

**Константин Викторович КАРПЕНКО<sup>1</sup>**

УДК 342.565.2

## **ОСОБОЕ МНЕНИЕ В КОНСТИТУЦИОННОМ ПРАВОСУДИИ И РАЗВИТИЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ**

<sup>1</sup> кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права,  
Московский государственный институт международных отношений (МГИМО)  
МИД России  
kvk\_1973@mail.ru; ORCID: 0000-0001-8852-181X

### **Аннотация**

В статье рассматривается влияние особого мнения конституционных судей на развитие юридической науки. Данная проблема традиционно является весьма важной для конституционно-правовой науки, поскольку от ее понимания и практического решения во многом зависит авторитет конституционной юстиции в обществе и государстве. Особое мнение любого судьи есть его право на выражение своего мотивированного несогласия с решением большинства, оформляемое в письменном виде и прилагаемое к решению суда. Особое мнение в конституционном судопроизводстве обладает повышенной значимостью, т. к. решения конституционных судов направлены на защиту правопорядка в целом и адресуются всем субъектам права. Особые мнения конституционных судей способствуют развитию юридической науки в двух аспектах. С одной стороны, в них могут содержаться новые идеи, теории, подходы к праву, при помощи которых в научный оборот вводятся новые категории и понятия. С другой стороны, в особых мнениях нередко указываются ссылки на зарубежный опыт разрешения юридических коллизий. В этом случае особые мнения вписываются в рамки сравнительно-правовых исследований и позволяют учитывать судебную практику и судебную аргументацию других стран и правовых семей. Оба

---

**Цитирование:** Карпенко К. В. Особое мнение в конституционном правосудии и развитие юридической науки / К. В. Карпенко // Вестник Тюменского государственного университета. Социально-экономические и правовые исследования. 2021. Том 7. № 4 (28). С. 167-182.

DOI: 10.21684/2411-7897-2021-7-4-167-182

---

аспекта способствуют расширению доктринальной базы юридической науки, ставят и позволяют решить новые проблемы, усиливают потребность в научной дискуссии. Данное исследование опирается на формально-догматический научный метод, направленный на раскрытие юридического смысла правовых позиций судей, изложенных в особых мнениях. Использован также систематический метод, позволяющий выделять и классифицировать отдельные области научного знания. Автор применяет и сравнительно-правовой метод, заключающийся в сопоставлении различных правовых позиций в особых мнениях судей.

Новизна проведенного исследования состоит в определении вклада особых мнений конституционных судей в развитие юридической науки.

#### **Ключевые слова**

Конституционный суд, особое мнение, сравнительное правоведение, конституция, правовые позиции, суд, коллизии, парламент, судебный процесс.

**DOI: 10.21684/2411-7897-2021-7-4-167-182**

#### **Введение**

Новая редакция ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» от 9.11.2020, помимо всего прочего, существенно ограничивает возможности судей свободно высказываться по рассматриваемым юридическим вопросам. Отныне судья, несогласный с решением большинства и имеющий особое мнение, не может ни предать его гласности, ни сослаться на него в какой-либо форме (ст. 76). Формально особые мнения могут существовать, но они более не публикуются. Едва ли судья станет писать особое мнение, если его нельзя никому показывать и ни с кем обсуждать. Кроме того, новая редакция ст. 11 ФКЗ запрещает судьям Конституционного Суда РФ (далее — КС) критиковать его решения. Данная норма фактически уничтожает правовой институт особых мнений, т. к. изложенное судьей несогласие в любой момент и по любому поводу может быть воспринято как критика суда. Ведь такое мнение предлагает альтернативное видение для правового спора или иное понимание правовой нормы, а если оно является даже совпадающим (в терминологии ФКЗ — просто «мнением»), то оно, очевидно, излагает другую мотивировку принятого решения. В широком смысле это тоже можно расценить как критику суда. А поскольку одним из оснований прекращения полномочий судьи КС является совершение им действий, несовместимых с должностью (ст. 18), то даже изложенное, но неопубликованное мнение чревато серьезными последствиями для его автора. Данная ситуация, в которой оказались отечественные судьи КС, заметно актуализирует, как нам кажется, проблему особых мнений и требует соответствующей научной оценки со стороны представителей конституционно-правовой доктрины. Отметим также, что в настоящем исследовании мы используем термин «особое мнение» в его широком значении, включающем в себя как несогласие судьи с решением целиком, так и неприятие им лишь мотивов принятого постановления (совпадающее особое мнение).

### Особые мнения судей в истории и теории права

Проблема особого мнения судьи конституционного суда давно и надежно занимает почетное место в научных и практических дискуссиях. Это, пожалуй, неудивительно, коль скоро от ее решения в известной степени зависит место конституционной юстиции в обществе и государстве. Ведь открыто выраженное мнение раскрывает подробности обсуждения принятого судебного решения, в частности, высказанные судьями соображения, аргументы, ссылки на писанные и неписанные правовые нормы. Юристы-профессионалы, равно как и гражданское общество, имеют возможность изучить все прозвучавшие точки зрения, оценить их адекватность, убедительность и целесообразность. Конституционный суд в этом случае предстанет как учреждение, в котором вырабатывается рациональное решение, рожденное в творческой дискуссии, а возможно, и в жарком споре. По нашему мнению, авторитет суда только выиграет от этого, поскольку интерес общества к его деятельности увеличится. А наличие нескольких точек зрения (высказанных в решении суда и в особых мнениях) наглядно продемонстрирует сложность и неоднозначность обсуждаемой проблемы. Заметим, однако, что подобное развитие событий справедливо лишь для общества, в котором гражданская свобода является признанной ценностью. Разумеется, это не всегда так, но объективный ход мировой истории не замедлит привести любое общество именно к такому состоянию, когда гражданская свобода почитается неизблемой основой правопорядка [7, с. 21-23].

