 13.03.2022) [Закон 314/218 от 24 октября 2018 года О конституционном суде Словакии].

41. Римский статут Международного уголовного суда : [принят в г. Риме 17 июля 1998 г. Дипломатической конференцией полномочных представителей под эгидой ООН по учреждению Международного уголовного суда]. – URL: http://legal.un.org/icc/statute/russian/rome_statute%28r%29.pdf (дата обращения: 30.12.2021).

Судебная практика

42. По делу о проверке конституционности положений статьи 13 Закона Российской Федерации «О реабилитации жертв политических репрессий», пунктов 3 и 5 статьи 7, пункта 1 части 1 и части 2 статьи 8 Закона города Москвы «Об обеспечении права жителей города Москвы на жилые помещения» в связи с жалобами граждан А.Л. Мейсснер, Е.С. Михайловой и Е.Б. Шашевой : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 декабря 2019 г. № 39-П. – URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 19.12.2021).

43. Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации К.В. Арановского [представлено в отношении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 10 декабря 2019 года № 39-П]. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 15.04.2022).

44. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Павловой Татьяны Михайловны на нарушение ее конституционных прав частью 3 статьи 13 и частью 4 статьи 28, а также частью 3 статьи 43 во взаимосвязи с частями 1, 4 и 5 статьи 44 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24 октября 2019 года 2955-О. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 15.04.2022).

45. Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Н.С. Бондаря [представлено в отношении Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 24.10.2019 № 2955-О]. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 15.04.2022).

46. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Г. на нарушение его конституционных прав пунктами 1 и 2 статьи 52 Семейного кодекса Российской Федерации : Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 28 февраля 2019 года № 397-О. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 15.04.2022).

47. Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева [представлено в отношении Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 28.02.2019 № 397-О]. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 15.04.2022).

48. По делу о проверке конституционности статьи 19.1 Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации» в связи с жалобой гражданина Е.Г. Финкельштейна : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 января 2019 года № 4-П // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2019. - № 4. – Ст. 359.

49. Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации К.В. Арановского [представлено к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 17 января 2019 года № 4-П]. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 15.04.2022).

50. По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 31 июля 2014 года по делу «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 января 2017 года № 1-П. // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2017. – № 5. – Ст. 866.

51. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.Г. Ярославцева [представлено в отношении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 19 января 2017 года № 1-П] // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2017. – № 1.

52. Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации К.В. Арановского [представлено в отношении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 19 января 2017 года № 1-П] // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2017. – № 1.

53. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Капаева Александра Владимировича и Цветкова Александра Олеговича на нарушение их конституционных прав положением подпункта «а» пункта 2 статьи 24 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе : Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 5 марта 2013 г. № 353-О. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 19.12.2021).

54. Особое мнение судей Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева и К.В. Арановского : [представлено в отношении Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 5 марта 2013 г. № 353-О]. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 19.12.2021).

55. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Юдина Юрия Рудольфовича на нарушение его конституционных прав статьями 301 и 312 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : Определение Конституционного Суда РФ от 17 января 2012 г. № 174-О-О // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2012. – № 4.

56. По делу о проверке конституционности пунктов 1 и 2 статьи 29, пункта 2 статьи 31 и статьи 32 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки И.Б. Деловой : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 июня 2012 года № 15-П // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2012. – № 29. – Ст. 4167.

57. По делу о проверке конституционности положений пункта 10 части 1 статьи 17 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» и статьи 20.1 Закона Российской Федерации «О милиции» в связи с жалобами граждан Л.Н. Кондратьевой и А.Н. Мумолина : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 июня 2011 года № 14-П // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2011. – № 28. - Ст. 4261.

58. По делу о проверке конституционности положений статьи 117, части 4 статьи 292, статей 295, 296, 299 и части 2 статьи 310 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой закрытого акционерного общества «Довод» : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 марта 2010 г. № 6-П // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2010. – № 14. – Ст. 1733.

59. Мнение судей Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева и Ю.Д. Рудкина по делу о проверке конституционности положений статьи 117, части 4, статьи 292, статей 295, 296, 299 и части 2 статьи 310 АПК Российской Федерации : [представлено в отношении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 17 марта 2010 г. № 6-П] // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2010. – № 3.

60. По делу о проверке конституционности ряда положений статей 37, 52, 135, 222, 284, 286 и 379.1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и части четвертой статьи 28 Закона Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» в связи с жалобами граждан Ю.К. Гудковой, П.В. Штукатурова и М.А. Яшиной» : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 февраля

2009 года № 4-П // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2009. – № 11. – Ст. 1367.

61. Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева : [представлено в отношении Постановления Конституционного суда Российской Федерации от 27.02.2009 № 4-П] //]. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 20.04.2021).

62. По жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки Астаховой Ирины Александровны положением подпункта 1 пункта 1 статьи 220 Налогового кодекса Российской Федерации : Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2006 г. № 444-О. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 19.12.2021).

63. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева по Определению Конституционного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2006 г. № 444-О по жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки И.А. Астаховой положением подпункта 1 пункта 1 статьи 220 Налогового кодекса Российской Федерации. – URL: <http://www.ksrf.ru/> (дата обращения: 19.12.2021).

64. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Пром Лайн» на нарушение конституционных прав и свобод положением пункта 2 статьи 171 Налогового кодекса Российской Федерации : Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 апреля 2004 г. № 169-О // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2004. – № 4.

65. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононова по Определению Конституционного Суда Российской Федерации от 8 апреля 2004 г. об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Пром Лайн» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 2 статьи 171 Налогового кодекса Российской Федерации.

Федерации // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2004. – № 4.

66. По делу о проверке конституционности положений Уголовного кодекса Российской Федерации, регламентирующих правовые последствия судимости лица, неоднократности и рецидива преступлений, а также пунктов 1 – 8 Постановления Государственной Думы от 26 мая 2000 г. «Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941 – 1945 годов» в связи с запросом Останкинского межмуниципального (районного) суда города Москвы и жалобами ряда граждан : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 марта 2003 г. № 3-П // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2003. – № 14. – Ст. 1302.

67. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Н.В. Витрука, представлено в отношении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 19 марта 2003 г. № 3-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2003. – № 3.

68. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации А.Л. Кононова, представлено в отношении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 19 марта 2003 г. № 3-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. – 2003. – № 3.

69. По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года «О рекламе» : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 4 марта 1997 года № 4-П [вместе с особым мнением судьи Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькина] // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1997. – № 11. – Ст. 1372.

