

Особые мнения в международных судах: доктрина и практика



А.С. Исполинов

доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук. Адрес: 119991, Российская Федерация, Москва, ГСП-1, Ленинские горы, 1/13. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Аннотация

В рамках настоящей статьи автор рассматривает недостаточно изученную в отечественной доктрине тему особых мнений судей международных судов и арбитражей. Отмечается, что палитра оценок отечественными исследователями роли и значения особых мнений в современном международном правосудии находится в диапазоне от снисходительно-благодушного до восторженного. При последнем взгляде особые мнения воспринимаются как неотъемлемая часть современного международного правосудия. Деятельность многочисленных международных судов дает обширный эмпирический материал, позволяющий оценить воздействие особых мнений на отправление правосудия и их влияние как на процесс принятия решения конкретным судом, так и на восприятие этого решения и самого международного суда или арбитража сторонами спора и создавшими данный суд или арбитраж государствами. Анализируя аргументы «за» и «против» особых мнений, автор приходит к выводу, что особые мнения в международных судах и арбитражах являются противоречивым явлением, вызывающим неоднозначные оценки и имея как сторонников, так и не менее убежденных критиков. В современном международном правосудии нет процессуальных механизмов, отделяющих «хорошие» особые мнения от «дурных», и все определяется сдержанностью и характером судьи, оказавшегося в меньшинстве, а также культурой и традициями самого суда. Чем старше и авторитетнее суд, тем он устойчивее к неожиданностям, которые могут принести неудачные особые мнения, тем выше у него иммунитет к таким мнениям. Напротив, чем моложе суд, тем больший ущерб ему и его решениям могут нанести особые мнения судей, если авторы особых мнений не подойдут к вопросу ответственно. Приведенная в статье практика особых мнений в Суде ЕАЭС убедительно показывает, что особые мнения могут самым ощутимым образом сказаться на целостности, легитимности и коллегиальности международного суда, поэтому их использование должно быть ограничено вплоть до запрета, либо они должны быть использоваться очень осторожно.



Ключевые слова

особые мнения, международные суды и арбитражи, независимость судей, Суд ЕАЭС, судебное разбирательство, коллегиальность, конфиденциальность, судебное совещание.

Библиографическое описание: Исполинов А.С. Особые мнения в международных судах: доктрина и практика // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 218–233.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.218.233

Тема особых мнений судей и арбитров в международном правосудии остается малоизученной в российской доктрине международного права¹. У отечественных исследователей проблем международного правосудия превалирующей остается снисходительно-благостная оценка института особых мнений², хотя сегодняшняя активная деятельность разнообразных международных судов и арбитражей, включая инвестиционный и международный коммерческий арбитражи, не только дает значительный эмпирический материал для более глубокого, детализированного и объективного анализа, но и показывает весьма неоднозначную картину. В западной литературе палитра оценок особых мнений в международном правосудии гораздо шире; появились серьезные исследования, анализирующие причины появления особых мнений, их содержание и стиль, а также различные аспекты положительного и негативного влияния особых мнений на процесс судопроизводства, восприятие решений суда и самого суда в целом³. Один из наиболее известных исследователей особых мнений в Международном суде ООН — Э. Хамбро отмечает, что оценки института особых мнений расходятся кардинальным образом и единогласия по этому вопросу как не было, так и нет⁴. Другие авторы отмечают, что если деятели англо-саксонской системы права в целом приветствуют особые мнения, то у многих континентальных юристов особые мнения являются «аномалией, если не анафемой»⁵.

¹ В отечественной литературе наиболее заметна работа: *Ултургашев П.* Особые мнения судей в сравнительно-правовом контексте // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 6. С. 75–87.

² Так, А.С. Смбалян считает, что особое мнение — неотъемлемое право международных судей, при этом «особое мнение можно рассматривать в качестве «лакмусовой бумаги», выявляющей дефекты решения», и само по себе особое мнение не может ослабить авторитета решения, принятого судом. См.: *Смбалян А.С.* Особые мнения судей и ВТО: упущенные возможности // Российский внешнеэкономический вестник. 2012. № 5. С. 78–84.

³ *Hambro E.* Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice // *ZoV.* 1957. Vol. 17. P. 229–248; *Anand P.* The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication // *The International and Comparative Law Quarterly.* 1965. No 3. P. 788–808; *Laffranque J.* Dissenting Opinion and Judicial Independence // *Juridica International.* Vol. VIII. 2003. P. 162–172; *Mistry H.* The Paradox of Dissent: Judicial Dissent and the Projects of International Criminal Justice // *Journal of International Criminal Justice.* 2015. Vol. 13. P. 449–474; *Martinez-Fraga P., Samra H.* A Defense of Dissents in Investment Arbitration // *University of Miami Inter-American Review.* 2012. Vol. 43. P. 445–479; *Van den Berg A.* Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration / *Looking to the Future: Essays on International Law.* M. Leyden, 2010. P. 821–843.

⁴ *Hambro E.* Op. cit. P. 229.

⁵ *Dumbauld E.* Dissenting opinions in international adjudication // *University of Pennsylvania Law Review.* 1942. Vol. 90. P. 929.

