Научная статья
УДК 342.565.2
DOI: 10.17150/1819-0928.2021.22(4).369-378

Цель и функции института особого мнения судьи в конституционном судебном процессе

Евгения Александровна Нефедьева
Бурятский государственный университет им. Доржи Банзарова, Улан-Удэ, Россия
burfinans@gmail.com, https://orcid.org/0000-0001-7841-0331

АННОТАЦИЯ
В конце октября 2021 года Конституционному Суду Российской Федерации исполнилось 30 лет. Немаловажную роль в становлении и развитии российского конституционного правосудия, демократических основ и принципов, а также защиты прав человека сыграли особые мнения конституционных судей. За время работы Конституционного Суда 27 судей из 32 воспользовались своим правом на выражение особого мнения. В общей сложности опубликовано 418 особых мнений. Однако количественные показатели не отражают в полной мере предназначение и роль данного института для развития российского права и науки. Выделение функций и целей правового института позволяет определять не только необходимость его существования в правовом регулировании, но и оценивать эффективность работы. Иными словами, понять то, ради чего этот институт встроен в соответствующее законодательное регулирование. В данном статье автор определяет единственную цель института особого мнения в конституционном судебном процессе – это развитие права и обеспечение его верховенства. Далее путем декомпозиции цели выделяются три группы функций данного института: внутрисубъектные, организационные и внешние, которые, в свою очередь, подразделяются на ряд подфункций. Практика Конституционного Суда предыдущих лет демонстрирует, что в случае наделения судьи правом на выражение особого мнения с дальнейшей его публикацией в открытом доступе, выполняются не только все три группы функций данного института, но и неизбежно происходит достижение указанной цели. В текущем правовом регулировании, после реформы 2020 года, две группы функций оказались заблокированными и не работают в связи с тем, что особые мнения больше не публикуются. Это приводит к выводу, что право судьи на выражение особого мнения не реализуется должным образом, а сам институт работает неэффективно.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА
особое мнение, конституционный судебный процесс, решение суда, функции особых мнений, цель особых мнений, судебное несогласие, аргументация, эффективность регулирования

ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ
Нефедьева Е.А. Цель и функции института особого мнения судьи в конституционном судебном процессе // Академический юридический журнал. 2021. Т. 22, № 4. С. 369–378. DOI: 10.17150/1819-0928.2021.22(4).369-378.

Original article

The purpose and the functions of the institute of dissenting opinion of judge in the Constitutional proceeding

Evgeniya A. Nefedyeva
Banzarov Buryat State University, Ulan-Ude, Russia
burfinans@gmail.com, https://orcid.org/0000-0001-7841-0331

ABSTRACT
At the end of October 2021, the Constitutional Court of the Russian Federation celebrated its 30-year anniversary. Dissenting opinions of constitutional judges was playing an important role in the establishment and development of constitutional justice in Russia, democratic foundations and principles and the protection of human rights. Judges actively used their right to express dissenting opinions. Thus, during the whole period of the Constitutional Court›s work 27 of 32 judges used the right to express dissenting opinions. 418 dissenting opinions were published. However, quantitative indicators do not fully reflect the purpose and role of this institution for the development of Russian law and science. Functions and goals of the legal institute allows to determine its mission in the legal regulation and help to evaluate the effectiveness of its work. In other words, we can understand the purpose for which this institute is built into the relevant legislative regulation. In this

© Нефедьева Е.А., 2021

article, author identifies the sole purpose of the institute of dissenting opinion in constitutional proceeding: the development of law and the rule of law. By further decomposing the purpose, three groups of functions of this institution are identified: intrasubjective, organizational and external, which are divided into a number of subfunctions. The practice of the Constitutional Court of previous years demonstrates that in the case of granting to a judge the right to express dissenting opinion with its further publication, not only all three groups of functions of this institution are fulfilled, but also the achievement of the institution's purpose is inevitable. In the current legal regulation, after the 2020 reform, two groups of functions are blocked and are not fulfilled due to the fact that dissenting opinions are no longer published. This leads to the conclusion that the judge›s right to express a dissenting opinion is not properly implemented, and the institution itself is not working effectively.

KEYWORDS
dissenting opinion, constitutional litigation, constitutional court decision, function of dissenting opinion, purpose of dissenting opinion, judicial dissent, argumentation, effectiveness of the regulation

FOR CITATION
Nefedyeva E.A. The purpose and functions of the institute of dissenting opinion of judge in the constitutional proceeding. *Akademicheskiy yuridicheskiy zhurnal = Academic Law Journal*. 2021;22(4):369–378. (In Russian). DOI: 10.17150/1819-0928.2021.22(4).369-378.

Изучение и выделение особых мнений в отдельный правовой институт позволяет более глубоко исследовать данный феномен, потому как «всякое определение правового института... необходимым образом распадается на две части. [Право] указывает на цель этого института, и в то же время дает средства для ее достижения» [1, с. 11]. Это также способствует выявлению дефектов и пробелов в правовом регулировании особого мнения судьи в конституционном судебном процессе, которые после конституционной реформы 2020 года не позволяют реализовать принципы гласности и открытости конституционного судопроизводства, а также ограничивают права граждан на доступ к правосудию. В этой связи представляется важным исследовать институт особого мнения судьи в конституционном судопроизводстве с позиций функционального подхода.

