

М.А. Рожкова

**Практика обращения суда по интеллектуальным правам
с запросами о правовых заключениях при рассмотрении
конкретных дел: оценка с позиций статьи 6 Конвенции
по правам человека**

В статье критически оценивается практика запросов правовых заключений по конкретным делам Судом по интеллектуальным правам. В работе автором доказывается, что такая практика нарушает право на суд, гарантированное Европейской конвенцией по правам человека.

Пункт 1 ст. 6 Конвенции по правам человека гарантирует **право на суд**, которое в отечественных публикациях обычно неточно обозначается как "право на справедливый суд" или "право на справедливое судебное разбирательство". Особенностью этого права является его многоаспектность, и оно включает в себя целый ряд значимых гарантий: право на доступ к суду, право на рассмотрение дела судом, созданным на основании закона, право на независимый и беспристрастный суд, право на разбирательство дела в разумный срок, право на справедливое судебное разбирательство, право на состязательность процесса и др.¹ Здесь же следует заметить, что каждый из названных аспектов "оброс" в практике Европейского суда серьезным багажом прецедентов, в которых раскрываются не только его сущность, но и особенности применительно к различным жизненным ситуациям.

В фундаментальном труде "Право Европейской конвенции по правам человека"² указывается на главенствующее положение ст. 6 в Конвенции и отмечается следующее: "Европейский суд подчеркивал, что право на справедливое судебное разбирательство занимает столь видное место в демократическом обществе, что не может быть никакого оправдания для толкования пункта 1 статьи 6 Конвенции ограничительно"³. И там же делается специальная оговорка о том, что это заключение "можно понимать как применимое ко всей статье 6 Конвенции"⁴ (а не только в отношении такого аспекта, как справедливость судебного разбирательства).

Указанная многоаспектность права на суд требует от Европейского суда исследования различных граней проведенного национального судебного разбирательства, и только соответствие этого разбирательства **всем упомянутым аспектам права на суд** позволяет Европейскому суду сделать вывод об отсутствии нарушения ст. 6 Конвенции.

Учитывая значительное количество составляющих права на суд, задача выявления соответствия судебного разбирательства ст. 6 Конвенции постоянно усложняется. Актуальная практика ЕСПЧ свидетельствует о том, что в схожих делах аналогичные обстоятельства могут получить неодинаковую оценку, что позволяет делать несопадающие заключения о нарушении в похожих делах различных аспектов права на суд. В литературе приводятся примеры этого:

¹ См. подробнее, например: Рожкова М.А., Глазкова М.Е. Аспекты права на суд: новейшие тенденции // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека: Европейская конвенция: новые "старые" права. N 1(2015). М.: Статут, 2015. С. 180 - 229.

² Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Право Европейской конвенции по правам человека М.: Развитие правовых систем, 2016. 1 432 с.

³ Perez V. France [GC], N 47287/99, ECHR 2004-I.

⁴ Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Указ. соч. С. 497 (сноска 2).

"...Европейский суд опирался на принцип равенства процессуальных возможностей сторон в некоторых делах, в которых государство принимало законодательство, имеющее обратную силу, призванное повлиять на исход рассмотрения гражданских споров. В других подобных делах Европейский суд рассматривал такое законодательство как нарушающее отдельное требование о "справедливом разбирательстве дела" пункта 1 статьи 6 Конвенции, отличающееся от принципа равенства процессуальных возможностей сторон"⁵.

В этих условиях представляется интересным определить, о нарушении какого аспекта права на суд можно говорить в ситуации, когда национальный суд при рассмотрении конкретных дел практикует обращение за правовыми консультациями к третьим лицам. Такая практика, поистине уникальная, введена и активно используется российским Судом по интеллектуальным правам (далее - СИП). Учитывая, что СИП является специализированным судом, созданным в системе арбитражных судов для разрешения дел в сфере интеллектуальной собственности, рассмотрение поставленного вопроса необходимо предварить анализом положений арбитражного процессуального законодательства и соответствующих судебных разъяснений.

Определение функций специалиста в Арбитражном процессуальном кодексе РФ

Как известно, **свидетель** привлекается к участию в деле в связи с тем, что ему могут быть известны фактические обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела (ч. 1 ст. 56 Арбитражного процессуального кодекса РФ, далее - АПК РФ). **Эксперт** принимает участие в деле по другим причинам - поскольку обладает специальными знаниями и может разъяснить вопросы, требующие этих знаний, что и обуславливает само назначение экспертизы и возложение на эксперта подготовку по ее результатам письменного заключения (ч. 1 ст. 55, ч. 1 ст. 82 АПК РФ).

Не так давно перечень лиц, участвующих в деле в арбитражном суде, пополнился новой фигурой - **специалистом** (ст. 55.1 АПК РФ). Эта новелла была введена в 2011 году Федеральным законом от 8 декабря 2011 г. N 422-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам" (далее - Закон N 422-ФЗ).

