

УДК 343.119.3

И. М. Денека

О НЕКОТОРЫХ ОСОБЕННОСТЯХ ИНСТИТУТА ОСОБОГО МНЕНИЯ

В статье рассматривается понятие особого мнения, а также развитие института особого мнения на примере англо-саксонского права.

Ключевые слова: особое мнение, принцип независимости судей, принцип коллегияльности, *seriatim*.

I. M. Deneka

DISSENTING OPINIONS: SOME PECULIARITIES

The article deals with dissenting opinions in the courts of common law, history of dissenting, pros and cons of dissents.

Key words: dissents, authority of the court, principle of judicial independence, principle of collegiality, *seriatim*.

Особое мнение – это письменно выраженное несогласие отдельного судьи (или судей) с позицией большинства при принятии решения коллегиальным составом суда.

Особое мнение судьи в деле всегда привлекает к себе внимание и может оставлять у лиц, участвующих в деле, впечатление не до конца разрешенного спора, так как при его рассмотрении судьи не достигают единства позиции. Несмотря на наличие особого мнения по принятому решению само решение не теряет своей юридической силы, и не перестает быть обязательным к исполнению.

Институт особого мнения остается одним из самых неоднозначных институтов, как в системе англо-саксонского права, так и в системе континентального права. Ни в зарубежной, ни в российской правовой литературе не существует единой позиции по поводу пользы или вреда особых мнений.

Один из основоположников философии англо-саксонского права Г. Харт писал, что последнее слово о том, что такое закон, остается за высшей судебной инстанцией. И когда это слово произнесено, любые попытки сказать, что суд ошибся, не имеют никаких правовых последствий – это не изменит прав и обязанностей сторон по принятому решению [1, с. 141].

Исходя из этого постулата, некоторые юристы общего права соглашались, что особое мнение – это бесполезное занятие и, что хуже, «тень, брошенная на решение большинства, подрывающая его легитимность и престиж института, его принявшего» [2, с. 673]. По другому высказыванию, особое мнение подрывает монолит солидарности, от которого в огромной степени зависит авторитет коллегии судей [3, с. 72]. Некоторые судьи считают особые мнения попросту бесполезными или даже называют их «подрывной литературой» [4, с. 284–285].

Председатель Верховного суда США и бывший президент Уильям Говард Тафт, сторонник осторожного использования института особого мнения, писал в письме судье Уиллису Ван Девантеру, что особые мнения ослабляют авторитет суда. Гораздо важнее то, что думает суд, чем то, что думает кто-либо другой [5, с. 1311].

Судья Верховного суда США Луис Брэндейс в 30-х годах XX века в деле Барнета высказал мысль, ставшую знаменитой: «...важнее, чтобы подлежащая применению норма права была выработана, чем то, чтобы эта норма была выработана правильно» [6].

Американские правоведы, изучая историю вопроса, приходят к выводу, что наличие или отсутствие большого количе-

ства особых мнений в Верховном суде США в тот или иной исторический период времени свидетельствует, насколько единодушие суда способствовало усилению авторитета судебной власти [4, с. 343–344].

Институт особого мнения имеет английские корни. Именно в Англии существовала почти тысячелетняя традиция принимать решение не большинством голосов, а высказыванием позиций всех судей устно, по очереди (*seriatim*), без каких-либо предварительных консультаций между судьями, после чего позиции обобщались, и выносилось решение с учетом позиции большинства. Эта традиция была естественным образом воспринята английскими колониями на Американском континенте и продолжала оставаться и во времена основания США.

Нужно при этом отметить, что Тайный Совет Палаты лордов, в отличие от других коллегиальных судов, являясь высшей судебной инстанцией Англии и ее колоний, при рассмотрении апелляций не использовал института особого мнения. Решение принималось большинством голосов и мнения отдельных судей не подлежали огласке. Более того, регламентом Тайного Совета в 1627 году было запрещено предавать огласке, как проходило обсуждение, как распределялись голоса при принятии решения. Такой порядок принятия решения объясняется тем, что наряду с судебными функциями Тайный совет вырабатывал рекомендации для короля, что требовало единодушия Совета. С другой стороны, приказы и распоряжения Тайного Совета утверждались королем, что означало, что они изданы от имени Короны, и король соответственно не мог одновременно выражать противоположные точки зрения [7, с. 188].