Учитывая неоднозначность методологии функционального анализа, прежде всего необходимо выявить содержание категорий «цель» и «функции» применительно к институту особого мнения судьи.

В философском смысле под целью понимают «идеальный или реальный предмет сознательного или бессознательного стремления субъекта; финальный результат, на который преднамеренно направлен процесс» [2, с. 659]. В социологическом словаре цель представляется как «предвосхищение результата деятельности, а также средств и путей его реализации» [3, с. 441]. Соответственно, цель института особого мнения судьи в конституционном судопроизводстве можно определить как деятельность судьи, имеющую определенный конечный результат, который предполагает и ожидает законодатель в рамках конституционного судебного процесса.

Определяя функции института особого мнения судьи, автор придерживается определения «функция права», которое предложил А.И. Абрамов: *роль* (назначение) права в обществе, представляющая собой основное (главное) направление его *воздействия* на объективную реальность и выражающее *связь* права с иными явлениями социальной действительности [4, с. 82]. Соответственно, ключевыми характеристиками функций рассматриваемого явления являются роль, направление воздействия на общественные отношения и наличие связей. Как справедливо отмечает А.И. Абрамов, предназначение какого-либо явления может быть реализовано исключительно при его функционировании. Другими словами, нет функционирования – нет явления, оно «мертво». Отсюда следует, что по функциям института особого мнения, которые он выполняет, по тому, каким образом происходит их реализация, насколько эффективно он работает, можно будет судить о нем самом и его значении для общества, потому что именно «функции выражают сущность явления» [4, с. 82].

Таким образом, можно суммировать, что цель института особого мнения – это конечный результат, ради которого он встроен в систему конституционного судебного процесса, а функции института особого мнения – это его роль и значение для общества, а также то, насколько эти критерии реализуются в текущем правовом регулировании, учитывая сущность особого мнения судьи. Подобный подход согласуется с позицией[1] и другого ученого, Т.Н. Радько [5, с. 74].

[1] Основными функциями права следует считать такие его функции, которые вытекают из его сущности, являются выражением социального назначения права в целом, соответствует его главным, коренным задачам и которые присущи ему в течение всего времени существования и развития.

Конституционное судопроизводство осуществляется высшим судебным органом – Конституционным Судом России. Судьи Конституционного Суда непосредственно формируют его состав и входят в него. Следовательно, цели, для достижения которых осуществляет свою деятельность Суд, могут также служить и целям деятельности самих судей, являющихся неотъемлемой и, пожалуй, самой важной частью конституционного судебного процесса. Такими целями согласно статье 1 Закона о Конституционном Суде[2] являются:

– защита конституционного строя;

– защита основных прав и свобод человека и гражданина;

– обеспечение верховенства и прямого действия Конституции.

Кроме того, необходимо обратиться еще к одному источнику, который также устанавливает правила при осуществлении судебной деятельности для любых судей, в том числе и для судей Конституционного Суда – это Кодекс судейской этики[3]. Важным в данном случае будет положение, сформулированное в пункте 1 статьи 13 указанного Кодекса, где справедливо указано, что «эффективность судебной деятельности зависит от доверия к ней со стороны общества, от должного понимания обществом правовых мотивов принятых судом решений». Здесь же определены и цели, в соответствии с которыми судья должен взаимодействовать со СМИ, – для объективного, достоверного и оперативного информирования общества о деятельности суда. Пункт 2 развивает эти положения касаемо необходимости освещения деятельности суда и процесса принятия решения, разъяснения сложных правовых вопросов, которые стояли перед судом, поскольку это «помогает формированию правосознания граждан и укреплению доверия к суду, повышению авторитета правосудия».

На законодательном уровне также встречается позиция высших государственных органов относительно целей данного института. В пояснительной записке к законопроекту № 261110-6[4], согласно которому в 2013 году были внесены изменения в Уголовный и Гражданский процессуальные кодексы относительно права сторон на ознакомление с особым мнением, было указано, что реализация законопроекта позволит «повысить уровень доступности, открытости правосудия и гласности судебного разбирательства, независимости судей при коллегиальном рассмотрении уголовных и гражданских дел, а также обеспечить гарантии права граждан на судебную защиту в уголовном и гражданском судопроизводстве». Необходимо отметить, что столь важные изменения во взглядах законодателя на особые мнения произошли лишь благодаря множественным особым мнениям судей Г.А. Гаджиева, Г.А. Жилина, С.Д. Князева, М.И. Клеандрова, сопровождавшим определение Суда от 17 января 2012 года № 174-О-О[5].