Ученые-процессуалисты были довольно единодушны в том мнении, что в российском законодательстве не наблюдается единства по вопросу о функциях и процессуальном положении специалиста⁶. Однако нельзя не признать, что в Уголовно-процессуальном кодексе РФ⁷ (далее - УПК РФ), Гражданском процессуальном кодексе РФ⁸ (далее - ГПК РФ), а также Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях⁹ (далее - КоАП РФ) речь идет по сути о двух

⁵ Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Указ. соч. С. 559.

⁶ См., например: Боннер А.Т. Специалист в гражданском и арбитражном процессе: законодательное регулирование и судебная практика // Закон. 2010. N 6.

⁷ Согласно ч. 1 ст. 58 УПК РФ "специалист - лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном настоящим Кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию".

⁸ Согласно ч. 2 ст. 188 ГПК РФ "лицо, вызванное в качестве специалиста, обязано явиться в суд, отвечать на поставленные судом вопросы, давать в устной или письменной форме консультации и пояснения, при необходимости оказывать суду техническую помощь".

⁹ Согласно п. 1 ст. 25.8 КоАП "в качестве специалиста для участия в производстве по делу об административном правонарушении может быть привлечено любое не заинтересованное в исходе дела совершеннолетнее лицо, обладающее познаниями, необходимыми для оказания содействия в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств, а также в применении технических средств".

функциях специалиста: во-первых, содействии специалиста суду при обнаружении, закреплении и изъятии доказательств и, во-вторых, содействии специалиста при применении технических средств. В литературе консультации специалиста описываются следующим образом: "Случаи, когда допускается использование консультации специалиста, можно условно разделить на две группы: 1) связанные с необходимостью получения пояснений, консультации при проведении процессуальных действий (при осмотре письменных и вещественных доказательств, воспроизведения аудио- и видеозаписей, назначении экспертизы, допросе свидетелей, принятии мер по обеспечению доказательств); 2) связанные с необходимостью оказания суду непосредственной технической помощи (фотографирование, составление планов и схем, отбор образцов для экспертизы, оценка имущества)"¹⁰.

Функции специалиста, закрепленные в АПК РФ, отличаются от функций, которые признаются за специалистами в иных отечественных Кодексах.

Прежде всего обращает на себя внимание, что согласно ч. 1 ст. 55.1 АПК РФ специалистом в арбитражном суде может выступать лицо, обладающее необходимыми знаниями по соответствующей специальности, осуществляющее консультации по касающимся рассматриваемого дела вопросам. В соответствии с ч. 2 ст. 55.1, ч. 1 ст. 87.1 АПК РФ арбитражный суд привлекает специалиста с целью получения **устных пояснений (разъяснений)** по интересующему суд вопросу **для устного консультирования и (или) выяснения профессионального мнения** специалиста по существу разрешаемого судом спора, что охватывается единым термином, "консультация специалиста", причем такая консультация в силу ч. 2 ст. 87.1 АПК РФ дается без проведения специальных исследований в устной форме.

Таким образом, законодательно проведена достаточно четкая граница между **экспертом**, которому арбитражным судом поручаются проведение экспертизы и подготовка на ее основании **письменного заключения**, и **специалистом**, который дает исключительно **устные консультации**, не подразумевающие проведение специальных исследований.

Анализ ст. 55.1 и 87.1 АПК РФ позволяет заключить, что функциональная роль специалиста заключается не в технической помощи суду при осуществлении процессуальных действий, а в предоставлении суду ответов на вопросы, которые не требуют проведения исследований. Такой подход сопоставим с позицией, заложенной, в частности, во французском гражданском процессуальном праве применительно к консультации специалиста.

Французский законодатель допускает получение судом консультации специалиста (в терминологии французского законодательства - "обычной консультации") в тех случаях, **когда вопрос носит чисто технический характер и не требует сложных исследований** (ст. 256 нового Гражданского процессуального кодекса Франции, далее - ФГПК). Необходимо отметить, что во французской доктрине и практике также проводят разграничения между экспертизой и консультацией специалиста. Консультация специалиста не признается вещественным доказательством в отличие от заключения эксперта, поскольку от специалиста требуется только выразить его мнение¹¹, притом что не слишком высокая сложность вопросов, которые обычно ставятся перед специалистом (по сравнению с вопросами эксперта, требующими проведения серьезных изысканий), способствовала введению в правовой оборот термина "мини-экспертиза" для обозначения консультации специалиста. Названному разграничению способствует также и ст. 263 ФГПК, прямо закрепляющая, что экспертиза назначается в тех случаях, когда установление

¹⁰ Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.И. Нечаева (рук. авт. кол. и науч. ред. В.В. Ярков). М.: Норма, 2008. С. 464 (автор - А.Г. Плешанов).

¹¹ См., например:

http://avocats.fr/space/odp.tomasi-garcia-associes/content/les-alternatives-a-l-expertise-judiciaire-seconde-partie-_B07E47F4-5EF0-4650-8627-08EE458AAA2E/web-print.