1. Аргументы «за» и «против» особых мнений

Обычно в защиту особых мнений приводится несколько аргументов. Во-первых, утверждается, что сам факт их наличия приводит к улучшению аргументов и стиля решения, принятого большинством судей. Во-вторых, при наличии особых мнений большинство принимает решение более ответственно. В-третьих, особые мнения позитивно влияют на доверие сторон к процессу и восприятие решения проигравшей стороной, которая видит, что ее аргументы были услышаны и убедили хотя бы меньшинство. Наконец, особые мнения позитивно влияют на развитие международного права. Широкую известность получили слова одного из классиков международного права Г. Лаутерпахта (в 1955—1960 гг. судьи Международного суда ООН; далее — МС ООН), что положения Статута МС ООН о праве судей на особое мнение внесли благотворный вклад в развитие международного права и авторитета международной юстиции⁶.

Согласно устоявшейся точке зрения, право судей на особое мнение пришло в международное правосудие из стран системы общего права, хотя последние исследования компаративистов показывают, что это далеко не так⁷. Особые мнения сначала распространились в международном коммерческом арбитраже, а потом проникли в международные суды и арбитражи, создаваемые для разрешения споров с участием государств. Тем не менее идея особых мнений судей была воспринята не без сомнений и споров. Так, в первом в истории постоянно действовавшем международном суде — Центральноамериканском суде (1907–1918), особые мнения не предусматривались⁸. Они появились лишь в созданной в 1920 г. Постоянной палате международного правосудия (Permanent Court of International Justice) при Лиге Наций. Однако и здесь не обошлось без проблем. Первоначальный проект Статута Палаты, разработанный Комитетом юристов, также исключал право судей на особые мнения, которое появилось позднее, при обсуждении проекта на уровне Совета Лиги Наций. Члены Комитета юристов считали, что право на особые мнения будет неизбежно использоваться судьями из стран-ответчиков, поэтому этого права были лишены все судьи⁹. Барон Декамп, член указанного Комитета, описывал риск особых мнений как опасность раздвоения решений суда¹⁰.

⁶ *Lauterpacht H.* The Development of International Law by the International Court. London, 1958. P. 66.

⁷ *Ултургаишев П.* Указ. соч. С. 77–79.

⁸ Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice, December 12, 1907 [Электронный ресурс]: // <http://www.ijrcenter.org/regional-communities/central-american-court-of-justice/> (дата обращения: 20.02.2018)

⁹ *Anand P.* Op. cit. P. 796.

¹⁰ Report of Chavalier Descamps, rapporteur of the Third Commission / Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899. N.Y., 1920. P. 149.

Сегодня особые мнения разрешены и используются с различной степенью интенсивности в МС ООН, Международном трибунале по морскому праву, Органе разрешения споров ВТО (далее — ОРС ВТО), в региональных судах по правам человека (ЕСПЧ, Межамериканский суд по правам человека, Африканский суд по правам человека и народов), Суде ЕАЭС, Международном уголовном суде, в действовавших до недавнего времени трибуналах по Руанде и Югославии. Вместе с тем деятельность Суда ЕС, Суда Европейской ассоциации свободной торговли (далее — ЕАСТ), Карибского суда, Трибунала Андского Сообщества, Суда экономического сообщества восточноафриканских стран (ECOWAS), в которых особые мнения были запрещены с самого начала, делает неубедительным утверждение, что право судей на особые мнения является неотъемлемой чертой современного международного правосудия. При этом даже критики Суда ЕС признают, что именно запрет на особые мнения, позволивший данному Суду с самого начала говорить одним голосом, стал весьма серьезным фактором в становлении его авторитета и в признании его решений и доктрин национальными судами¹¹. Наличие особых мнений, скорее всего, помешало бы становлению авторитета Суда в первые годы его деятельности.

Противники особых мнений также приводят убедительные аргументы в обоснование своей позиции, используя не только мнения видных национальных и международных судей, но и эмпирические данные. Так, критики особых мнений часто ссылаются на У. Тафта, который после пребывания на посту президента США девять лет (1921–1930) был Председателем Верховного Суда США. Он не одобрял особых мнений в целом, так как по его словам при расхождении с большинством важнее оставаться на его стороне, придавая тем самым больший вес решению суда, нежели фиксировать свои расхождения с большинством¹². Другой известный судья Верховного Суда США — О. Холмс выразился не менее емко, отметив, что, по его мнению, выражать несогласие, как правило, бесполезно и нежелательно¹³.

Кроме этого, сегодняшняя практика международных судов показывает, что решение, принятое минимальным большинством с развернутыми и убедительными особыми мнениями, неизбежно теряет в восприятии авторитета этого решения и его легитимности государствами и их национальными судами. Достаточно вспомнить скепсис к таким решениям, выраженный Председателем Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькиным в одной из его статей: «Насколько может быть «единственно верным» мнение Большой Палаты, чьи голоса разделились в отношении 10 на 7?»¹⁴.

