

ОСОБЫЕ МНЕНИЯ В РОССИЙСКИХ СУДАХ

© 2008 г. А. Н. Верещагин¹

Немного в российском праве установлений столь же своеобразных, как особое мнение судьи. Если само различие правовых систем есть различие стилевое², то институт особого мнения предстает неким диссонансом в отечественном судопроизводстве, разрушая его строгий романо-германский “дизайн”. На первый взгляд он кажется фразой из какой-то другой повести, случайно попавшей в чужеродный контекст. И, вместе с тем, этот юридический феномен был занесен в Россию во времена весьма отдаленные, успел здесь прижиться и пустить прочные корни. Его упрямая адаптация к недружелюбной среде ставит под вопрос саму возможность добиться жесткой замкнутости и гомогенности национального права. А ведь достичь желанного единообразия становится особенно трудно в наш век – эпоху смешения стилей и сближения противоположностей.

При всей своей оригинальности институт особого мнения судьи не был избалован вниманием исследователей. В российской правовой науке о нем почти нет специальных работ³. Подобное невнимание сильно контрастирует с тем неослабным интересом, который наблюдается в странах общего права. Но даже там его судьба складывалась непросто. Хотя справедливо считается, что в англосаксонских странах, в отличие от континентальных, право судей публично выражать свое несогласие с мнением большинства признается гораздо охотнее, тем не менее, и там делались попытки стеснить эту свободу судей. В Англии обыкновение публиковать особые мнения проч-

но утвердилось лишь к середине XIX столетия, да и в США не раз возникали споры о пользе и вреде практики особых мнений (dissents). Однако в общем и целом именно в Соединенных Штатах она получила наибольшее развитие. Исследователи отмечают, что стиль особых мнений в английских высших судах отличается большей сдержанностью, а процент особых мнений в Палате лордов в несколько раз ниже, чем в Верховном Суде США⁴.

Существование особых мнений служит видимым подтверждением неизбежности разномыслия судей при толковании права. Именно этим объясняется противодействие им со стороны поборников внешнего единодушия, считающих, что судьи всегда должны выступать “единым фронтом”, а разногласия угрожают подорвать авторитет судов и потому ни в коем случае не должны проявляться открыто. Открытые разногласия, утверждают они, могут вскрыть субъективную, личностную основу судебных решений и тем самым подорвать веру в их “объективность”. Однако всегда существовали практические соображения, которые побуждали законодателей и судей идти в этом вопросе на определенные уступки. История особых мнений в российских судах отражает ту же непрерывную борьбу между неприятием особых мнений и необходимостью в той или иной форме их допустить.

Впервые возможность разногласий между судьями была законодательно признана Петром I в “Кратком изображении процессов или судебных тяжб” – акте, изначально предназначенном для военных судов (март 1715)⁵. Однако в нем не была предусмотрена подача особых мнений, а тем более их огласка, – речь шла лишь о том, что в случае разногласий приговор выносится большинством голосов.

В административной практике запись несогласных мнений при коллегиальном решении дел возникла еще раньше, чем в судах. Примечатель-

¹ Доктор права Эссекского университета (Великобритания), кандидат исторических наук. Автор признателен проф. У.Э. Батлеру (Ун-т штата Пенсильвания), г-же Дж. Хендерсон (Королевский колледж Лондона), судье Конституционного Суда РФ Б.С. Эбзееву и советнику Президента России В.Ф. Яковлеву, любезно предоставившим материалы для настоящей статьи.

² Подробнее о стиле правовых семей см.: Цвайгерт К., Кёйтц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. М., 1998. С. 107–108; Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. М., 2002. С. 84.

³ Исключением является недавно вышедшая статья Д.А. Басангова “Юридическая природа особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации” // Журнал рос. права. 2006. № 2. В англоязычной литературе выделяется статья: Barry D.D. Decision-Making and Dissent in the Russian Federation Constitutional Court / In: International and National Law in Russia and Eastern Europe / Eds. Dark R., Feldbrugge F. and Pomorski S.L. 2001. P. 1–17.

⁴ См.: Alder J. Dissents in Courts of Last Respect: Tragic Choices? // Oxford Journal of Legal Studies. 2000. Vol. 20. Footnotes 87, 88, 125. Строго говоря, в Англии особые мнения даже не именуются таковыми; чтобы установить “особый” характер мнения, нужно проанализировать его содержание (см. Jacobson A.J., Publishing Dissent // Washington & Lee Law Review. 2005. Vol. 62. P. 1609).

⁵ Российское законодательство X–XX веков. Т. IV. М., 1986. С. 423.

но, что первым шагом верховной власти была попытка заставить облеченных ее доверием подданных вообще занять хоть какую-нибудь позицию. В известном письме Ромодановскому из Вильно (1707) царь Петр требовал, чтобы все лица, заседавшие в Консилие министров, подписывались под решением собственноручно, “что зело нужно надобно... ибо сим всякого дурость явлена будет”⁶ Однако здесь обязанность заявить о личной позиции есть лишь способ пресечь абсентеизм новоиспеченных “министров”, желавших избежать персональной ответственности за сообща принятые решения. Возможность особых мнений, как таковых, была впервые предусмотрена только в 1720 г. в отношении членов коллегий – центральных административных учреждений. Занесение их в протокол не было обязательным, но зависело от доброй воли заседавших в коллегиях лиц⁷. Однако уже Указ о должности Сената от 7 марта 1726 г. делал обязательной регистрацию в протоколе особых мнений членов высшего государственного органа империи. Мнение должно было подписываться “инакомыслящим” сенатором⁸.

В судах подача письменных особых мнений была введена Екатериной II в ее Учреждениях для управления губерниями (1775)⁹. Вопрос особых мнений затрагивается там трижды – в ст. 184, 326 и 370 применительно к производству дел в различных судах. Текст этих статей практически идентичен. В них говорится, что “понеже всякое решение дела не инако да учинится, как точно в силу узаконений и по словам закона, и следовательно бы в решении разногласия быть не должно; но буде где при решении паче чаяния разделение голосов судейских в гражданском деле окажется”, то подобное “разногласие да внесется в особенный протокол, который не инако откроют, как тогда, когда дело потребует для ревизии в палату”, т.е. высшую судебную инстанцию.

В этой формулировке видны все признаки того подхода к особым мнениям судей, который с тех самых пор укоренился в отечественной право-

вой доктрине. Он опирается на три основных принципа:

- особые мнения являются вещью нежелательной и даже ненормальной, однако избежать их нельзя и потому приходится терпеть;
- особые мнения следует держать втайне от сторон и широкой публики;
- единственная полезная функция писаных особых мнений состоит в том, чтобы помогать вышестоящим судам в пересмотре тех решений, которые вызвали разногласия (т.е. вспомогательная функция).