обстоятельств или **консультация специалиста не могут быть достаточными для ответа на вопросы, которые поставлены судьей.**

Трактовка законодательных положений о специалисте,
данная Высшим Арбитражным Судом РФ и СИП

Законом N 422-ФЗ в ст. 16 АПК РФ была введена ч. 1.1, предоставляющая специализированному арбитражному суду (СИП) право направлять запросы в целях **получения разъяснений, консультаций и выяснения профессионального мнения ученых, специалистов и прочих лиц, обладающих теоретическими и практическими познаниями по существу разрешаемого дела.** Эта часть ст. 16 АПК РФ достаточно скромна по объему содержащихся в ней норм, и в ней закреплены лишь:

- право СИП направлять запросы о разъяснениях, консультациях, мнениях (абз. 1);
- обязательность этих запросов для всех органов, организаций и лиц, которым они адресованы (абз. 2);
- срок рассмотрения и направления ответа по результатам рассмотрения запроса, который по общему правилу не должен превышать одного месяца со дня получения запроса (абз. 3).

Вместе с тем в разъяснениях судов положения п. 1.1 ст. 16 АПК РФ получили существенное развитие, к сожалению, не отвечающее не только нормам арбитражного процессуального права, но и принципам судебного процесса в арбитражном суде. Речь идет о толковании, содержащемся в п. 11 - 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ¹² от 8 октября 2012 г. N 60 "О некоторых вопросах, возникших в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам" (далее - Постановление Пленума ВАС РФ N 60), а затем в п. 1 - 10 справки о некоторых вопросах привлечения специалистов и направления запросов Судом по интеллектуальным правам, утвержденной Постановлением Президиума СИП от 14 ноября 2014 г. N СП-21/89 (далее - справка N СП-21/89).

В абз. 3 п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ N 60 указывается, что при направлении запроса отдельное определение об этом не выносится, и отмечается, что данный вывод сделан "с учетом части 1.1 статьи 16 АПК РФ". В развитие этого в п. 5 справки N СП-21/89 закреплено следующее: "Ввиду того что при направлении запроса определение об этом не выносится (п. 11 Постановления Пленума N 60), такая информация может быть указана в судебном акте об отложении судебного заседания, в том числе предварительного, о принятии иска, кассационной жалобы к производству, о назначении повторного предварительного судебного заседания".

Выработка подобных правил, по всей видимости, основана на стремлении разработчиков Постановления Пленума ВАС РФ N 60 и справки N СП-21/89 исключить возможность **обжалования** направления подобных запросов. Однако изложенные "разъяснения" противоречат основным постулатам судебного процесса.

Разрешая текущие вопросы и подводя итог всему судебному разбирательству, арбитражный суд совершает **процессуальные действия**: выносит решения по текущим вопросам, требующим разрешения в ходе судебного разбирательства, или итоговые решения, которыми заканчивается рассмотрение дела (в том числе при разрешении дела по существу). Статьей 15 АПК РФ четко закреплено, что арбитражный суд **принимает судебные акты в форме решения** (при рассмотрении дела по существу в первой инстанции), **постановления** (при пересмотре дела в вышестоящих инстанциях) и **определения** (во всех остальных случаях в ходе осуществления

¹² Упразднен в 2014 году.

судопроизводства), то есть закон не упоминает **запрос в качестве судебного акта**.

Таким образом, в случае выявления потребности в консультации ученого или разъяснении специалиста вопрос о направлении соответствующего запроса становится **вопросом, требующим разрешения в ходе судебного разбирательства**. В этих условиях решение суда о направлении запроса, бесспорно, нуждается в оформлении в виде определения, которое, в свою очередь, в соответствии с ч. 1 и 2 ст. 184 АПК РФ должно быть вынесено в письменной форме в виде отдельного судебного акта или протокольного определения.

Реализация подхода, заложенного в абз. 3 п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ N 60, создает ситуацию, в рамках которой **внепроцессуальным документом** на третьих лиц возлагается обязанность совершить действия, которые могут оказать существенное влияние на исход дела¹³.

При этом СИП весьма своеобразно подошел к решению вопроса относительно природы и юридического значения **ответов на запрос о правовых заключениях**. В п. 7 справки N СП-21/89 закреплено: "Ответ ученого на запрос Суда по интеллектуальным правам в силу статьи 64 АПК РФ не является доказательством по делу (в отличие от консультации специалиста), а имеет статус особого процессуального документа". Таким образом, за упомянутыми в абз. 1 ч. 1.1 ст. 16 АПК РФ через запятую **разъяснениями, консультациями, профессиональным мнением (ученых, специалистов, прочих лиц)** СИП усматривает различную правовую природу. В итоге выходит так, что **консультация специалиста** может рассматриваться в качестве доказательства по делу, а, например, **консультация ученого** или **разъяснения специалиста** уже нет, хотя за ними признается "статус особого процессуального документа". То есть признание доказательственной силы поставлено в прямую зависимость от наименования самого документа, оформляющего ответ на запрос.

