

Научно-практический журнал Федеральной нотариальной палаты

НОТАРИАЛЬНЫЙ ВЕСТНИКЪ



01
2008

Документы – События и факты – Теория – Практика

www.notariat.ru

**Вступили в силу нововведения
в Гражданский кодекс РФ**



**Часть четвёртая ГК РФ является балансом
между сложившимися гражданско-правовыми
институтами и необходимыми новеллами
правового регулирования**



ISSN 1819-6624



9 771819 662772 >

Назначение экспертизы нотариусом при производстве по обеспечению доказательств

Т.Г. Калининско,
кандидат юридических наук, нотариус Химкинского
нотариального округа Московской области

В современных условиях проведение экспертизы в рамках нотариального производства является проблематичным, поскольку в силу ст. 79 ГПК РФ она назначается только судом, и значение экспертного заключения приобретает в соответствии с ГПК только то заключение, которое было проведено по инициативе суда. Аналогичное положение о назначении экспертизы только арбитражным судом содержится в ст. 82 АПК РФ. Поэтому существует мнение, что нотариус не вправе назначать экспертизу. В Федеральном законе «О государственной судебной-экспертной деятельности» нотариус не упоминается среди тех, кто вправе назначать экспертизу. Анализ правил ст. 79, 80 позволяет указать на следующие признаки экспертизы:

а) экспертиза назначается только судом. Однако при её назначении суд обязан учитывать мнение лиц, участвующих в деле;

б) экспертиза назначается только в том случае, когда при рассмотрении дела возникает необходимость разъяснения вопросов, требующих специальных познаний в области:

- науки. Имеются в виду любые отрасли науки: гуманитарные (история, философия и пр.), естественные (ботаника, биология и пр.), точные (физика, математика и пр.) и т.д.;
- искусства (литературная, художественная, музыкальная и другие сферы искусства);
- техники (транспортный, бытовой, обрабатывающий разделы и т.д.);
- ремесла (включая народные промыслы, кустарное ремесленничество);

в) экспертиза назначается в ходе судебного разбирательства, а в необходимых случаях – на стадии подготовки дела к слушанию;

г) экспертиза проводится в суде, а если этого требует характер исследования (и в случаях, указанных в ч. 2 ст. 84 ГПК РФ) – вне суда;

д) суд вправе назначить как одного эксперта, так и нескольких (они могут совещаться между собой).

Вместе с тем в судебные органы могут представляться акты экспертизы, выполненные негосударственными экспертными учреждениями, т.к. государственные учреждения не справляются с большим объёмом работы.

Согласно ст. 103 Основ законодательства РФ о нотариате (далее – Основы) нотариус вправе

обеспечивать доказательства путём допроса свидетелей, осмотра письменных и вещественных доказательств, назначения экспертизы. Нотариус может назначать экспертизу, которую может выполнять не только негосударственное экспертное учреждение, но и государственное. Это определяется правовым статусом нотариуса, действующим от имени государства. Поэтому роль нотариуса в обеспечении доказательств путём назначения экспертизы очень важна.

Сильной стороной нотариального производства по обеспечению доказательств является совмещение осмотра и экспертизы.

Роль нотариуса при обеспечении доказательств – назначение экспертизы. Для разъяснения вопросов, требующих специальных знаний в области науки, искусства, техники, ремесла, нотариусом также может быть назначена экспертиза. Если акт экспертизы подписывает эксперт, то нотариус в соответствии с Основами может лишь вынести постановление о назначении экспертизы. При этом нотариус указывает дату вынесения постановления; фамилию, инициалы нотариуса, вынесшего постановление; дату и номер приказа органа юстиции о наделении полномочиями нотариуса, его нотариальный округ или наименование государственной нотариальной конторы; сведения о лице, по просьбе которого назначается экспертиза, в соответствии с п. 2 методических рекомендаций; вопросы, по которым требуется заключение эксперта; наименование экспертного учреждения, которому поручается производство экспертизы. Если производство экспертизы поручается конкретному лицу, то указываются его фамилия, имя, отчество, место жительства, место работы и должность. Постановление подписывается нотариусом и скрепляется его печатью.

Нотариус разъясняет эксперту его права и обязанности и предупреждает об ответственности за отказ или уклонение от дачи заключения или за дачу заведомо ложного заключения по ст. 307, 308 УК РФ. В случае неявки эксперта по вызову нотариус сообщает об этом суду по месту жительства эксперта для принятия мер, предусмотренных ст. 76 ГПК РФ. Если суд признаёт неявку эксперта неува-

жительной, то эксперт может быть подвергнут судом штрафу, а при вторичной неявке – принудительному приводу (ст. 160 ГПК РФ).