Эти принципы, однако, в той или иной степени были поколеблены критикой в более поздние времена. Вероятно, именно сложностью вопроса следует объяснить неуверенность последующих законодателей, вынужденных систематически прибегать к пробелам и умолчаниям. Ключевой вопрос состоял в том, сколь широкий круг лиц должен иметь доступ к особым мнениям судей. В целом за последние два столетия были опробованы четыре основных принципа, или модели:

- 1) *модель полной закрытости (секретности)* начало которой было положено Екатериной;
- 2) *модель неопределенности*, при которой в законодательстве отсутствуют как явный запрет, так и прямое дозволение кому-либо (кроме судей) знать содержание особых мнений, а пробел может восполняться нормотворчеством высших судов, судебным обычаем или (что гораздо хуже) вкусами отдельных судей;
- 3) *модель частичной доступности* – предусматривает доступ к особым мнениям для лиц, участвующих в деле, но не для широкой публики;
- 4) *модель полной открытости (публичности)*.

“Модель неопределенности”, как мы далее увидим, оказалась наиболее популярной. Даже такие фундаментальные акты императорского периода, как уставы уголовного и гражданского судопроизводства (1864), регулировали вопрос лишь самым поверхностным образом. Они устанавливали (ст. 787 и 703, соответственно), что подача письменно особых мнений судьями допускается лишь до подписания приговора или решения суда. Это единственные законодательные нормы относительно особых мнений, содержащиеся в уставах, и сами по себе они не могут рассматриваться как запрет против их распространения. Правительствующий Сенат, однако, достаточно быстро навязал нижестоящим судам свой взгляд на данный вопрос. В решении 1869 г. он постановил, что особые мнения членов суда не должны объявляться публике, тем самым допустив, хотя и неявно, их открытость для сторон. Правда, в 1890 г. Сенат предписал, что выдача копий с особых мнений не допускается. Вместе с тем еще в 1870 г. он все-таки признал, что не является особым мнени-

⁶ Цит. по: Соловьев С.М. История России с древнейших времен. Кн. VIII. М., 1991. С. 309.

⁷ См. гл. VI Генерального регламента 1720 г. в: Реформы Петра I. Сборник документов. М., 1937. С. 113. Правило о записи особых мнений высших чиновников получило продолжение в реформах М.М. Сперанского (см.: §24, 54 Образования Государственного Совета от 1 января 1810 г. и §128 Общего учреждения министерств от 25 июня 1811 г. // Российское законодательство X–XX веков. Т. VI. М., 1988. С. 68–69, 104).

⁸ См.: Российское законодательство X–XX веков. Т. V. М., 1987. С. 152.

⁹ См.: там же С. 170.

ем изложение членом суда особых соображений, по которым он пришел к тем же выводам¹⁰. Тем самым была проведена черта между особым и отдельным (совпадающим) мнениями – по-видимому, впервые в российском праве.

Для законодателя “модель неопределенности” привлекательна тем, что позволяет ему переложить решение сложного вопроса на плечи судов. Судебная же власть получает простор для творчества и может повернуть дело в пользу как закрытости особых мнений, так и их доступности (скорее всего, частичной), хотя теоретически не исключается и полная). Однако, как показал пореформенный опыт (после 1864 г.), высшая судебная власть тоже была не прочь уклониться от ответственности. Кроме того, не решаясь совершенно запретить доступ к особым мнениям, Сенат, вместе с тем, не мог внятно определить их назначения. В доктринальных же работах их цель понималась как гарантия неприкосновенности и наличности мнения судьи “в глазах общества”¹¹. Разумеется, такая трактовка не вязалась с идеей о том, что особые мнения следует прятать от публики.

Советское право унаследовало эту неопределенность. Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР (1923) установил, что особое мнение приобщается к приговору, но оглашению не подлежит (ст. 325). Если трактовать эту норму ограничительно, то она препятствовала лишь оглашению особого мнения вместе с приговором¹². Кроме того, Кодекс определял, в каких случаях особое мнение судьи Верховного Суда может служить в качестве основания для пересмотра дела Пленумом (ст. 438). Гражданский процессуальный кодекс (того же 1923 г.) был еще лаконичнее: он лишь позволял судье приложить свое особое мнение к делу (ст. 174). Аналогичное положение обнаруживаем и в одновременных ему Правилах рассмотрения дел в Высшей Арбитражной комиссии (ст. 30)¹³.

Следующий Гражданский процессуальный кодекс (1964) урегулировал вопрос чуть более детально. Он устанавливал, что судья или (в силу поправки 1980 г.) народный заседатель имеют право изложить в письменном виде свое особое мнение, которое должно быть приобщено к делу, но в зале судебного заседания не оглашается (ст. 16). В то же время этот кодекс предусмотрел пра-

во сторон ознакомиться с материалами дела без всяких ограничений – в том числе относительно особых мнений (ст. 30). Эти нормы можно рассматривать как осторожную попытку отойти от принципа секретности.

Уголовно-процессуальное законодательство оставалось более консервативным. Единственным новшеством, внесенным в ст. 307 УПК 1960 г. в сравнении с его предшественником, было добавление слов “при провозглашении приговора” перед запретом на оглашение особых мнений. Но это вряд ли означало дозволение знакомиться с особыми мнениями *после* его провозглашения, поскольку общее право сторон на доступ к материалам дела в УПК отсутствовало. Комментаторы поддерживали запретительный подход со ссылкой на “сложившуюся практику” судов держать особые мнения в запечатанных конвертах. Стороны не информировались об их существовании, и они были доступны лишь для вышестоящих судей и тех должностных лиц Прокуратуры, которые имели право принести протест против приговора. Лишь в исключительных случаях председатель суда мог разрешить иным лицам (например, адвокатам) прочесть особое мнение¹⁴.

Последующее советское законодательство об уголовном и гражданском процессе и государственном арбитраже придерживалось той же линии. Оно неоднократно подчеркивало вспомогательную функцию особых мнений, предусматривая обязанность представлять их председателям вышестоящих судов на предмет принесения протеста против состоявшихся решений¹⁵.