¹¹ *Perju V. Reason and Authority in the European Court of Justice // Virginia Journal of International Law. 2009. No 2. P. 331–332.*

¹² Цит. по: *Murphy W. Elements of Judicial Strategy. Chicago, 1964. P. 61.*

¹³ *Northern Securities Co. v. United States 193 U.S. 197 at 400 (1904).*

¹⁴ *Зорькин В.Д. Взаимодействие национального и наднационального правосудия на современном этапе: новые перспективы // Журнал конституционного правосудия. 2012. № 5. С. 6.*

Также выглядит как минимум спорным утверждение, что особые мнения являются гарантией независимости судей. Говоря о независимости судей или арбитров, мы имеем в виду в первую очередь их независимость от сторон спора или государств, назначивших судей или создавших тот или иной международный суд. Если мы говорим о независимости от диктата большинства состава суда, то это совершенно другое дело, так как в этом случае право судьи на выражение несогласия имеет ограничитель в виде принципа коллегиальности и принципа конфиденциальности обсуждений. Более того, сегодняшняя практика международных судов и арбитражей показывает, что особые мнения можно также воспринимать как инструмент контроля над лояльностью судей со стороны государств. Зачастую институт особых мнений именно так и воспринимается самими судьями. Например, по признанию Президента Суда ЕАСТ К. Бауденбахера, сейчас основной аргумент против введения особых мнений в судах европейской интеграции (суды ЕС и ЕАСТ) состоит в том, что особые мнения могут использоваться как средство давления на судей со стороны их государств, и это может сказаться на шансах судей на переназначение, самым очевидным образом ущемляя их независимость¹⁵.

Так, авторитетные ученые, исследовавшие практику Постоянной палаты международного правосудия и МС ООН, считают, что, несмотря на некоторые исключительные случаи, большинство особых мнений — лишь пристрастные заявления, а не ценный вклад в развитие международного права¹⁶. В качестве примера приводятся всемирно известные юристы-международники Д. Анцилотти (судья Постоянной палаты международного правосудия в 1921–1939 гг., подавший 18 особых мнений и ставший в этом отношении абсолютным рекордсменом Палаты)¹⁷, и тот же Г. Лаутерпахт, которые вошли в историю международного права в первую очередь статьями и монографиями, а не поданными ими особыми мнениями. Значительные сомнения у исследователей вызывают особые мнения судей *ad hoc*, назначаемых государствами в том случае, если при рассмотрении споров в МС ООН с их участием в составе Суда нет судьи из этого государства. По мнению Э. Хамбро, в 9 из 10 случаев такие судьи де-факто защищают интересы назначивших их государств, которые ожидают, что при проигрыше дела судьи *ad hoc* непременно подадут особые мнения¹⁸. Именно к особым мнениям судей МС ООН относится сделанное с очевидным сожалением признание А. Редферна: «Об-

¹⁵ *Baudenbacher C.* Judicialization: Can the European Model be Exported to Other Parts of the World? // *Texas International Law Journal.* 2004. Vol. 39. P. 384.

¹⁶ *Hambro E.* Op. cit. P. 248.

¹⁷ *Dumbauld E.* Op. cit. P. 945.

¹⁸ *Hambro E.* Op. cit. P. 240.

щий упадок учтивости и хороших манер в публичной жизни проник даже во Дворец мира» (здание, в котором расположен МС ООН. — А.И.)¹⁹.

С подобной ситуацией сталкивается не только МС ООН, но и все остальные международные суды и арбитражи, где переназначение судей или арбитров зависит от воли назначивших их государств. Это в первую очередь международный коммерческий и инвестиционный арбитражи. Несмотря на конфиденциальность арбитражных решений, кое-какая статистика о наличии особых мнений и их содержании оказывается доступной. Так, в 2001 г. Международная торговая палата зафиксировала 24 особых мнения к арбитражным решениям Палаты. Из них 22 было вынесено арбитрами, назначенными проигравшей стороной²⁰. Еще более показательна статистика в инвестиционном арбитраже, где согласно исследованию, проведенному авторитетным арбитром и ученым А. ван ден Бергом, практически все особые мнения также были вынесены арбитрами, назначенными проигравшей стороной. Это позволило ему прийти к выводу, что практика инвестиционного арбитража достигла стадии, на которой от арбитра ожидается написание особого мнения при проигрыше стороны, которая его назначила²¹.

Интересны исследования содержания особых мнений. А. Редферн выделяет три категории особых мнений: (а) «хорошие», к которым он относит мнения короткие, вежливые и сдержанные, которые выражают причины, а не эмоции; (б) «плохие» — если в особом мнении утверждается, что большинство фундаментально ошиблось при вынесении решения или проявило невежество; (в) мнения «неприятные», в которых несогласный судья обвиняет большинство в неправильном поведении²². Он же находит, что только «хорошие» мнения могут быть признаны допустимыми в международном процессе. В свою очередь А. ван ден Берг предлагает запретить особые мнения в инвестиционном арбитраже, пока не будут выработаны процедурные правила оценки допустимости таких мнений²³.

Говоря о возможных мотивах, побуждающих судью или арбитра написать особое мнение, А. Ван ден Берг приводит их обширный перечень. Список начинается со случаев, когда судья или арбитр публично отстаивает отличную от большинства точку зрения в своих статьях или выступлениях, или когда автору особого мнения нужно показать, что назначившее его государство не ошиблось в выборе и снова сделает это в будущем. Заканчивается

¹⁹ Redfern A. Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly // Arbitration International. 2004. No. 3. P. 225–226.

²⁰ Redfern A. Op. cit. P. 234.

²¹ Van den Berg A. Op. cit. P. 824.

²² Redfern A. Op. cit. P. 240.

²³ Van den Berg A. Op. cit. P. 836.

список случаями «интеллектуального эксгибиционизма» со стороны авторов особых мнений и (что еще хуже) случаями, когда арбитры или судьи сознательно хотят облегчить проигравшей стороне оспаривание решения, вынесенного большинством, выдвигая в своем мнении аргументы для этого²⁴.