Тем не менее традиция принятия решения *seriatim* в других судах Англии оставалась неизменной.

Англичане первыми же и предприняли попытку сломать эту традицию и ввели практику принятия анонимного и единогласного решения, когда место Лорда – Главного судьи Королевской Скамьи (*Lord Chief Justice of the King's Bench*) в 1756 году занял

Уильям Мёррей, лорд Мэнсфилд. Судьи собирались коллегиально, обеспечивая тайну совещания, обсуждали различия в позициях и вырабатывали единое компромиссное решение. Кардинальным образом меняя стиль принятия решения, Мэнсфилд принял попытку внести корректировку в ряд правовых норм, регулирующих английское коммерческое право, обобщив нормы и традиции, существующие в торговом праве других стран и английские торговые обычаи. И в этом он преуспел, так как выработанные в консенсусе решения суда того периода установили базовые принципы, которые продолжают лежать в основе английского и американского торгового права до настоящего времени [4, с. 294].

Британские переселенцы привезли на американский континент английское общее право, английские традиции и институты, и, соответственно, традицию принятия решений суда посредством *seriatim*. Поэтому суды колоний и Верховный суд США в первые годы своей работы принимали решения при оглашении позиций всех судей *seriatim*.

Но некоторые суды штатов, например, Верховный суд штата Вергиния, оценив опыт Лорда Мэнсфилда, предприняли попытку перенести опыт суда Королевской Скамьи Англии в свои процессуальные регламенты. Однако они встретили жесткую критику со стороны будущего президента США Томаса Джефферсона и других республиканцев, которые считали, что такая процедура нарушает принцип прозрачности процесса принятия решения. Решение должно приниматься не только с учетом различной мотивировки. В итоге оно демонстрирует, были ли разногласия у судей при его принятии и соответственно какой вес оно будет иметь в будущем в качестве прецедента [8].

Неудивительно, что республиканцы отстаивали такую модель принятия судебных решений. Республиканцы опасались усиления федеральной власти и Верховного суда США. А такой способ принятия решений всегда был прозрачен, позволял ставить под сомнение позицию большин-

ства при наличии иных мнений по делу для определения прецедентной силы принятого решения и тем самым ослаблял позицию самого суда.

В 1800 году президент-федералист Джон Адамс, проиграв выборы республиканцу Томасу Джефферсону, успевает назначить председателем Верховного суда США Джона Маршалла и провести через Конгресс Акт о судебной реформе 1801 года (Judiciary Act, 1801).

Джон Маршалл, пользуясь своим личным авторитетом, по примеру Лорда Мэнсфилда в Англии отказывается от традиции принятия решений *seriatim* и вводит «единое мнение суда». Судьи в закрытом совещании обсуждали свои позиции и выносили общее компромиссное решение, которое подписывалось от имени суда председателем суда Джоном Маршаллом. Во время председательства Джона Маршалла с 1801 по 1835 годы около девяноста процентов судебных решений было подписано председателем суда. Такие перемены были восприняты как акт смелости и усиления судебной власти.

Это не означает, что судьи не могли высказать отличную позицию, хотя такое происходило крайне редко. Сам председатель, участвуя в рассмотрении 1187 дел, за 35 лет написал только три особых мнения, а в среднем на двадцать пять решений суда приходилось только одно особое мнение (четыре процента дел) – самый низкий показатель в истории Верховного суда США. При этом суд в этот период своими решениями установил фундаментальные правовые принципы: верховенство федерального закона, полномочия суда в толковании конституции, компетенцию Верховного суда пересматривать решения верховных судов штатов по вопросам применения федерального законодательства, компетенцию федеральной власти в регулировании экономических связей между штатами. Таким образом, эффективность работы суда была очень высокой.