Переход к “модели частичной открытости” произошел лишь 3 апреля 1987 г., когда Верховный Суд СССР постановил, что если в гражданском деле было подано особое мнение судьи или народного заседателя, то стороны могут получить к нему доступ точно так же, как и к другим материалам дела¹⁶. Так впервые в истории отечественного права был открыто ниспровергнут принцип секретности. По-видимому, это примечательное новшество вдохновлялось горбачевской “политикой гласности”. И все же для широкой публики доступа к мнениям судей по-прежнему не было, так что положение все-таки отличалось от модели, существовавшей в англосаксонских и некоторых континентальных юрисдикциях.

Введенная в 1987 г. Верховным Судом СССР норма пережила распад Советского Союза и

¹⁰ Устав гражданского судопроизводства / Сост. И.М. Тютюмов. СПб., 1912. С. 980–981. См. также: с. 391, 397.

¹¹ *Малинин М.И.* Убеждение судьи в гражданском процессе. Одесса, 1873. С. 25.

¹² Нужно подчеркнуть, что запрет на оглашение мнений судей в ходе процесса и их полная секретность (т.е. запрет на разглашение) – принципиально разные вещи.

¹³ Утверждены Постановлением Совета Труда и Оборона РСФСР от 14 марта 1923 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1923. № 25. Ст. 292.

¹⁴ См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Под ред. В.И. Радченко. М., 2001.

¹⁵ См., например: ст. 21 и 32 Закона СССР “О Верховном Суде СССР” от 30 ноября 1979 г.

¹⁶ См. п. 1–1 Постановления Пленума Верховного Суда СССР № 10 от 1 декабря 1983 г. (введен Постановлением № 3 от 3 апреля 1987 г. // Бюллетень Верховного Суда СССР. 1987. № 3).

упразднение самого Верховного Суда. Она утратила силу незадолго до того, как вступил в силу нынешний Гражданский процессуальный кодекс¹⁷. И все же она успела дать толчок формированию правовой доктрины, которая благоприятствовала доступности особых мнений в гражданском судопроизводстве, тем более что в этом вопросе новый ГПК сохранил всю расплывчатость формулировок своего предшественника (ст. 15). Комментаторы же продолжают настаивать, что стороны в гражданском процессе должны иметь доступ к особым мнениям¹⁸.

Уголовно-процессуальное законодательство, напротив, упорно держится прежней модели, хотя формулировка ст. 301 действующего УПК (2001) по существу тождественна положениям ГПК 1964 и 2002 гг. Эта статья гласит: “Особое мнение приобщается к приговору и оглашению в зале судебного заседания не подлежит”. Как мы видели, в гражданском судопроизводстве аналогичная формулировка закона не помешала Верховному Суду СССР открыть сторонам доступ к особым мнениям. Но в уголовном процессе ничего подобного не произошло. Напротив, ведущие специалисты и судьи Верховного Суда России без колебаний рассматривают ст. 301 как запретительную¹⁹. Нет сомнения, что и практика следует такому же толкованию.

Результатом этой ситуации стала растущая асимметрия между гражданским и уголовным судопроизводством в этом вопросе. В то время как нормы и практика уголовного судопроизводства стойко препятствовали открытости особых мнений, гражданское судопроизводство сделало их доступными для сторон. Поэтому весьма удивительно, что арбитражный процесс, несмотря на свою естественную близость с гражданским, позаимствовал принцип, более характерный для уголовного процесса. Впрочем, поначалу вопрос не был решен однозначно: Закон РФ “Об арбитражном суде” от 4 июля 1991 г. установил, что особые мнения членов Высшего Арбитражного Суда приобщаются к постановлению Пленума (ст. 28). Эта формулировка выглядела довольно либеральной – она по меньшей мере не исключала открытости особых мнений. Аналогичное правило находим и в первом Арбитражном процессуальном кодексе (1992). Однако Высший Арбитражный Суд не замедлил вмешаться и по-своему урегулировать вопрос. В письме от 31 декабря 1992 г. Высший Арбитражный Суд указал: “Кодекс не предусматривает, что при подписании решения должна быть сделана оговорка относительно существования особого мнения одного из судей и что мнение должно быть послано лицам, участвующим в деле. Согласно упомянутой статье Кодекса оно должно быть приобщено к делу”²⁰. И только.

АПК 1995 г. еще сильнее ужесточил правила. В нем было прямо предусмотрено, что особое мнение судьи не оглашается, и лиц, участвующих в деле, с ним не знакомят (п. 1 ст. 15). Однако при новом пересмотре арбитражно-процессуального законодательства в 2002 г. был сохранен лишь запрет на его оглашение, в то время как запрет на ознакомление оказался опущенным (ст. 20 действующего АПК). Но и прямого разрешения на доступ к особым мнениям тоже не было введено, так что на какое-то время восторжествовала “модель неопределенности”.

В целом вполне резонно усомниться в том, что “запретительное” толкование норм нынешнего АПК можно примирить с правом участвующих в деле лиц знакомиться с его материалами²¹. Более правильным представляется вывод, что арбитражное законодательство не содержит запрета на доступ этих лиц к особым мнениям, хотя и не поощряет подобной практики (например, путем установления конкретного порядка ознакомления).

В целом вполне резонно усомниться в том, что “запретительное” толкование норм нынешнего АПК можно примирить с правом участвующих в деле лиц знакомиться с его материалами²¹. Более правильным представляется вывод, что арбитражное законодательство не содержит запрета на доступ этих лиц к особым мнениям, хотя и не поощряет подобной практики (например, путем установления конкретного порядка ознакомления).

В конечном счете запрет на доступ к особым мнениям установил не федеральный законодатель, а Высший Арбитражный Суд, действуя в качестве “вторичного законодателя”. Пункт 44 Регламента арбитражных судов гласит: “С особым мнением обязаны ознакомиться судьи, принимающие участие в рассмотрении дела во всех инстанциях. Иные лица об особом мнении судьи и его содержании не информируются”²². Это Правило фактически воскрешает норму предыдущего АПК и порождает ситуацию, противоположную той, которая издавна существует в тех правовых системах, где особые мнения судей широко распространены. Для них характерно более одобрительное отношение к факту разногласий в высших судах, нежели в нижестоящих, и не случайно

¹⁷ См.: Постановление от 10 декабря 1983 г. было отменено полностью Постановлением № 11 Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2001 г.

¹⁸ См.: Мнение судьи Конституционного Суда России Г.А. Жилина (Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. Г.А. Жилина. М., 2004).

¹⁹ См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.И. Радченко. М., 2004. С. 708; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. Д.Н. Козака и Е.Б. Мизулиной. М., 2002. С. 256.