70. О запрете совмещения должностей руководителями государственных органов власти и управления, установленном в законодательстве РСФСР : вместе с особым мнением членов Комитета Босхолова С.С. и Быкова А.Г. : Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 25 октября 1990 г. № 9 (2-9) // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. – 1990. – № 47. – Ст. 1002.

71. О нормативных актах союзных республик, предусматривающих приостановление или ограничение действия на территории этих республик правовых положений об обеспечении жильем военнослужащих, уволенных в запас или в отставку, и их семей» : [вместе с особым мнением члена Комитета Инцикирвели Г.З.] : Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 26 октября 1990 г. № 10 (2-7) // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. – 1990. – № 47. – Ст. 1003.

72. Case C-204/21 R : Order of the Vice-President of the Court : 14 July 2021 : as amended on 17 October 2021 // ECLI : EU : C : 2021 : 59. – URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=244199&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=42624349> (date of application: 19.03.2022).

73. Boychenko v. Russia : № 8663/08 : 12 October 2021. – URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-212129> (date of referral: 19.03.2022).

74. Khabirov v. Russia : № 69450/10 : 12 October 2021. – URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-212131> (date of referral: 19.03.2022).

75. Švarc and Kavnik v. Slovenia : № 75617/01 : 8 February 2007. – URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79375> (date of referral: 20.04.2022).

76. ÚSSR Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. I. ÚS 48/99 z 20. decembra 1999. – URL: https://www.ustavnysud.sk/ussr-intranet-portlet/docDownload/03c17e87-9d7d-4310-bb1a-8645f0542de4/Amnestia%20a%20ochrana%20pr%C3%A1va%20zaru%C4%8Den%C3%A9ho%20%C4%8DI%C3%A1nkom%2017%20ods.%202%20%C3%9Astavy%20Slovenskej%20republiky%20v%20konan%C3%AD%20o%20podnete%20I.%20%C3%9AS%2048_99.pdf (date of application: 19.03.2022).

77. Antulay A.R. v. Nayak R.S. & Anr : 1988 // SCR. – 1988. – Supl. 1

78. Trupiano v. United States : 334 U.S. : 699 1948 // U.S. Supreme Court. – 1948. – № 427.

79. Minersville School District v. Gobitis : 310 US 586 // U.S. Supreme Court. – 1940. – № 690.

80. West Virginia State Board of Education v. Barnette : 319 US 624 // U.S. Supreme Court. – 1943. – № 591.
81. Lochner v. New York : 198 U.S. 45 // U.S. Supreme Court. -1905. – № 292.
82. New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262, 280 // U.S. Supreme Court. – 1932. – № 463.
83. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 // U.S. Supreme Court. – 1803.
84. Talbot v. Seeman 5 US 1 // U.S. Supreme Court. – 1801.
85. Scott v. Sandford 60 U.S. 393 // U.S. Supreme Court. – 1857.
86. Plessy v. Fergusson 163 U.S. 537 // U.S. Supreme Court. – 1896. – № 210.
87. Escola v. Coca-Cola Bottling Co. : 24 Cal. 2d 453 : 150 P. 2d 436 // U.S. Supreme Court. – 1944. – № 16951.
88. Greenman v. Yuba Power Products 59 Cal. 2d 57 // U.S. Supreme Court. – 1963. – № 26976.
89. Обзор CDL-STD(1998)020, Состав конституционных судов // «Наука и техника демократии, № 20 (1997), URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1997\)020-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1997)020-rus) (дата обращения: 10.03.2022).
90. Заключение № 932/2018, Доклад об особых мнениях судей конституционных судов, принятый Венецианской комиссией на 117-м пленарном заседании (14-15 декабря 2018 года), документ CDL-AD(2018)030rev. – URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2018\)030rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)030rev-e) (дата обращения: 22.12.2021).

Диссертационные исследования

91. Аверин А.В. Судебное правоприменение и формирование научно-правового сознания судей (проблемы теории и практики) : диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук ; Саратовская государственная академия права / Аверин Александр Валентинович. – Саратов, 2004. – 382 с.

92. Анишина В.И. Конституционные принципы как основа самостоятельности судебной власти : диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук ; Российская академия правосудия / Анишина Вера Ивановна. – Москва, 2006. – 431 с.

93. Басангов Д.А. Доктринальное конституционное толкование в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук ; Институт государства и права РАН / Басангов Денис Анатольевич. – Москва, 2004. – 161 с.

94. Волкова Е.И. Судебное правоприменение как познавательно-оценочная деятельность (вопросы теории) : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук ; Белгородский государственный университет / Волкова Елена Ивановна. – Белгород, 2009. – 154 с.

95. Гринева А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций (вопросы теории) : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук ; Российская академия правосудия / Гринева Анна Владимировна. – Москва, 2008. – 171 с.

96. Ермошин Г.Т. Статус судьи в Российской Федерации : диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук ; Российский университет правосудия / Ермошин Григорий Тимофеевич. – Москва, 2016. – 525 с.

97. Захаров, С.С. Самостоятельность и независимость правосудия как базовые конституционные принципы : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук ; Белгородский государственный национальный исследовательский университет / Захаров Сергей Сергеевич. – Белгород, 2019. – 185 с.

98. Чернышев, И.А. Правовые позиции Конституционного Суда России и Европейского Суда по правам человека: генезис и взаимовлияние : диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук ; Санкт-Петербургский государственный университет экономики и финансов / Чернышев Иван Анатольевич. – Томск, 2010. – 222 с.

99. Шарнина Л.А. Усмотрение в конституционном праве : диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук ; Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова / Шарнина Любовь Александровна. – Москва, 2019. – 353 с.

100. Androkovich-Farries, B. Judicial Disagreement on The Supreme Court Of Canada : A Thesis Submitted to the School of Graduate Studies Of the University of Lethbridge In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Master Of Arts Political Science University of Lethbridge / B. Androkovich-Farries. Lethbridge, Alberta, Canada, 2004.

101. Lynch, A. The Impact of Dissenting opinions upon the development of Australian Constitutional Law : Doctor Philosophy thesis ; University of New South Wales / Andrew Lynch. – New South Wales, 2005.

102. Langenirux-Tribalat, A. Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français : thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit De L'universite De Limoges ; Université de Poitiers / A. Langenirux-Tribalat. – Poitiers, 2007.

Монографии, учебники, учебные пособия

103. Аверин, А.В. Истина и судебная достоверность (постановка проблемы) А. В. Аверин. – Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2007. – 463 с.

104. Анишина, В.И. Правовые основы судебной власти в Российской Федерации / В. И. Анишина. – Москва : Юрлитинформ, 2015. – 246 с.

