

ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ АРБИТРАЖНОГО СУДА

Институт особого мнения судьи, как показывает анализ отечественной литературы, не вызывает интереса у отечественных исследователей, за исключением, пожалуй, особого мнения судьи в рамках конституционного судопроизводства¹. Между тем, думается, этот институт заслуживает внимания и применительно к арбитражному процессу.

Возможность 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 г.)². 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 предусматривались³.

Положение о специальном оформлении особого мнения судьи было введено Указом Екатерины II "Учреждения для управления губерний" (1775 г.). 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 инако откроют, как тогда, когда дело потребует для ревизии в палату"⁴). Анализируя эту формулировку, А. Верещагин делает вывод о том, 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 в тайне 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)"⁵.

Полагаем, можно согласиться с существованием подобного подхода, однако вряд ли правильно придавать ему значение общепринятого в доктрине, поскольку современная отечественная литература свидетельствует как раз о противоположной позиции большинства российских правоведов. Названный подход являет собой скорее отражение суждений практиков. Но прежде чем переходить к рассмотрению сформировавшихся на сегодня взглядов на особое мнение судей, необходимо проследить эволюцию арбитражного процессуального законодательства в соответствующей его части.

Арбитражный процессуальный кодекс 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 от 31 декабря 1992 г. N С-13/ОП-278⁶ содержалось 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, действовавшее в 1992 - 1995 гг. арбитражное процессуальное законодательство предусматривало только правило о приобщении особого мнения судьи к материалам дела. Высшая судебная инстанция установила правила о недопустимости в судебном

¹ 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. N 12 (<http://www.medialaw.ru/publications/yp/136/5.htm>); Кононов А.Л. Право на особое мнение // Закон. 2006. N 11; Басангов Д.А. Юридическая природа особого мнения судьи Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2006. N 2.

² Верещагин А. Особые мнения в российских судах // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. N 4.

³ 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 первого до последняго; и на которой стороне более явятся, на оной яко в воинских артикулах, божественных и прочих правах утверждено, оснаваются 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://adjudanl.ru/regulations/1716-03.htm> (2008. 17 фев.)).

⁴ См.: [http://constitution.garant.ru/DOCJ2200.htm#subj\)ara_N_14](http://constitution.garant.ru/DOCJ2200.htm#subj)ara_N_14) (2008. 17 фев.).

⁵ Верещагин А. Указ. соч.

⁶ Вестник ВАС РФ. 1993. N 2. С. 72.

решении специальной оговорки об особом мнении судьи и об отсутствии надобности в направлении этого документа лицам, участвующим в деле⁷.

С выводом об отсутствии надобности в оговорке об особом мнении судьи в судебном решении согласиться сложно: следование этой рекомендации уменьшает вероятность ознакомления заинтересованных лиц с особым мнением, а также снижает значимость особого мнения судьи как мнения, не совпадающего с точкой зрения большинства. Думается, более правильным было бы, напротив, установить обязательное указание в судебном решении на наличие особого мнения судьи.

Сомнения вызывает и правильность позиции, согласно которой документ, оформляющий особое мнение судьи, не подлежит направлению лицам, участвующим в деле. Конечно, особое мнение судьи не является судебным актом (или его частью), а является иным актом в рамках судебного процесса (его правовая природа принципиально отличается от природы судебного решения). Однако данный официальный документ, исходящий из суда и содержащий важную для участвующих в деле лиц информацию, по-видимому, должен направляться им по общим правилам.

Примечательно, что Арбитражный процессуальный кодекс РФ 1995 г. значительно ужесточил соответствующее 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 судов, утвержденный Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 5 июня 1996 г. N 7⁸, 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 Арбитражного процессуального кодекса РФ 1995 г., в совокупности с позициями Высшего Арбитражного Суда РФ, выраженными в упомянутом информационном письме N С-13/ОП-278 и п. 44 Регламента арбитражных судов, на практике проявляется 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 Арбитражного процессуального кодекса РФ 1995 г. стало абсолютно закрытым (по сути, секретным); о его существовании заинтересованные лица (стороны и иные лица, участвующие в деле) могли узнать только случайно. Таким образом, в тот период действительно возобладал 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.