В свою очередь, Совет Европы, участником которого Россия является с 1996 года, не только уделяет повышенное внимание качеству отправления правосудия в государствах-членах, но и формулирует основные требования к качеству самих судебных решений, что выразилось в официальном документе, который был опубликован в 2008 году в виде Заключения № 11[6]. В пунктах 51–52 данного Заключения содержатся положения об особых мнениях. Консультативный совет европейских судей признает, что у государства-члена есть свобода усмотрения, а не обязанность введения института особого мнения. Это выражается как «могут высказывать», но не обязаны. Но уже в следующем предложении указано, что если судья выразил особое мнение, то оно «*должно быть* опубликовано вместе с решением большинства». То есть из толкования первых двух предложений пункта 51 Заключения явно следует, что при наделении судей правом высказывать особые мнения, государство берет на себя обязательство по установлению порядка его опубликования. Здесь же мы видим и требования к особым мнения в части обоснованности, недопущения выхода за рамки предмета спора, рассмотрение в особом мнении исключительно вопросов права и факта. И самое важное то, что Консультативный совет подчеркивает основную

[2] О Конституционном Суде Российской Федерации : Федер. конституц. закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ : (ред. от 09 нояб. 2020 г. № 5-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447; 2020. № 46. Ст. 7196.

[3] Кодекс судейской этики : утв. VIII Всероссийским съездом судей 19 дек. 2012 г. // Бюллетень актов по судебной системе. 2013. № 2.

[4] Пояснительная записка к законопроекту № 261110-6. URL: https://sozd.duma.gov.ru/bill/261110-6 (дата обращения: 01.09.2021).

[5] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Юдина Юрия Рудольфовича на нарушение его конституционных прав статьями 301 и 312 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : Определение Конституционного Суда РФ от 17 янв. 2012 г. № 174-О-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2012. № 4.

[6] О качестве судебных решений (CCJE(2008)5) : Заключение № 11 Консультативного совета европейских судей, принято в г. Страсбурге 18 дек. 2008 г. // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.09.2021).

цель особого мнения: «развитие права в целом», а также его функции – повышение качества и понимания судебного решения, к которому изложено особое мнение.

Из всех вышеперечисленных в нормативных актах целей можно выделить две подгруппы: первая группа целей является более абстрактной (развитие права, защита прав и свобод граждан, обеспечение верховенства Конституции России), тогда как вторая группа называемых целей наиболее конкретна (эффективность судопроизводства (доверие и понимание у граждан); открытость, гласность правосудия, доступ к нему; повышение качества принятия судебного решения; независимость судей; гарантии прав на судебную защиту и доступа к правосудию).

При этом на доктринальном уровне лишь несколько российских ученых, которые исследовали институт особого мнения судьи в различных видах судопроизводств, пытались установить и обосновать цели данного института. Проводя лингвистический сравнительный анализ текстов особых мнений судей Конституционного Суда России и судей Верховного Суда США, О.А. Крапивкина выделила коммуникативные цели особых мнений [6]: 1) дополнение, разъяснение или альтернативный вариант аргументации; 2) оценка решения суда (спорность и неоднозначность) и 3) выражение несогласия.

В свою очередь, Ю.В. Тай предложил следующий перечень целей, которые должны быть достигнуты при изложении особого мнения [7]: 1) снятие ответственности за судебный акт; 2) очищение совести; 3) демонстрация вышестоящему суду серьезной правовой проблемы[7]; 4) как основа для пересмотра решения в будущем; 5) укрепление авторитета конкретного суда; 6) источник развития доктрины права и судебной практики.

И самое свежее сравнительно-правовое исследование представлено М.А. Кокотовой, которая выделила две группы целей института особых мнений – внешние и внутренние [8]. К внешним целям отнесены: 1) изменение практики суда; 2) изменение законодательства; 3) разъяснение общественности и адвокатуре позиции суда. Внутренние цели особых мнений: 1) повышение качества решения суда и 2) самовыражение судей.

Автор статьи полностью соглашается с содержательной частью целей, которые были выделены как в нормативных актах, так и в научных статьях. Но все ли перечисленное можно отнести к целям, исходя из обозначенного в настоящем исследовании понимания цели? Если исходить из понимания сущности особого мнения как *права судьи* на выражение несогласия с решением суда, неотъемлемой частью которого является и публикация особого мнения, то такая цель как развитие права является главной и основной. Это связано прежде всего с тем, что конституционные суды занимают особое место в судебной системе страны, не входят в систему общих судов, являются высшим судебным органом конституционного контроля[8], выступают в роли «негативного» законодателя. Именно в их полномочия входит толкование Конституции, признание положений законов неконституционными и их отмена, либо истолкование законов в конституционно-правовом смысле, т. е. их по праву можно считать творцами судебного права. Спор, который может быть предметом рассмотрения в суде, может касаться абсолютно любой отрасли права. Поэтому по аналогии с международными судами [9, с. 195], Конституционный Суд России можно назвать хранителем российского права в целом и не только конституционного.

Именно та цель, которая выделена Консультативным советом европейских судей, и будет конечным результатом, ради которого институт особого мнения инкорпорирован в конституционный судебный процесс. Этот же подход согласуется и с целями конституционного судопроизводства, которые обозначены в Законе о Конституционном суде. При этом все остальные виды целей, которые были выделены учеными и законодателем, необходимо отнести к категории функций института особого мнения судьи, поскольку они способствуют достижению основной цели и олицетворяют предназначение и роль института особого мнения.