105. Барак, А. Судейское усмотрение / А. Барак ; пер. с английского ; вступ. сл. М. В. Баглая. – Москва : Норма, 1999. – 364 с.

106. Берг, Л.Н. Судебное усмотрение и его пределы : общетеоретический аспект : монография. / Л.Н. Берг. – Москва : Проспект, 2021. – 128 с.

107. Гаджиев, Г.А. Онтология права : Критическое исследование юридического концепта действительности / Г.А. Гаджиев. – Москва : Инфра-М, 2013. – 319 с.

108. Давид, Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид. – Москва : Международные отношения, 2009. – 453 с.

109. Дорогин, Д.А. Обстоятельства, исключаящие уголовную ответственность: правовые позиции судебных органов : монография / Д.А. Дорогин. – Москва : РГУП, 2017. – 229 с.
110. Зорькин, В.Д. Десять лекций о праве : монография / В.Д. Зорькин. – Москва : Норма, 2021. – 400 с.
111. Зорькин В.Д. Конституционный Суд Росси: доктрина и практика / В.Д. Зорькин М.: Норма: Инфра-М. – 2019. – 592 с.
112. Зорькин, В.Д. Право в условиях глобальных перемен: монография / В.Д. Зорькин. – Москва : Норма, 2013. – 495 с.
113. Зорькин, В. Д. Конституционно-правовое развитие России / В.Д. Зорькин. – Москва : Инфра-М, 2011. – 719 с.
114. Зорькин, В.Д. Конституционно-правовое развитие России / В.Д. Зорькин. – Москва : Норма, 2011. – 719 с.
115. Как судьи принимают решения : эмпирические исследования права / под ред. В. В. Волкова. – Москва : Статут, 2012. – 366 с.
116. Клеандров, М.И. Статус судьи : правовой и смежные компоненты / М.И. Клеандров. – Москва : Норма, 2011. – 446 с.
117. Правовые основы статуса судьи : курс лекций. / М.И. Клеандров. – Москва : Российская академия правосудия, 2010. – 255 с.
118. Клеандров, М.И. Статус судьи : учебное пособие. / М.И. Клеандров. – Новосибирск : Наука, 2000. – 443 с.
119. Марченко, М. Н. Проблемы теории права и государства : учебник / М. Н. Марченко. – Москва : Проспект, 2001. – 755 с.
120. Модернизация статуса судьи : современные международные подходы / отв. ред. Т. Н. Нешатаева. – Москва : Инфра-М, 2011. – 335 с.
121. Пинто де Альбукерке, П. Особое мнение. В поисках истина = Dissenting opinion. In search of Truth / Пауло Пинто де Альбукерке; с предисловием и при участии Д.И. Дедова [перевод с английского Ю. Ю. Берестнев и др.] – М.: развитие правовых систем, 2018. – 496 с.

122. Потапов, Ю.А. Судебное усмотрение как правовой феномен / Ю.А. Потапов // Судебная реформа как этап правовой реформы: внутригосударственный, наднациональный и международный уровни : коллективная монография / под ред. А.А. Дорской. – Санкт-Петербург : Астерион, 2020. – С. 29-37.
123. Правовая мысль : антология / авт.-сост. В.П. Малахов. – Екатеринбург : Деловая книга, 2003. – 1014 с.
124. Правосудие в современном мире: монография / под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. – Москва : Норма, 2012. – 783 с.
125. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – Москва : Норма, 2004. – 815 с.
126. Проблемы теории государства и права : учебник / под ред. В. М. Сырых. – Москва : Эксмо, 2008. – 525 с.
127. Синха, С.П. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс / С.П. Синха ; пер. с англ. – Москва : Академия, 1996. – 301 с.
128. Судебная власть и правосудие в Российской Федерации : курс лекций / В.И. Анишина [и др.] ; под ред. В.В. Ершова. – Москва : Российская академия правосудия, 2011. – 900 с.
129. Судебные доктрины в российском праве : теория и практика: монография / отв. ред. В.В. Лазарев, Х.И. Гаджиев. – Москва : Норма, 2021. – 344 с.
130. Ярославцев, В.Г. Нравственное правосудие и судейское правотворчество / В.Г. Ярославцев. – Москва : Юстицинформ, 2007. – 304 с.
131. A companion to Philosophy of Law and Legal Theory / ed. by D. Patterson. – Oxford : Blackwell Publishing Ltd, 2010. – 690 p.
132. Abraham, H. The Judicial Process / H. Abraham. – Oxford : Oxford University Press, 1986. – 480 p.
133. Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World / ed. Kate Malleson and Peter H. Russell, Un. of Toronto Press, 2006.

- URL: <http://www.jstor.org/stable/10.3138/9781442670921.3> (date of application: 10.03.2022).

134. Baum L. The puzzle of judicial behavior. – Ann Arbor : University of Michigan Press, 2009. – 232 p.

135. Cappelletti M. Civil procedure in Italy / M. Cappelletti, J.M. Perillo. – Dordrecht : Springer-Science+Business Media, 1965. – 484 p.

136. Devi P. Hemalatha administrative discretion and judicial review / P. Devi. – New Delhi : Mittal Publications, 1994. – 260 p.

137. Dworkin, R. Justice for hedgehogs / R. Dworkin – New York : Belknap Press of Harvard University Press, 2011. – 528 p.

138. Dworkin, R. Justice in robes / R. Dworkin. – New York : Belknap Press of Harvard University Press, 2006. – 320 p.

139. Dworkin, R. Law's empire / R. Dworkin. – New York : Belknap Press of Harvard University Press, 1986. – 470 p.

140. Essays in jurisprudence and philosophy / ed. by H.L.A. Hart. – New York : Cambridge University Press. – 242 p.

141. Friedman L.M. A history of American law / L. M. Friedman. – New York : Simon & Schuster, 1985. – 781 c.

142. Gerber, S. Seriatim: The Supreme court Before John Marshall / ed. By S.G. Gerber. – New York University Press, 1998 – 362 P.

143. Hart, H.L.A. The concept of law / H.L.A. Hart. – New York : Oxford University press, 1994. – 263 p.

144. Helmke, G. Courts under constraints. Judges, generals, and presidents in Argentina / G. Helmke. – New York : Cambridge University Press, 2005. – 242 p.

145. Hilbink, L. Judges beyond politics in democracy and dictatorship. lessons from Chile / L. Hilbink. – New York : Cambridge University Press, 2007. – 316 p.