Действующий Арбитражный процессуальный кодекс РФ содержит положение, схожее с тем, которое было закреплено в Арбитражном процессуальном кодексе 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 действующее арбитражное процессуальное законодательство устанавливает сравнительно либеральную формулировку, не предусматривающую прямого запрета на ознакомление сторон и иных лиц, участвующих в деле, с особым мнением судьи арбитражного суда. Это законодательное решение нашло свое отражение в Постановлении Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа⁹.

Вместе с тем названное выше информационное письмо N С-13/ОП-278 не отменено. Не претерпел изменений и п. 44 упоминаемого Регламента арбитражных судов, в котором по-прежнему установлен запрет на ознакомление участвующих в деле лиц с особым мнением судьи. В итоге на практике сохранился прежний подход к институту особого мнения судьи. Так, в Постановлении

⁷ 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. Указ. соч.).

⁸ Вестник ВАС РФ. 2003. N 3.

⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 16 июня 2006 г. по делу N А43-33770/2004-15-991.

Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа ссылаясь на арбитражный суд первой инстанции на особое мнение судьи названа незаконной¹⁰.

Таким образом, при наличии допускаемой законом возможности ознакомиться с содержанием особого мнения судьи стороны и иные лица, участвующие в деле, лишены этого, а в большинстве случаев даже и не знают о существовании особого мнения¹¹.

Запретительный подход, сформировавшийся в период действия Арбитражного процессуального кодекса РФ 1995 г. и до сих пор сохраняющийся на практике, подвергается серьезной критике со стороны отечественных правоведов. При этом критикуются также нормы действующего Арбитражного процессуального кодекса РФ, 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 действующий Арбитражный процессуальный кодекс РФ, 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"¹².

Поддерживая критические замечания относительно неверности подхода, предполагающего утаивание особого мнения судьи от лиц, участвующих в деле, хотелось бы предложить другую аргументацию, нежели изложенная выше (не касаясь вопросов публикации судебного акта и особого мнения судьи).

Прежде всего нельзя не обратить внимания на следующее. 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, возможности и важности опубликования этого мнения и проч.¹³. При анализе института особого мнения судьи в арбитражном процессе акцент смещается: речь, как правило, идет о праве лиц, участвующих в деле, ознакомиться с особым мнением судьи по делу, в котором эти лица участвовали.

Вследствие сказанного проблема ознакомления участвующих в деле лиц с особым мнением судьи арбитражного суда должна рассматриваться в плоскости проблематики права на суд, что делает обязательным обращение к соответствующим положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее - Конвенция) и практике Европейского суда по правам человека (далее - ЕСПЧ).

Итак, п. 1 ст. 6 Конвенции предусматривает: "Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на

¹⁰ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 26 марта 2004 г. по делу N Ф08-414/2004.

¹¹ 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 июня 2006 г. по делу N А43-33770/2004-15-991, см., напр.: Постановления Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 2 августа 2005 г. по делу N Ф04-4830/2005(13385-А27-19); от 26 июля 2005 г. по делу N Ф04-4719/2005(13277-А03-19); от 24 ноября 2004 г. по делу N Ф04-8312/2004(6629-А45-19); Федерального арбитражного суда Московского округа от 26 августа 2003 г. по делу N КА-А40/5282-03; от 14 августа 2003 г. по делу N КА-А40/5673-03). Однако это редчайшие исключения из общего правила утаивания особого мнения судьи.

¹² Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А.Т. Боннер, В.В. Блажеев и др.; 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 печатанном 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 гражданском процессуальном законах, а также в арбитражном процессе" (Кононов А.Л. Указ. соч.).

¹³ Напр., Г.А. Гаджиев пишет: "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 со статьей 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. Указ. соч.).

справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на судебные заседания в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних, или для защиты частной жизни сторон, или - в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо - при особых обстоятельствах, когда гласность нарушала бы интересы правосудия".