Таким образом, необходимо выделить *основную и единственную цель*, которая подразумевает и включает в себя все вышеперечисленные – это *развитие права и обеспечение его верховенства*. Развитие права предполагает информирование общества и государства о наличии сложных правовых вопросов, которые стояли перед судом. В свою очередь, обеспечение верховенства права позволяет достигать открытости и гласности судопроизводства путем освещения деятельности суда и процесса принятия решений, доступа

[7] Ю.В. Тай исследовал институт особого мнения в судебных процессах общих судов.

[8] Конституция Российской Федерации : принята всенар. голосованием 12 дек. 1993 г. : (с изм., одобр. в ходе общерос. голосования 1 июля 2020 г.) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007040001. (Ст. 125).

граждан к правосудию, обеспечения гарантий судебной защиты, что повышает правосознание граждан, укрепляет доверие к суду и повышает авторитет правосудия.

Но цель – это образ результата, которого желает достичь субъект по итогу своей деятельности. Еще более глубокая декомпозиция цели института особого мнения помогает определить и сгруппировать функции данного института. Подобные попытки уже предпринимались, но чаще всего функции выглядят разрозненно. На наш взгляд, наиболее полная группировка функций проведена М.И. Клеандровым, судьей Конституционного Суда России, выделившим следующие пять групп функций [10, с. 17–22]: 1) психологическую – возможность реализовать свое право выразить мнение, если не получилось убедить коллег; 2) морально-нравственную – в стремлении добиться справедливости; 3) эволюционную – направлена на развитие юридической науки, совершенствования законодательства, практики применения права; 4) дополняющую – особое мнение развивает аргументацию, изложенную в самом решении Суда; 5) функцию правильности вынесения решения.

Венгерский ученый К. Келемен выделила четыре группы функций [11, с. 206–208]: 1) стимулирующая функция – укрепляет коллегиальность, побуждает судей обсуждать решение суда между собой, непосредственно судью-докладчика учитывать при подготовке черновика решения суда альтернативные точки зрения коллег, особое мнение рассматривается как «ценный источник возможных аргументов и альтернативных интерпретаций»; 2) коммуникативная или информационная функция – направлена на субъектов вне суда (общество, граждане, государственные органы, практики), позволяет дополнительно аргументировать решение суда, к которому приложено особое мнение, а также формирует у адресатов более полную картину аргументов суда в целом; 3) диалектическая функция – особые мнения адресуются представителям науки и нацелены на развитие правовой доктрины; 4) преобразующая функция – особые мнения рассматриваются как средство правового развития правовых позиций самого суда, поскольку состав суда постепенно изменяется и мнение меньшинства в итоге может перерасти в мнение большинства. Но данная функция будет работать исключительно в случае открытости особых мнений, т. е. изложения их в письменном виде и последующей публикации, поэтому с устными особыми мнениями эта функция не работает.

Австралийский ученый А. Линч, который исследовал институт особых мнений в Верховном Суде Австралии при осуществлении судом конституционного нормоконтроля, в своем диссертационном исследовании выделил три функции особых мнений [12]: 1) усиление независимости и демократичности качества решения суда; 2) укрепление коллегиальности и повышение обоснованности решения большинства; 3) содействие в изменении законодательства.

Неофициальный межсоюзный комитет в своем докладе о будущем Постоянной палаты международного правосудия при ООН в 1944 году рассматривал не только вопрос о сохранении института особых мнений в дальнейшей работе Палаты, но и в качестве доводов в пользу особых мнений озвучивались функции, которые они выполняют на арене международного правосудия[9]: 1) открытость и гласность, так как «видимость единодушия, вызванная отсутствием особых мнений, будет в некоторой степени ложной и вводящей в заблуждение»; 2) обоснованность несогласия с изложением причин такового; 3) политическая и психологическая ценность для проигравшей стороны; 4) развитие международного права. Уже спустя более чем полвека, судья ad hoc Франк[10], принимавший участие при рассмотрении дела Международным Судом ООН по делу[11] о суверенитете Пуалу-Литиган и Пуалу-Сипадан, развивает высказанные Комитетом тезисы и резюмирует, что «функция несогласия многогранна», потому как особое мнение: 1) заверяет проигравшую сторону, что ее доводы не были оставлены без внимания; 2) способствует аргументированному и сбалансированному обмену рассмотренными и написанными мнениями между судьями в ходе совещательного процесса; 3) предоставляет идеи в виде определенных принципов права и нюансов его анализа, которые пригодятся в будущем контексте. В 1950 году в Страсбурге о необходимости института особых мнений

[9] United Nation: Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice. // The American Journal of International Law. 1945. Vol. 39. № 1. Pp. 1-56. DOI: 10.2307/2213798 (дата обращения: 01.09.2021).

[10] § 11 особого мнения судьи ad hoc Франка к решению Международного Суда ООН от 17 дек. 2002 по делу о суверенитете Пуалу-Литиган и Пуалу-Сипадан (Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia). URL: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/102/102-20021217-JUD-01-02-EN.pdf (дата обращения: 01.09.2021).

[11] Карточка дела «Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)» : Международный Суд ООН. URL: https://www.icj-cij.org/en/case/102 (дата обращения: 01.09.2021).

для Европейской комиссии по правам человека высказались даже такие ярые противники особых мнений в своих национальных системах, как Франция и Нидерланды [9, с. 62].