146. Holmes, O.W. The common law / O. W. Holmes. – London : University Press Cambridge, 2009. – 448 p.

147. James, F. *Simon what kind of nation: Thomas Jefferson, John Marshall, and the Epic Struggle to Create a United States* / F. James. – New York : Simon & Schuster, 2003. – 352 p.
148. Kellogg F.R. *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal theory and Judicial Restraint* / F.R. Kellogg. – Cambridge : Cambridge University Press, 2007. – 222 p.
149. Kommers, D.P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* / D. P. Kommers, R. A. Miller. – Durham : Duke University Press, 2012. – 590 c.
150. Murphy W. *Elements of judicial strategy* / W. Murphy. – Chicago : University of Chicago Press, 1973. – 264 p.
151. Posner R.A. *The problems of Jurisprudence* / R. A. Posner. – Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press, 1993. – 485 c.
152. Rawls J. *A theory of Justice* / J. Rawls. – Cambridge, Massachusetts : The Belknap press of Harvard University Press, 2005 (reprint 1971, 1921). – 560 p.
153. *Rule by law: the politics of courts in authoritarian regimes* / ed. by T. Ginsburg, T. Moustafa. – New York : Cambridge University Press, 2008. – 392 p.
154. Schubert, G. *Quantitative analysis of judicial behavior* / G. Schubert. – Glencoe : Free Press, 1959. – 392 p.
155. Stelmach, J. *Methods of legal reasoning* / J. Stelmach, B. Brożek. – Netherlands : Springer, Dordrecht, 2006. – 233 p.
156. *The great dissents of the «lone dissenter» : justice Jesse W. Carter's twenty tumultuous years on the California Supreme Court* / ed. by D. B. Oppenheimer, A. Brotsky. – Carolina : Academic Press, 2010. – 282 p.
157. *The Oxford handbook of comparative constitutional law* / ed. by M. Rosenfeld, A. Sajó. – Oxford : Oxford University Press, 2012. – 396 p.
158. *The Oxford handbook of law and politics* / ed. by K.E. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira. – New York : Oxford University Press, 2008. – 832 p.
159. *The Oxford handbook of political science* / ed. by R.E. Goodin. – Oxford : Oxford University Press, 2018. – 1291 p.

160. The Pioneers of judicial behaviour / ed. by N. Maveety. – Ann Arbor : University of Michigan Press, 2002. – 433 p.

161. Trochev, A. Judging Russia. Constitutional Court in Russian politics, 1990-2006 / A. Trochev. – New York : Cambridge University Press, 2008. – 371 p.

Научные статьи

162. Авакьян, С.А. Надо ли принимать и применять положенные законы: конституционно-правовые подходы / С. А. Авакьян // Журнал конституционного правосудия. – 2018. – № 6 (66). – С. 38-45.

163. Аверин, А.В. К вопросу о независимости судей / А. В. Аверин, Ю. А. Гроза // Правовая политика и правовая жизнь. – 2018. – № 3. – С. 48-54.

164. Азарова, Е.С. Понятие «Усмотрение суда» в праве / Е. С. Азарова // правовая парадигма. – 2019. – Т.18, № 2. – С. 69-73.

165. Анишина, В.И. Судебные запросы в Конституционный Суд Российской Федерации / В.И. Анишина // Конституционное право : восточноевропейское обозрение. – 2002. – № 3 (40). – С. 195.

166. Антонов, А.В. Предварительный нормоконтроль законов в Конституционном совете Франции : некоторые процедурные вопросы / А. В. Антонов // Журнал конституционного правосудия. – 2018. – № 3. – С. 17-25.

167. Басангов, Д.А. Юридическая природа особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации / Д. А. Басангов // Журнал российского права. – 2006. – № 2. – С. 24-34.

168. Белов, С.А. Обязанность следовать собственным прецедентам в практике конституционных судов Западной Европы / С. А. Белов // Журнал конституционного правосудия. – 2018. – № 5 (65). – С. 19-25.

169. Быков, В.М. О праве судьи на особое мнение: продолжение темы / В. М. Быков, Н. С. Манова // Российский судья. – 2016. – № 3. – С. 45-48.

170. Верещагин, А.Н. Комментарий к законопроекту ВАС РФ об особых мнениях судей / А.Н. Верещагин // Закон. – 2008. – № 9. – С. 99-102.

171. Верещагин, А.Н. Особые мнения в российских судах / А. Н. Верещагин // Государство и право. – 2008. – № 2. – С. 13-23.

172. Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс : учебное пособие / Н. В. Витрук. – Москва : Инфра-М, 2010. – 591 с.

173. Витрук, Н.В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : понятие, природа, юридическая сила и значение / Н.В. Витрук // Конституционное право : восточноевропейское обозрение. – 1999. – № 3 (28). – С. 95.

174. Войцеховская, О.В. Особые мнения судей высших судов: проблема лимитов (сравнительно-правовой взгляд) / О. В. Войцеховская // Журнал конституционного правосудия. – 2019. – № 3 (69). – С. 25-28.

175. Гаджиев, Г.А. Принцип правовой определенности и роль судов в его обеспечении. Качество законов с российской точки зрения / Г.А. Гаджиев // Сравнительное конституционное обозрение. – 2012. – № 4. – С. 16-28.

176. Гаджиев, Г.А. Публикация особого мнения судьи, или история нормы, которая является камертоном судебной реформы в России / Г.А. Гаджиев // Законодательство и практика масс-медиа. – 2005. – № 12. – С. 27-30.

177. Головинская, И.В. Особое мнение судьи : история, география, проблемы и их решения / И.В. Головинская // Современное право. – 2014. – № 5. – С. 94-98.

178. Гребенников В.В., Грудцына Л.Ю. Актуальные вопросы судебного усмотрения как правоприменительного инструмента разрешения споров в России / В.В. Гребенников, Л.Ю. Грудцына // Образование и право. – 2014. - № 1. – с. 112 – 122.

179. Демченко, Г.В. Неясность, неполнота и недостаток уголовного закона / Г. В. Демченко // Журнал Министерства юстиции. – 1904. – № 8. – С. 321-352.

180. Дивин, И. М. О некоторых аспектах обеспечения независимости судей в Российской Федерации / И. М. Дивин // Российская юстиция. – 2011. – № 1. – С. 35-37.

181. Дриго, Е.В. Институт особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации : регулирование и практика применения / Е. В. Дриго // Сравнительное конституционное обозрение. – 2016. – № 3 (112). – С. 79-93.

182. Евсеев, А.П. Политико-правовые ценности конституционных судей сквозь призму особых мнений: психологический подход / А. П. Евсеев // Закон. - 2020. – № 12. – С. 101 - 117.

183. Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия на современном этапе: новые перспективы / В.Д. Зорькин // Журнал конституционного правосудия. 2012. – № 5 – С. 1-11.

184. Карпенко К.В. Особое мнение в конституционном правосудии и развитие юридической науки / К.В. Карпенко // Вестник Тюменского государственного университета. Социально-экономические и правовые исследования. 2021. – Т.7, № 4(28). – С. 167-182.

185. Клеандров М.И. Институт особого мнения судьи: Каковы его значение и основные функции? / М.И. Клеандров // Российское правосудие. – 2019. – № 9. – С. 14-24.

186. Кокотова М.А. Цели существования особых мнений в Конституционном Суде РФ и Верховном Суде США / М. А. Кокотова // Российский юридический журнал. – 2019. – № 4. – С. 23-28.

187. Кононов, А. Л. Право на особое мнение / А. Л. Кононов // Закон. – 2006. – № 11. – С. 43-46.

188. Крапивкина О.А. Природа института особого мнения судьи в различных правовых системах / О. А. Крапивкина // Вестник ИрГТУ. – 2015. – № 2 (97). – С. 269-273.

189. Крапивкина О.А. Роль субъекта в дискурсе особого мнения судьи // Филологические науки. Вопросы теории и практики. – 2015. – № 10 (52). – В 2-х ч. Ч. 1. – С. 87-89.

190. Кряжкова О.Н. Под покровом тайны: запрет разглашать результаты голосования в Конституционном Суде Российской Федерации / О.Н. Кряжкова // Конституционное и муниципальное право. – 2016. – № 10. – С. 51-58.

191. Кряжкова О.Н. Тайна результатов голосования судей в России: закон и традиция / О. Н. Кряжкова // Российское правосудие. – 2019. – № 10. – С. 40-47.

192. Кряжкова О.Н. Три причины отменить запрет на публикацию особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации / О.Н.Кряжкова // Конституционный Вестник. – 2021. – № 6 (24). – URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/tri-prichiny-otmenit-zapret-na-publikatsiyu-osobogo-mneniya-sudi-konstitutsionnogo-suda-rossiyskoj-federatsii> (дата обращения: 10.03.2022).

193. Куделич Е.А. Органы судейского сообщества как механизм обеспечения независимости судебной власти : мировой опыт / Е. А. Куделич // Закон. – 2010. – № 2. – С. 35-46.

194. Лазарев, В.В. Установление содержания права в судебных решениях / В. В. Лазарев, Д. А. Фурсов // Журнал российского права. – 2016. – № 5. – С. 6-19.

195. Лазарев, Л.В. Конституционный Суд России и развитие конституционного права / Л. В. Лазарев // Журнал Российского права. – 1997. – № 11. – С. 3-13.

196. Лукоянов Д.Н. Прогрессирует ли моральный облик судьи / Д. Н. Лукоянов // Человек и закон. – 2008. – № 12. – С. 58-65.

197. Маврин, С.П. Тридцать лет Конституционному Суду: неизменность целей и динамизм правовых инструментов / С.П. Маврин // Журнал Конституционного правосудия. – 2021. – № 5. – С. 1-9.

198. Мазуров, А.В. Комментарий к Федеральному конституционному закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» (постатейный) / А.В. Мазуров. – Москва : Частное право, 2006. – 389 с.

199. Минникес, И.А. Аутентическое (авторское) толкование: теоретико-правовой и конституционно-правовой аспекты / И.А. Минникес, И.В. Минникес // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2021. – № 3. – С. 36-55.

200. Мирошник С.В. Судебное правотворчество: проблемы теории и практики / С. В. Мирошник // Теория государства и права. – 2021. – № 10. – С. 54-59.

201. Митюков М.А. Предтеча конституционного правосудия (к истории Комитета конституционного надзора СССР) (продолжение) / М. А. Митюков // Конституционное правосудие. – 2006. – № 2 (32). – С. 20-21.

202. Муратшина Г.П. Институт особого мнения судьи в гражданском процессе : состояние и проблемы / Г. П. Муратшина // Вестник Бурятского государственного университета. – 2014. – № 2. – С. 295-297.

203. Нефедьева, Е.А. Особое мнение судьи Конституционного Суда: институциональные характеристики / Е. А. Нефедьева, Ю. Г. Хамнуев // Сибирский юридический вестник. – 2021. – № 3 (94). – С. 14–17.

204. Нефедьева, Е.А. Роль особых мнений судей в конституционно-правовом истолковании нормативных актов / Е. А. Нефедьева // Сибирский антропологический журнал. – 2021. – Т. 5, № 4. – С. 213-222.

205. Нешатаева, Т.Н. Международный судья: ничего личного / Т. Н. Нешатаева // Международное правосудие. – 2019. – № 1 (29). – С. 23-42.

206. Нешатаева, Т.Н. Особое мнение как точка равновесия между интернационализмом и этатизмом / Т. Н. Нешатаева // Российское правосудие. – 2018. – № 11. – С. 68-84.

207. Николаев, Е.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : определение, юридическая природа, имплементация в правовую систему / Е.А. Николаев // Право и политика. – 2002. – № 3. – С. 15-31.

208. Новопавловская, Е.Е. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации : проблемы правовой регламентации и практика применения / Е.Е. Новопавловская, Е.А. Переверзев // Вестник экономики, права и социологии. – 2017. – № 1. – С. 104-108.

209. Нурпеисов, Р. Личное мнение юриста об особом мнении / Р. Нурпеисов // Адвокаты. – 2014. – № 6. – С. 16-25.

210. Пименова, С.Д. Применение обеспечительных мер Судом ЕС в исках Европейской комиссии против Польши / С.Д. Пименова // Закон. – 2020. – № 8. – С. 182-192.

211. Попова, А.Д. Формирование правового статуса судей: история и современность / А.Д. Попова // Журнал российского права. – 2007. – № 9. – С. 97-104.

212. Резников, Е.В. К вопросу о профессиональной идентичности судьи / Е.В. Резников // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2012. – № 3. – С. 238-241.

213. Родиня, А. Конституционно-правовой статус Конституционного Суда Латвийской Республики / А. Родиня, А. Спале // Конституционное правосудие. Международный вестник Конференции органов конституционного контроля стран новой демократии. – 2012. – Вып. 4 (58). – С. 62.

214. Светличный, А.Д. Особое мнение судьи на постановление, которым дело не разрешается по существу / А.Д. Светличный // Администратор суда. – 2018. – № 3. – С. 41-44.