К некоторым догадкам о распространенности тех или иных истинных мотивов особых мнений можно сделать, если проанализировать практику ОРС ВТО, в котором особые мнения разрешены, но при этом их крайне мало (меее чем в 5% докладов третейских групп и в 2% докладов Апелляционного органа)²⁵. В качестве одного из объяснений может послужить то, что в ОРС ВТО особые мнения носят анонимный характер (ст. 14.3 и ст. 17.1 Договора о разрешении споров в ВТО), и это сразу исключает некоторое количество истинных мотивов для их выражения. Другим объяснением почти полного отсутствия особых мнений в ОРС ВТО является постоянно подчеркиваемое желание членов третейских групп и особенно Апелляционного органа всемерно избегать особых мнений и говорить единым голосом для повышения легитимности и доверия к своим решениям. Члены третейских групп и Апелляционного органа ориентируются на п. 3.2 Правил процедуры Апелляционного органа, который устанавливает, что его члены «должны предпринять все усилия для принятия решений консенсусом»²⁶. В этом отношении показательно мнение К.-Д. Эллермана — первого председателя Апелляционного органа, который отметил, что дух этого положения Правил очевидным образом перевесил возможность выражать особые мнения²⁷.

Интересно, что так же, как и с Судом ЕС, ряд зарубежных и отечественных авторов выступает за более активное применение особых мнений в третейских группах и Апелляционном органе ВТО. Так, М. Льюис полагает, что для ОРС ВТО, в частности, для Апелляционного органа, более чем насущной задачей является отход от ментальности «консенсус любой ценой», признание вреда, который наносится подавлением особых мнений, и выгод, которые они могут принести²⁸. С ней согласна А.С. Смбалян, которая считает, что более широкое использование института особых мнений в рамках ВТО способствовало бы развитию права ВТО²⁹. Так же, как с Судом ЕС, такие желания наталкиваются на отсутствие энтузиазма (если не на опасения) в отношении особых мнений

²⁴ *Van den Berg A.* Op. cit. P. 831.

²⁵ *Lewis M.* The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement // *Journal of International Economic Law.* 2006. No. 4. P. 895–931.

²⁶ Working procedures for appellate review. WT/AB/WP/6. 16 August 2010. Rule 3.2.

²⁷ *Ehlermann C.-D.* Reflections on the Appellate Body of the WTO // *Journal of International Economic Law.* 2003. No. 3. P. 697.

²⁸ *Lewis M.* Op. cit. P. 931.

²⁹ *Смбалян А.С.* Указ. соч. С. 78.

со стороны самих членов третейских групп и Апелляционного органа. Весьма красноречива в этом отношении позиция того же К.-Д. Эллермана, заявившего, что «стремление приобрести доверие, восприятие своих решений и их легитимность в сочетании с первостепенной обеспокоенностью своей независимостью объясняет предпочтение Апелляционным органом консенсуса, нежели принятия решения голосованием и к индивидуальным мнениям»³⁰.

Заслуживающим особого внимания является подтверждаемый практикой аргумент, что особые мнения (если они не относятся к категории «хороших») могут препятствовать нормальному и эффективному процессу вынесения судебного решения, создавая угрозу таким основным принципам судопроизводства, как принципы коллегиальности и конфиденциальности обсуждения выносимого решения. Нацеленность того или иного судьи на особое мнение, выраженное в самом начале обсуждения, может препятствовать диалогу между членами трибунала, и даже не столько из-за того, что этот судья сразу выпадает из обсуждения проекта решения, сколько из-за вполне объяснимой боязни остальных судей, что их взгляды и аргументы будут раскрыты в особом мнении их коллеги. Один французский исследователь процесса обсуждения проекта решения в международном коммерческом арбитраже назвал такой подход «патологическим обсуждением» и «арбитражным терроризмом»³¹. Думается, что эти характеристики можно применить и к особым мнениям в международных судах и трибуналах.

Говоря о доктринальном значении особых мнений, я не считаю, убедительным иногда встречающееся в отечественной литературе утверждение, что правовые позиции того или иного международного суда изложены не только в его решениях, но и в особых мнениях его судей³². Особые мнения — это позиция индивидуального судьи, которая может как остаться в таком качестве, так и стать правовой позицией самого суда, но только если в силу убедительности доводов и аргументов мнение отдельного судьи будет впоследствии воспринято большинством судей в другом решении по другому делу. В этом отношении показательна позиция арбитражного трибунала в решении по делу *Rompetrol Group N.V. v Romania*, в котором трибунал уклонился от оценки правового значения особых мнений и не согласился с предложением истца следовать особому мнению, высказанному профессором Вейлем в деле *Tokios Tokelés v Ukraine*³³.

³⁰ *Ehlermann C.-D.* Op. cit. P. 695.

³¹ *Derains Y.* The Arbitrators' Deliberation // *American University International Law Review*. 2012. Vol. 27. P. 915.

³² *Нешатаева Т.Н.* Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву // *Международное правосудие*. 2017. № 2. С. 76–78.

³³ *The Rompetrol Group N.V. v Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3 April 18, 2008, para. 85. Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility.