В соответствии со ст. 76 ГПК РФ эксперт может отказаться от дачи заключения, если представленные материалы недостаточны или если он не обладает необходимыми знаниями для выполнения возложенной на него обязанности. Эксперт обязан дать своё заключение в письменной форме. Оно должно содержать подробное описание произведённых исследований, сделанные в результате их выводы и обоснованные ответы на поставленные вопросы. О производстве экспертизы составляется акт, подписываемый экспертом и участвующими в экспертизе лицами. По окончании производства по проведению экспертизы в порядке обеспечения доказательств заинтересованному лицу выдаётся по одному экземпляру каждого документа. Ещё по одному экземпляру каждого документа остаётся в делах нотариуса.

Большое значение в реализации назначения экспертизы для обеспечения доказательств играет вопрос о том, что от лица, обратившегося с просьбой о производстве обеспечения доказательств, нотариус требует внести деньги на оплату вознаграждения свидетелям и экспертам и на другие расходы. Экспертам и свидетелям выдаётся вознаграждение за отвлечение их от занятий по ставкам, установленным для выдачи вознаграждения при вызове свидетелей и экспертов в суд. Оно возможно либо добровольно, либо принудительно. В Основах существует определённый механизм назначения экспертизы в порядке обеспечения доказательств, но на практике он не реализован. Причиной этого является отсутствие в законодательстве механизма обеспечения указанной экспертизы. Нет чёткого представления о применении принудительной и добровольной экспертиз и о порядке их оплаты (обеспечении вознаграждения). Всё это полностью сводит на «нет» понятие «назначение экспертизы».

Важную роль играет обеспечение достоверности заключения эксперта. В этом нотариус не участвует, он может лишь способствовать организации экспертизы, которая определит указанную достоверность. Нотариус не играет никакой роли и не должен никоим образом воздействовать на эксперта. Поэтому назначение экспертизы – для нотариуса факт формальный.

С другой стороны, природа экспертизы основана на источнике доказательственной информации (субъект экспертизы – эксперт);

установленном законом порядке (процессуальная форма) проведения экспертизы; качестве подготовки материалов для экспертного исследования, их объёме; процессе экспертного исследования, применяемых методиках и их надёжности; правильности оформления результатов экспертного исследования.

Целесообразно рассмотреть каждый из этих факторов в отдельности. Согласно действующему законодательству, эксперт должен удовлетворять двум требованиям – быть компетентным и незаинтересованным в исходе дела (по аналогии со ст. 67 УПК РСФСР). Как обеспечивается компетентность эксперта? Эксперт выбирается нотариусом, назначающим экспертизу. До назначения экспертизы нотариус должен выяснить необходимые данные о специальности и компетенции эксперта (по аналогии со ст. 184 УПК РСФСР). Однако это относится только к частным экспертам, к услугам которых суд обычно прибегает лишь в двух случаях: при нехватке экспертов, работающих в специальных экспертных учреждениях или при назначении редко встречающейся экспертизы (например, искусствоведческой), когда необходимы специалисты в конкретной, узкой области знания.

В первом случае в качестве эксперта обычно привлекается довольно узкий круг лиц, профессиональный уровень которых известен (бывшие штатные эксперты-автотехники, бухгалтеры и др.).

Во втором случае при разовом привлечении эксперта (обычно редкой специальности) сведения о нём выясняются из анкетных данных (образование, специальность, должность, стаж работы, научные труды, учёная степень и специальные знания и т.п.), а также путём получения информации от других лиц (сослуживцев, коллег, из литературы и пр.), что может осуществляться как процессуальным, так и не процессуальным путём.

В большинстве случаев экспертизы проводятся в специальных экспертных учреждениях. Как известно, в стране существует несколько систем экспертных учреждений различной ведомственной принадлежности – Минюста, Минздрава, МВД, ФСБ и МО¹, которые обеспечивают проведение всех криминалистических, судебно-медицинских, судебно-психиатрических, а также автотехнических, экономических, товароведческих и других видов экспертиз. При поручении проведения экспертизы соответствующему экспертному учреждению выбор конкретного эксперта (экспертов) осу-

¹ Более подробно характеристику этих систем см.: Шляхов Л.Р. Судебная экспертиза: Организация и проведение. – М.: Юрид. лит., 1979. – С. 101.

шествует руководитель этого учреждения (ст. 187 УПК РСФСР). Это правило оправдано и в методическом отношении, т.к. руководитель знает специализацию своих сотрудников, может квалифицированно организовать исследование, исходя из особенностей объекта и необходимости применения тех или иных методов исследования.