215. Сергевнин С.Л., Ултургашев П.Ю. Институт особого мнения конституционного судьи в российском и зарубежных правовых порядках // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. – 2021 – № 6 – С. 27-43.

216. Серка, Т.В. Самоотвод судьи в арбитражном процессе в контексте мер позитивной юридической ответственности / Т.В. Серка // Арбитражный и гражданский процесс. – 2019. – № 2. – С. 8-11.

217. Сивицкий В.А. О динамике типологии решений Конституционного Суда Российской Федерации / В.А. Сивицкий // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. №2. – с. 44-60.

218. Смбатян, А.С. Особые мнения судей и ВТО : упущенные возможности / А.С. Смбатян // Российский внешнеэкономический вестник. – 2012. – № 5. – С. 78-84.

219. Султанов А.Р. Нужно ли публиковать особые мнения? //Правотворчество в XXI веке: эволюция доктрины и практики (к 90-летию со дня рождения А.С. Пиголкина): сборник научных статей / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, В.Р. Авхадеев и др.; отв. ред. В.В. Лазарев. — Москва: ИЗиСП; Норма; ИНФРА-М, 2022. С. 266- 271.

220. Тарасов А.С. Трансформация института особого мнения в законодательстве о конституционном судопроизводстве в России / А.С. Тарасов // Российский судья. – 2021. – № 4. – С. 32-34.

221. Тай Ю.В. Особое мнение судей/ Ю.В. Тай // Вестник гражданского процесса. - 2016. - № 3. – С. 25-50.

222. Тай, Ю.В. Отвод судей как гарантия независимости суда / Ю. В. Тай, Т. Ф. Арабова, В. Ле Бурдон // Вестник ВАС РФ. – 2014. – № 8. – С. 131-147.

223. Ултургашев П.Ю. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации: некоторые аспекты регулирования // Журнал конституционного правосудия. – 2011 – № 4 – С. 19-23.

224. Ултургашев П.Ю. Значение особых мнений и мнений судей конституционных судов: сравнительно-правовой аспект // Российское правосудие. – 2012 – № 8(76). – С. 27-31.

225. Ултургашев П.Ю. Особые мнения судей в сравнительно-правовом контексте // Сравнительное конституционное обозрение. – 2013 – № 6(97). – С. 75-87.

226. Эбзеев, Б.С. Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы / Б. С. Эбзеев // Государство и право. – 1998. – № 5. – С. 5-12.

227. Ancel, J.-P. Une opinion dissidente / J.-P. Ancel // La création du droit jurisprudentiel : mélanges en l'honneur de Jacques Boré. – 2007. – p. 1–5.

228. Atiyah, P.S. Judgments in England / P. S. Atiyah // La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile : atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della Facoltà, Ferrara 10-12 ottobre, 1985. – Padova: Cedam, 1988. – 617 p.

229. Bierlein, B. Separation of powers and Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies / B. Bierlein. – URL: https://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT_Bierlein_E.pdf (date of application: 19.01.2022).

230. Bloomberg, S. Reform through resignation: why chief justice Roberts should resign (in 2023) / S. Bloomberg // 106 Iowa L. Rev. – 2021. – Online 16. – P.17.

231. Bricker, B. The (Very) Political Dissent: Dissenting Opinions and the Polish Constitutional Crisis / B. Bricker // *German Law Journal*. – 2020. – 21. – P. 1586-1605.

232. Bröstl A. «Votum separatum»/ A. Bröstl // *Zjednocovanie a vývoj judikatúry ústavných súdov : zborník konferencie. 25.-27. októbra [2000] Levoča. Košice : Ústavný súd Slovenskej republiky, 2000. – P.21 – 29*

233. Cascajo Castro J.L. La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española / C.J.L. Cascajo // *Revista española de derecho constitucional*. – 1986. – Año n 6, № 17. – P. 171-188.

234. Chan, G.L. Lobbying the judiciary: public opinion and judicial independence / G. L. Chan // *Phillippine Law Journal*. – 2002. – Vol. 77.

235. Denti, V. Per il ritorno al «voto di scissura» nelle decisioni giudiziarie / V. Denti // *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*. – Milano : Giurè Denti, 1964. – P. 3-6.

236. Dixon, G.C.M.G Concerning Judicial Method // *By the right honourable sir owen / G.C.M.G. Dixon*. – 1956. – Vol. 468.

237. Duffy, J. dissents from the bench: a compilation of oral dissents by U.S. supreme court justices / J. Duffy, E. Lambert // *Law library journal*. – 2010. – Vol. 102. – P. 7.

238. Dumbauld, E. Dissenting opinions in international adjudication / E. Dumbauld // *University of Pennsylvania Law Review*. – Vol. 10. – 1942. – P. 929.

239. Entrikin, L.J. Disrespectful Dissent: Justice Scalia's Regrettable Legacy of Incivility / L.J. Entrikin // *Journal of Appellate Practice and Process*. – 2017. – Vol. 18. – № 201. – P. 201-295.

240. Filip, J. Dissent a konkurence v judikatuře Ústavního soudu ČR / J. Filip // *Zjednocovanie a vývoj judikatúry ústavných súdov : zborník konferencie, 25-27 októbra 2000 Levoča. – Košice : Ústavný súd Slovenskej republiky, 2000. – P. 36.*

241. Ford, P.L. *The Writings of Thomas Jefferson* / P. L. Ford. – New York : G.P. Putnam's Sons, 1899. – Vol. 10. 1816-1826. – 470 p.