Кроме того не совсем некорректно утверждение, что особые мнения являются источником права или что они могут со временем благодаря их цитированию приобретать прецедентную силу³⁴. Действительно, некоторые особые мнения (особенно судей первой половины XX в.) цитировались в литературе и оказали заметное влияние на международное право и практику государств. Однако это лишь означает, что авторы особых мнений стали своего рода буревестниками изменений, которые произошли позже, а идеи и подходы, изложенные в особых мнениях, были восприняты государствами, которые соответствующим образом изменили международные соглашения или свое внутреннее законодательство. Тем не менее влияние на процесс создания норм международного права и само нормотворчество — это разные вещи.

В целом очевидно, что особые мнения в международных судах и арбитражах являются противоречивым явлением, вызывают неоднозначные оценки и имеют как сторонников, так и не менее убежденных критиков. Из приведенного материала ясно, что особые мнения могут быть хорошими и не очень, сдержанными и весьма эмоциональными, беспристрастными и крайне предвзятыми. Они могут излагать подход судьи к правовой проблеме, решенной судом, а могут выходить далеко за рамки решения и содержать взгляд судьи не только на развитие права, но и на более глобальные проблемы, не относящиеся непосредственно к рассматриваемому делу. Они могут быть проникнуты уважением к коллегам по суду, а могут быть наполнены обвинениями в адрес большинства, которое по различным причинам не приняло по внимание аргументы уязвленного автора особого мнения. Трудно не согласиться с оценкой одного из исследователей, который пишет, что особые мнения могут быть своего рода коррозией на целостности, легитимности и коллегиальности международного суда, и поэтому должны использоваться мудро³⁵.

Реалии современного международного правосудия состоят в том, что не существует процессуальных механизмов, отделяющих «хорошие» особые мнения от «дурных», и все определяется лишь сдержанностью и характером самого судьи, оказавшегося в меньшинстве, а также культурой и традициями самого суда. Чем старше и авторитетнее суд, тем он устойчивее к неожиданностям, которые могут принести плохие и неудачные особые мнения, тем выше у него иммунитет по отношению к таким мнениям. И, напротив, чем моложе суд, тем больший ущерб ему и его решениям могут нанести особые мнения судей, если авторы особых мнений не подойдут к этому вопросу ответственно.

³⁴ Смбалян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. М., 2012. С. 100.

³⁵ Lewis M. Op. cit. P. 917.

2. Особые мнения в Суде ЕАЭС

В Суде ЕАЭС институт особых мнений пока выглядит скорее как уязвимое место Суда, нежели как его сильная сторона. В этом отношении показателен тот факт, что в уже начавших появляться статьях о решении Суда ЕАЭС спора между Российской Федерацией и Республикой Беларусь³⁶ все без исключения авторы упоминают, что решение было вынесено при 5 особых мнениях из общего состава Суда в 10 судей, видя в этом очевидный минус этого решения³⁷. Однако принятое 18.01.2018 Постановление Суда ЕАЭС о прекращении консультативного производства, начатого по заявлению Министерства национальной экономики Республики Казахстан³⁸, равно как и два особых мнения на это Постановление, продемонстрировали неожиданный побочный эффект особых мнений, доказав, что доктринальное снисходительно-благожелательное отношение к особым мнениям не в полной мере соответствует сегодняшней практике Суда ЕАЭС.

Постановление как таковое вопросов не вызывает. 16.11.2017 Суд ЕАЭС принял к производству заявление Министерства национальной экономики о разъяснении Протокола о порядке зачисления и распределения сумм ввозных таможенных пошлин. Дела такого рода рассматриваются Большой Коллегией Суда. Однако 16.01.2018 по электронной почте Суд получил копию ходатайства заявителя от тот же дня об отзыве заявления о разъяснении. 17.01.2018 в Суд поступила нота посольства Республики Казахстан в Республике Беларусь о препровождении копии того же ходатайства заявителя. Иными словами, заявитель дважды разными способами уведомил Суд, что он больше не заинтересован в получении мнения Суда, и отзывает свой запрос, но в обоих случаях предъявил лишь копию отказного заявления.

Статья 76 Регламента Суда ЕАЭС содержит в этом отношении предельно четкую и недвусмысленную формулировку: заявитель вправе отозвать за-

³⁶ Суд ЕАЭС. Решение Большой Коллегии Суда от 21.02.2017 по делу № СЕ-1-1/1-16-БК по заявлению Российской Федерации к Республике Беларусь [Электронный ресурс]: // URL: <http://courteurasian.org/doc-17943> (дата обращения: 20.02.2018)

³⁷ Толстых В. «Небесная» и «земная» жизнь Суда Евразийского экономического союза: обзор Решения Суда от 21.02.2017 по делу о соблюдении Белоруссией Договора о ЕАЭС // Международное правосудие. 2017. № 4. С. 23–24; Кожеуров Я. Вопросы права международной ответственности в решении Суда ЕАЭС от 21.02. 2017 по делу «Российская Федерация против Республики Беларусь // Lex Russica. 2017. № 12. С. 94–112.

³⁸ Суд ЕАЭС. Постановление Большой коллегии Суда от 17.01.2018 по рассмотрению заявления Министерства национальной экономики Республики Казахстан о разъяснении положений Протокола о порядке зачисления и распределения сумм ввозных таможенных пошлин (иных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие), их перечисления в доход бюджетов государств-членов, являющимся приложением № 5 к Договору о Евразийском экономическом Союзе от 29.05.2014 дело № СЕ-2-1/3-17-БК (далее — Постановление от 17.01.2018) [Электронный ресурс]: // URL:<http://courteurasian.org/page-25501> (дата обращения: 20.02. 2018)

явление о разъяснении в любое время до принятия Судом консультативного заключения. Пункт 2 той же статьи гласит, что Суд в этом случае должен прекратить рассмотрение запроса в срок не более 5 дней со дня получения уведомления об отзыве заявления о разъяснении. Процессуалистам очевидно, что отказ от заявления о разъяснении может быть заявлен не только письменно, но и в устной форме в ходе судебного заседания. Тогда это должно рассматриваться в порядке, предусмотренном ст. 48 Статута Суда ЕАЭС, и сразу разрешаться Судом. Пятидневный срок применим, если отказ от заявления поступает в Суд до начала судебного заседания.