К.Е. Григорьев видит функции особых мнений через реализацию последними принципов конституционного правосудия – гласности и прозрачности деятельности Конституционного Суда России, а также то, что особые мнения косвенно влияют на развитие действующего законодательства [13].

Следует отметить, что перечисленные выше функции, которые определяют российские и зарубежные ученые, законодательные и международные органы, выглядят несколько разрозненно и хаотично и не позволяют комплексно оценить функциональное предназначение института особого мнения.

На наш взгляд, данные функции необходимо объединить между собой по такому основному признаку, как их влияние на общественные отношения и объекты реального мира. Таких групп получается три: внутрисубъектные, организационные и внешние функции. Внутрисубъектные функции оказывают влияние непосредственно на того субъекта, который является выразителем особого мнения (в данном случае это судья). Организационные функции оказывают имманентное влияние на деятельность всех субъектов, которые взаимодействуют между собой внутри конкретного суда, как организации (судьи и административный персонал суда). И, наконец, внешние функции проявляют себя вне стен суда в виде влияния на общество в целом, включая различные социальные институты и группы: органы государственной власти, общие суды, сообщество практикующих юристов, научное юридическое сообщество. Но существование трех групп функций немыслимо без выделения подгрупп функций, которые раскрывают их смысл. Более наглядно это изображено ниже (рис. 1).

Рис. 1. Функции института особого мнения судьи

Группа *внутрисубъектных функций* выполняет психологическую и морально-нравственную роль непосредственно для судьи, который решил изложить особое мнение в письменном виде. Судьи признают [10], что порой остаться в меньшинстве и выразить публично свое несогласие бывает для судьи тяжело психологически, но перевешивает этическая сторона и внутренние ценностные предубеждения судьи, его жизненный опыт, взгляд по тому или иному острому правовому вопросу, разрешение которого предшествовало решению судьи оформить свое несогласие в виде особого мнения.

В группу *организационных функций* входят дополняющая и коллегиальная функции. Первая функция способствует повышению качества и аргументированности решения суда, так как при его вынесении учитываются мнения всех судей, участвующих в голосовании, тем самым это влияет и на укрепление авторитета суда. Далее эта функция развивается в том, что особое мнение осталось не просто устным тайным высказыванием несогласного судьи в совещательной комнате, а было закреплено на бумаге. Следовательно, при дальнейших разрешениях подобных споров это особое мнение будет учитываться и судьями, и помощниками судей и, возможно, в будущем повлияет на изменение устоявшейся правовой позиции самого Суда с учетом изменившихся социальных и политических реалий. И, безусловно, эта функция развивает взаимодействие внутри судебного коллектива, способствует в полной мере реализации и принципа коллегиальности судей, и их независимости.

Группа *внешних функций* является наиболее обширной и включает в себя такие функции, как информационная, эволюционная (преобразующая) и коммуникативная. Через *информационную функцию* реализуется такой элемент права на свободу выражения мнения, как распространение информации. Это функция является ключевой и наиболее важной, незаменимой, потому как без нее в целом невозможна реализация права на выражение особого мнения, а подобная реализация достигается лишь путем закрепления обязательной публикации особых мнений совместно с решениями суда. Так, Национальная избирательная комиссия Венгрии в 2009 году приняла решение об отказе в качестве регистрации следующего вопроса на референдум: «Согласны ли вы с тем, что Парламент должен законодательно закрепить, что особое мнение члена Конституционного Суда, прилагаемое к документам при принятии решения, не должно публиковаться

в официальном издании?». Комиссия своим решением от 5 октября 2009 года № 403/2009 отказала заявителям, обосновав это тем, что выносимый на референдум вопрос затрагивает право на свободное выражение мнения, которое закреплено в Конституции Венгерской Республики, а именно в отношении фундаментального права на раскрытие данных, представляющих общественный интерес[12]. То есть в данном случае избирательная комиссия отнесла публикацию особых мнений к конституционно закрепленному праву на получение информации о деятельности Конституционного Суда Венгрии. В дальнейшем заявители оспорили данное решение в суд, где оно устояло и было поддержано Конституционным Судом Венгрии.

Через особые мнения путем выполнения информационной функции реализуются такие важные принципы конституционного судопроизводства, как доступность правосудия, открытость и гласность, потому что посредством особых мнений конституционные суды информируют общественность:

– об истолковании положений нормативных-правовых актов, содержащемся в них конституционно-правом смысле;

– о сложных правовых вопросах, которые были предметом рассмотрения в суде;

– о том, что существует альтернативный взгляд на эту проблему, который не всегда будет являться противоположным решению суда, а будет его поддерживать дополнительными аргументами или разъяснять мотивы решения.

Эволюционная или преобразующая подфункция института особых мнений также направлена на внешних субъектов посредством воздействия на них и достижения основной цели особых мнений – развития права. Сюда входит изменение законодательства, правоприменительной практики или развитие доктрины. Отследить результат действия этой функции в российском правовом пространстве, как верно замечает М.А. Кокотова [8], достаточно сложно, потому что отсутствуют не только необходимые технические средства, аккумулирующие в себе базу данных особых мнений судей Конституционного Суда России, но и сами законодательные или правоприменительные органы не спешат ссылаться в своих документах, что основой для формулирования тех или иных новых положений закона (правоприменительного акта) стали именно правовые позиции, высказанные судьями Конституционного Суда в особых мнениях. Тем не менее, несмотря на сложность и трудоемкость поиска подобной информации, нам удалось обнаружить несколько изменений федерального законодательства, предвестниками которых были особые мнения, несмотря на то, что в пояснительной записке ссылок на них не имеется.