242. Fricero, N. *Deliberations des Juges : Entre Secret et Transparence/ N. Fricero // Les Cahiers de la Justice.* – 2014. – № 3. – P. 413-421.
243. *From consensus to collegiality : the origins of the «respectful» dissent // Harvard law review.* – 2011. – Vol. 124. – № 1305-1326.
244. Gaffney Jr., E.Mc.G. *The Importance of Dissent and the Imperative of Judicial Civility / E.Mc.G. Gaffney Jr. // Valparaiso University Law.* – 1994. – Vol. 583. – URL: <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol28/iss2/5> (date of application: 16.11.2021).
245. Ginsburg, R.B. *Judicial Independence: The Situation of the U.S. Federal Judiciary / R.B. Ginsburg // Neb. L. Rev.* 2011. – Vol. 85 – P. 1-14 URL: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol85/iss1/2> (date of application: 10.03.2022).
246. Ginsburg R.B. *The role of Dissenting Opinions / R. B. Ginsburg // Minnesota Law Review.* – 2010 – Vol. 95 – P. 1-8. – URL: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/428> (date of application: 10.03.2022).
247. Ginsburg, R.B. *Remarks on Writing Separately / R.B. Ginsburg // Wash. L. Rev.* – 1990. – Vol 65 – P. 133 – 150. – URL: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol65/iss1/4> (date of application: 10.03.2022).
248. Goźdź-Roszkowski, S. *Communicating Dissent in Judicial Opinions : A Comparative, Genre-Based Analysis / S. Goźdź-Roszkowski // International Journal for the Semiotics of Law.* – 2020. – Vol. 33. – P. 381-401.
249. Hambro, E. *Dissenting and individual opinions in the international court of justice / E. Hambro // Zeitschrift fur ausladisches offentliches Recht und Volkerrecht.* – 1957. – Vol. 17. – P. 229-248.
250. Harris, A.P. *Bias and judging / A. P. Harris, M. Sen // Annual review of political science.* – 2019. – Vol. 22. – P. 241-259.
251. Henderson, M.T. *From seriatim to consensus and back again / M.T. Henderson // Public law and Legal Theory Working paper.* – 2007. – № 186. – 46 p.
252. Hunter, S. *Individual and institutional authority: the turn-of-the-century quest to abolish the dissenting opinion / S. Hunter // Student Prize Papers.* – 2009. –

Paper 49. – URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsspps_papers/49 (date of application: 22.12.2021).

253. International Judicial Dissent: Causes and Consequences J.L. Dunoff and M.A. Pollack // Paper prepared for presentation at the European Union Studies Association Biennial Conference, 5-7 March 2015, Boston, MA. – URL: <https://aei.pitt.edu/78999/1/Dunoff.Pollack.pdf> (date of application: 16.11.2021).

254. Ivković, S.K. Ears of the Deaf: The Theory and Reality of Lay Judges in Mixed Tribunals/ S.K. Ivković // *Chi.-Kent L. Rev.* – 2015. – Vol. 90 – P. 1031 – 1067. – URL: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol90/iss3/11> (date of application: 10.03.2022).

255. Jackson J. Lay adjudication and human rights in Europe / J.Jackson, N. Kovalev // *Colum. J. Eur. L.* – 2006. – Vol. 13. – P. 83–123. – URL: https://www.researchgate.net/publication/291005283_Lay_adjudication_and_human_rights_in_Europe (date of application: 10.03.2022).

256. Jetten, J. Deviance and Dissent in Groups / J. Jetten, M. Hornsey // *Annual review of psychology.* – 2013. – Vol. 65. – P. 461-485.

257. Kelemen, K. Dissenting opinions in constitutional courts / K. Kelemen // *German Law Journal.* – 2013. – Vol. 14. – № 8. – P. 1345-1371.

258. Kelemen, K. The road from common law to East-Central Europe: the case of the dissenting opinion / K. Kelemen // *Legal and Political Theory in the Post-National Age.* – Frankfurt : Peter Lang Publ., 2011. – 120 p.

259. Komárek, J. Judicial lawmaking and precedent in supreme courts / J. Komárek // *LSE Law, Society and Economy Working Papers.* – 2011. – Vol. 4. – URL: https://eprints.lse.ac.uk/38468/1/WPS2011-04_Komarek.pdf (date of application: 16.02.2022).

260. Krishnakumar, A.S. On the evolution of the canonical dissent / A.S. Krishnakumar // *Rutgers law review.* – 2000. – Vol. 52. – P. 781.

261. L'Heureux–Dubé, C. La pratique des opinions dissidentes au Canada – L'opinion dissidente : voix de l'avenir? / C. L'Heureux–Dubé // *Cahiers du Conseil constitutionnel.* – 2000. – № 8. – URL: <https://www.conseil->

constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-pratique-des-opinions-dissidentes-au-canada-l-opinion-dissidente-voix-de-l-avenir (date of application: 16.02.2022).

262. Laffranque, J. Dissenting opinion and judicial independence / J. Laffranque // *Juridica international*. – 2003. – Vol. VIII. – P. 165.

263. Laffranque, J. Dissenting opinion in the european court of justice — Estonia's Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System / J. Laffranque // *Juridica international*. – 2004. – Vol. IX. – P. 14-23.

264. Larsen, A.O. Perpetual Dissents / A.O. Larsen // Faculty Publications. – 2008. – Paper 46. – URL: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/46> (date of application: 16.02.2022).

265. Luchaire, F. La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? «Contre» : le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel / F. Luchaire, G. Vede // *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. – 2000. – № 8. – URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52547.pdf> (date of application: 18.01.2022).

266. Martinez-Fraga, P.J. A Defense of Dissents in Investment Arbitration / P.J. Martinez-Fraga, H.J. Samra // *University of Miami Inter-American Law Review*. – 2012. – Vol. 43. – № 3. – URL: <https://repository.law.miami.edu/umialr/vol43/iss3/3> (date of application: 16.11.2021).

267. Maveety, N. Concurrence and the study of judicial behavior in American political science / N. Maveety // *Juridica international*. – 2003. – Vol. VIII. – P. 173-185.

268. Mccubbins, M.D. Politics and the courts : a positive theory of judicial doctrine and the rule of law / M. D. Mccubbins, R. G. Noll, B. R. Weingast // *Southern California Law Review*. – 1995. – Vol. 68. – P. 1631.

269. Mészáros, L. Obsahové a formálne právne poňatie votum separatum a jeho úloha pri zjednocovaní judikatúry ústavného súdu / L. Mészáros // *Zjednocovanie a*

vývoj judikatúry ústavných súdov : zborník konferencie, 25-27 októbra 2000 Levoča. Košice : Ústavný súd Slovenskej republiky, 2000. – P. 115-116.

270. Mieres, L.J. Votos particulares y derechos fundamentales en la practica del tribunal cinstitucional espanol (1981-1991) / L.J. Mieres // Revista Española de Derecho Constitucional. – Enero-Abril. – 1995. – № 43. – P. 349-359.

271. Mistry, H. The paradox of dissent : judicial dissent and the projects of international criminal justice / H. Mistry // Journal of International Criminal Justice. – 2015. – Vol. 13, Is. 3. – P. 449-474.

272. Morgan, D.G. The origin of supreme court dissent / D.G. Morgan // The William and Mary Quarterly. – 1953. – Vol. 3 № 10 – P. 353-377.

273. Nadelmann, K.H. Non-Disclosure of dissents in constitutional courts: Italy and West Germany / K.H. Nadelmann // American Journal of Comparative Law. – 1964. – Vol. 13. – P. 268-276.