Запросы заключений по техническим вопросам и по установлению содержания норм иностранного права

В подготовленном в 2016 году Международной торговой палатой (ИСС) Докладе о действующих в мире специализированных судах по интеллектуальным правам¹⁴ (далее - Доклад ИСС¹⁵), в частности, отмечалось, что формы, в которых создаются специализированные суды в сфере интеллектуальной собственности (они обозначены в докладе аббревиатурой ССИП), и

¹³ Исполнение такой обязанности, не предполагающее ее оплату, возлагается на третьих лиц внепроцессуальным документом (абз. 4 п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ N 60). При этом неисполнение данного документа, согласно п. 2 справки N СП-21/89, должно влечь **применение мер ответственности как за неисполнение судебного акта**. В частности, в п. 2 справки предусматривается: "Ученый не вправе отказаться от ответа на запрос. Ненаправление ученым ответа на запрос влечет последствия, аналогичные последствиям при неисполнении судебных актов и невыполнении требований арбитражных судов (ч. 2 ст. 16 АПК РФ). Вместе с тем мотивированный ответ ученого на судебный запрос, содержащий сведения о невозможности предоставить консультацию по вопросам, выходящим за пределы его специальных знаний, включая ответ о недостаточности у ученого предоставленных ему данных для дачи разъяснения или ответ о наличии конфликта интересов, не считается ненаправлением ответа на судебный запрос".

¹⁴ На сайте ICC Russia указывается: "В докладе приводится обзор организационных структур ССИП в различных странах мира и применяемых в них процедур разбирательств, а также рассматриваются более специфические вопросы функционирования ССИП. Доклад основан на информации из стран - членов ИСС о механизмах судебных разбирательств в сфере ИС, полученной "из первых рук" от экспертов и практикующих специалистов, работающих в этих странах и имеющих обширный опыт ведения судебных дел в сфере интеллектуальной собственности. Среди 24 стран, являвшихся объектом исследования, 19 имеют ССИП: Бельгия, Бразилия, Соединенное Королевство, Германия, Индия, Испания, Китай, Мексика, Перу, Португалия, Республика Корея, Российская Федерация, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Франция, Чили, Швейцария, Швеция и Япония" // http://www.iccwbo.ru/komissii/komissiya-po-intellektualnoy-sobstvennosti/novosti-komissii/element.php?ELEMENT_ID=2400.

¹⁵ См.: <http://iccbooks.ru/upload/iblock/402/402fae44939769a4b61225ae6bea8cbe.pdf>.

сферы их компетенции могут сильно отличаться от страны к стране: "Некоторые суды имеют полномочия рассматривать как административные, так и гражданские споры в сфере интеллектуальной собственности, например суды в Китае, Японии и России, тогда как другие могут являться чисто гражданскими или административными. Некоторые суды создаются в качестве отдельных судебных учреждений, которые полностью независимы от гражданских или административных судов, а другие организованы как судебная палата или коллегия в составе гражданского или коммерческого суда. Процедуры судебных разбирательств, практикуемые ССИП, также в некоторой степени различаются"¹⁶.

Но объединяющей все ССИП характеристикой является то, что по общему правилу они обычно наделяются правом запрашивать у сторонних экспертов, специалистов, научных консультантов заключения по **техническим** вопросам (в сфере науки, техники, искусства, ремесла), в которых сами судьи не являются специалистами.

Другое дело правовые вопросы: судья, получивший юридическое образование и сдавший специальный квалификационный экзамен, априори считается специалистом в области права. Поэтому для судей ССИП, имеющих юридическую квалификацию¹⁷ или одновременно юридическую и техническую квалификацию¹⁸, исключена возможность при разрешении конкретных дел обращаться к правовой помощи третьих лиц, в том числе истребовать заключения по **правовым** вопросам. Более того, не только в развитых, но и развивающихся правовых порядках прямо запрещена постановка правовых вопросов в запросах ССИП. Например, в Индии установлено, что привлекаемые к делу научные консультанты имеют право задавать вопросы об обстоятельствах дела, готовить отчеты и заключения, но "им не разрешается давать свое заключение по вопросам толкования права"¹⁹.

Это основано на общепризнанном подходе о недопустимости обращения суда к правовой помощи третьих лиц при рассмотрении конкретных дел и вытекает из принципа *iura novit curia* (от лат. - суд сам знает законы). Подход, не допускающий обращение судей за правовыми консультациями при рассмотрении конкретных дел, характерен и для российского правового порядка.

Бесспорно, на практике иногда возникает потребность в переносе функций по установлению содержания правовых норм с суда на третьих лиц - это нередко происходит **при рассмотрении российским судом дел с иностранным элементом**. При этом всегда актуальными были вопросы: "Есть ли иностранный закон с точки зрения гражданского процесса **норма права** или фактическое **обстоятельство**? В какую категорию отнести иностранный закон: правовая норма, которую обязан

¹⁶ Доклад ИСС. С. 7.

