

Изменение подхода к особому мнению судьи под влиянием европейских стандартов отправления правосудия

Аннотация. Автор рассматривает эволюцию подходов к институту особого мнения на примере отечественного арбитражного процессуального законодательства.

Долгое время институт особого мнения судьи не вызывал какого-либо интереса у отечественных исследователей, за исключением, пожалуй, особого мнения судьи в рамках конституционного судопроизводства. Между тем этот институт заслуживает бесспорного внимания и применительно к судебному разбирательству в «обычных» судах, поскольку неверный подход к его реализации не позволяет говорить о полноценности осуществления права на суд, гарантированного п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека.

Возможность для судьи выразить несогласие с мнением большинства была закреплена в российском праве достаточно давно. По мнению А. Верещагина, впервые допустимость разногласий между судьями была законодательно признана в приложении к Воинскому уставу Петра Великого «Краткое изображение процессов или судебных тяжб» (1715)¹. В данном акте, предназначенном для военных судов, устанавливалось, что в случае разногласий приговор постановляется по большинству голосов, но представление особых мнений и их оглашение не предусматривалось².

Положение о специальном оформлении особого мнения судьи было введено указом Екатерины II «Учреждения для управления губерний» (1775). В случае разделения голосов судей полагалось это разногласие внести в специальный протокол, который может быть раскрыт только в случае направления дела в вышестоящую судебную инстанцию («Разногласие да внесется в особенный протокол, который не иначе откроют, как тогда, когда дело потребует для ревизии в палату»³). Анализируя эту формулировку, А. Верещагин делает вывод, что в ней собраны признаки подхода к особым мнениям судей, который впоследствии укоренился в отечественной правовой доктрине. И далее ученый обозначает три основных принципа этого подхода: «1) особые мнения являются вещью нежелательной и даже ненормальной, однако избежать их нельзя и потому приходится терпеть; 2) особые мнения следует держать втайне от сторон и широкой публики; 3) единственная полезная функция писаных особых мнений состоит в том, чтобы помогать вышестоящим судам в пересмотре решений, вызвавших разногласия (то есть вспомогательная функция)»⁴.

Не давая здесь оценку обозначенному походу, представляется интересным проследить эволюцию подходов к институту особого мнения на примере отечественного арбитражного процессуального законодательства.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ (далее – АПК РФ) 1992 г. закреплял право судьи, не согласного с решением или постановлением, изложить в письменном виде особое мнение, которое приобщалось к делу (ст. 106, 129, 138). В п. 13 приложения к информационному письму Высшего Арбитражного Суда РФ (далее – ВАС РФ) от 31.12.1992 № С-13/ОП-278 содержалось

¹ См.: Верещагин А. Особые мнения в российских судах // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 4; СПС «КонсультантПлюс».

² Дословно это положение звучало следующим образом: «...в суде следует приговор таким образом: Перво; чтоб все обретающиеся в суде об том деле подали советы, и мнение свое открыли; и буде судьи в мнении своем не согласятся, тогда надлежит збирать голоса от перваго до последнего; и на которой стороне более явятся, на оной яко в воинских артикулах, божественных и прочих правах утверждено, оснавается приговор; буде же они во мнении своем не согласятся, и на обеих сторонах равные будут голоса, тогда приговор при оной стороне, которую Президент и лутчую и основательную обрящет, останется» (<http://adjudant.ru/regulations/1716-03.htm>).

³ См.: http://constitution.garant.ru/DOC_12200.htm#sub_para_N_14.

⁴ Верещагин А. Особые мнения в российских судах.

следующее указание: «Кодекс не предусматривает, что при подписании решения делается оговорка о наличии у одного из судей особого мнения и что особое мнение рассылается лицам, участвующим в деле. Согласно названной статье Кодекса (речь идет о ст. 106. – *М.Р.*) оно приобщается к делу».

Таким образом, действующее в 1992–1995 гг. арбитражное процессуальное законодательство предусматривало только правило о приобщении особого мнения судьи к материалам дела. ВАС РФ установил правила о недопустимости в судебном решении специальной оговорки об особом мнении судьи и об отсутствии надобности в направлении этого документа лицам, участвующим в деле⁵.