Однако судья К. Чайка в особом мнении настаивал, что производство следует прекратить только после получения оригинала заявления, а не его копии, пусть и дважды дублированной, в том числе и по дипломатическим каналам. По его мнению, прекратив производство по делу на основании копии письма заявителя, Суд «устранился от реализации, возложенной на него функции по обеспечению единообразного применения права Союзом государствами-членами и органами Союза»³⁹. Однако такой упрек в адрес большинства является отнюдь не главным в данном мнении, которое содержит развернутый ответ самого судьи на запрос заявителя. Очевидно, что автор особого мнения решил не довольствоваться изложением мотивов своего несогласия с решением большинства и вышел за границы особого мнения, высказавшись по вопросам, которые еще не рассматривались и не оценивались Судом. Это может поставить Суд ЕАЭС в очень щекотливое положение при получении им повторного обращения того же заявителя по данному вопросу.

Еще категоричнее на оригинале как на единственном возможном формате отказа заявителя от запроса настаивала в особом мнении судья Т. Нешатаева, указывая, что «в международном праве, особенно в отношении судебных процессов, письменной формой считается оригинал документа с подписями, заверенными в определенном порядке». В подтверждение этого тезиса она ссылалась на Регламенты МС ООН и Суда ЕС, полагая, что нарушение данного правила в этом деле «может привести к дискредитации работы Суда и бессмысленной трате бюджетных средств Союза»⁴⁰.

Судя по всему, большинство судей не согласилось с таким формалистским подходом. Можно лишь добавить, что особенность международного права состоит в том, что в отсутствие универсальных обязательных процессуальных норм на международном уровне подобные вопросы решаются либо на уровне документов каждого международного суда, либо (когда эти документы молчат) самим судом в конкретных делах с учетом всех сопутствующих факторов (что, собственно, и было сделано). Совершенно непо-

³⁹ Суд ЕАЭС. Особое мнение судьи К.Л. Чайки к Постановлению от 18.01.2018

⁴⁰ Суд ЕАЭС. Особое мнение судьи Т.Н. Нешатаевой к Постановлению от 18.01.2018 (там же).

нятно, как подход большинства в этом деле мог дискредитировать Суд ЕАЭС или привести к трате бюджетных средств. Скорее наоборот, именно к таким последствиям привело бы продолжение рассмотрения запроса.

Кроме того, отсылка судьи Т. Нешатаевой к практике Суда ЕС требует как минимум указания на его решения, чего, к сожалению, в особом мнении нет. Более того, для специалистов в праве ЕС такие рассуждения выглядят странно, так как самым кардинальным образом расходятся с позицией Суда ЕС, которому не известны случаи, чтобы Суд ЕС пошел наперекор воли запрашивающего национального суда и продолжил рассмотрение запроса, тем более ссылаясь на то, что он функционирует на деньги налогоплательщиков. Идея уважительного и равноправного диалога Суда ЕС и национальных судов основана на том, что исключительным правом национального суда является также его право отозвать свой запрос. Иными словами, право ЕС не запрещает национальному суду отозвать запрос и не устанавливает обязанности приводить для этого причины. Это еще раз недавно подтвердил Суд ЕС, указав в своем решении: «96. ...Оценка уместности и необходимости вопросов, запрашиваемых для преюдициального заключения, является, в принципе, исключительно делом того суда, который их ставит... Следовательно, этот суд сам должен прийти ... к выводу, будет ли уместным поддерживать свой запрос или изменить его либо отозвать»⁴¹.

Об этом же говорится в Заключении генерального адвоката Суда ЕС в деле C-551/15 Pula Parking⁴², в котором он настаивает, что «до тех пор, пока Суд ЕС не будет информирован национальным судом, что тот хочет отозвать свой запрос, Суд ЕС вправе продолжать рассматривать запрос». Автор особого мнения ссылается на п. 1 ст. 100 Регламента Суда ЕС⁴³, указывая, что по этому положению Суд принимает к рассмотрению отзыв заявления только если он поступил ранее чем заинтересованные лица получили сообщение о дате вынесения решения. Однако полностью этот пункт в Регламенте звучит следующим образом: «Суд рассматривает запрос, если только этот запрос не будет отозван запрашивающим судом... Отзыв запроса может быть принят во внимание до уведомления всех заинтересованных сторон о дате вынесения решения».

Кроме того, в ст. 100 Регламента Суда ЕС есть п. 2, который устанавливает следующее: «2. «Тем не менее, Суд может в любое время заявить о том,

⁴¹ ECJ, Case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt) [2008] E.C.R. I-9641.