Данная статья Конвенции устанавливает право на суд¹⁴. Содержание этого права раскрывается в постановлениях ЕСПЧ по конкретным делам, который уделяет ему значительное внимание в своей практике. Анализ положений, сформулированных ЕСПЧ, позволяет говорить о том, что право на суд может считаться надлежащим образом реализованным, если при разрешении конкретного дела в суде не были нарушены требования о:

- доступе к суду;
- справедливости судебного разбирательства;
- независимости и беспристрастности суда;
- рассмотрении дела судом, созданным на основании закона;
- публичности судебного разбирательства;
- разумности срока судебного разбирательства.

ЕСПЧ признает, что гарантированное ст. 6 Конвенции право на суд будет соблюдено только при соответствии судебного разбирательства по конкретному делу всем указанным требованиям. Если судебное разбирательство не соответствует хотя бы одному из названных требований, заинтересованное лицо может ставить вопрос о нарушении его права на суд.

Применительно к рассматриваемой теме особое значение имеют требования, во-первых, справедливости судебного разбирательства, и во-вторых, публичности судебного разбирательства, соблюдение которых необходимо для надлежащей реализации права на суд.

Требование справедливости судебного разбирательства, как неоднократно разъяснял ЕСПЧ, достигается при условии обеспечения равных процессуальных возможностей для обеих сторон процесса¹⁵. 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, порядка и фактической возможности обжалования вынесенного судебного акта сторонами, невозможности вмешательства в порядок обжалования со стороны лиц, не участвующих в деле, и лиц, чьи права не затронуты вынесенным судебным актом, а также исходя из фактической возможности участия сторон в рассмотрении дела на всех стадиях процесса.

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. Действительно, 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,

¹⁴ Подробнее о праве на суд см.: Рожкова М.А., Афанасьев Д.В. Комментарий к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 декабря 1999 г. N С1-7/СМП-1341 "Об основных положениях, применяемых Европейским судом по правам человека при защите имущественных прав и права на правосудие" // Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Вып. 5 / Рук. проекта Л.А. Новоселова, М.А. Рожкова; Иссл. центр частного права. М.: Статут, 2008.

¹⁵ Надо специально подчеркнуть, что под справедливым судебным разбирательством в Конвенции подразумевается справедливость самого судебного процесса, и, как отмечает Дж. Мак-Брайд, это понятие не следует смешивать с понятием справедливости результата этого процесса: справедливость судебного решения - вопрос самостоятельный, который не попадает в орбиту рассмотрения ЕСПЧ (Мак-Брайд Дж. Глава 1. Понятие справедливости судебного разбирательства и его основные элементы // Европейские стандарты права на справедливое судебное разбирательство и российская практика / Под общ. ред. А.В. Деменевой. Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2004. С. 8). Контроль ЕСПЧ, как отмечает Л.Б. Алексеева, "распространяется лишь на соответствие процедуры, которая привела к полученному результату, Конвенции. Следовательно, целью является соблюдение правил игры, а не материальное содержание решений национальных судов, которое как таковое не подлежит контролю Суда. Сама идея наднационального контроля, принятая государствами, исходит из того, что Суд не должен подменять своей оценкой факта и права на их оценку национальным судьей, кроме как в том случае, когда такая оценка затрагивает другое право или другую свободу..." (Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / Под общ. ред. В.А. Туманова и Л.М. Энтина. М.: Норма, 2002. С. 84 - 85).

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.

С учетом сказанного секретность особого мнения судьи во многих случаях не позволит признать 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.

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 арбитражным судам всех инстанций.

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

В рамках настоящей работы особой значимостью обладает последний из названных аспектов требования публичности судебного разбирательства - доступность судебных документов всем заинтересованным лицам. Раскрывая его содержание, необходимо отметить, что под судебными документами понимаются не только итоговые судебные решения, но и иные документы по конкретному делу, исходящие из суда, а под заинтересованными лицами - любое лицо, проявившее заинтересованность в данном судебном процессе.

Таким образом, исходя из смысла, заложенного в правоположениях ЕСПЧ, можно говорить, что особое мнение судьи как судебный документ по конкретному делу должно быть доступно широкой публике наравне с итоговыми судебными решениями по конкретным делам. Это повысит возможность контроля со стороны общества за качеством судебных решений, исключит ситуации тайного отправления правосудия. Противоположный подход вступит в противоречие с требованием публичности судебного разбирательства (и, следовательно, будет нарушать ст. 6 Конвенции, гарантирующую право на суд).