Примечательно, что АПК РФ 1995 г. значительно ужесточил указанное правило, установив в ч. 2 ст. 15 следующее: «Судья, не согласный с решением большинства, обязан подписать это решение и вправе изложить в письменном виде свое особое мнение, которое приобщается к делу, но не объявляется. Лиц, участвующих в деле, с особым мнением не знакомят». И в развитие данной нормы в Регламент арбитражных судов⁶ была включена такая рекомендация: «Судья, не согласный с мнением большинства, обязан подписать судебный акт и вправе изложить в письменном виде особое мнение, которое приобщается к делу, но не оглашается... После подписания судебного акта всеми судьями особое мнение судьи приобщается к материалам дела и хранится в запечатанном конверте. С особым мнением обязаны ознакомиться судьи, принимающие участие в рассмотрении дела во всех судебных инстанциях. Иные лица об особом мнении судьи и его содержании не информируются» (п. 44).

Запретительный подход, сформулированный в названной норме АПК РФ 1995 г., в совокупности с позициями ВАС РФ, выраженными в упомянутом информационном письме от 31.12.1992 № С-13/ОП-278 и п. 44 Регламента арбитражных судов, на практике проявлялся в следующем:

- 1) отметка о наличии особого мнения судьи в судебных актах отсутствует;
- 2) особое мнение судьи в заседании не оглашается и лица, участвующие в деле, о нем не уведомляются;
- 3) документ, оформляющий особое мнение, приобщается к материалам дела в запечатанном конверте;
- 4) лица, участвующие в деле, при ознакомлении с материалами дела не получают информацию о существовании и содержании особого мнения;
- 5) с особым мнением могут знакомиться только судьи, принимающие участие в рассмотрении данного дела.

Следовательно, особое мнение судьи в период действия АПК РФ 1995 г. было абсолютно «закрытым» (по сути секретным); о его существовании заинтересованные лица (стороны и иные лица, участвующие в деле) могли узнать только случайно. Таким образом, в названный период действительно возобладали указанный А. Верещагиным подход: особое мнение нежелательно, его следует скрывать от сторон и иных лиц, а назначение его состоит лишь в помощи вышестоящей инстанции при пересмотре вынесенного решения.

АПК РФ 2002 г. содержал положение, схожее с тем, которое было закреплено в АПК РФ 1992 г.: «Судья, не согласный с мнением большинства, обязан подписать судебный акт и вправе изложить в письменной форме особое мнение, которое приобщается к делу, но не оглашается» (ч. 2 ст. 20). То есть АПК РФ 2002 г. закрепил сравнительно либеральную формулировку, *не*

⁵ Можно провести следующую параллель: в ст. 703 Устава гражданского судопроизводства 1864 г. в отношении особого мнения судьи устанавливалось лишь то, что подача судьями письменных особых мнений допускается до момента подписания решения суда. Правительствующий Сенат издал предписание, согласно которому особые мнения членов суда не должны объявляться на публике (1869 г.), а затем запретил выдачу копий с особых мнений (подробнее см.: *Верещагин А.* Особые мнения в российских судах).

⁶ Утвержден постановлением Пленума ВАС РФ от 05.06.1996 № 7.

предусматривающую прямой запрет на ознакомление сторон и иных лиц, участвующих в деле, с особым мнением судьи арбитражного суда⁷.

Вместе с тем названное выше информационное письмо ВАС РФ от 31.12.1992 № С-13/ОП-278 не было отменено. Не претерпел изменений и п. 44 упоминаемого Регламента арбитражных судов, в котором по-прежнему был установлен запрет на ознакомление участвующих в деле лиц с особым мнением судьи. В итоге на практике сохранялся прежний подход к институту особого мнения судьи, и, например, в одном из постановлений кассационной инстанции ссылка арбитражного суда первой инстанции на особое мнение судьи была названа незаконной⁸.

Таким образом, при теоретически **допускаемой законом возможности** знакомиться с содержанием особого мнения судьи стороны и иные лица, участвующие в деле, были лишены этого фактически, а в большинстве случаев вообще не знали о существовании особого мнения⁹.