Практика особых мнений восходит, как известно, к англо-саксонской традиции права [16, с. 120]. Английские судьи, вынося решение, высказывались поочередно (*seriatim*), начиная с самого младшего (по моменту назначения) члена суда. Такой порядок сохранялся и в США до начала XIX в., когда в Верховном суде усилиями Дж. Маршалла постепенно внедряется единая позиция суда. Особые мнения не были совсем чужды и континентальной Европе. Так, в Испании их возникновение относят к XV в., к знаменитому Мединскому ординансу [12]. В начале XIX в. в Высшем суде герцогства Баден сторонам процесса сообщались результаты голосования судей. В 1920 г. в Конституционном суде Вюртемберга при рассмотрении дела об отстранении от должности министра допускалось опубликование итогов голосования судей. Судья же, оставшийся в меньшинстве по этому вопросу, был вправе написать особое мнение и обосновать свою позицию. Наконец, в 1948 г. анонимные особые мнения были разрешены в Конституционном суде Баварии [22, с. 62].

Вместе с тем, например, во Франции и Италии особые мнения конституционных судей отсутствуют. В немалой степени это объясняется желанием сохранить тайну обсуждения судьями рассмотренных вопросов. Весомым аргументом служит также и противоречие сложившейся правовой традиции, восходящей, по всей видимости, еще к Ш.-Л. Монтескье, когда судья являет собой лишь «уста закона». Он не вправе оказывать на закон какого-либо творческого воздействия. К тому же, справедливости ради напомним, что во Франции особые мнения судей существовали и оглашались в период якобинской диктатуры 1793-94 гг. Такое

воспоминание не может не бросить тень на сам правовой институт. Что же касается Италии, то особые мнения судей допускались некогда в Неаполитанском королевстве и в Тоскане [15, с. 1346-1347]. Как бы то ни было, сегодня из 27 государств-членов Европейского Союза 20 допускают особые мнения либо во всех судебных учреждениях, либо только в конституционных судах.

Существование особых мнений само по себе вызывает немного возражений. Вполне очевидно, что судья не может быть лишен права иметь свое мнение, коль скоро он решает конкретное дело, опираясь в известной степени на собственное понимание нормы закона. Наличие особых мнений свидетельствует об открытости суда, гласности производства, они предоставляют возможность выявить истинное содержание правовых норм [5, с. 74]. Как отмечал в свое время Р. Дворкин, субъективный элемент в правосудии присутствует всегда [11, с. 183-186]. Неприятие особых мнений касается их публикации, когда факт несогласия судьи с большинством своих коллег становится достоянием общественности. В вышеупомянутых 20 странах ЕС особые мнения судей публикуются в обязательном порядке, разве что в различных формах.

Особые мнения имеют достаточно длительную историю, что позволяет выделять отдельные тенденции в их развитии. Наиболее важным здесь, как нам представляется, выступает последовательное и неуклонное расширение возможностей для их публикации. Так, в Германии особые мнения судей Федерального конституционного суда стали публиковать в 1971 г., почти через 20 лет после его учреждения. В Румынии это стало разрешено в 2004 г., хотя сам суд появился в 1992 г. Аналогичная ситуация наблюдается в Литве. В то же время, например, в Испании, в Португалии, в Эстонии публикация особых мнений была разрешена с момента создания там конституционных судов (в Эстонии — Конституционной палаты Верховного суда). Даже в тех странах, где особых мнений нет (Франция, Италия), конституционно-правовая доктрина всё более настойчиво высказывается в пользу их публикации [23]. Приведенные отдельные примеры подтверждают, на наш взгляд, тезис, что в исторической перспективе особые мнения судей станут непременным спутником судебных решений, а их публикация — обязательной. Это вполне отвечает логике рационального познания. В этой связи новая редакция ФКЗ о Конституционном Суде РФ 2020 г., фактически запрещающая судьям не только публиковать свои особые мнения, но и высказывать их, противоречит вышеотмеченной широкой тенденции. Подобный анахронизм едва ли жизнеспособен, а значит, рано или поздно он будет отменен.

В общественно-политическом дискурсе и в правовой доктрине высказываются многочисленные аргументы в пользу публикации особых мнений судей конституционных судов [15, с. 1354-1359]. Мы не станем их повторять, учитывая относительную краткость нашего исследования. Мы бы хотели сосредоточиться на том влиянии, которое оказывает их публикация на юридическую науку. Как нам кажется, такое влияние проявляется, с одной стороны, в постановке новых научных проблем, новых подходов, а возможно, и новых теорий в праве, а с другой — в расширении опыта сравнительного правоведения. И то и

другое, без сомнения, обогащает конституционно-правовую проблематику, обеспечивая поступательное движение научного знания.