²⁰ Пункт 13 Письма Высшего Арбитражного Суда России № С-13/ОП-278 от 31 декабря 1992 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1993. № 2. С. 72.

²¹ См.: ст. 41 АПК (см. также ст. 35 ГПК).

²² Это текст редакции, одобренный Пленумом Высшего Арбитражного Суда 30 декабря 2002 г., вскоре после вступления в силу нового АПК. По словам В.Ф. Яковлева, ужесточение подхода к особым мнениям в Регламенте стало результатом продолжавшихся дискуссий внутри Суда по данной проблеме (интервью с В.Ф. Яковлевым от 25 июля 2006 г.).

именно в судах последней инстанции, где работают самые опытные судьи, процент особых мнений особенно высок. Как видим, в арбитражной системе России полезность особых мнений определяется тем, что впоследствии они могут стать подспорьем для вышестоящих судов, если решение будет обжаловано. Парадоксальность этой позиции заключается в том, что она практически обесценивает мнения судей самой высокой (надзорной) инстанции – ведь дальнейшее обжалование в рамках системы попросту невозможно²³.

Правда, по словам В.Ф. Яковлева, руководившего Высшим Арбитражным Судом в течение многих лет, особые мнения в его Президиуме все же не должны считаться бесполезными, поскольку заложенные в них правовые позиции могут быть изучены и впоследствии восприняты Судом при рассмотрении сходных дел²⁴. Здесь, однако, кроется определенная концептуальная проблема: дело в том, что подобный пересмотр высшим судом своей позиции, хотя и случается в реальной практике высшего Арбитражного Суда, все же не одобряется традиционным континентальным подходом к правосудию, при котором судьи рассматриваются лишь как “оракулы права”, а не создатели норм. Представляется, что тот же самый традиционный подход в конечном счете служит и оправданием для закрытости особых мнений. Поэтому, если допускается судебное правотворчество в форме перемены своих позиций судом, то это уже нарушает чистоту континентальной традиции. Однако в таком случае не видно принципиальных причин, по которым невозможно отойти от нее и в вопросе об особых мнениях.

К настоящему времени наиболее либеральный вариант – модель всеобщей открытости – осуществился лишь в практике конституционного судопроизводства. Начало было положено еще Законом СССР “О конституционном надзоре в СССР” (1989), ст. 18 которого делала особые мнения членов Комитета конституционного надзора неотъемлемой частью его заключений. Правда, за время недолгого существования Комитета его члены пользовались правом на особое мнение лишь эпизодически, в то время как в Конституционном Суде России особые мнения сразу же сделались довольно обычным явлением.

²³ Весьма показательно, что исследователи из стран общего права, перечисляя достоинства особых мнений, обычно даже не упоминают их вспомогательной роли при пересмотре решений.

²⁴ Вместе с тем В.Ф. Яковлев отметил, что особые мнения в Президиуме в период его руководства были редкостью даже по сравнению с нижестоящими судебными инстанциями. По его словам, сам он не писал особых мнений даже в случаях несогласия с большинством, ограничиваясь устной дискуссией – именно из нежелания подвергать сомнению позицию Суда (интервью с В.Ф. Яковлевым от 25 июля 2006 г.).

В своей деятельности Суд проводит различие между “особыми мнениями” и просто “мнениями”. В действующем Законе о Конституционном Суде (1994) последние именуются “мнениями о несогласии с большинством судей” и резервируются для случаев, когда судья голосовал за принятое постановление или заключение по существу рассматриваемого вопроса, но остался в меньшинстве при голосовании по какому-либо другому вопросу или по мотивировке принятого решения (ст. 76). Такая форма выражения судьей своей позиции рассматривается скорее как разновидность особого мнения, нежели самостоятельный институт. Это подразделение напоминает принятое в странах общего права различие между “расходящимися” (dissenting) и “совпадающими” (concurring) мнениями. При этом обозначение своей индивидуальной позиции – “особое мнение” или просто “мнение” – в каждом случае выбирает сам судья.

Представляется полезным сравнить практику Конституционного Суда РФ с правилами Европейского суда по правам человека. Последние носят весьма общий характер – они просто допускают особые мнения, которые могут расходиться либо совпадать с выводами решения²⁵. Более подробное деление было выработано исключительно практикой самого Европейского суда. Так появились совместные мнения, а также частично совпадающие и частично особые. Судьи стали практиковать реплики – короткие или вовсе не имеющие мотивировки замечания по отдельным вопросам, а также заявления о поддержке мнения другого судьи.

В целом формальные правила в Конституционном Суде России несколько подробнее норм Европейского суда. Зато реальная практика суда оказалась отнюдь не столь гибкой и плодотворной. Она ни в чем не углубила и не развила закон. Даже совпадающие “мнения” сразу же стали редкостью. Бывали годы, когда не появлялось ни одного мнения подобного рода. При этом было бы поспешным делать вывод, что конституционное судопроизводство в России не нуждается в большем разнообразии форм для выражения личной позиции судьи. Те мотивы и потребности, с которыми сталкивается Европейский суд по правам человека, не могут быть совсем чужды российским судам. Другое дело, что по каким-то причинам они остаются неудовлетворенными и не облекаются в соответствующие формы. Какие же причины этому препятствуют?

Как представляется, дело заключается в инстинктивном “позитивизме”, преобладающем в основной части юридического сообщества. Типичный российский правоприменитель – судья

²⁵ Европейский суд по правам человека. Правила процедуры суда от 4 ноября 1998 г. (Правила 74 и 88); см. также Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, ст. 45 и 49.

или администратор – склонен полагать, что если закон чего-то напрямую не предусматривает, то этого и быть не должно. Он опасается мысли, что практика может и должна развивать закон в направлении, им же самим указанным, а остановиться обязана лишь там, где ее поступательное движение вызывает конфликт с другими указаниями закона и принципами права. Казалось бы, покуда конфликта нет, но сохраняются жизненные мотивы для развития права, подобная мысль не должна вызывать нареканий. Однако даже в теории такой взгляд вряд ли разделяет большинство чиновников и судей, и лишь немногие следуют ему в реальности. Так обстоит дело и с практикой написания особых мнений.