Запретительный подход, сформировавшийся в период действия АПК РФ 1995 г. и сохранявшийся на практике в условиях изменившегося законодательства, подвергался серьезной критике со стороны отечественных правоведов. При этом критиковались сами нормы АПК РФ 2002 г., хотя и содержащие более «мягкую» формулировку по сравнению с нормами прежде действующего законодательства, но не решающие со всей определенностью проблему доступа заинтересованных лиц к особому мнению судьи.

Например, А.Т. Боннер, комментируя в 2003 г. АПК РФ 2002 г., указывает: «Норма о том, что особое мнение приобщается к делу, но в зале судебного заседания не оглашается (на практике особое мнение хранится при деле в отдельном конверте), представляется алогичной. Ведь в соответствии с ч. 1 ст. 41 лица, участвующие в деле, имеют право и реально знакомятся со всеми его материалами, в том числе и с особым мнением, если таковое по делу имеется. «Утаивание» же особого мнения судьи в момент оглашения резолютивной части судебного решения от лиц, находящихся в зале судебного заседания, находится в противоречии с принципом коллегиальности судопроизводства, принижает роль и значение в разрешении дела судьи, оставшегося в меньшинстве... Алогичность данного правила очевидна, например, при сравнении его с нормой, закрепленной в ст. 76 ФКЗ от 21 июля 1994 г. «О Конституционном Суде Российской Федерации» (в редакции ФКЗ от 15 декабря 2001 г.). Особое мнение судьи не только приобщается к материалам дела, но и подлежит опубликованию вместе с решением Конституционного Суда РФ в «Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации»¹⁰.

⁷ Это законодательное решение нашло свое отражение в постановлении кассационной инстанции (постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 16.06.2006 по делу № А43-33770/2004-15-991).

⁸ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26.03.2004 по делу № Ф08-414/2004.

⁹ Справедливости ради надо сказать, что в некоторых случаях в судебных актах встречается указание на особое мнение судьи (помимо упомянутого постановления Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 16.06.2006 по делу № А43-33770/2004-15-991 см., например, постановления Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 02.08.2005 по делу № Ф04-4830/2005(13385-А27-19), от 26.07.2005 по делу № Ф04-4719/2005(13277-А03-19), от 24.11.2004 по делу № Ф04-8312/2004(6629-А45-19); Федерального арбитражного суда Московского округа от 14.08.2003 по делу КА-А40/5673-03; от 26.08.2003 по делу № КА-А40/5282-03). Однако это редчайшие исключения из общего правила «утаивания» особого мнения судьи.

¹⁰ Комментарий к арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. М.С. Шакарян. М.: Велби; Проспект, 2003. С. 47. Мнение о сохранении «запретительного подхода» высказывает и А.Л. Кононов, отмечая следующее: «...возражения приобщались к делу в опечатанном конверте и по сложившейся традиции засекречивались от всех, кроме вышестоящей инстанции, пересматривающей дело по жалобе или протесту. Такой порядок в основном сохраняется и в ныне действующих уголовно-процессуальном и гражданско-процессуальном законах, а также в арбитражном процессе» (Кононов А.Л. Право на особое мнение // Закон. 2006. № 11; СПС «КонсультантПлюс»).

Автор настоящей работы, поддерживая позицию А.Т. Боннера, в 2008 г. по-иному аргументировала неверность подхода, предполагающего «утаивание» особого мнения судьи от лиц, участвующих в деле¹¹. Эти аргументы сводились к следующему.

При рассмотрении феномена особого мнения судьи в рамках конституционного производства основное внимание обычно уделяется **праву судей** Конституционного Суда РФ публично выражать мнение, отличающееся от соображений большинства, возможность и важность опубликования этого мнения и пр.¹² При анализе института особого мнения судьи применительно к арбитражному процессу акцент смещается: речь, как правило, идет о **праве лиц, участвующих в деле**, знакомиться с особым мнением судьи по делу, в котором эти лица участвовали. Вследствие сказанного в работе делался вывод о том, что проблематика особого мнения судьи применительно к судебному разбирательству в арбитражном суде явно сместилась в плоскость вопросов надлежащей реализации *права на суд*.