### Особое мнение как генератор новых идей

Конституционное правосудие занимает ведущее место в любой правовой системе, т. к. в процессе его осуществления разрешаются наиболее важные вопросы в жизни общества и государства [3, с. 32]. Правовые позиции конституционного суда формируют политико-правовой ландшафт, корректируя взаимоотношения органов власти, уточняя правовое положение личности в государстве, а в известных пределах оказывают воздействие и на международные связи, т. к. конституционный суд проверяет подписанные договоры на соответствие конституции. При этом суд всегда производит в той или иной мере толкование конституции, коль скоро высказанные им правовые позиции опираются на его собственное прочтение текста Основного закона. Последний впредь будет применяться всеми субъектами права в соответствии с разъяснениями суда. Именно поэтому решения конституционного суда обладают значением *erga omnes*, и поэтому же на нем лежит огромная ответственность за действенность конституции.

Особое мнение конституционного судьи стоит перед теми же вызовами, что и само судебное постановление. Оно (мнение) тоже направлено на решение важной политико-правовой задачи. А тот факт, что оно отражает позицию меньшинства, требует значительных усилий в аргументации излагаемых тезисов. В связи с этим автор особого мнения, по всей видимости, будет стремиться подкрепить свои выводы глубоким анализом теоретических основ конституционно-правовой науки. В результате такого творческого процесса могут появиться новые научные гипотезы или же оригинальный взгляд на уже имеющуюся юридическую проблему [4, с. 107]. И то и другое способно стать предметом доктринальной дискуссии, равно как и основой будущего исследования, что, несомненно, расширяет пространство научного поиска [16, с. 132]. Любопытным примером здесь, как нам кажется, может служить концепция «невидимой конституции», изложенная в особом совпадающем мнении председателя венгерского Конституционного суда профессора Л. Солиома, в 1990 г. [10]. Речь шла о том, что в условиях переходного периода и при отсутствии новой конституции конституционный суд создает своими решениями известную систему правовых принципов, которые обладают большей юридической силой, чем сама конституция. Профессор Л. Солиом полагал, что эти принципы призваны уберечь Основной закон от политически мотивированных поправок, поскольку они будут выступать стабильным мерилем конституционности. На наш взгляд, идея «невидимой конституции» соотносится с понятием неписаной конституции, а в более широком значении и с так называемым «духом конституции», т. е. с определенной совокупностью начал, делающих конституционный текст внутренне согласованным. В любом случае для венгерского конституционного права начала 1990-х гг. такой подход являлся новым.

В конституционном праве современной Индии получила распространение теория опорных положений конституции (theory of basic structure of the

constitution) [13, с. 244]. Речь идет о наиболее важных принципах конституционного текста, образующих его внутреннее ядро. Такие принципы обладают повышенной юридической силой, они соединяют между собой прочие положения конституции, придают ей согласованный характер. Одновременно эти принципы служат для защиты конституции от необоснованных изменений, продиктованных политической конъюнктурой или авторитарными намерениями отдельных политических лидеров. При этом, однако, в самой Конституции Индии 1950 г. этих принципов нет, и ни одна ее норма не является неизменной. А парламент со своей стороны не был изначально ограничен в праве вносить в нее любые поправки. Теория опорных положений конституции была выработана в практике Верховного суда Индии, начиная с 1967 г. Важно иметь в виду, что формулировка этих принципов содержалась преимущественно в особых мнениях судей, а не только в решениях Суда. Почти все такие мнения были совпадающими, но судьи старались привнести собственное понимание фундаментальных основ правопорядка, делающих Конституцию Индии стабильной и неподвластной изменчивой политике парламента [18, с. 48-50]. Так, согласно правовым позициям индийских судей, опорными началами национальной конституции служат ее верховенство, республиканская форма правления, светское государство, федерализм, ограниченность вторичной учредительной власти парламента, конституционный контроль. Примечательно также, что данный список предполагается открытым, другие принципы могут со временем присоединиться к уже сформулированным. Со своей стороны факультативный характер особых мнений судей не препятствует признанию данных принципов общеобязательными как в судебной практике, так и в конституционно-правовой доктрине современной Индии.

Особое мнение конституционного судьи, конечно, необязательно должно заключать новые гипотезы и подходы в праве, но их наличие способно сделать текст судебного постановления более понятным и доступным. Юрист-профессионал, а также любой человек, интересующийся судебной практикой, получает возможность сопоставить аргументы судебного решения с доводами особого мнения. Это необходимо не столько для критики судебного постановления, сколько для уяснения его смысла. Альтернативная правовая позиция, содержащаяся в особом мнении, восполняет своеобразный «пробел», т. к. в любом случае расширяет пространство правовой аргументации. В особом мнении ведь представлено другое решение дела, разумеется, факультативное, но которое тем не менее может послужить ключом к пониманию *ratio decidendi* суда. А конкретное дело, по поводу которого было принято судебное решение и высказано особое мнение, оказывается тогда как бы в центре обсуждения, между двух полюсов. Полнота научного анализа судебной практики от этого только выиграет. Как писал в свое время Р. Декарт, аналитический метод дает возможность объяснить происхождение того или иного явления, значит, изучение особого мнения способно открыть истинные причины вынесенного судебного решения.