Кроме того, играет роль настороженное отношение к особым мнениям, как таковым. Поскольку они разрушают впечатление солидарности судей, то их должно быть меньше. А если они есть, то пусть всегда остаются точкой зрения отдельного судьи, а не позицией какого-либо консолидированного меньшинства. Отсюда, в частности, то неприятие совместных особых мнений, о котором свидетельствует их почти полное отсутствие²⁶. Когда постановление Пленума Конституционного Суда сопровождается особым мнением одного судьи, остается лишь догадываться, был ли он одинок в своих взглядах или все-таки получил поддержку у какой-то части своих коллег²⁷. Очевидно, что особое мнение мыслится как личное дело самого судьи. Оно не воспринимается как авторитетный источник формирования доктрины, способной в будущем повлиять на судебную практику. В отличие от стран общего права, судебная практика в России – это практика судов, а не судей.

История публикации особых мнений членов Конституционного Суда России свидетельствует о наличии ограничительных тенденций даже в рамках либеральной модели. В течение целого ряда лет процедура их публикации оставалась несколько хаотичной. Как правило, они печатались вместе с решением в “Вестнике Конституционного Суда”, а также в “Российской газете” и в “Собрании законодательства Российской Федерации”. В первом случае публикация подчас происходила со значительным отставанием, а в остальных – страдала неполнотой. Декабрьские поправки 2002 г. к Закону о Конституционном

Суде прямо предусмотрели опубликование особых мнений в “Вестнике Конституционного Суда”. При этом новая редакция ст. 76 в своем буквальном истолковании не запрещает их публикацию и в других изданиях, а лишь делает обязательной публикацию в “Вестнике”. Однако на практике эта поправка была понята именно как ограничение, имеющее целью сдержать распространение особых мнений. Весьма вероятно, что в этом и состояла ее цель, соответствовавшая общей линии на укрепление авторитета Суда и его решений²⁸. Но можно усомниться в целесообразности этой меры, поскольку мнения судей легко найти в Интернете и в компьютерных базах данных, число пользователей которых исчисляется сотнями тысяч.

Подсчет, произведенный автором настоящей работы, показывает, что в период с 1992 по 2005 г. посредством периодических изданий и правовых баз данных известность получило 181 индивидуальное мнение судей Конституционного Суда, из которых 146 относятся к постановлениям, 7 – к заключениям, 26 – к определениям и 2 – к “решениям” Суда (до 1994 г.). Нет ничего удивительного в том, что наиболее “массовый” и рутинный вид решений – определения – обладает наименьшим потенциалом для разногласий²⁹.

Очень интересным является исследование динамики особых мнений на материале постановлений Суда. Сразу оговоримся, что (к сожалению для исследователей) предметом измерения является не реальный уровень разногласий в Суде, а только степень их публичности. Предание гласности своего личного мнения – это не обязанность, а право судьи, которым оказавшиеся в меньшинстве судьи пользуются далеко не всегда³⁰. Мало того, если носители судейских мантий в странах общего права обязаны заявить свою позицию по делу и тем самым лишены возможности быть “несогласными втихомолку”, а в Европейском суде по правам человека принять указывать расклад голосов при принятии решения, то в российском Конституционном Суде нет ничего по-

²⁶ Единственное известное автору исключение – совместное особое мнение двоих судей к Постановлению № 127-П Уставного суда Санкт-Петербурга от 14 марта 2005 г.

²⁷ По словам Б.С. Эбзеева, за все время деятельности Конституционного Суда России вопрос о возможности совместных особых мнений в Суде даже не ставился (интервью с Б.С. Эбзеевым от 20 июня 2006 г.). А ст. 16 Закона Республики Татарстан “О Конституционном Суде Республики Татарстан” № 1708-ХП от 22 декабря 1992 г. прямо запрещает судьям выступать с особыми мнениями совместно.

²⁸ Интересно, что эта поправка отсутствует в первоначальном тексте законопроекта, а была внесена перед вторым или третьим чтением и не обсуждалась ни на одном из пленарных заседаний Государственной Думы, рассматривавших законопроект 28 июня, 22 и 28 ноября 2001 г. (см. http://www.akdi.ru/gd/PLEN_Z/2001.htm). Весьма вероятно, что большинство парламентариев даже не обратили на нее внимания. Так что судить о реальных “намерениях законодателя” в данном случае просто невозможно.

²⁹ Постановления и заключения являются окончательными решениями по существу вопросов, которые суд признал относящимися к его компетенции.

³⁰ Это подтвердил автору судья Б.С. Эбзеев. На вопрос о том, как часто несогласные судьи воздерживаются от написания особых мнений, он ответил, что это случается “сплошь и рядом” (интервью с Б.С. Эбзеевым от 20 июня 2006 г.).

Статистика особых мнений судей (ОМС) в Конституционном Суде России, 1992–2005

Таблица 1.

Год	Общее число постановлений	Количество и процент постановлений с ОМС		Количество ОМС во всех решениях Суда	Количество ОМС в постановлениях Суда	Количество участий судей в принятии постановлений	КПН (%)
1992	9	6	66.6%	8	8	106	7.55
1993	20	9	38.9%	19	17	217	7.83
1995	17	9	52.9%	23	22	185	11.89
1996	21	10	47.6%	15	15	197	7.61
1997	21	11	52.4%	19	19	215	8.84
1998	28	11	39.3%	22	15	270	5.55
1999	19	4	21.1%	7	6	193	3.11
2000	15	5	33.3%	9	8	166	4.82
2001	17	6	35.3%	11	7	165	4.24
2002	17	5	29.4%	10	8	173	4.62
2003	20	4	20.0%	8	8	223	3.59
2004	19	7	36.8%	13	9	199	4.52
2005	14	7	50.0%	17	11	144	7.64
Всего	237	94	—	181	153	2453	—
Среднее	—	7.23	39.7%	13.92	11.77	—	6.24

добного. Однако и при таких порядках подсчет публично обнародованных особых мнений представляет немалый интерес и может дать материал для разнообразных выводов и гипотез.

Публичные проявления “индивидуализма” судей можно измерить следующим образом. Прежде всего необходимо подсчитать общее количество участий судей в рассмотрении дел, по которым были приняты постановления. Это число принимается за 100%. При этом мы исходим из того, что всякое участие судьи в рассмотрении дела дает ему шанс написать особое мнение³¹. Затем подсчитаем количество индивидуальных мнений (как “особых”, так и “совпадающих”) и установим их корреляцию количеством участий. Доля использованных шансов (т.е. отношение числа мнений к количеству участий) представляет собой “коэффициент публичного несогласия” (КПН) внутри Конституционного Суда, а его изменения от года к году позволяют судить об эволюции “судейского индивидуализма”. Аналогичным образом можно определить личный рейтинг каждого судьи за время его пребывания в должности.