Как известно, *право на суд*, закрепленное п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека и «обросшее» в практике ЕСПЧ значительным количеством прецедентов, многоаспектно¹³. Применительно к рассматриваемому вопросу особое значение приобретают, во-первых, аспект справедливости судебного разбирательства и, во-вторых, аспект публичности судебного разбирательства.

1. *Требование справедливости судебного разбирательства*, как неоднократно разъяснял ЕСПЧ, достигается при условии обеспечения равных процессуальных возможностей для обеих сторон процесса. Иными словами, о справедливости судебного разбирательства можно говорить только при фактической (реальной) состязательности сторон в процессе, независимости и законности назначения экспертов и экспертиз, законности методов получения доказательств, мотивированности судебных актов, фактической возможности обжалования сторонами вынесенного судебного акта и т.п.

Лишение лиц, участвующих в деле, возможности ознакомиться с особым мнением судьи, при том что это мнение может стать предметом рассмотрения последующих (вышестоящих) инстанций при пересмотре дела, создает угрозу в отношении справедливости судебного разбирательства – именно в условиях секретности особого мнения эта угроза реально существует.

Аргументы судьи, изложенные в особом мнении, неизвестны сторонам, и они не могут сформировать в отношении их соответствующую позицию. В то же время в случае обжалования одной из сторон вынесенного решения вышестоящий суд при пересмотре решения должен принимать во внимание аргументы, изложенные в особом мнении. Учитывая, что аргументация особого мнения нередко позволяет «склонить чашу весов» в пользу одной из сторон процесса, в то время как другая сторона вовсе не знает о содержании особого мнения, вполне резонно говорить о том, что таким образом одна из сторон ставится в заведомо невыгодное положение. Иными словами, закрытость для сторон особого мнения судьи лишает одну из сторон возможности сформировать и защищать свою позицию надлежащим образом, создавая ничем не обоснованные преимущества для другой стороны процесса.

¹¹ См.: Рожкова М.А. Особое мнение судьи арбитражного суда // Вестник ВАС РФ. 2008. № 3. С. 4–15.

¹² Например, Г.А. Гаджиев писал: «Мне кажется чрезвычайно занимательным рассмотреть вопрос о публикации особого мнения судьи с точки зрения конституционного права свободно передавать информацию (ст. 29 Конституции РФ). Статья 29 Конституции России корреспондирует статье 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В ней содержится норма, предусматривающая, что каждый имеет право свободно выражать свое мнение. Это право включает свободу придерживаться своего мнения и свободу получать и распространять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны публичных властей» (Гаджиев Г.А. Публикация особого мнения судьи, или История нормы, которая является камертоном судебной реформы в России // Законодательство и практика масс-медиа. 2005. № 12 (<http://www.medialaw.ru/publications/zip/136/5.htm>)).

¹³ Подробнее о праве на суд см.: Рожкова М.А., Глазкова М.Е. Аспекты права на суд: новейшие тенденции // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека / Russian Yearbook on the European Convention on Human Rights. № 1 (2015): Европейская Конвенция: новые «старые» права. М.: Статут, 2015. С. 180–229; СПС «КонсультантПлюс».

С учетом сказанного «секретность» особого мнения судьи во многих случаях не позволит признать полноценно реализованным право на суд, поскольку будет нарушено требование справедливости судебного разбирательства: одна из сторон будет поставлена в преимущественное положение, поскольку другая сторона лишена возможности должным образом сформировать и защитить свою позицию.

2. *Требование публичности судебного разбирательства* в первую очередь, безусловно, подразумевает обеспечение возможности проведения судебного заседания при участии всех лиц, отстаивающих свои права в данном деле, а также лиц, заинтересованных в присутствии на судебном заседании. Это требование обусловлено необходимостью защиты участников процесса от «тайного» отправления правосудия вне контроля со стороны общества и необходимо для обеспечения доверия к судам всех инстанций.