Поскольку решение конституционного суда и особое мнение содержат разные правовые позиции, для их научного осмысления имеет смысл сравнить их между собой уже с целью выявления известных тенденций правового развития. Очевидно, что таковые складываются не одномоментно, они постепенно нарождаются, зреют, чтобы в итоге проявиться в полную силу в судебной практике. Особые мнения, следовательно, могут продемонстрировать известную динамику в судебной практике. Наиболее продуктивным, по всей видимости, будет изучение нескольких особых мнений к одному решению (если таковые есть) либо разных особых мнений к разным решениям на протяжении некоторого периода времени. Предметом сопоставления могут стать и сами особые мнения, например, по аналогичным или близким по фабуле делам. Понятно, что чем больше особых мнений (и решений суда) выбрано для анализа, тем надежней и шире будут эмпирическая и историческая базы исследования, а следовательно, и вернее выводы. Выявленные таким образом тенденции в развитии права, хоть и будут научными гипотезами, дадут всё-таки возможность предугадать или предположить дальнейшее движение не только судебной практики, но и законодательства. Правовая действительность в этом случае обретает бóльшую предсказуемость, что усиливает безопасность субъектов права.

Хрестоматийным в этом смысле будет, пожалуй, особое мнение судьи Верховного суда США Дж. М. Харлана, высказанное им по поводу резонансного в свое время дела *Plessy v. Ferguson* в 1896 г., в котором Суд сформулировал доктрину «*separate but equal*». Она, как известно, узаконивала расовую сегрегацию в США, несмотря на отмену рабства в 1863 г. По мнению судьи Дж. М. Харлана, Основной закон США является не только «дальтони́ком» («*color-blind*»), но и не знает деления граждан на классы [19]. Лишь в 1954 г. в деле *Brown v. Board of education of Topeka* Верховный суд согласился с аргументами Дж. М. Харлана и изменил свою практику [20]. Справедливости ради отметим всё же, что в тексте решения Суд никак не упомянул ни Дж. М. Харлана, ни его особое мнение пятидесятилетней давности. Наверное, можно тут предположить, что на изменение позиции Суда повлияло не столько высказанное когда-то особое мнение одного из его членов, сколько закономерная эволюция социальных и нравственных представлений американского общества. Однако же и не учитывать влияние позиции, содержащейся в данном особом мнении, нет никаких оснований [17]. Высокая компетентность американских судей и глубокое знание ими прецедентов склоняет нас скорее к допущению, что они не могли не знать и об аргументах Дж. М. Харлана. Разве что в самом решении они предпочли опустить прямые ссылки на них. В этом вполне проявляется элемент судебного усмотрения.

А вот еще в одном не менее известном деле Верховный суд прямо указал, что он принимает тезисы, высказанные в одном особом мнении к его же решению полуторадесятилетней давности. Мы имеем в виду дело *Lawrence v. Texas* 2003 г., в котором Суд признал закон штата об уголовной ответственности за содомию противоречащим XIV Поправке к Конституции США. Тогда как ранее,

в деле *Bowers v. Hardwick* 1986 г., Верховный суд занял противоположную позицию, подтвердив конституционность аналогичного закона штата Виргиния. К этому решению в 1986 г. судья Дж. П. Стивенс написал особое мнение, в котором, в частности, заметил, что представления большинства людей о безнравственности известного поведения не могут служить достаточным основанием для признания такого поведения незаконным. А способы физической близости между женатыми и неженатыми лицами являются формой выражения их свободы, защищаемой XIV Поправкой. Сославшись на эти два аргумента, Верховный суд в 2003 г. изменил свою позицию. Такие особые мнения можно назвать «предсказывающими», несмотря на то, что изложенные в них правовые позиции были приняты большинством спустя известное количество времени. Отсутствие же особых мнений или их недоступность, без сомнения, снижают прогнозируемость правового развития.

Для придания веса собственным аргументам судья, пишущий особое мнение, нередко ссылается на выводы правовой доктрины. Даже если таковая не признается в качестве источника права в данной правовой системе, использование ее положений будет бесполезным для юридической науки в целом. Весьма вероятно, что автор особого мнения сможет отыскать малоизвестные или забытые доктринальные положения, которые, однако, окажутся подходящими для возражений по рассмотренному судом делу. В этом случае судья окажет значительную услугу юридической науке, т. к. введет в научный оборот неизвестные или не использованные ранее доктринальные тезисы и выводы. Так, в особом мнении судьи КС РФ А. Л. Кононова к постановлению КС РФ от 21.12.2005 № 13-П (отмена выборов глав регионов) приводится мнение немецкого правоведа О. Люхтерхандта [2, с. 101]. В другом случае судья А. Л. Кононов ссылается на позицию известного отечественного ученого С. С. Алексеева [2, с. 152].

Еще одним любопытным примером будет, на наш взгляд, особое мнение судьи Верховного Суда США А. Скалии к решению о неприменении смертной казни к душевнобольным [21]. Судья пытается определить тяжесть душевной болезни, позволяющей обвиняемому избежать высшей меры наказания, и для этого обращается к доктрине. А. Скалия цитирует многих авторов, но на первом месте в его списке авторитетов неизменно оказывается В. Блэкстон — автор самой читаемой в конце XVIII в. в США книги «Комментарии к законам Англии» 1765-1769 гг. Это неслучайно, т. к., согласно фабуле дела, заявитель (он же обвиняемый) утверждал, что применение к нему смертной казни противоречит VIII Поправке к Конституции США, запрещавшей жестокие и необычные наказания. А чтобы выяснить, какие наказания являются таковыми, следует знать, какие из них считались таковыми на момент принятия VIII Поправки, т. е. в конце XVIII в. Поэтому А. Скалия и ищет определение душевнобольного лица прежде всего у виднейшего юриста эпохи становления парламентаризма.