Коммуникативная функция представляет собой взаимодействие через особые мнения с внешними субъектами, которые находятся за пределами суда. Данная функция работает в том случае, когда через особое мнение судья обращается к законодателю, правоприменителю, ученым или обществу в целом [14, с. 385]. Например, Конституционный Суд в судебных актах, в том числе и определениях, указывает законодателю на наличие пробела в норме права, которая стала или могла быть предметом рассмотрения Суда. В качестве примера существования подобного пробела в избирательном праве стало неустранение федеральным законодателем данного дефекта, который существовал с 1998 года и был отмечен еще тогда Судом в определении[13]. Так, по вопросам избирательного права не был должным образом урегулирован вопрос, касающийся проставления собственноручных подписей избирателями в избирательных списках за того или иного кандидата, которые в силу возраста, здоровья или инвалидности не имеют такой возможности. Несмотря на это, спустя 20 лет, этот пробел так и не был устранен в федеральном законе, о чем в своем мнении указывает судья Н.С. Бондарь[14]. При этом подобный пробел в избирательном законодательстве приобрел «длящийся, устойчивый характер», что, по мнению судьи, может приводить к массовым нарушениям избирательных прав граждан, которые относятся

[12] Решение Национальной избирательной комиссии Венгрии от 05 окт. 2009 г. № 403/2009. URL: https://www.valasztas.hu/hatarozat-megjelenito/-/hatarozat/403-2009-ovb-hatarozat-dr-g-k-es-a-dr-f-j-maganszemelyek-altal-benyujtott-orszagos-nepszavazasi-kezdemenyezes-targyaban (дата обращения: 01.09.2021).

[13] По запросу Верховного Суда Удмуртской Республики о проверке конституционности положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» : Определение Конституционного Суда РФ от 05 нояб. 1998 г. № 166-О // СПС «КонсультантПлюс».

[14] Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Общероссийской общественной организации инвалидов – Российской ассоциации незрячих студентов и специалистов на нарушение конституционных прав и свобод частями 6 и 11 статьи 45 и частью 17 статьи 48 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» : Определение Конституционного Суда РФ от 26 янв. 2017 г. № 203-О // СПС «КонсультантПлюс» (Мнение судьи Н.С. Бондаря, с. 14, 16).

к наиболее уязвимой социальной категории лиц. Через особое мнение к законодателю с таким же требованием учесть позицию Конституционного Суда обратился и судья А.Н. Кокотов, высказавший второе мнение к указанному определению.

В другом случае судья А.Н. Кокотов в пункте 2 особого мнения[15] пытается обратить внимание общественности и государства к тому, что проблема «отсутстви[я] образовательных организаций на селе, в том числе по причине их упразднения, это не вина, а беда сельских муниципальных образований». Указывает, что данная проблема существует давно, является пережитком прошлого режима, но продолжает поддерживаться политикой государства. Проблема – отставание инфраструктуры села от городской, в том числе в части доступности образования для детей. Судья приводит в особом мнении статистику Счетной палаты, насколько быстро происходит сокращение образовательных организаций в селах.

В качестве примера выполнения особым мнением функции обращения к правоприменителю можно привести мнение Н.С. Бондаря, изложенное к постановлению Суда от 19 февраля 2018 года № 9-П[16], где судья продемонстрировал доктринальное понимание института судебного запроса. Направление судом запроса о проверке норм закона, подлежащего применению в конкретном деле, которое находится в данный момент в суде, является правом суда, а не его обязанностью. При этом, как указывает судья Н.С. Бондарь, цель подобного процессуального действия носит характер «опосредованной» конституционной жалобы гражданина, где посредником между стороной дела и Конституционным Судом выступает суд, в котором текущее дело находится на рассмотрении. Это происходит, если неопределенность обнаруживается уже непосредственно в ходе рассмотрения дела. В таком случае по ходатайству стороны или суд по собственной инициативе может направить соответствующий запрос в Конституционный Суд. Вероятность рассмотрения данных запросов Судом очень высокая, несмотря на само количество запросов. Судья Н.С. Бондарь приводит статистику, что за 5 лет Конституционным Судом рассмотрено 29 запросов и по 27 из них приняты постановления.

В своем мнении Н.С. Бондарь также раскрывает общность признаков, по которым судебный запрос можно отнести к «квазижалобе» гражданина в Конституционный Суд[17]: нормы о жалобе и судебном запросе закреплены в одной статье Конституции России, что свидетельствует об их однородности; допустимость и запроса, и жалобы – это наличие конкретного дела, в котором или подлежат применению, или уже применены нормы закона; запрос суда может направляться и по инициативе суда, и по ходатайству одной из сторон; общность пределов проверки норм закона, подлежащих применению или примененных в деле. Здесь судья подчеркивает чрезвычайную важность и значимость использования судами подобной формы процессуального реагирования, которая обеспечивает полноценную и эффективную судебную защиту гражданина и, в свою очередь, существенно сокращает сроки судебных разбирательств.