Вместе с тем проведением устных судебных слушаний с участием заинтересованных лиц требование публичности судебного разбирательства не исчерпывается. Заинтересованность общества в получении важной для него информации определяет и другие аспекты публичности судебного разбирательства: это и открытость оглашения судебного решения, и доступность судебных документов всем заинтересованным лицам.

В рамках рассматриваемого вопроса особой значимостью обладает доступность судебных документов для всех заинтересованных лиц. Причем под судебными документами понимаются не только окончательные (итоговые) судебные решения по делу, но и иные документы по конкретному делу, *исходящие от суда*; к заинтересованным лицам следует относить любое лицо, проявившее заинтересованность в данном судебном процессе.

Исходя из сказанного делался вывод, что особое мнение судьи (как судебный документ) должно быть доступно широкой публике наравне с судебными решениями по этому делу. Такой подход повышает возможность контроля со стороны общества за качеством судебных решений, исключает ситуации «тайного» отправления правосудия. Противоположный подход вступает в противоречие с требованием публичности судебного разбирательства и, следовательно, ст. 6 Конвенции. В условиях, когда верным признается предоставление *всем* заинтересованным лицам возможности ознакомиться с особым мнением судьи (наряду с итоговым решением по делу), по меньшей мере странно ограничивать лиц, участвующих в деле, в праве ознакомления с этим документом.

В заключении статьи указывалось на недопустимость сохранения, во-первых, запрета на указание в судебном акте на наличие особого мнения судьи и запрета его направления участвующим в деле лицам (информационное письмо ВАС РФ от 31.12.1992 № С-13/ОП-278), во-вторых, требования о приобщении особого мнения к материалам дела в запечатанном конверте (протитированный ранее п. 44 Регламента арбитражных судов).

Следует признать, что обозначенная авторская позиция, нашедшая отражение в публикации в официальном издании ВАС РФ, не прошла незамеченной.

В конце 2008 г. были произведены существенные изменения редакции п. 44 Регламента арбитражных судов. Этот пункт закрепил принципиально иную позицию: «Судья, не согласный с мнением большинства судей, голосовавших за принятие судебного акта, обязан подписать этот судебный акт и вправе письменно изложить свое особое мнение. Особое мнение приобщается к материалам дела.

Судья, голосовавший за принятый судебный акт по существу рассматриваемого судом вопроса, но оставшийся в меньшинстве при голосовании по какому-либо другому вопросу или по мотивировке принятого судебного акта, вправе письменно изложить свое особое мнение о несогласии с большинством судей. В таком случае письменное несогласие судьи также приобщается к материалам дела.

Особое мнение судьи должно быть изготовлено в срок, не превышающий пяти дней со дня

принятия решения, то есть изготовления его в полном объеме»¹⁴.

Далее, в 2009 г. Пленум ВАС РФ постановил внести в Государственную Думу проект федерального закона «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации»¹⁵, в котором помимо прочего предусматривалось изменение в ч. 2 ст. 20 АПК РФ, регламентирующей вопросы особого мнения. Этот проект был поддержан законодателем¹⁶, в результате чего вместо одного предложения (проектированного ранее) ч. 2 ст. 20 АПК РФ с 2010 г. предусматривает другие положения, касающиеся особого мнения: «Судья, несогласный с мнением большинства судей, голосовавших за принятие судебного акта, обязан подписать этот судебный акт и вправе изложить в письменной форме свое особое мнение.

Судья, голосовавший за принятый судебный акт по существу рассматриваемого судом вопроса, но оставшийся в меньшинстве при голосовании по какому-либо другому вопросу или по мотивировке принятого судебного акта, также вправе изложить в письменной форме свое особое мнение.

При изложении своего особого мнения судья не вправе сообщать кому бы то ни было сведения о содержании обсуждения при принятии судебного акта, о позиции отдельных судей, входивших в состав суда, и иным способом раскрывать тайну совещания судей.

Особое мнение судьи должно быть изготовлено в срок, не превышающий пяти дней со дня принятия решения по делу. Особое мнение судьи приобщается к материалам дела, но не оглашается».