Верховный суд придерживался выработанной практики единого принятия решений при минимальном количестве особых мнений еще в течение ста лет. Но постепен-

но ситуация с особыми мнениями менялась. Пик вынесения особых мнений пришелся на вторую половину XX века, когда процент особых мнений, выносимых судьями, составлял 50 процентов и выше. Исключение не составляли и председатели суда. Так, председателем Верховного суда 1953–1968 годов Эрлом Уорреном вынесено 215 особых мнений по 1772 делам, а председателем Верховного суда 1986–2005 годов Уильямом Ренквистом при участии в рассмотрении 2 131 дела вынесены особые мнения в 182 делах [4, с. 316–318].

Приведенные факты свидетельствуют о том, что в определенные периоды времени экономическая и политическая обстановка требовала от судебных органов США и Англии особой концентрации и единодушия для установления правовых принципов, регулирующих наиболее важные сферы деятельности государства и экономики.

Особое мнение характеризуется не только разным подходом к решению правового вопроса. Одним из самых сложных аспектов особого мнения является, как правило, его эмоциональная окрашенность, так как нередко недостижение общего согласия приводит к возникновению напряженных отношений между судьями. Поэтому многие судьи пытаются сглаживать возникающие противоречия.

Судья Верховного суда США Уильям Бреннан в своей лекции приводил знаменитую юмористическую историю из судейской практики Англии, когда известный Глава судебных архивов (Master of Rolls – звание второго по старшинству должностей после Лорда – Главного Судьи (Lord Chief Justice) судьи в Англии и по должности главы апелляционной инстанции), председательствующий в тройке судей, после получасового заслушивания позиции стороны повернулся к своему коллеге справа и сказал: «Джон, мы услышали достаточно, чтобы убедиться, что им необходимо предоставить право на подачу апелляции». – «О нет, Председатель! При всем моем желании я не могу за это проголосовать!» – «Я думаю, Вы ошибаетесь, Джон!» Затем председательствующий повернулся к коллеге слева. «Том, Вы,

конечно же, согласны со мной, что право апелляции должно быть предоставлено!» – «Нет, Председатель, я полностью согласен с Джоном». «Ну, тогда, – сказал председательствующий, – апелляция разрешается! А вы, двое, решите между собой, кто из вас напишет особое мнение!» [2, с. 673].

Но сторонники особого мнения приводят свои веские аргументы в защиту этого института. Председатель Верховного суда США Арлан Стоун и судья Уильям Бреннан признавали, что это здоровая практика, которая повышает качество принятого решения в силу всестороннего охвата позиций. Поэтому коллегиально выработанная позиция по спору более качественна, если она принята при наличии особого мнения, чем без него.

Сама же противоположная большинству позиция основывается на двух аспектах: она доносит иную аргументацию до других судей, юристов, политиков, нижестоящих судов и иногда, со временем, побеждает позицию большинства. Другой аспект – это сигнал обществу, что принцип независимости судей действует [4, с. 284–285].

Расхождение позиций по поводу особого мнения также высказывается и в российской правовой литературе. С одной стороны, существуют опасения, что реализация принципа независимости судей в виде права на особое мнение может оборачиваться на деле популяризацией своей позиции в ущерб коллегиальному решению. С другой стороны, признается, что слепое следование мнению большинства, конформизм деформируют судейское правосознание [9, с.2].

Особое мнение, как уже сказано, – это институт, вышедший из англо-саксонского (а до этого – средневекового английского) права. В то же время этот институт в той или иной форме достаточно давно известен и странам континентального права.

При этом нужно отметить, что особые мнения в судебных инстанциях континентального права встречаются гораздо реже, чем в странах общего права. Исследователи приводят статистику, согласно которой до 1928 года количество особых мнений в Верховном суде США составляло 15%. С 1930 года по 1957 год количество особых мнений

выросло до 42%. В 1992 году особые мнения имели место в 71% дел [10, с. 316].