Подобные особые мнения представляют, думается нам, существенную ценность для правовой науки, т. к. открывают новые возможности научного обсуждения, привлекают внимание ученых к отдельным концепциям и взглядам.



Более того, доктринальные отсылки, содержащиеся в особых мнениях, связывают науку с разрешением конкретного правового вопроса, т. е. способствуют апробации на практике научного знания. Ученые-правоведы получают в этом случае возможность оценить применимость теоретических построений к конкретной правовой коллизии, а теория без практики, как известно, мертва.

### **Особое мнение и методология сравнительного правоведения**

Значимость особых мнений в конституционном судопроизводстве не исчерпывается введением в научный оборот новых подходов, позиций и точек зрения на правовую материю. Судья — автор особого мнения должен убедить возможного читателя в своей правоте, показать, что его доводы более обоснованы и глубоки, чем позиция большинства судей. Одним из способов добиться этого является применение сравнительного метода в исследовании поставленной юридической проблемы.

Сравнительное правоведение позволяет более широко взглянуть на изучаемый вопрос, привлечь иные, сопоставимые с этим вопросом примеры. При некотором количестве найденных схожих проблем, исследуемый вопрос помещается в их ряд как один из многих уже решенных тем или иным образом. Тогда изучаемый судьей в данном случае вопрос, скорее всего, утратит уникальность. Окажется, что нечто подобное уже происходило и привело к каким-то результатам. Отсутствие уникальности у судебной юридической проблемы на самом деле весьма полезно. Тривиальность возникшего спора, очевидно, облегчает задачу правосудия по нахождению правильного в данном случае решения. Ведь право, в конце концов, направлено на безопасность его субъектов, на ожидаемость их поведения, на прогнозируемость последствий их поступков. Уместно тут вспомнить А. Августина, для которого право означало справедливость, когда каждый обладает тем, что ему принадлежит. Отсюда ясно, что схожие условия должны приводить к схожим результатам, т. е. аналогичные спорные ситуации следует разрешать аналогичным образом. В связи с этим сравнительное правоведение оказывает неоценимую услугу юридической науке, поскольку позволяет выйти за пределы не только отраслевого опыта, но и национального, и даже за пределы отдельных правовых семей. Подобная широта аргументации делает особое мнение обильным источником для юридической науки, привнося в нее дополнительные сведения междисциплинарного свойства.

Интересный пример использования сравнительной методологии содержится в особом мнении австралийского судьи Ф. Г. Даффи, которое тот высказал в связи с важным для австралийского федерализма делом 1920 г. [6]. Напомним, что речь шла о возможном праве федерального парламента вмешиваться в область законодательства, сохраняемую за штатами Союза. До 1920 г. Высший суд Австралии держался в своей практике тех же позиций, что и Верховный суд США, применяя к взаимоотношениям Федерации и штатов учение о подразумеваемых полномочиях регионов. По мнению суда, Федерация и штаты были суверенны, а их права и обязанности носили договорный характер. Такой подход,

по всей видимости, был обусловлен историческим наследием не столько США, сколько Британской империи [1, с. 38]. В упоминаемом решении Высший суд изменил свою позицию и заявил, что по точному смыслу Конституции штаты и находящиеся на их территории лица подчинены федеральному законодательству, т. е. Суд признал за последним верховенство. Судья же Ф. Г. Даффи в своем особом мнении отметил, что в любой самоуправляющейся колонии Британской империи законодательные полномочия местной легислатуры ограничены территорией колонии и распространяются лишь на те вопросы, которые явным образом ей поручены. Конституция же Австралии, как он полагал, таких положений не содержит, и, следовательно, федеральный парламент не вправе законодательствовать в определенных областях, не отнесенных к его компетенции имперским (т. е. британским) парламентом. Для нашего исследования важно, что в особом мнении сделана попытка увязать возникшую проблему соотношения разных законодательств с обычным порядком разрешения таких коллизий, сложившимся в имперском (т. е. британском) правовом пространстве. Получается, что, согласно позиции судьи Ф. Г. Даффи, есть общая норма, применяемая везде и всегда, по отношению к которой австралийский случай будет лишь частным проявлением. Соответственно, нет оснований менять привычный уклад и превращать рассматриваемый вопрос в исключение. Его разрешение по аналогии будет лишь способствовать стабильности правового регулирования.