При этом мы принимаем в расчет только мнения, относящиеся к постановлениям, поскольку они

представляют собой типичную возможность для судьи выступить со своим особым мнением, в то время как лишь редкие определения сопровождаются мнениями отдельных судей. Заключение Суда мы включаем в число постановлений³², а совпадающие мнения (или просто “мнения”) приравниваем к особым. Результат можно видеть из табл. 1.

Данная таблица представляет собой наиболее полную статистику особых мнений, существующую на данный момент³³. Что же показывают эти цифры?

Среднегодовой “коэффициент несогласия” за весь период составляет 6.24%. Говоря проще, при принятии постановлений судьи использовали такую долю своих возможностей, чтобы написать индивидуальное мнение. При этом в период 1992–1997 гг. годовой коэффициент постоянно превышал средний уровень, но затем резко снизился и до 2005 г. не достигал среднегодовой отметки. Хотя может показаться, что спад начался в 1998 г., это не совсем так, поскольку нужно принять во внимание рекордное количество мнений (семь), которое относится к определениям Суда,

³² В истории Суда известны лишь два заключения – оба вынесены в 1993 г. и оба – по злободневным политическим вопросам того времени. Первое было вынесено 23 марта (три особых мнения), а второе – 21 сентября (четыре особых мнения).

³³ Сам Конституционный Суд надежной статистикой, видимо, не располагает. Цифры, опубликованные в журнале “Российская юстиция” (2001. № 1. С. 43–44) по случаю 10-летней годовщины Суда, не совсем полны.

³¹ Чисто теоретически возможно стопроцентное использование этих шансов, поскольку Суд может прийти к единому решению, даже если каждый судья напишет индивидуальное мнение. Правда, большинство этих мнений не могут быть особыми. Однако даже представители большинства могут написать совпадающие мнения по мотивам решения.

Процент судей, представивших индивидуальное мнение (с учетом всех решений Суда)

Таблица 2.

Год	Количество несогласных судей ³⁴	Процент несогласных судей (%)	Количество и процент судей, которые представляли свои мнения неоднократно	
1992	6	46.2	2	14.1%
1993	6	46.2	5	30.8%
1995	10	52.6	6	31.6%
1996	9	47.4	3	15.8%
1997	10	52.6	5	26.3%
1998	10	52.6	7	36.8%
1999	5	26.3	2	10.5%
2000	5	26.3	2	10.5%
2001	6	31.6	2	10.5%
2002	4	21.1	3	15.8%
2003	5	26.3	2	10.5%
2004	3	15.8	2	10.5%
2005	5	26.3	4	21.1%
Среднее (%)	6.46	36.3	3.46	18.83

вынесенным именно в указанном году. Так что реально переломным был следующий, 1999 г., о чем свидетельствует и резкое падение абсолютного числа особых мнений именно с этого времени. В период 1999–2002 гг. максимальное количество особых мнений за год равнялось 11, в то время как в течение предыдущего пятилетия оно никогда не опускалось ниже 15. Хотя 12 мнений за 2004 г. могут показаться улучшением, в действительности и это не так. Скорее верным будет обратное – ведь 8 из 9 особых мнений были написаны лишь одним судьей – Анатолием Коновым! (Это, между прочим, рекордное количество мнений для одного судьи в течение одного года). Так что это скромное улучшение нужно рассматривать как смелую попытку отдельного судьи противостоять растущей тенденции к публично-му единодушию (или, если угодно, единомыслию). Не исключено, что эта попытка имела некоторый успех, потому что в 2005 г. после продолжительного упадка вновь наметился явный подъем.

Степень “открытого индивидуализма” членов Конституционного Суда можно исследовать и другим способом. Подсчитаем, сколько судей написали индивидуальные мнения в течение определенного года, а также количество судей, которые выступали более одного раза. Иными словами, вопрос в том, сколь велика группа судей, выступающих с индивидуальными мнениями³⁴. Растет ли она с годами или нет? Ответ можно получить из следующей табл. 2.

³⁴ Нужно напомнить, что в 1992–1993 гг. Суд реально состоял из 13 членов (две вакансии оставались незаполненными), а начиная с 1994 г. в составе Суда было уже 19 членов.

Следует подчеркнуть, что приведенные выше цифры регистрируют лишь факты открытого, публичного несогласия с большинством. А ведь вполне возможны самые серьезные разногласия среди судей, которые, тем не менее, навсегда останутся абсолютно неизвестными широкой публике. Вот почему сокращение числа написанных особых мнений само по себе еще не свидетельствует о действительном единодушии и возникновении общей юридической философии членов этой судейской коллегии.

Подобные данные приводят нас к заключению, что “золотым веком” особых мнений был ранний период истории Суда, в особенности первый год его работы при новой Конституции³⁵. Следующий же период (после 1998 г.) стал временем явного упадка. Этот феномен требует объяснения.

Можно допустить наличие по меньшей мере четырех факторов, определивших трудную судьбу особых мнений в наиболее влиятельном суде России. Первым из них следует назвать рост судебной нагрузки, который оставляет судьям слишком мало времени на написание индивидуальных мнений. Однако предположить, что работа Суда в середине 90-х годов была намного легче, нежели сейчас, значит противоречить очевидным фактам. В реальности финансирование судебной системы значительно улучшилось после 2000 г. и Конституционный Суд, разумеется, не был последним среди тех, на кого пролился “финансовый дождь”. Все судьи имеют помощников, которые помогают им справляться с наплывом жалоб. И наконец, само по себе написание не-

³⁵ Имеется в виду 1995 г. В предыдущем, 1994 г. Суд не работал и не выносил решений.

Статистика особых мнений судей Конституционного Суда

Таблица 3.

Фамилия судьи	Число мнений к постановлениям	Количество принятых с участием судьи постановлений	КПН (%)	Фамилия судьи	Число мнений к постановлениям	Количество принятых с участием судьи постановлений	КПН (%)
Аметистов	9	69	13.04	Маврин	0	6	0.00
Баглай	2	112	1.79	Мельников	0	6	0.00
Бондарь	6	54	11.11	Морщакова	13	100	13.00
Ведерников	2	80	2.50	Олейник	3	57	5.26
Витрук	34	103	33.01	Рудкин	2	120	1.66
Гаджиев	15	151	9.93	Селезнев	0	143	0.00
Данилов	1	122	0.82	Слива	0	66	0.00
Жаркова	1	92	1.09	Стрекозов	1	112	0.89
Жилин	1	65	1.54	Тиунов	0	109	0.00
Зорькин	2	149	1.34	Туманов	0	20	0.00
Казанцев	0	35	0.00	Хохрякова	1	116	0.86
Клеандров	0	30	0.00	Эбзеев	11	137	8.03
Кононов	33	133	24.81	Ярославцев	6	121	4.96
Красавчикова	0	29	0.00	Всего	153	2453	6.24
Лучин	10	116	8.62	Среднее	5.46	87.60	6.24

скольких особых мнений в год трудно счесть непосильной задачей.