Это можно объяснить отсутствием законодательно закрепленных норм, когда суды сами занимаются законотворчеством и определяют правовые подходы, придерживаясь доктрины прецедента. Может вызывать дискуссии также вопрос, какой прецедент в данном случае подлежит применению или, наоборот, не подлежит, и по каким основаниям. Соответственно, при принятии решений правовые подходы отдельных судей могут не совпадать.

При наличии кодифицированного законодательства суды занимаются применением существующего права, а не его выработкой, и разногласия возникают по поводу применения уже имеющейся нормы права. Соответственно, возникновение разногласий возможно гораздо реже.

Подводя итоги вышеприведенного анализа, можно сделать следующие выводы:

- особое мнение представляет собой письменно выраженное несогласие судьи (нескольких судей) с принятым решением, при этом оно не влечет правовых последствий и не делает принятое решение юридически менее значимым;
- мнение отдельного судьи, отличное от большинства, позволяет наиболее полно и всесторонне проанализировать правовую проблему, повышает качество принятого судебного акта, является выражением принципа независимости судей;
- распространенность института особого мнения в странах англо-саксонского права обусловлена правотворческой деятельностью судов и огромным количеством правовых подходов, сложившихся в результате применения доктрины прецедента;
- в отдельные исторические периоды достижение единодушия при принятии решений судебными органами в странах англо-саксонского права обуславливалось необходимостью установления наиболее важных правовых принципов и норм.

Литература

1. Hart H.L.A. *The Concept of Law*. 2nd ed. – Oxford, 1997.
2. Brennan W.J., Jr. In Defence of Dissents // *Hastings Law Journal*. – Vol. 50, 1999. [Electronic resource]. URL: <http://heinonline.org/HandL/TheBillOfRights>. Harvard University Press, 1958. (Accessed: 08.06.2014).
3. Henderson M.T. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent // *The Supreme Court Review*. – 2007. [Electronic resource]. URL: <http://heinonline.org/> (Accessed: 08.06.2014).
4. Post R. The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court // *Minnesota Law Review*. – Vol. – 2001. – 85. [Electronic resource] URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/186 (Accessed: 08.06.2014).
5. Дело: Burnet, Commissioner of Internal Revenue, v Coronado Oil & Gas Co., 285 US 393, 406 (1932) (Brandeis, J, dissenting) [Electronic resource]. URL: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/285/393/> (Accessed: 08.06.2014).
6. ZoBell K.M. Division of Opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration // *Cornell Law Quarterly*. Vol. 44, 1959. [Electronic resource] URL: <http://heinonline.org/> (Accessed: 08.06.2014).
7. Letter from Thomas Jefferson to Justice William Johnson Monticello (Oct. 27, 1822) [Electronic resource] URL: <http://let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jef1269.php> (Accessed: 08.06.2014).
8. Кононов А.А. Право на особое мнение // *Закон*. – 2006. – № 11.
9. Lipez K.V. Some Reflections on Dissenting // *Maine Law Review*. – 2005. – Vol. 57. [Electronic resource]. URL: <http://heinonline.org/> (Accessed: 08.06.2014).

УДК 34.4414

Р. А. Мерзликина, Э. В. Молчанова
**ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ВРЕД,
ПРИЧИНЕННЫЙ ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫМИ ОБРАЗОВАНИЯМИ**

Статья посвящена актуальной и непростой проблеме: привлечение к ответственности публично-правовых образований за причиненный вред.

Ключевые слова: деликтная ответственность, вред, публично-правовое образование, властный акт, противоправность.

R. A. Merzlikina, E. V. Molchanova
LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY PUBLIC LEGAL INSTITUTIONS

The article is devoted to such an urgent and controversial problem as bringing public legal institutions to account for damage.

Key words: tortious liability, damage, public legal institution, law act, illegality.

В соответствии со статьей 53 Конституции РФ каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц. Указанное конституционное положение детализируется правилами статей 16, 1069 Гражданского кодекса

РФ, в соответствии с которыми вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействий) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта госу-