¹⁷ Например, уникальной особенностью Федерального патентного суда Германии (Bundespatentgericht), как известно, является то, что судьями этого суда являются не только юристы, но и специалисты, получившие образование в области естественных или технических наук. Иными словами, статусом профессиональных судей ФПС Германии обладают как члены суда с юридическим образованием (так называемые **судьи-юристы**), так и члены суда, получившие естественное или техническое, но не юридическое образование (так называемые **судьи-патентоведы**). Нужно особо подчеркнуть, что статус судьи (назначаемого пожизненного и обладающего всеми правами и обязанностями профессионального судьи) эксперт в технической сфере, не имеющий юридического образования, может получить только в ФПС, во всех остальных судах судебной системы Германии такие эксперты могут принимать участие только в качестве заседателей (ассессоров) (см. подробнее: Рожкова М.А. Разбирая вопрос о потребностях Суда по интеллектуальным правам в технических специалистах и советниках // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. N 8. С. 266 - 285; Она же. Защита интеллектуальных прав: законодательные ошибки при определении статуса и компетенции специализированных органов, разрешающих дела в сфере промышленной собственности: Учебное пособие. М.: Статут, 2016. С. 25 - 39).

¹⁸ В докладе ИСС отмечается, что судьи с технической квалификацией, то есть судьи, имеющие как юридическое, так и техническое образование, являются членами компетентных судейских составов в Индии, Китае, США, Швейцарии и Швеции (с. 7).

¹⁹ Доклад ИСС. С. 20.

знать и *ex officio* применить суд, или фактическое обстоятельство, на которое должна указать и которое должна доказать сторона, основывающаяся на этом иностранном законе свое требование или возражение против требования?"²⁰.

Разбирая поставленные вопросы, Л.А. Лунц подчеркивал, что суды общего права исходят из принципа, что иностранный закон в судебном процессе должен рассматриваться не как право, а как факт, подлежащий установлению. Он отмечал, что французская судебная практика приняла ту же точку зрения, а германский закон предусматривает специальный порядок для установления содержания иностранной нормы права: не такой, как для установления германской правовой нормы, но и отличный от установления фактов; итальянская же доктрина предполагает толкование иностранного закона в соответствии с духом итальянского законодательства²¹.

Пункт 1 ст. 1191 ГК РФ, ч. 1 ст. 14 АПК РФ предусматривают, что **при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве**. Таким образом, иностранное право, применяемое российским судом, рассматривается как правовая норма, а не обстоятельство, подлежащее доказыванию в судебном разбирательстве. Для целей установления содержания норм иностранного права, как это специально предусматривает п. 2 ст. 1191 ГК РФ, суд может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в Министерство юстиции РФ и иные компетентные органы или организации в Российской Федерации и за границей либо привлечь экспертов.

В отличие от установления **иностранного закона** (закона иностранного государства), который российский судья знать не может и не обязан, установление содержания норм **национального (российского) права** всегда основывалось на упомянутом принципе *iura novit curia*²². То есть при применении отечественного права только сам суд (без обращения за помощью к третьим лицам) вправе устанавливать содержание правовых норм, основываясь на их официальном толковании, сложившейся практике их применения и положениях доктрины.

Формирование практики СИП по направлению запросов о правовых заключениях при разрешении конкретных дел

В противоречие вышеупомянутому принципу *iura novit curia* СИП уклоняется от истолкования и установления содержания норм российского законодательства, возлагая это на третьих лиц, причем лиц, **легально не уполномоченных на участие в осуществлении правосудия** (в отличие, например, от должностных лиц прокуратуры). Для обоснования возможности направлять третьим лицам запросы о **правовых заключениях**, в которых СИП нуждается при разрешении конкретных дел, в справке N СП-21/89 были чрезмерно широко истолкованы абз. 1 ч. 1.1 ст. 16 АПК РФ и положения Постановления Пленума ВАС РФ N 60.

В частности, п. 12 упомянутого Постановления Пленума ВАС РФ N 60 закрепляет правило, согласно которому СИП вправе поставить перед учеными, специалистами и иными лицами, обладающими теоретическими и практическими познаниями, **любые вопросы**, "в том числе требующие специальных знаний в области науки и техники, круг и содержание которых определяются судом". Исходя из общепризнанного подхода это правило применимо для всяких заключений по **техническим** вопросам, в области науки, техники, искусства, ремесла.

СИП развил это правило в нужном ему направлении: посредством справки N СП-21/89 была введена самостоятельная процессуальная фигура, "ученый", и проведена достаточно четкая

²⁰ Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002. С. 314 - 315.

²¹ Там же. С. 315, 317, 319, 320.

²² См.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959. С. 54 - 55.

демаркационная линия, отделяющая "ученого" от специалиста.

Так, в п. 12 справки N СП-21/89 указывалось: на рассмотрение **специалиста** могут быть переданы вопросы, требующие специальных знаний в науке, технике, искусстве, ремесле и т.д. В то же время "**ученому**" (который в п. 1 справки определен как "лицо, обладающее специальными знаниями") направляется запрос с целью "получить письменные разъяснения, консультации и выяснить профессиональное мнение лиц, обладающих теоретическими и практическими познаниями по существу разрешаемого спора, не привлекая их к участию в деле" (п. 3 справки N СП-21/89). При этом СИП в число "ученых", обладающих теоретическими и практическими познаниями по существу разрешаемого дела, включает **правоведов**, им-то в случае юридических затруднений судей СИП и направляются запросы.