Резюмируя сказанное, можно говорить о том, что в условиях постановки вопроса создания условий для ознакомления всех заинтересованных лиц с особым мнением судьи (наряду с итоговым решением по делу) по меньшей мере странным было бы ограничивать лиц, участвующих в деле, в возможности ознакомления с этим документом.

Для наглядности высказанных в настоящей работе суждений необходимо обратиться к практике самого ЕСПЧ, четко следующего упомянутым выше требованиям.

Согласно п. 2 ст. 45 Конвенции 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 Европейского суда по правам человека (далее - Регламент ЕСПЧ)¹⁶ 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.

Таким образом, Регламент ЕСПЧ не только не исключает возможности расхождения мнений судей ЕСПЧ, а, напротив, предусматривает в качестве обязательного отражение дискуссий по тому или иному вопросу, поднимаемому при рассмотрении конкретных дел.

Например, в Постановлении ЕСПЧ по делу Шлепкин против России¹⁷ (заявитель жаловался на длительное неисполнение судебного решения) указано, что суд постановил шестью голосами против одного, что имело место нарушение ст. 6 Конвенции и ст. 1 Протокола N 1 к Конвенции. ЕСПЧ также постановил шестью голосами против одного, что государство-ответчик обязано в течение трех месяцев со дня вступления данного Постановления в законную силу в соответствии с п. 2 ст. 44 Конвенции выплатить заявителю определенные в нем суммы. Кроме того, к данному Постановлению в соответствии с п. 2 ст. 45 Конвенции и п. 2 ст. 74 Регламента ЕСПЧ прилагается Особое мнение судьи А. Ковлера¹⁸.

¹⁶ Подробнее о Регламенте ЕСПЧ см.: Рожкова М.А., Афанасьев Д.В. Новые правила обращения в Европейский суд по правам человека: текст Регламента, новеллы, комментарии. М.: Статут, 2004.

¹⁷ Постановление ЕСПЧ от 1 февраля 2007 г. по делу Шлепкин против России (Case of Shlepkin v. Russia), жалоба N 3046/03.

¹⁸ Названное Постановление и приложение к нему (Особое мнение судьи А. Ковлера) (приводится по СПС "Гарант").

Еще более примечательным применительно к рассматриваемому вопросу является Постановление ЕСПЧ по делу Лейла Шахин против Турции¹⁹. В нем, в частности, указано, что суд постановил шестнадцатью голосами против одного, что не были нарушены ст. 9 Конвенции и первое предложение ст. 2 Протокола N 1; единогласно - что не были нарушены ст. 10, 14 Конвенции. При этом в соответствии с п. 2 ст. 45 Конвенции и п. 2 ст. 74 Регламента ЕСПЧ к Постановлению прилагаются Совместное совпадающее мнение судей Х. Розакиса и Н. Ваич и Особое мнение судьи Ф. Тюлькенс²⁰.

Обозначив современные европейские стандарты, относящиеся к особому мнению судьи, нельзя обойти вниманием вопрос его ценности для развития законодательства, доктрины, практики. Только раскрыв полезность института особого мнения судьи, можно побороть негативный стереотип, сложившийся в бытовом сознании и, к сожалению, возобладавший на практике.

В большинстве случаев при оценке особого мнения судьи авторы ссылаются на значимость особого мнения судей для судебной практики стран общего права. Однако учитывая отсутствие в России прецедентного права, для выявления пользы особых мнений для отечественного законодательства и судебно-арбитражной практики необходимы, думается, иные аргументы.

Прежде всего важно отметить, что особое мнение судьи допустимо не только в ситуациях несогласия с судебным решением в целом: вполне допустимо, что судья может не согласиться с мнением большинства в части мотивировки вынесенного решения или по иному вопросу. Более того, особое мнение не обязательно предполагает несогласие с большинством; напротив, судья, входящий в большинство, не лишен права высказать особое мнение в поддержку вынесенного решения (совпадающее мнение). Прямо устанавливая право судьи выразить свое мнение, отличное от мнения большинства в составе судей, отечественное арбитражное процессуальное законодательство не содержит запрета на выражение судьей совпадающего мнения.