Судья Г.А. Гаджиев[18] очень подробно и последовательно изложил свою позицию в понимании принципа «in dubio contra fiscum» (сомнение против фиска), а также когда и при каких условиях должен применяться пункт 7 статьи 3 Налогового Кодекса РФ. В особом мнении фактически дано истолкование пределов применения данной нормы, а также правоприменителю даны рекомендации о том, в каких случаях необходимо обращение к данной коллизионной норме, а в каких случаях следует обращаться с судебным запросом в Конституционный Суд [15].

---

[15] По делу о проверке конституционности части 2 статьи 40 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» в связи с жалобой администрации муниципального образования городской округ город Сибай Республики Башкортостан : Постановление Конституционного Суда РФ от 5 июля 2017 г. № 18-П // Собрание законодательства РФ. 2017. № 29. Ст. 4437. (Мнение судьи А.Н. Кокотова, с. 38)

[16] По делу о проверке конституционности части 5 статьи 2 Федерального закона «О гарантиях пенсионного обеспечения для отдельных категорий граждан», пункта 5 статьи 15 и пункта 7 статьи 20 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» в связи с запросом Промышленного районного суда города Смоленска : Постановление Конституционного Суда РФ от 19 февр. 2018 г. № 9-П // СПС «КонсультантПлюс».

[17] По делу о проверке конституционности части 5 статьи 2 Федерального закона «О гарантиях пенсионного обеспечения для отдельных категорий граждан», пункта 5 статьи 15 и пункта 7 статьи 20 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» в связи с запросом Промышленного районного суда города Смоленска : Постановление Конституционного Суда РФ от 19 февр. 2018 г. № 9-П // Собрание законодательства РФ. 2018. № 9. Ст. 1436.

[18] По жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки Астаховой Ирины Александровны положением подпункта 1 пункта 1 статьи 220 Налогового кодекса Российской Федерации : Определение Конституционного Суда РФ от 02 нояб. 2006 г. № 444-О // Собрание законодательства РФ. 2007. № 2. Ст. 407. (Особое мнение судьи Г.А. Гаджиева)

В заключении статьи хотелось бы обратить внимание, что до конституционной реформы 2020 года институт особых мнений выполнял полностью тот набор функций, который был представлен в статье, что неизбежно приводило к достижению данным институтом цели, ради которой он был инкорпорирован в конституционный судебный процесс. Напомним, что такая цель представляет собой развитие права и обеспечение его верховенства. Следовательно, институт особого мнения работал эффективно, сообразно тем целям и функциям, ради которых создавался.

После реформы 2020 года, когда публикация особых мнений фактически попала под нормативный запрет, можно констатировать, что выполняется лишь первая группа функций данного института – внутрисубъектная, тогда как организационные и внешние группы функций остаются заблокированными и не реализуются. Связано это исключительно с тем, что особые мнений судей Конституционного Суда РФ не публикуются в открытом доступе, равно как и ознакомление с ними участвующих в деле лиц или иных лиц в научных целях также запрещено. Это привело к тому, что институт особого мнения судьи в конституционном судебном процессе перестал выполнять основные свои функции и, как следствие, достигать той цели, ради которой он существует и встроен в конституционное судопроизводство.

СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

1. Иеринг Р. Цель в праве / Р. Иеринг. – Санкт-Петербург : Изд. Н.В. Муравьева, 1881. – Т. 1. – 412 с.

2. Словарь философских терминов / под ред. В.Г. Кузнецова. – Москва : ИНФРА–М, 2005. – 731 с.

3. Краткий словарь по социологии / под общ. ред. Д.М. Гвишиани, Н.И. Лапина. – Москва : Политиздат, 1988. – 479 с.

4. Абрамов А.И. Понятие функции права / А.И. Абрамов // Журнал российского права. – 2006. – № 2 (110). – С. 71–83.

5. Радько Т.Н. Теория функций права / Т.Н. Радько. – Москва : Проспект, 2014. – 268 с.

6. Крапивкина О.А. Субъект особого мнения конституционного судьи: скриптор или личность? / О.А. Крапивкина // Журнал конституционного правосудия. – 2011. – № 6. – С. 23–28.

7. Тай Ю.В. Особое мнение судьи / Ю.В. Тай // Вестник гражданского процесса. – 2016. – № 3. – С. 25–51.

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

9. Sarmiento Lamus A.D. The proliferation of dissenting opinions in international law: A comparative analysis of the exercise of the right to dissent at the ICJ and IACtHR : Doctoral Thesis / A.D. Sarmiento Lamus. – Leiden, 2020. – 265 p.

10. Клеандров М.И. Институт особого мнения судьи: каковы его значение и основные функции? / М.И. Клеандров. – DOI 10.17238/issn2072-909X.2019.9.14-24 // Российское правосудие. – 2019. – № 9. – С. 17–22.

11. Kelemen K. Judicial dissent in European constitutional courts: A Comparative and Legal Perspective / K. Kelemen. – London : Routledge, 2018. – 226 p.