В п. 9 справки N СП-21/89 направление запроса "ученому" (правоведу) о подготовке правового заключения обосновано следующим образом: "Применение института направления запроса возможно в том числе для выяснения позиции различных ученых о толковании норм права.

При этом применение норм права к конкретным фактическим обстоятельствам дела - функция суда, рассматривающего дело.

В связи с этим в запросе не может содержаться просьба о выражении мнения ученого о толковании норм права исходя из конкретных фактических обстоятельств рассматриваемого дела.

Вместе с тем перед ученым в запросе могут быть поставлены вопросы абстрактного толкования тех или иных норм права, подлежащих применению в конкретном деле для выработки собственной позиции суда".

Несмотря на упомянутую в справке N СП-21/89 потребность в якобы "абстрактном толковании права", вопросы, которые ставятся перед учеными-правоведами, - это вопросы применения норм права к фактическим обстоятельствам конкретного дела.

Например, по одному из дел заявителя (физические лица) обратились в СИП с требованием о признании недействительными устава Федерального института промышленной собственности (далее - ФИПС) и приказа Роспатента об утверждении устава ФИПС, оспаривая их в качестве нормативных правовых актов²³. Судьями СИП было инициировано шесть запросов в адрес организаций и ученых с целью получить ответ на вопрос, являются ли эти акты нормативными либо ненормативными.

Резюмируя, можно акцентировать внимание на следующих правилах, сформулированных СИП применительно к запросам о правовых заключениях по конкретным делам:

- определение "ученого" (правоведа), которому адресуется запрос, отнесено исключительно на усмотрение суда, рассматривающего дело;
- запрос оформляется внепроцессуальным документом и лишь упоминается в определении, например, об отложении судебного разбирательства;
- вопросы суда, которые передаются "ученому" (правоведу) для подготовки правового заключения, не раскрываются и не отражаются в судебных актах;
- запрос не предусматривает возможность его обжалования;
- содержание правовых заключений, полученных в ответ на запрос СИП, в судебных актах не находит отражения и не доводится до сведения общественности;
- отсутствуют законодательные нормы, прямо допускающие осуществление подобной деятельности;
- рассматриваемая практика СИП построена на им же самим данным толковании норм АПК РФ.

²³ См.: Определение СИП от 8 декабря 2014 г. по делу N СИП-294/2014.

Таким образом, при отсутствии какого-либо правового основания СИП практикует обращение к третьим лицам за правовыми консультациями при рассмотрении конкретных дел, по сути представляющее собой **не предусмотренное федеральным законом привлечение этих лиц к осуществлению правосудия.**

Оценка соответствия практики СИП по запросу правовых заключений по конкретным делам Кодексу судейской этики

В преамбуле Кодекса судейской этики²⁴ специально подчеркивается: "Судебная защита прав и свобод человека может быть обеспечена только компетентным и независимым правосудием, осуществляемым на началах справедливости и беспристрастности. Такое правосудие предполагает соблюдение каждым судьей правил профессиональной этики, честное и добросовестное исполнение своих обязанностей, проявление должной заботы о сохранении как своих личных чести и достоинства, так и достоинства и авторитета судебной власти"²⁵.

В развитие изложенного п. 2 ст. 6 Кодекса судейской этики закрепляет правило, согласно которому судья "не должен совершать каких-либо действий либо давать повод другим лицам совершать такие действия, которые позволяли бы сделать вывод об оказании влияния на осуществление судьей его полномочий и усомниться в независимости и беспристрастности судьи". При раскрытии содержания принципа независимости в Кодексе специально обращается внимание на то, что судья должен осуществлять судебские полномочия "независимо от какого-либо постороннего воздействия, давления, угроз или иного прямого или косвенного вмешательства в процесс рассмотрения дела, с какой бы стороны оно ни оказывалось и какими бы мотивами и целями ни было вызвано" (п. 2 ст. 8). Применительно к принципу беспристрастности говорится о том, что "судья должен быть свободен от каких-либо предпочтений, предубеждений или предвзятости и должен стремиться к исключению каких-либо сомнений в его беспристрастности" (п. 2 ст. 9).

При создании СИП, первого отечественного специализированного суда, подразумевалось, что, аккумулируя практику по делам в сфере интеллектуальной собственности, он будет формировать правильные и единообразные подходы к решению возникающих правоприменительных проблем. В таких условиях, бесспорно, при выработке той или иной позиции полезно исследовать различные позиции правоведов-теоретиков и специалистов-практиков в отношении того или иного вопроса, вызвавшего затруднения, именно для этого используется механизм научно-консультативных советов при судах. Подобная деятельность позволительна при **изучении и обобщении судебной практики в целях формирования правильных и единообразных подходов.**

Совсем другое дело **не предусмотренное законом обращение суда к третьим лицам за правовой консультацией при осуществлении правосудия по конкретным делам.** Применительно к этой ситуации можно говорить о следующем. Во-первых, суд не только не пытается исключить возможность прямого или косвенного вмешательства в процесс рассмотрения дела - напротив, своими действиями судьи СИП целенаправленно привлекают сторонних лиц к осуществлению правосудия. Во-вторых, эта деятельность основана не на законе, а на чрезмерно широком толковании СИП правовых норм, произведенном в противоречие общепризнанным принципам. В-третьих, подобная практика свидетельствует о том, что на осуществление судьями СИП их

²⁴ Утвержден VIII Всероссийским съездом судей 19 декабря 2012 г.