⁴² Opinion of Advocate General Bobek delivered on 27.10.2016 Case C-551/15 Pula Parking d.o.o. v. Sven Klaus Tederahn [Электронный ресурс]: // <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184888&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=74712> (дата обращения: 20.02. 2018)

⁴³ Rules of Procedure of the Court of Justice of 25.09. 2012 (OJ L 265, 29.9.2012), as amended 18.06.2013 (OJ L 173, 26.6.2013, p. 65) and 19.07.2016 (OJ L 217, 12.8.2016, p. 69).

что условия для его юрисдикции отсутствуют». Это недвусмысленно говорит, что Суд ЕС вправе прекратить производство по запросу национального суда и в том случае, если запрос будет отозван после оглашения даты вынесения решения. Об этом также говорится в пп. 24–25 Рекомендаций Суда ЕС национальным судам о преюдициальной процедуре⁴⁴, которые требуют от запрашивающего суда лишь без промедления сообщать о своем желании отозвать запрос. Именно поэтому у Суда ЕС и отсутствует практика продолжения рассмотрения запроса после отзыва запроса национальным судом.

Отдельного упоминания заслуживает п. 4 особого мнения судьи Т. Нешатаевой, где сказано: «Прекращение дела на данной стадии процесса без строгого соблюдения формальных требований чревато также тем, что нарушаются все принципы судопроизводства: независимость, беспристрастность, самостоятельность суда, отстраненность его от дел государства при рассмотрении спора, поведение его как независимого арбитра». Далее автор особого мнения заявляет, что «существует опасность, что проекты решений становятся известны заявителям до их официального принятия «по недосмотру» кого-либо в Суде. Представляется, что такой «недосмотр» — это даже не демонстрация неуважения к Суду, нарушение его основ и принципов, а серьезное правонарушение против правосудия». В особом мнении приводятся примеры дел из практики Суда ЕАЭС, решения по которым, могут, по мнению автора особого мнения, рассматриваться как «неуважение к Суду и правонарушительная составляющая в процессе».

Если использовать приведенную выше классификацию особых мнений, предложенную А. Редферном, то в обоих случаях мнения судей Суда ЕАЭС даже с большой натяжкой вряд ли можно отнести к категории «хороших». Данные мнения наглядно подтверждают приведенную выше озабоченность, что особые мнения могут легко трансформироваться в адресованную всему миру жалобу (если не хуже) судьи, чьи амбиции оказались задеты решением большинства. Как масштаб, так и характер возможных упреков и обвинений в адрес большинства по факту ограничены лишь фантазией автора особого мнения, а большинство оказывается в крайне незавидном положении, при котором даже оправдаться не получается, так как рассмотрение дела уже завершено и, кроме этого, отсутствует такая форма, как ответ на особое мнение. Далее, в отличие от национальных судов, в которых возможно привлечение судей к дисциплинарной ответственности, в международных судах такой формы ответственности судей не предусмотрено. Трудно не согласиться с мнением В.Л. Толстых об особых мнениях в Суде ЕАЭС, что «в результате такого широкого подхода особые мнения перестают вы-

⁴⁴ Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings. OJ. C 439/1. 25.11.2016.

полнять свою основную функцию, а становятся трибуной для озвучивания сугубо теоретических концепций, предложений *de lege ferenda*, пикировки с другими судьями и софистических упражнений»⁴⁵.

Суду ЕАЭС всего три года, традиции и культура обсуждения и принятия решений только начинают складываться, идет притирка амбиций и характеров. В этой ситуации чем незаметнее для окружающих будет идти этот процесс, тем будет лучше для Суда, его авторитета и репутации. Как один из вариантов решения этой проблемы можно рекомендовать государствам удалить норму об особых мнениях из Статута Суда ЕАЭС, но реализуемость этого предложения крайне невелика. Для государств особые мнения судей — это также часть механизма контроля над судом, а возможный раскол внутри суда из-за особых мнений будет восприниматься как допустимый побочный эффект, так как такие ситуации ослабляют суд и делают его более зависимым от государств.



Библиография

Кожеуров Я.С. Вопросы права международной ответственности в решении Суда ЕАЭС от 21 февраля 2017 года по делу «Российская Федерация против Республики Беларусь» // *Lex Russica*. 2017. № 12. С. 94–112.

Нешатаева Т.Н. Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву // *Международное правосудие*. 2017. № 2. С. 76–78.

Смбатян А.С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. М.: Статут, 2012. 270 с.

Смбатян А.С. Особые мнения судей и ВТО: утраченные возможности // *Российский внешнеэкономический вестник*. 2012. № 5. С. 78–84.

Толстых В.Л. «Небесная» и «земная» жизнь Суда Евразийского экономического союза: обзор Решения Суда от 21 февраля 2017 года по делу о соблюдении Белоруссией Договора о ЕАЭС // *Международное правосудие*. 2017. № 4. С. 23–24.

Anand P. The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication // *The International and Comparative Law Quarterly*. 1965. Vol. 14. No 3. P. 788–808.

Baudenbacher C. Judicialization: Can the European Model Be Exported to Other Parts of the World? // *Texas International Law Journal*. 2004. Vol. 39. P. 381–400.

Derains Y. The arbitrators' deliberation // *American University International Law Review*. 2012. Vol. 27. P. 915.

Dumbauld E. Dissenting opinions in international adjudication // *University of Pennsylvania Law Review*. 1942. Vol. 90. P. 929.

Hambro E. Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice // *ZoV*. 17 (1956–1957). P. 229–248.

Laffranque J. Dissenting Opinion and Judicial Independence // *Juridica International*. Vol. VIII. 2003. P. 162–172.