Вторым фактором может быть изменение в характере законодательства, подлежащего контролю Суда. Можно утверждать, что оно стало более “техническим” по сравнению с серединой 90-х годов, когда на рассмотрение Суда было представлено несколько откровенно “политических” вопросов³⁶. Но и это вряд ли можно считать причиной относительного упадка практики особых мнений. При серьезном размышлении приходится признать, что “чисто правовые” дела могут порождать не меньше разногласия среди профессиональных юристов, нежели “политические”.

Разумеется, сыграл свою роль и запрет (пусть даже превратно понятый) на публикацию особых мнений в других органах, нежели малодоступный “Вестник Конституционного Суда”. По словам судьи Б.С. Эбзеева, стимулы к письменному изложению особых мнений сильно ослабли после принятия пресловутой поправки – “смысла делать это больше нет”³⁷. На наш взгляд, подобный взгляд не вполне справедлив – ведь особые мнения исправно помещаются в справочно-правовые системы, которые делают их достоянием огромной аудитории.

³⁶ Характерно, что наибольшее на данный момент количество особых мнений имело место в одном из первых дел, рассмотренных Судом после возобновления его работы. Это было знаменитое “чеченское дело”, решение по которому было вынесено 31 июля 1995 г.

³⁷ Интервью автора настоящей статьи с Б.С. Эбзеевым от 20 июня 2006 г.

Чтобы наконец объяснить этот упадок, нужно вспомнить, что написание индивидуальных мнений, основанных на определенной правовой философии, никогда не было важной задачей для судей российских (а тем более советских) высших судов. Это скорее “дело вкуса”, нежели требование закона или традиции. Весьма примечателен тот факт, что индивидуальная активность членов Конституционного Суда далеко не одинакова. Значительное большинство индивидуальных мнений (63%) написано всего лишь четырьмя судьями из 28, когда-либо заседавших в Конституционном Суде. В эту лидирующую четверку входят Анатолий Кононов (44 мнения), Николай Витрук (34), Гадис Гаджиев (20) и Тамара Морщакова (16). Вместе с тем, некоторые из судей-ветеранов написали очень немного мнений или не писали их вообще³⁸. Не было также случая, чтобы председатель Суда выступил с особым мнением.

Следующая табл. 3 показывает “коэффициент публичного несогласия” (КПН) отдельных судей, т.е. процент использованных ими возможностей изложить свое индивидуальное мнение при принятии постановления.

Как видим, существует группа из восьми членов Суда, которые писали особые мнения достаточно часто (т.е. не реже, чем в 8% случаев). Судей, которые писали особые мнения иногда (примерно в 5% случа-

³⁸ Безусловно, нельзя исключать, что эти судьи как раз и являются подлинными лидерами Суда, а его решения чаще всего выражают именно их взгляды. Или, быть может, они просто не разделяют убежденности автора настоящей статьи относительно полезности особых мнений.

ев, что близко к среднему коэффициенту несогласия), всего лишь двое – Ярославцев и Олейник. Остальные же, т.е. подавляющее большинство, если и выражали свою индивидуальную позицию, то лишь эпизодически. Таким образом, существует явный разрыв между склонным к публичной дискуссии меньшинством и “молчаливым” большинством. То, что коэффициент несогласия почти всех судей так сильно удаляется от средних значений, наводит на мысль, что дело скорее всего в их принципиально разном отношении к институту особого мнения. Вероятно, большинство в той или иной степени разделяет издавна существующую в российской правовой культуре настороженность в отношении публичного несогласия судьи с позицией, преобладающей среди членов судебной коллегии.

Тем не менее, в защиту подобного несогласия можно привести немало доводов. Вполне очевиден тот факт, что вековая практика открытых разногласий в судах стран общего права отнюдь не сопровождалась подрывом авторитета судов. Напротив, она составляет часть общего климата открытости и интеллектуальной свободы, который и создает доверие публики к судопроизводству. Одно из теоретических обоснований права судьи на публичное несогласие с большинством исходит из тезиса, что при решении сложных правовых казусов членам высших судов постоянно приходится делать выбор между конкурирующими и несводимыми друг к другу (*incommensurable*) принципами или подходами. Каждый из них может претендовать на легитимность, поскольку они опираются в конечном счете на ценностные суждения, которые нельзя ни доказать, ни опровергнуть. Существование таких принципов и ценностей (вытекающих, к примеру, из потребностей человека как автономной личности и в то же время существа общественного) рассматривается как неотъемлемое свойство либеральной демократии. Особые мнения судей выявляют эти принципы и способствуют их кристаллизации в глазах общества, помогая его членам делать более обдуманный выбор между ними. И в этом отношении мнение меньшинства может быть не менее важным, чем точка зрения большинства.

Вместе с тем, благодаря публичности особых мнений и судьи, принадлежащие к большинству, в гораздо большей степени чувствуют свою ответственность за решение, нежели в случае его анонимности. Поэтому вполне естественно, что со временем и в правовых системах континентального образца особые мнения судей высших инстанций стали публикуемыми (Норвегия, Финляндия, Швеция, Швейцария, Германия, Португалия, Греция) или, как минимум, открытыми для ознакомления (Испания).

Можно привести и другие доводы в пользу открытости особых мнений. В некоторых случаях невозможность опубликовать особое мнение мо-

жет поставить судью в морально тяжелое положение. Вот пример подобной коллизии: один и тот же суд в составе коллегии из трех судей в течение недели выносит абсолютно противоположные решения по двум совершенно идентичным делам³⁹. При этом двое судей, участвовавших в принятии первого решения, принимают участие и во втором. Технически возможны два объяснения такому феномену: так, можно предположить, что в первом деле один из судей остался при особом мнении против двух своих коллег, составивших большинство. В следующем деле место одного из представителей большинства занял новый судья, который придерживался того же толкования, что и судья, оказавшийся в меньшинстве в предыдущем деле. Вместе они составили новое большинство, которое вынесло принципиально иное решение. Данное объяснение никак не порочит конкретных судей, хотя и предъявляет ряд вопросов к самой системе, которая допускает столь вопиющую непоследовательность.