274. Naurin, D. The Dilemma of Dissent: Split Judicial Decisions and Compliance With Judgments From the International Human Rights Judiciary / D.Naurin, Ø. Stiansen // Comparative Political Studies. – 2020. – 53(6). – P. 959-991.

275. Oldham, J. Review: From Blackstone to Bentham: Common Law versus Legislation in Eighteenth-Century Britain / J. Oldham // Michigan Law Review 1637, 1645. – 1991. – № 32. – P. 89.

276. Oneto, L.P. Le opinioni dissenzienti dei giudici della Corte costituzionale tedesca / L.P. Oneto // Annali della Facoltà di Scienze Politiche di Genova. – 1976. – Vol. 77. – P. 1087.

277. O'Tuama, S. Judicial review under the Irish constitution: more American than Commonwealth / S. O'Tuama // Electronic journal of comparative law. – 2008. – № 12. – URL: <http://www.ejcl.org/122/art122-2.pdf> (date of application: 18.01.2022).

278. Perju, V.F. Reason and Authority in the European Court of Justice / V.F. Perju // Virginia Journal of International Law. – 2009. – P. 49. – P. 307-378.

279. Posner, R. Judicial behavior and performance: an economic approach / R. Posner // Florida State University Law Review. – 2005. – Vol. 32. – № 4. – P. 1260.

280. Post, R. The Supreme Court opinion as institutional practice: dissent, legal scholarship, and decisionmaking in the Taft court (Working Paper) / R. Post. – Berkeley : Institute of Governmental Studies, University of California, 2001. – 125 p.

281. Pritchett, H. The Divided Supreme Court, 1944-1945 / H. Pritchett // Michigan law review. – 1945. – Vol. 44. – № 3. – P. 427-442.

282. Rafaelli, R. Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States: Study. – European Union, 2012. – 53 p.

283. Raot, N. A Backdoor to policy making : the use of philosophers by the supreme court / N. Raot // The University of Chicago Law Review. – 1998. – Vol. 65. – P. 1371.

284. Rigoni, A. Common-law judicial reasoning and analogy / A. Rigoni // Legal Theory. – 2014. – Vol. 20. – P. 133-156.

285. Rorig, M.T. L'opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht e del Tribunal Constitucional spagnolo / M.T. Rorig, C.G. Pico. – URL: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_opinione_dissezniente_12012010.pdf (date of application: 16.11.2021).

286. Rousseau, D. La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? – «Pour» : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidents / D. Rousseau // Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel. – 2000. – № 8. – URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52548.pdf> (date of application: 18.01.2022).

287. Rupp H.-G. Zur frage der dissenting opinion / H.-G. Rupp // Die modern demokratie und ihr Recht. FS für Gerhard Leibholz. – Tübingen : Mohr, 1966. – Vol. II. – P. 532.

288. Schwartz H. The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe (Constitutionalism in Eastern Europe) / H. Schwartz // The American Journal of International Law. – 2002. – Vol. 79 (5). – P. 13-14.

289. Sillen, J. The concept of «internal judicial independence» in the case law of the European Court of Human Rights / J. Sillen // *European constitutional law review*. – 2019. – Vol. 15. – P. 104-133.

290. Soper, E.P. Legal theory and the obligation of a judge: the hart / Dworkin Dispute / E.P. Soper // *Michigan Law Review*. – 1977. – Vol. 75. – Is. 3. – 513 p.

291. Sorabjee, S.J. Dissenting judges are the future of law The new Indian express, 25 июня 2011 г. / S.J. Sorabjee – URL: <http://newindianexpress.com/opinion/article445645.ece> (дата обращения: 01.01.2022).

292. Tanchev, E. Constitutional control in comparative and bulgarian prospective E. Tanchev // *Право и государство*. – 2015. – № 3 (68). – P. 32-43.

293. Ted, D. Measuring the Win-Set: Intersections of Judicial Panels in Two Dimensions / D. Ted // For presentation at the Annual Meetings of the Public Choice Society March 12-14, 2020. Rossier University of Georgia Leslie K. Davidson-Rossier University of North Georgia.

294. The heroic undertaking? The separate and dissenting opinions of judge Weeramantry during his time on the bench of the international court of justice / D. French // *Asian Yearbook of International Law*. – 2006. – Vol. 11. – URL: <https://docplayer.net/198197244-The-heroic-undertaking-the-separate-and-dissenting-opinions-of-judge-weeramantry-during-his-time-on-the-bench-of-the-international-court-of-justice.html> (date of application: 19.01.2022).

295. Tribe L.H. Respecting Dissent: Justice Ginsburg's Critique Of The Troubling Invocation Of Appearance // *Harvard Law Review*. – 2013. Vol. 127. – № 1. – P. 478–480.

296. Trocsanyi, L. La pratique des opinions dissidentes en Hongrie – Les opinions individuelles en Hongrie : une institution / L. Trocsanyi, A. Horvath // *Cahiers du Conseil constitutionnel*. – 2000. – № 8. – URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1196/pdf> (date of application: 16.11.2021).

297. Valuta, A. Atskirosios nuomonės institutas Lietuvos konstitucinės justicijos procese : raida ir tobulinimo perspektyvos / A. Valuta // *Teisė*. – 2019. – Vol. 110. – P. 132-146.

298. Varga, A. Dissenting Opinions – source of case-law reversal / A. Varga // International conference: «A Quarter of Century of Constitutionalism», 24-25 May 2017, Bucharest. – URL: https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2022/01/International-Conference-25-years_EN.pdf (date of application: 27.03.2022).

299. Walker, T. On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court / T. Walker, L. Epstein, W. J. Dixon // The Journal of Politics. – 1988. – Vol. 50. – P. 361-362.

300. Walter, C. La pratique des opinions dissidentes en Allemagne / C. Walter // Cahiers du Conseil constitutionnel № 8 (Dossier: Débat sur les opinions dissidentes) – juillet 2000 – URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52541.pdf> (date of application: 21.01.2022).

301. Wells, M. French and American Judicial Opinions / M. Wells. // 19 Yale J. Int'l L. – 1994. – P. 94. – URL: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol19/iss1/3> (date of application: 14.01.2022).

302. Why (and when) judges dissent : a theoretical and empirical analysis / L. Epstein [et al.] // U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper. – 2010. – № 510. – P. 1-42.

303. Zagrebelsky, G. La pratique des opinions dissidentes en Italie / G. Zagrebelsky // Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel. – 2000. – № 8. – P. 107-109.