В 2010 г. Т.Н. Нешатаева первой из судей ВАС РФ изложила особое мнение по делу¹⁷, которое было размещено в базе судебных актов. Впоследствии особое мнение по конкретным делам также высказывалось судьями ВАС РФ Д.И. Дедовым¹⁸, Т.Н. Нешатаевой¹⁹, С.В. Сарбашом, Ю.Ю. Горячевой и др.

В 2012 г. Конституционный Суд РФ дал дополнительное толкование обновленным положениям ч. 2 ст. 20 АПК РФ. Он, в частности, указал: «...законоположение не препятствует лицу, участвующему в деле, ознакомиться с приобщенным к материалам дела особым мнением судьи и сослаться на содержащиеся в нем доводы о неправомерности вынесенного арбитражным судом судебного акта при обжаловании данного судебного акта в вышестоящий арбитражный суд»²⁰.

Позитивно оценивая происшедшие новации, вместе с тем надо признать, что отношение российских судов к институту особого мнения по сути не изменилось: как и прежде, особое мнение – скорее чрезвычайное происшествие, нежели сложившееся в судебной практике

¹⁴ Постановление Пленума ВАС РФ от 20.11.2008 № 58 «О внесении изменения в пункт 44 Регламента арбитражных судов Российской Федерации».

¹⁵ Паспорт проекта федерального закона № 211568-5 «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» (внесен ВАС РФ) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Федеральный закон от 27.07.2010 № 228-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации».

¹⁷ Особое мнение судьи ВАС РФ по делу Арбитражного суда Республики Башкортостан № А07-26160/2009 (от 23.11.2010 № 9521/10).

¹⁸ Особое мнение судьи ВАС РФ по делу Арбитражного суда Вологодской области № А13-3176/2010 (от 12.04.2011 № ВАС-17053/10), по делу Арбитражного суда Орловской области № А48-2714/06-176(10) (от 19.07.2011 № ВАС-4104/11), по делу Арбитражного суда Ставропольского края № А63-2319/2010 (от 29.11.2011 № ВАС-7803/11), по делу Арбитражного суда Омской области № А46-14110/2010 (от 24.01.2012 № ВАС-12576/11), по делу Арбитражного суда Вологодской области № А13-223/2010 (от 07.06.2012 № ВАС-1009/11) и др.

¹⁹ Особое мнение судьи ВАС РФ по делу Арбитражного суда Республики Карелия № А13-3176/2010 (от 19.04.2011 № 17648/10), по делу Арбитражного суда Республики Татарстан № А65-4166/2010 (от 20.09.2011 № ВАС-2549/10), по делу Арбитражного суда г. Москвы № А40-103027/10-12-654 (№ ВАС-8817/11).

²⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 24.12.2012 № 2379-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Компания «Торгтранссервис» на нарушение конституционных прав и свобод положениями части 2 статьи 20 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»).

обыкновение.

Такая ситуация складывается ввиду того, что ни законодатель, ни высший судебный орган никак не способствовали раскрытию потенциала рассматриваемого института. В частности, особое мнение допустимо не только в ситуациях несогласия с судебным решением в целом – вполне допустимо, что судья может не соглашаться **в части решения** (например, в отношении мотивировки вынесенного решения). Более того, особое мнение необязательно предполагает несогласие с большинством – напротив, судья, входящий в большинство, не лишен права высказывать особое мнение **в поддержку вынесенного решения** («совпадающее» мнение)²¹. То есть особые мнения достаточно вариативны – они могут расходиться с принятым решением полностью либо в части, но могут и совпадать с выводами принятого решения (если при принятии решения голоса разделились)²².

Подобная практика существует в ЕСПЧ: согласно п. 2 ст. 45 Конвенции по правам человека если постановление в целом или частично не выражает единого мнения судей, то любой судья вправе представить свое особое мнение. В развитие этого положения в подп. «к» п. 1 ст. 74 Регламента ЕСПЧ²³ установлено правило о том, что каждое постановление, вынесенное ЕСПЧ, предполагает помимо прочего указание числа судей, составивших большинство при принятии решения по делу. Пункт 2 названной статьи Регламента ЕСПЧ предусматривает, что каждый судья, принимавший участие в рассмотрении дела, вправе приложить к постановлению свое особое мнение, совпадающее или не совпадающее с постановлением, либо только указать на наличие особого мнения. То есть Регламент ЕСПЧ не только не исключает возможность расхождения мнений судей ЕСПЧ, а, напротив, предусматривает в качестве обязательного отражение дискуссий по тому или иному вопросу, поднимаемому при рассмотрении конкретных дел.