²⁵ Причем согласно п. 2 ст. 2 правила профессионального поведения, установленные Кодексом судейской этики, применяются также к лицам, **привлекаемым в соответствии с федеральным законом к осуществлению правосудия** (присяжным и арбитражным заседателям) в период выполнения ими функции по отправлению правосудия.

полномочий могут оказывать влияние определенные лица, что позволяет усомниться в независимости и беспристрастности судей при отправлении правосудия. В-четвертых, тем самым демонстрируется неспособность специализированного суда устанавливать содержание правовых норм отечественного законодательства, в сфере которого он является специализированным, что со всей очевидностью не содействует укреплению авторитета судебной власти вообще и авторитета СИП как специализированного суда в частности.

Учреждение специализированных судов (уполномоченных на рассмотрение только определенных категорий дел) предполагает назначение в них судьями специалистов, имеющих (1) соответствующую специализацию, (2) углубленные знания (в данном случае в сфере интеллектуальной собственности), (3) опыт судейской работы. При этом ст. 11 Кодекса судейской этики возлагает на судей обязанность поддерживать свою квалификацию на высоком уровне, расширять профессиональные знания, совершенствовать практический опыт²⁶.

Деятельность судей СИП, при рассмотрении конкретных дел обращающихся за юридическими консультациями к третьим лицам, можно было бы в какой-то мере оправдать чрезмерно высокой нагрузкой (что, впрочем, не переводило бы эту деятельность в ранг легальной). Однако, как свидетельствует статистика, судьи СИП рассматривают в месяц не более трех-четырёх дел по первой инстанции и семи-восьми кассационных жалоб, что сложно признать чрезмерной нагрузкой на фоне поистине критической нагрузки на судей иных судов, разрешающих иногда больше 100 дел в месяц. То есть запросы о получении правового заключения с целью установления содержания правовых норм для целей разрешения конкретных дел направляются судьями СИП явно не по причине их значительной перегруженности.

Обозначенное уклонение судей СИП от установления содержания норм действующего российского законодательства об интеллектуальной собственности, а также используемых в нем понятий явно отрицательно сказывается на авторитете отечественной судебной власти. Однако, что еще более важно, оно уже становилось не только предметом критики, но и предметом обжалования в Конституционном Суде РФ²⁷.

Аспекты права на суд, которые нарушаются анализируемой практикой СИП

Итак, применительно к проанализированной ситуации можно говорить о нарушении п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека в контексте нескольких аспектов права на суд.

Во-первых, само обращение судей СИП за правовой помощью к третьим лицам нарушает **право на беспристрастный суд**.

Беспристрастность суда предполагает выполнение судьями своих обязанностей без какого-либо предпочтения, предубеждения или пристрастия (п. 23 Заключения Консультативного совета европейских судей от 19 ноября 2002 г. "О принципах и правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности этические нормы, несовместимое с должностью

²⁶ Согласно п. 4 ст. 11 Кодекса судейской этики в целях поддержания квалификации и совершенствования знаний "судья должен использовать как возможности самостоятельного обучения, так и систематически проходить переподготовку в государственной системе повышения квалификации". В п. 5 той же статьи Кодекса закреплено: "Судья должен знать об изменениях в законодательстве Российской Федерации, о нормах международного права, включая международные конвенции и другие документы в области прав человека, систематически изучать правоприменительную практику, в том числе Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, Европейского суда по правам человека".

²⁷ Жалоба ПАО "Комкор" "О проверке конституционности части 1.1 статьи 16, части 3 статьи 13 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации".

поведение и беспристрастность"). Указанным Заключением предусмотрено, что при рассмотрении дела и вынесении решения в целях соблюдения требования беспристрастности судьи должны действовать таким образом, чтобы была очевидна их профессиональная компетентность. И здесь можно обратиться к определению термина "суд", данному Европейским судом в деле *Belilos v. Switzerland*²⁸: "суд" в содержательном смысле этого слова характеризуется своей судебской функцией, то есть разрешением вопросов, входящих в его компетенцию, на основании норм права и после рассмотрения дела в установленном порядке"²⁹.

Во-вторых, запрет на обжалование запроса СИП о правовом заключении нарушает **право на доступ к суду**, а также гарантированное ст. 13 Конвенции **право на эффективное внутригосударственное средство правовой защиты**. Право на доступ к суду предполагает существование стройной системы норм, которые регулируют обращение в суд и достаточно определены в установлении требований, чтобы стороны имели ясную, реализуемую и эффективную возможность обратиться в суд.