Сравнительно-правовой подход в особых мнениях нетрудно отыскать и в современной судебной практике, что ясно показывает, кстати, непреходящее значение этой методологии. Так, в особом мнении чешского судьи Я. Феника к решению Конституционного суда Чехии 2021 г. отмечается, что Суд в рассматриваемом деле отошел от принципа самоограничения, который, в свою очередь, опирается на принцип обособления (разделения) властей [8]. Согласно доводам Я. Феника, КС Чехии в течение многих лет ориентировался в своей деятельности на Федеральный конституционный суд Германии. Позиция же, занятая Судом в данном деле, прерывает сложившуюся традицию и превращает КС Чехии в «политизированный» орган, что является недопустимым. В своем особом мнении Я. Феник приводит определение принципа самоограничения в том виде, в котором этот принцип был сформулирован в решениях ФКС Германии. Таким образом, из текста особого мнения мы можем понять, что практики КС Чехии и ФКС Германии весьма схожи, по крайней мере, в представлении отдельного судьи. Опираясь на этот тезис, можно продолжать сравнительно-правовое изучение этих двух учреждений. Даже если вдруг этот тезис в дальнейшем не подтвердится, юридическая наука, точнее наука конституционного права, от этого лишь выиграет, поскольку ее содержание обогатится новыми сведениями, фактами и выводами. Особое мнение, следовательно, задает отправную точку и направление научным изысканиям.

Сравнительное правоведение в судебной практике способствует взаимному использованию аргументации, когда правовые позиции, изложенные в особом мнении судьи одной страны, принимаются во внимание в судебном

решении в другой стране. Выше мы уже упоминали известное постановление Верховного суда США по делу *Bowers v. Hardwick* 1986 г. В особом мнении к нему судья Г. Блэкмен, цитируя научную статью другого судьи О. У. Холмса, говорит, что для нормы права нет более возмутительного основания, чем утверждать, что она была установлена во времена Генриха IV и сохраняется сегодня исключительно по причине «слепой имитации прошлого» [14, с. 469]. Иными словами, Г. Блэкмен отказывается от исторического обоснования правовых норм и призывает признать постепенное развитие общества, изменение его нравов, идеологии, верований и проч. Именно эту позицию Г. Блэкмена мы обнаруживаем в решении КС Чехии 2017 г., вынесенном по поводу конституционности закона о полном запрете табакокурения в местах общественного питания [9]. Дело в том, что заявители ссылались помимо прочего на давнюю традицию Чехии потреблять алкогольные напитки, в том числе и в праздничные дни, а значит, оспариваемый закон нарушает привычный уклад жизни. КС, однако же, не нашел их аргумент достаточным. Таким образом, КС Чехии использовал в своем решении научный тезис, сперва высказанный в 1897 г. (статья О. У. Холмса), потом примененный в правовых позициях отдельного судьи (особое мнение Г. Блэкмена 1986 г.) и, наконец, получивший апробацию в судебной практике в 2017 г., усилиями самого КС. Данный пример, на наш взгляд, ясно показывает тесное взаимодействие науки, творческого (судейского) подхода к праву и реализации права на практике. Небезынтересно также и то, что один и тот же довод используется на протяжении более 100 лет и в совершенно разных правовых системах и семьях. На наш взгляд, этот факт лишний раз подтверждает универсальность права как инструмента регулирования общественных отношений. Право, разумеется, может называться американским, французским, русским или еще каким-то, но его природа внациональна и опосредована общечеловеческими задачами. При этом в области применения правовых норм вполне может проявляться национальная, даже историческая специфика.

### **Заключение**

Особое мнение в конституционных судах выполняет важную функцию легитимации конституционного контроля и обеспечения независимости судей. Однако помимо этой вполне очевидной задачи у особых мнений есть и другая роль, не менее почетная и значимая. Изложенные в них правовые позиции отдельных судей способствуют развитию науки права в целом и конституционно-правовой проблематики в частности. Для придания большего веса своим аргументам авторы особых мнений активно используют правовую доктрину, отыскивают малоизвестные концепции или же формулируют собственные. При этом судья, пишущий особое мнение, сам занимается научной работой, выстраивая свою аргументацию. Таковая должна быть подкреплена не только логическими положениями, но и эмпирическими данными, т. е. содержать ссылки на исторические факты, документы, объективные тенденции. Запрет для судьи готовить особые мнения или

предавать их гласности равносильно запрету на научную деятельность. Тогда как занятие научной деятельностью (равно как и преподавательской) является для судей той областью, для которой само законодательство допускает исключения, разрешая ее совмещать. И это не случайно, поскольку наука всегда опирается на практику в широком смысле слова. А для права жизненно необходима практическая реализация его предписаний. В противном случае право умирает, становится фиктивным и, как следствие, излишним. Особые мнения судей, будучи опубликованными и обсуждаемыми юридическим сообществом, способны уберечь право от столь трагической судьбы. Особые мнения поддерживают необходимую связь между юридической теорией и практикой реализации нормативных предписаний.

Помимо теоретических новелл, в особых мнениях конституционных судей могут содержаться ссылки на практику иностранных судов или иных властных учреждений. Такие правовые позиции также служат расширению знаний, т. к. позволяют узнать и использовать чужой опыт урегулирования спорных ситуаций. Такой опыт может стать объектом научного исследования, предметом сопоставления и конструктивной критики. Чем больше таких сведений оказываются доступными профессиональному сообществу юристов, тем больше обогащается правовая действительность, и тем легче правовые нормы будут реализовываться. Ведь информированность людей (а юристов тем более), знание ими не только существующих норм законов, но и их обоснования и применения делает их (людей) свободными и самодостаточными. Без этого гражданское общество обречено. Особые мнения в конституционном судопроизводстве способствуют тесному взаимному проникновению судебной практики не только разных государств, но и разных правовых семей.

## СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Войтович Е. А. Конституционно-правовые основы порядка формирования сената Австралийского Союза / Е. А. Войтович // Право и управление. XXI век. 2020. № 1 (54). С. 36-41.
2. Кононов А. Л. Особое мнение судьи Кононова / А. Л. Кононов. М.: Кучково поле, 2017. 480 с.
3. Нарутто С. В. Верховенство конституции как основа конституционного правопорядка в России / С. В. Нарутто // Российское право. 2018. № 3. С. 30-35.
4. Новопавловская Е. Е. Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации: проблемы правовой регламентации и практика применения / Е. Е. Новопавловская, Е. А. Переверзев // Вестник экономики, права и социологии. 2017. № 1. С. 104-108.
5. Сергеев А. Б. Особое мнение судьи в системе отправления правосудия в уголовном судопроизводстве / А. Б. Сергеев // Социум и власть. 2013. № 1 (39). С. 71-75.
6. *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd (Engineers case)* HCA 54; (1920) 28 CLR 129 // High Court of Australia.  
URL: <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1920/54.html>  
(дата обращения: 23.10.2021).

7. Constant B. *Principes de Politique* / B. Constant. Paris, 1815. 324 pp.
8. Constitutional court of the Czech Republic, decision Pl. ÚS 106/20 of 9.02.2021 (123/2021 Coll.) // Ústavní soud. URL: <https://www.usoud.cz> (дата обращения: 25.10.2021).
9. Constitutional court of the Czech Republic, decision Pl. ÚS 7/17 of 27.03.2018 (81/2018 Sb.) // Ústavní soud. URL: <https://www.usoud.cz> (дата обращения: 26.10.2021).
10. Decision 23/1990 (X. 31.) // Constitutional Court of Hungary. URL: <https://hunconcourt.hu/dontes/decision-23-1990-on-capital-punishment> (дата обращения: 20.10.2021).
11. Dworkin R. *L'Empire du Droit* / R. Dworkin. Paris: PUF, 1994. 468 pp.
12. Freixes T. *La Pratique des Opinions Dissidentes en Espagne* / T. Freixes // *Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2000. No. 8. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr> (дата обращения: 28.10.2021).
13. Garg R. D. *Phantom of basic structure of the Constitution* / R. D. Garg // *Journal of the Indian Law Institute*. 1974. Vol. 16. No. 2. Pp. 243-269.
14. Holmes O. W. *The path of the law* / O. W. Holmes // *Harvard Law Review*. 1897. Vol. 10. No. 8. Pp. 457-478.
15. Kelemen K. *Dissenting opinions in Constitutional Courts* / K. Kelemen // *German Law Journal*. 2013. Vol. 14. No. 8. Pp. 1345-1371.
16. Kelemen K. *The road from Common Law to East-Central Europe: the case of the dissenting opinion* / K. Kelemen // *Legal and Political Theory in the Post-National Age* / P. Cserne, M. Könczöl (eds). Frankfurt: Peter Lang Publ., 2011. Pp. 118-134.
17. Lynch A. *Dissent: the rewards and risks of judicial disagreement in the High Court of Australia* / A. Lynch // *Melbourne University Law Review*. 2003. No. 27 (3). URL: <http://www5.austlii.edu.au> (дата обращения: 3.11.2021).
18. Polzin M. *The Basic Structure Doctrine and its German and French Origins: a tale of migration* / M. Polzin // *Indian Law Review*. 2021. Vol. 5. No. 1. Pp. 45-61.
19. US Supreme court, 163 U.S. 537 (1896) // Legal Information Institute. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537> (дата обращения: 21.10.2021).
20. US Supreme court, 347 U.S. 483 (1954) // Legal Information Institute. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/> (дата обращения: 21.10.2021).
21. US Supreme court, 536 U.S. 304 (2002) // Legal Information Institute. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/> (дата обращения: 21.10.2021).
22. Witting C. E. *The Occurrence of Separate Opinions at the Federal Constitutional Court. An analysis with a Novel Database* / C. E. Witting. Mannheim: Logos Verlag Berlin, 2016. 178 pp.
23. Zagrebelsky G. *La pratique des opinions dissidentes en Italie* / G. Zagrebelsky // *Cahiers du Conseil constitutionnel*. 2000. No. 8. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr> (дата обращения: 3.11.2021).

**Konstantin V. KARPENKO<sup>1</sup>**

UDC 342.565.2

## **DISSENTING OPINION IN THE CONSTITUTIONAL JUSTICE AND THE EVOLUTION OF LEGAL SCIENCE**

<sup>1</sup> Cand. Sci (Jur.), Associate Professor,  
Department of Constitutional Law,  
Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University)  
at the MFA of the Russian Federation  
kvk\_1973@mail.ru; ORCID: 0000-0001-8852-181X

### **Abstract**

The article deals with the influence of the dissenting opinions of constitutional judges on the development of legal science. This issue is usually very important for constitutional and legal science as its understanding and practical resolution influence the authority of constitutional justice in a state. The dissenting opinion of any judge is their right to express their reasoned disapproval of the rendered decision, formulated in writing and attached to the court decision. Dissenting opinions in constitutional proceedings are of increased importance, because decisions of constitutional courts are aimed to protect law and order in general and are addressed to entire population.