Развивая сказанное, следует отметить, что особые мнения могут освещать проблемы, с которыми сталкиваются судьи при отправлении правосудия. Например, не критикуя вынесенное судебное решение (здесь как раз и «годится» совпадающее особое мнение), судья может отразить в нем существующие изъяны и пробелы законодательного регулирования, с которыми столкнулся суд при разбирательстве дела, либо указать на неправильность существующей административной практики и др.

Следовательно, такого рода особые мнения могут касаться вопросов, рассмотрение которых неуместно в судебном решении, но разрешение которых жизненно необходимо для адекватной и эффективной защиты прав обратившихся в суд лиц. Поднимаемые в особых мнениях проблемы (безусловно, при доступности особых мнений широкому кругу заинтересованных лиц, о чем речь шла ранее) смогут стать «отправной точкой» для законопроектной деятельности, изменения административной практики, формулирования высшей судебной инстанцией рекомендаций применительно к тому или иному вопросу.

Но даже и в том случае, если судья выражает несогласие с мнением большинства, подвергая критике решение в целом (или в части), польза такого мнения налицо. Так, если судебное решение опирается на весьма слабую аргументацию (которая и подверглась критике), особое мнение судьи выступит катализатором процесса усиления мотивировочной части судебных решений по такого рода делам.

²¹ Прямо устанавливая право судьи выражать свое мнение, отличное от мнения большинства в составе судей, отечественное арбитражное процессуальное законодательство не содержит запрет на выражение судьей совпадающего мнения.

²² Учитывая, что п. 4 ст. 17 АПК РФ допускает коллегиальное рассмотрение дел в составе более чем из трех судей, можно предположить, что для такого состава вполне допустимыми будут совместные особые мнения.

²³ Подробнее о Регламенте ЕСПЧ см.: *Рожкова М.А., Афанасьев Д.В., Тай Ю.В.* Порядок рассмотрения жалоб в Европейском Суде по правам человека. М.: Статут, 2013 (серия «Практика Европейского Суда по правам человека: комментарии, судебные прецеденты». Кн. 2) // СПС «КонсультантПлюс».

Несовпадающее («расходящееся») мнение возможно и в ситуации, когда судебное решение зиждется на «качественной» основе, при том что существовало несколько конкурирующих подходов к разрешению дела. Здесь особое мнение отразит, что судом были учтены все нюансы рассмотренного дела и его решение основано на прочной правовой позиции, альтернативу которому и рассматривает судья, не присоединившись к мнению большинства. В этих условиях является очевидным, что причиной особого мнения послужило не убеждение в ошибочности избранного судом подхода, а обнаружение нескольких возможных путей разрешения дела, что выявляет необходимость доктринальных разработок и формулирование высшим судебным органом соответствующих рекомендаций.

То есть особое мнение судьи, даже и содержащее критику вынесенного судебного решения, ничуть не унижает авторитета состава судей, если оно конструктивно по своей сути и демонстрирует наличие, сущность и глубину юридических дискуссий, происходящих в судах при разрешении дела и вынесении судебного решения.

Использование на практике института особого мнения при коллегиальном рассмотрении дела подчеркивает реальное участие каждого судьи в процессе отправления правосудия. «Сопровождение» судебных решений особым мнением судьи позволяет говорить о действительном верховенстве гласности (открытости, публичности) судебного разбирательства, о подлинной независимости судей и подчинении их только закону.

Резюмируя, можно говорить о том, что в рассмотренном случае нет никаких оснований говорить об инкорпорации положений Конвенции по правам человека в отечественное арбитражное процессуальное законодательство. Однако, по всей видимости, есть нельзя не призвать, что в данном случае имеет место имплементация положений Конвенции и практики ЕСПЧ в процессуальное право, что может оцениваться только положительно с прицелом на дальнейшее развитие института особого мнения.