⁴⁵ Толстых В.Л. Указ соч. С. 24.

Lewis M. The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement // *Journal of International Economic Law*. 2006. Vol. 9. N 4. P. 895–931.

Martinez-Fraga P., Samra H. A Defense of Dissents in Investment Arbitration // *University of Miami Inter-American Review*. 2012. Vol. 43. P. 445–479.

Mistry H. The Paradox of Dissent: Judicial Dissent and the Projects of International Criminal Justice // *Journal of International Criminal Justice*. 2015. Vol. 13. P. 449–474.

Van den Berg A. Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration / *Looking to the Future: Essays on International Law*. Leyden, 2010. P. 821–843.

Dissenting Opinions at International Courts: Doctrine and Practice



Alexei Ispolinov

Associate Professor, Head, Department of International Law, Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Lenin Gory, Moscow 119991, Russian Federation. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Abstract

In the article author critically assesses role and significance of the dissenting opinions of the international judges and arbitrator pointing out its obvious insufficient coverage by the Russian scholar literature. An absolute majority of the authors looks at the dissenting opinions as either something non-significant or undisputable positive for international justice. At the same time activity of numerous international courts and arbitration provides extensive empirical data allowing to evaluate an impact of the dissenting opinions on the process of judicial deliberation and on the acceptance of the judgment of specific court and of the court itself by the parties of the dispute and by the states that created the court or tribunal in question. Assessing “pro” and “contra” arguments in relation to the dissenting opinions on the international justice, the author argues that the dissenting opinions continues to be a highly controversial feature of contemporary international justice. Obvious procedural uncertainty regarding admissibility of the dissenting opinions results in practical impossibility to separate “good” dissenting opinions from “bad” or “ugly” and true level of influence of the dissents remains to be determine by the inner restraints and a character of every judge discovering itself in a minority, and by the judicial culture and traditions of the courts in questions. Age of the court and its reputation and authority may present an effective shield against bad or ill-fated dissenting opinions. Newly-created courts may be less immune against such dissenters which may bring harm to the authority of the court and its legitimacy. A current practice of the Court of the Eurasian Economic Union provide a persuasive example how unrestrained dissenting opinions may undermine integrity and collegiality of international court and thus the use of the dissents shall be either limited or fully forbidden or the dissents shall be used in a very responsible manner.



Keywords

dissenting opinion, international courts and arbitrations, judicial independence, Court of the Eurasian Economic Union, judicial proceedings, judicial deliberations, collegiality, confidentiality.

Citation: Ispolinov A.S. (2018) Dissenting Opinions at International Courts: Doctrine and Practice. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 218–233 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.218.233



References

- Anand P. (1965) The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, no 3, pp. 788–808.
- Baudenbacher C. (2004) Judicialization: Can the European Model Be Exported to Other Parts of the World? *Texas International Law Journal*, vol. 39, p. 381–400.
- Derains Y. (2012) The arbitrators' deliberation. *American University International Law Review*, vol. 27, p. 915.
- Dumbauld E. (1942) Dissenting opinions in international adjudication. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 90 p. 929.
- Hambro E. (1957) Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice. *ZoV*, vol. 17, p. 229–248.
- Kozheurov Ya. S. (2017) Voprosy prava mezhdunarodnoi otvetstvennosti v reshenii Suda EAES 21.02.2017 po delu "Russian Federation protiv Republic of Belarus" [Issues of the International Responsibility in the Decision of the EEU Court of February 21, 2017 in 'The Russian Federation v. The Republic of Belarus' Case"]. *Lex Russica*, no 12, p. 94–112.
- Laffranque J. (2003) Dissenting Opinion and Judicial Independence. *Juridica International*, vol. 8, p. 162–172,
- Lewis M. (2006) The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, vol. 9, no 4, p. 895–931.
- Martinez-Fraga P., Samra H. (2012) A Defense of Dissents in Investment Arbitration. *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 43, p. 445–479.
- Mistry H. (2015) The Paradox of Dissent: Judicial Dissent and the Projects of International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13, p. 449–474.
- Neshataeva T. (2017) Sud Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza: ot pravovoy pozitsii k deystvuyushchemu pravu [The Court of the Eurasian Economic Union: from Legal Position to the Effective Law]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no 2, p. 64–79.
- Smbatian A.S. *Resheniya organov mejdunarodnogo pravosudiya v sisteme mejdunaridnogo publichnogo prava* [Decisions of International Justice Bodies in the System of International Public Law]. Moscow: Statut, 270 p. (in Russian)
- Smbatian A.S. (2012) Osobyie mneniya sudei i VTO: upuschennye vosmozhnosti [Dissenting Opinions of Judges and ITO]. *Rossiyskiy vneshneekonomicheskii vestnik*, no 5, p. 78–84.
- Tolstykh V. (2017) "Nebesnaya" i "zemnaya" zhizn' Suda Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza: Obzor Resheniya ot 21 fevralya 2017 goda po delu o soblyudenii Belorussiey dogovora o EAES [The "Heavenly" and "Earthly" Life of the Court of the Eurasian Economic Union: A Review of the Judgment of the Court in the Case involving Belarus' Adherence to the Treaty on the EEU]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no 4, p. 18–25.
- Van den Berg A. (2010) Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration. *Looking to the Future: Essays on International Law*. Leyden: Brill, pp. 821–843.