The dissenting opinions of constitutional judges contribute to the development of legal science in two aspects. On the one hand, they can contain new ideas, theories and approaches to law, with the help of which new categories and concepts are introduced into scientific discussion. On the other hand, dissenting opinions make often wide references to foreign experience in resolving legal conflicts. In this case, dissenting opinions fit into the framework of comparative legal research and allow taking into account the judicial practice and judicial argumentation of other countries and legal systems. Both aspects contribute to the expansion of the doctrinal base of legal science, pose and solve new problems, increase the need for scientific discussion.

---

**Citation:** Karpenko K. V. 2021. "Dissenting opinion in the constitutional justice and the evolution of legal science". Tyumen State University Herald. Social, Economic, and Law Research, vol. 7, no. 4 (28), pp. 167-182.

DOI: 10.21684/2411-7897-2021-7-4-167-182

---



This study is based on a formal-dogmatic scientific method, which is aimed at disclosing the true meaning of legal positions of judges presented in dissenting opinions. A systematic method is also used, which allows to identify and classify single areas of scientific knowledge. The author also applies the comparative legal method, which consists in comparing different legal positions in the dissenting opinions of judges.

The novelty of the research is in determination of contribution of dissenting opinions of constitutional judges to the development of legal science.

**Keywords**

Constitutional court, dissenting opinion, comparative jurisprudence, constitution, legal positions, court, conflicts, parliament, litigation.

**DOI: 10.21684/2411-7897-2021-7-4-167-182**

**REFERENCES**

1. Voytovich E. A. 2020. "Constitutional and legal bases for the formation of the Senate of the Australian Commonwealth". *Journal of Law and Administration*, no. 1 (54), pp. 36-41. [In Russian]
2. Kononov A. L. 2017. *Dissenting opinion of judge Kononov*. Moscow: Kuchkovo pole. 480 pp. [In Russian]
3. Narutto S. V. 2018. "The supremacy of constitution as a basis of the constitutional legal order in Russia". *Russian Law*, no. 3, pp. 30-35. [In Russian]
4. Novopavlovskaya E. E., Pereverzev E. A. 2017. "Dissenting opinion of the judge of the Constitutional Court of the Russian Federation: Problems of legal regulation and practical application". *Economics, law and sociology herald*, no. 1, pp. 104-108. [In Russian]
5. Sergeev A. B. 2013. "Dissenting opinion in criminal procedure". *Society and power*, no. 1 (39), pp. 71-75. [In Russian]
6. High Court of Australia. 1920. *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd (Engineers case)* HCA 54; (1920) 28 CLR 129. Accessed on 23 October 2021. <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1920/54.html>
7. Constant B. 1815. *Principe de Politique*. Paris: Hocquet. 324 pp. [In French]
8. Ústavní soud. 2021. *Constitutional court of the Czech Republic, decision Pl. ÚS 106/20 of 9.02.2021 (123/2021 Coll.)*. Accessed on 25 October 2021. <https://www.usoud.cz>
9. Ústavní soud. 2018. *Constitutional court of the Czech Republic, decision Pl. ÚS 7/17 of 27.03.2018 (81/2018 Sb.)*. Accessed on 26 October 2021. <https://www.usoud.cz>
10. *Constitutional Court of Hungary*. 1990. *Decision 23/1990 (X. 31.)*. Accessed on 20 October 2021. <https://hunconcourt.hu/dontes/decision-23-1990-on-capital-punishment>
11. Dworkin R. 1994. *L'Empire du Droit*. Paris: Presses Universitaires de France. 468 pp. [In French]
12. Freixes T. 2000. "La Pratique des Opinions Dissidentes en Espagne". *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, no. 8. Accessed on 28 October 2021. <https://www.conseil-constitutionnel.fr> [In French]

13. Garg R. D. 1974. "Phantom of basic structure of the constitution". *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 16, no. 2, pp. 243-269.
14. Holmes O. W. 1897. "The path of the law". *Harvard Law Review*, vol. 10, no. 8, pp. 457-478.
15. Kelemen K. 2013. "Dissenting opinions in constitutional courts". *German Law Journal*, vol. 14, no. 8, pp. 1345-1371.
16. Kelemen K. 2011. "The road from common law to east-central europe: the case of the dissenting opinion". In: Cserne P., Könczöl M. (eds). 2011. *Legal and Political Theory in the Post-National Age*, pp. 118-134. Frankfurt: Peter Lang Publishing.
17. Lynch A. 2003. "Dissent: The rewards and risks of judicial disagreement in the High Court of Australia". *Melbourne University Law Review*, no. 27 (3). Accessed on 3 November 2021. <http://www5.austlii.edu.au>
18. Polzin M. 2021. "The basic structure doctrine and its German and French origins: A tale of migration". *Indian Law Review*, vol. 5, no. 1, pp. 45-61.
19. Legal Information Institute. US Supreme Court, 163 U.S. 537 (1896). Accessed on 21 October 2021. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/163/537>
20. Legal Information Institute. US Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954). Accessed on 21 October 2021. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>
21. Legal Information Institute. US Supreme Court, 536 U.S. 304 (2002). Accessed on 21 October 2021. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/>
22. Witting C. E. 2016. *The Occurrence of Separate Opinions at the Federal Constitutional Court. An Analysis with a Novel Database*. Mannheim: Logos Verlag Berlin. 178 pp.
23. Zagrebelsky G. 2000. "The Practice of Dissenting Opinions in Italy". *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, no. 8. Accessed on 3 November 2021. <https://www.conseil-constitutionnel.fr> [In French]