Одним из удручающих дефектов российского судопроизводства на всех уровнях являются недопустимая краткость и неполнота текстов судебных решений. Это проявляется в первую очередь в том, что обстоятельства дела зачастую излагаются в самой общей форме, а в некоторых случаях не приводятся вообще. Но и этого мало – наряду с легковесным отношением к фактам сплошь и рядом приходится сталкиваться с игнорированием доводов сторон. Определенные доводы, так или иначе неудобные суду, не находят в тексте никакого отражения. Они не поддерживаются и не опровергаются – от них просто не остается ни следа. Подлинные правовые проблемы, с которыми сталкивается суд, не выявляются, а скорее затушевываются в тексте типичного судебного решения⁴⁰. Устранению этого недостатка публикация особых мнений судей могла бы серьезно помочь. Внимание вышестоящей инстанции может быть привлечено к подобным фактам и доводам именно благодаря особому мнению. Однако тут его роль все-таки невелика: вышестоящий суд в любом случае получит доступ ко всем материалам, в которых отражены обстоятельства дела и подробности процесса, а мнение отдельного судьи

³⁹ Всякий, кто сочтет данный пример чисто гипотетическим, может обратиться к постановлениям Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа № А26-1286/03-25 от 25 августа 2003 г. и № А56-5809/03 от 1 сентября 2003 г.

⁴⁰ И так обстоит дело не только в низших судах. Автор настоящей статьи, посетив заседание Конституционного Суда России по вопросу о налоговых проверках (ст. 89 НК РФ), был удивлен несоответствием между реальным ходом обсуждения и итоговым решением, весьма однобоко отражившим обстоятельства дискуссии. На это несоответствие было обращено внимание в особом мнении судьи Кононова по данному делу (постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 14-П от 16 июля 2004 г.). В обычных судах такое случается гораздо чаще и откровеннее.

способно лишь подчеркнуть то, что не получило должной оценки в нижестоящей инстанции.

Однако совсем иначе обстоит дело в высших судах, где вероятность обжалования отсутствует. Здесь возможность публичного возражения со стороны отдельного судьи имеет (в случае Конституционного Суда) или могла бы иметь (в случае других высших инстанций) дисциплинирующее влияние на большинство, побуждая его всесторонне обсуждать и оценивать все существенные нюансы конкретного дела, а главное – глубже анализировать и полнее отражать их в тексте решения, которое призвано оказывать направляющее воздействие на будущую судебную практику. Нельзя упускать из виду, что ограничители, в рамках которых действует высшая судебная власть современных либеральных демократий, – почти исключительно репутационного свойства. Иными словами, основной гарантией качества принимаемых решений выступает не угроза санкций со стороны вышестоящего начальства, а общественное мнение. Поэтому можно думать, что открытость индивидуальных позиций членов высших судов даст заинтересованным общественным группам возможность составить ясное представление о всех аспектах того или иного важного судебного казуса и качестве работы судов. Разумеется, подобная открытость вряд ли облегчит жизнь самим судьям, однако общепользительный эффект от нее очевиден.

Преобладающий стиль кассационных судебных решений в России таков, что сложности ситуации, давшей повод к судебному разбирательству, а также неопределенность, противоречивость права, подлежащего применению, нарочито сглаживаются, чтобы придать решению вышестоящего суда вид безусловно правильного и единственно возможного. При чтении таких решений невольно возникает вопрос: если правильный вывод был столь ясен и очевиден, то почему же нижестоящие суды так часто ошибаются и приходят к неправильным заключениям? В действительности во многих случаях (хотя, разумеется, далеко не во всех) дело не в грубых ошибках судов, а в конкуренции вполне разумных правовых позиций, выбор между которыми не столь прост и однозначен, как это может показаться, если судить по тексту последнего, “финального” решения по делу. Подобный стиль процветает во многом благодаря отсутствию особых мнений, которые лучше всего способны выявлять существующие альтернативы. Более того, особое мнение может указывать на недостатки самого закона и тем содействовать его исправлению в будущем. В реальной практике подобные недостатки – далеко не редкость, но суды вынуждены раз за разом “молча” преодолевать их⁴¹.

⁴¹ В недавнем интервью Председатель Высшего Арбитражного Суда А.А. Иванов сказал, что “около 80% дел, которые к нам попадают, связаны именно с тем, что Налоговый кодекс написан противоречиво и не до конца продуманно” (см.: Коммерсант. 2006. 17 июля.).

Принимая во внимание российские правовые традиции, нужно заметить, что указания на изъяны подлежащего применению закона выглядят более уместными не в самом тексте решения, выражающем коллективную волю суда, а именно во мнениях отдельных судей, предлагающих свой особый критический взгляд на рассматриваемый судом вопрос. Ведь если суд говорит как правоприменитель, то отдельный судья выступает именно с критикой и независимой оценкой всей совокупности обстоятельства дела и в этом смысле более свободен.

В настоящее время есть признаки того, что некоторые члены российского судейского сообщества готовы защищать практику особых мнений перед лицом своих коллег. В одном из недавних дел, рассмотренных Конституционным Судом, судья Г.А. Гаджиев высказал мнение, что общество в целом заинтересовано в том, чтобы получать информацию о природе и глубине теоретических дискуссий. При этом он процитировал судью Верховного Суда США Антонина Скалиа, который сказал, что система особых и отдельных мнений делает Верховный Суд центральной ареной современных правовых дебатов, а его решения превращает в аннотированную историю американской правовой философии⁴².

Теоретически можно привести еще немало доводов как “за” так и “против” открытости особых мнений, однако все они являются как бы самодовлеющими и поэтому в известном смысле неопровержимыми. Они скорее дополняют, чем перечеркивают друг друга. В итоге последнее слово все равно остается за практикой. Как и всякий сложный порядок, право развивается путем экспериментирования, и в настоящее время ничто (в том числе и законодательство) не воспрещает судебным властям сделать шаг в предлагаемом здесь направлении. Именно тогда можно будет вынести однозначное суждение относительно воздействия особых мнений на разнообразные аспекты юридической практики. На наш взгляд, правовая культура и традиции не дают оснований ожидать неминуемых отрицательных последствий, таких как злоупотребление правом на открытое особое мнение со стороны судей или понижение исполнимости судебных решений. Хотя всестороннее изучение всех нюансов проблемы еще впереди, приведенных в настоящей статье фактов и доводов, на наш взгляд, достаточно, чтобы по-новому оценить роль особых мнений для развития правовой системы России.

⁴² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 12-П от 17 июня 2004 г. (мнение судьи Гаджиева) // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2004. № 4. С. 88.