Право на суд в аспекте "доступности" суда не рассматривается Европейским судом как абсолютное, оно может быть ограничено, например, в интересах надлежащего отправления правосудия³⁰. Однако вводимые ограничения должны преследовать законную цель, быть соразмерными ей с точки зрения используемых средств и т.д.

В п. 52 Руководства по статье 6 Конвенции "Право на справедливое судебное разбирательство (гражданско-правовой аспект)" (далее - Руководство по ст. 6 Конвенции) специально отмечается: "Если доступ к суду ограничен законом или на практике, Суд рассматривает, влияет ли ограничение на содержание права и, в частности, преследует ли оно законную цель, и имеется ли разумная соразмерность между используемыми средствами и преследуемой целью (см. дело "Ашингдан против Соединенного Королевства" (*Ashingdane v. UK*), § 57). Нарушение пункта 1 статьи 6 отсутствует, если ограничение совместимо с принципами, установленными Европейским судом".

В-третьих, "закрытость" запроса о правовом заключении и ответа на этот запрос нарушает **права на состязательность процесса**, под которым понимается возможность для сторон знакомиться со всеми доказательствами и документами по делу и представлять свои возражения по ним с тем, чтобы повлиять на решение суда. В п. 219 Руководства по ст. 6 Конвенции по этому поводу специально указано: "Уверенность сторон в отправлении правосудия основывается на знании, что они имеют возможность высказать свое мнение по каждому документу, представленному в материалы дела (в том числе по документам, полученным судом по собственной инициативе: см. "К.С. против Финляндии" (*K.S. v. Finland*), § 22, "Нидерест-Юбер против Швейцарии" (*Niderost-Huber v. Switzerland*), § 29, "Пеллегрини против Италии" (*Pellegrini v. Italia*), § 45)"³¹.

В частности, Европейский суд признал нарушением права на состязательность процесса случай, когда не раскрывались документы, которые были получены непосредственно судьями и содержали обоснованные заключения по существу дела (дело *K.S. v. Finland*³²). Нарушение права

²⁸ *Belilos v. Switzerland*, A 132 (1988) 10 EHRR 466.

²⁹ Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Указ. соч. С. 601.

³⁰ В частности, такие ограничения могут быть предусмотрены законом в отношении лиц, склонных к сутяжничеству, душевнобольных на время их лечения, а также в других исключительных случаях, преследующих легитимную цель (например, установление национальным законодательством пресекательных процессуальных сроков, исключительной подсудности и т.п.).

³¹ Пункт 219 Руководства по ст. 6 Конвенции - право на справедливое судебное разбирательство (гражданско-правовой аспект).

³² *K.S. v. Finland*, N 29346/95, 31.05.2001.

на состязательность процесса также было установлено в деле *Kamasinski v. Austria*³³, когда Верховный суд получил по телефону информацию от судьи, председательствовавшего на судебном процессе, "и это произошло без ознакомления обвиняемого с ответом судьи или без предоставления ему возможности прокомментировать ответ судьи"³⁴.

В-четвертых, кулуарность запросов о правовых заключениях и ответов на них нарушает **право на справедливое разбирательство дела** в аспекте равенства процессуальных возможностей. Упомянутое право "требует, чтобы каждой стороне в деле была предоставлена разумная возможность изложить свою позицию по делу в условиях, которые не ставят эту сторону в невыгодное положение по отношению к своему процессуальному оппоненту"³⁵.

Вопросы нарушения данного права исследовались Европейским судом применительно к ситуациям отсутствия предварительного ознакомления с замечаниями "независимых членов национальной юридической службы", служащих органов прокуратуры, а также иных должностных лиц. Проблема состоит в том, что национальное законодательство нередко предоставляет таким лицам высказать неблагоприятные для одной из сторон замечания (мнение), исключая для участвующих в деле лиц возможность ответить на такие замечания.

В связи с этим в п. 199 Руководства по ст. 6 Конвенции подчеркивается: "Суд подчеркнул важность состязательности процесса в случаях, когда замечания независимого члена национальной юридической службы в гражданском деле не были сообщены сторонам заранее, лишая их возможности ответить на них (см. Постановления Европейского суда по делам "*Вермюлен против Бельгии*" (*Vermeulen v. Belgium*), § 33, "*Лобо Мачадо против Португалии*" (*Lobo Machado v. Portugal*), § 31, "*Ван Оршовен против Бельгии*" (*Van Orshoven v. Belgium*), § 41, Постановление Большой Палаты Европейского суда по делу "*Геч против Турции*" (*Goc v. Turkey [GC]*), § 55 - 56, Постановления Европейского суда по делам "*Кресс против Франции*" (*Kress v. France*), § 76, "*Иммебль Груп Коссер против Франции*" (*Immeubles Groupe Kossier v. France*), § 26)".

³³ *Kamasinski v. Austria*, A 18 (1989), 13 EHRR 36.

³⁴ Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Указ. соч. С. 562.

³⁵ *Kress v. France*, 2001-VI [GC].