Таким образом, особые мнения достаточно многовариантны: они могут расходиться с принятым решением полностью либо в части, но могут и совпадать с выводами принятого решения (если при принятии решения голоса разделились)²¹.

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 особом мнении существующие изъяны и пробелы законодательного регулирования, с которыми столкнулся арбитражный 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 решение которых жизненно необходимо для адекватной защиты прав обратившихся в арбитражный 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), полезность такого мнения налицо. Так, если судебное решение опирается на достаточно слабую аргументацию (которая и подверглась критике), особое мнение судьи выступит катализатором процесса усиления мотивировочной части судебных решений по такого рода делам.

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 то обстоятельство, что арбитражным 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 то, что причиной особого мнения послужило не убеждение в ошибочности избранного арбитражным судом подхода, а обнаружение нескольких возможных путей разрешения дела, что выявляет необходимость доктринальных разработок и формулирования высшим судебным органом соответствующих рекомендаций.

Таким образом, особое мнение судьи, даже и содержащее критику вынесенного судебного решения, не унижает авторитета состава судей, если оно конструктивно по своей сути и демонстрирует наличие, сущность и глубину юридических дискуссий, происходящих в арбитражных судах при разбирательстве дел.

¹⁹ Постановление ЕСПЧ от 10 ноября 2005 г. по делу Лейла Шахин против Турции (Case of Layla Sahin v. Turkey), жалоба N 44774/98.

²⁰ Названное Постановление и приложения к нему (Совместное совпадающее мнение судей Х. Розакиса и Н. Ваич и Особое мнение судьи Ф. Тюлькенс (приводится по СПС "Гарант").

²¹ Учитывая, что п. 4 ст. 17 Арбитражного процессуального кодекса РФ допускает коллегиальное рассмотрение дел в составе более чем из трех судей, можно предположить, что для такого состава вполне допустимыми будут совместные особые мнения.

Использование на практике института особого мнения при коллегиальном рассмотрении дела подчеркивает реальное участие каждого судьи в процессе отправления правосудия²². 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 все вышесказанное, хотелось бы подчеркнуть, что нормы действующего арбитражного процессуального законодательства допускают особые мнения судей и не содержат запрета на ознакомление с ними участвующих в деле лиц (неоглашение особого мнения судьи, устанавливаемое п. 2 ст. 20 Арбитражного процессуального кодекса РФ, подразумевает только, что особое мнение не объявляется в судебном заседании).

Вследствие этого запретительный подход к особому мнению, сформировавшийся в судебно-арбитражной практике, нуждается в изменении. И, в частности, в рамках действующего законодательства не могут быть сохранены: запрет на указание в судебном акте на наличие особого мнения судьи и запрет его высылки участвующим в деле лицам (что предусмотрено в упомянутом информационном письме N С-13/ОП-278), а также требование о приобщении особого мнения к материалам дела в запечатанном конверте (что предусмотрено в п. 44 названного Регламента арбитражных судов).

Надежду на позитивные изменения в рассматриваемом вопросе дает позиция Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванова, который, подчеркнув важность института особого мнения, отметил недостаточность нормативного урегулирования этого института и несовершенство процессуальных норм, указав следующее: "Данное положение необоснованно лишает судью, не согласного с решением коллегии судей, права на изложение особого мнения, что в известной мере принижает статус судьи, призванного государством и обществом формировать правовую позицию по вопросам применения законодательства и доводить ее до участников спора. Между тем значение особого мнения для практики нельзя недооценивать, поскольку в ряде случаев оно указывает на возможные пути трансформации судебной практики, тенденции к изменению оценки судами различных правовых конструкций и т.п."²³.

²² Следует специально подчеркнуть, что той же ценностью обладает особое мнение арбитражных заседателей, которые, как известно, пользуются правами и несут обязанности судьи (ч. 5 ст. 19 Арбитражного процессуального кодекса РФ).

²³ Иванов А.А. О путях повышения эффективности правосудия // Журнал российского права. 2005. N 12.