12. Lynch A. The Impact of Dissenting Opinions Upon the Development of Australian Constitutional Law : PhD Thesis / A. Lynch. – Sydney, 2005. – 530 p.

13. Григорьев К.Е. Решения Конституционного Суда РФ как источник российского права / К.Е. Григорьев // Конституционное и муниципальное право. – 2019. – № 1. – С. 56–61.

14. Goździ-Roszkowski S. Communicating Dissent in Judicial Opinions: A Comparative, Genre-Based Analysis / S. Goździ-Roszkowski. – DOI https://doi.org/10.1007/s11196-020-09711-y // International Journal for the Semiotics of Law – Revue Internationale de Sémiotique Juridique. – 2020. – Vol. 33, iss. 1. – P. 381–401.

15. Нефедьева Е.А. Вопросы налогового права в особых мнениях судей Конституционного Суда РФ / Е.А. Нефедьева // Налоговое право в решениях Конституционного суда РФ : материалы международной конференции, 20-28 апр. 2021 г. – URL: https://zakon.ru/blog/2021/4/19/voprosy_nalogovogo_prava_v_osobyh_mneniyah_sudej_konstitucionnogo_suda_rf (дата обращения: 01.09.2021).

REFERENCES

1. Jhering R. von. Der Zweck im Recht. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1877. (Russ. ed.: Jhering R. von. Goal in law. Saint Petersburg, N.V. Muravyev Publ., 1881. Vol. 1. 412 p.).

2. Kuznetsov V.G. (ed.). *Dictionary of Philosophical Terms*. Moscow, INFRA-M Publ., 2005. 731 p.

3. Gvishiani D.M., Lapina N.I. (eds). *Concise Dictionary of Sociology*. Moscow, Politizdat Publ., 1988. 479 p.

4. Abramov A.I. The concept of function of law. *Zhurnal rossiyskogo prava = Russian Law Journal,* 2006, no. 2, pp. 71–83. (In Russian).

5. Radko T.N. *Theory of functions of law*. Moscow, Prospekt Publ., 2014. 268 p.

6. Krapivkina O.A. Subject of the dissenting opinion of a constitutional judge: scriptor or personality? *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya = Journal of Constitutional Justice,* 2011, no. 6, pp. 23–28. (in Russian).

7. Tai Yu.V. Dissenting Opinion of Judge. *Vestnik grazhdanskogo protsessa = Herald of civil procedure,* 2016, no. 3, pp. 25–51. (In Russian).

8. Kokotova M.A. The Purposes of the Existence of Dissenting Opinions in the Russian Federation Constitutional Court and the us Supreme Court. *Rossiiskii yuridicheskii zhurnal = Russian Law Journal,* 2019, no. 4, pp. 23–28. (In Russian).

9. Sarmiento Lamus A.D. *The Proliferation of Dissenting Opinions in International Law: A Comparative Analysis of the Exercise of the Right to Dissent at the ICJ and IACtHR. Doctoral Thesis.* Leiden, 2020. 265 p.

10. Kleandrov M.I. The Institute of Dissenting Opinion of a Judge: What are its Value and Main Functions? *Rossiiskoe pravosudie = Russian Justice,* 2019, no. 9, pp. 17–22. (In Russian). DOI: 10.17238/issn2072-909X.2019.9.14-24.

11. Kelemen K. *Judicial dissent in European constitutional courts: A Comparative and Legal Perspective*. London, Routledge, 2018. 226 p.

12. Lynch A. *The Impact of Dissenting Opinions Upon the Development of Australian Constitutional Law. PhD Thesis.* Sydney, 2005. 530 p.

13. Grigoryev K.E. Judgments of the Constitutional Court of the Russian Federation as a Russian Law Source. *Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo = Constitutional and Municipal Law,* 2019, no. 1, pp. 56–61. (in Russian).

14. Goźdź-Roszkowski S. Communicating Dissent in Judicial Opinions: A Comparative, Genre-Based Analysis. *International Journal for the Semiotics of Law – Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, 2020, vol. 33, iss. 1, pp. 381–401. DOI: https://doi.org/10.1007/s11196-020-09711-y.

15. Nefedeva E.A. *Tax law issues in the dissenting opinions of the judges of the Constitutional Court of the Russian Federation. Tax law in decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation. Materials of International Conference, April 20-28, 2021.* Available at: https://zakon.ru/blog/2021/4/19/voprosy_nalogovogo_prava_v_osobyh_mneniyah_sudej_konstitucionnogo_suda_rf. (In Russian).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

Евгения Александровна Нефедьева – аспирантка. Бурятский государственный университет имени Доржи Банзарова. 670000, Россия, г. Улан-Удэ, ул. Сухэ-Батора, 6; Researcher ID: ABF-2473-2021

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Evgeniya A. Nefedyeva – a postgraduate student. Banzarov Buryat State University. 6, Sukhbaatar st., Ulan-Ude, Russia, 670000; Researcher ID: ABF-2473-2021

Поступила в редакцию / Received 15.10.2021

Доработана после рецензирования / Revised 15.11.2021

Принята к публикации / Accepted 16.12.2021