Интересен вопрос об использовании эксперта как свидетеля и его допросе для обеспечения доказательств. Понятия «показания эксперта» в законодательстве нет, нотариально оно не может обозначать доказательство. В то же время протокол допроса эксперта также не предусмотрен законом в качестве доказательств, среди протоколов других действий (по аналогии со ст. 87 УПК РФ). Возникает вопрос: какой же вид доказательств в результате допроса эксперта мы получаем и получаем ли?

В литературе распространена точка зрения, согласно которой результаты допроса эксперта являются частью экспертного заключения. Обосновывается эта позиция тем, что допрос эксперта не является самостоятельным нотариальным действием, а может проводиться только после экспертизы. Это действительно так, однако не повод для того, чтобы приносить значение сведений, получаемых в результате допроса эксперта.

Экспертиза и допрос эксперта хотя и взаимосвязанные, но всё же разные действия, в результате проведения которых не могут появиться несколько частей одного доказательства. К тому же ст. 193 УПК РФ, регламентируя порядок предоставления обвиняемому заключения эксперта, прямо указывает на несоответствие этих понятий: «Заключение эксперта или его сообщение о невозможности дать заключение, а также протокол допроса эксперта предъявляются обвиняемому».

Но главное – результаты допроса эксперта нельзя считать частью заключения. Таким образом, информация, получаемая в результате допроса эксперта, не является ни показаниями эксперта, поскольку такого вида доказательств не существует, ни протоколом допроса эксперта, ни частью экспертного заключения.

Рассмотрим вопрос о назначении экспертизы по авторским и смежным правам. Эти экспертизы занимают особенное место ввиду нескольких обстоятельств: во-первых, в силу специфичности объекта исследования; во-вторых, ввиду отсутствия отработанных методик проведения такой экспертизы; в-третьих, по причине того, что нотариальная и судебная практика не вполне устоялись, соответственно, есть несколько точек зрения на

необходимость или обязательность проведения экспертизы по делам этой категории.

Заявитель может обратиться с просьбой о назначении экспертизы по вопросам контрафактности. Понятие «контрафактность», по нашему мнению, является сугубо юридическим, поскольку связано с различными формами использования права: в соответствии с законом или в нарушение закона. Контрафактными являются экземпляры произведения и фонограммы, изготовление и распространение которых влечёт за собой нарушение авторских и смежных прав. Таким образом, перед экспертом могут быть поставлены юридические, правовые вопросы как перед специалистом. Однако необходимо осторожно относиться к назначению экспертизы для «определения контрафактности продукции», поскольку окончательный вывод по этому вопросу можно сделать на основании подтверждения юридического факта – отсутствия согласия (разрешения) правообладателя на конкретный способ использования (воспроизведение, распространение и т.п.) аудио-, видео- и иной продукции. Практически во всех случаях незаконного воспроизведения продукции, а также её распространения экземпляры таких произведений или фонограммы будут по тем или иным параметрам отличаться от легальных или оригинальных экземпляров. Отличия, которые могут быть выявлены соответствующими экспертами – специалистами в данной области, позволяют сделать вывод о наличии признаков контрафактности продукции и будут служить косвенными доказательствами нарушения авторских и смежных прав.

Назначение экспертизы в порядке обеспечения доказательства является одним из основных способов сбора доказательств для будущего суда. В соответствии со ст. 69 УПК РСФСР фактические данные, имеющие существенное значение по делу, подлежащие доказыванию, могут быть установлены «заключением эксперта».

Остановимся на общих основаниях назначения экспертизы, а также рекомендациях по оценке ситуации при решении данного вопроса.

Согласно ст. 78 УПК РСФСР «экспертиза назначается в случаях, когда при производстве дознания, предварительного следствия и при судебном разбирательстве необходимы специальные познания в науке, технике, искусстве или ремесле». Анализируя Уголовно-процессуальный кодекс, можно предложить следующее определение: «Экспертиза – это исследование предметов, явлений, реже обстоятельств с позиции определённой области знаний, прово-

димое сведущим в соответствующей области лицом в рамках дознания, предварительного либо судебного следствия по поручению соответствующего этой стадии процесса должностного лица». Отсюда следует вывод о том, что экспертиза не может быть проведена по инициативе самого эксперта, вне рамок соответствующего уголовного процесса, а также лицом, не являющимся специалистом в области знаний, в которой требуются ответы на интересующие следствие (дознание, суд) вопросы.

Данные критерии с учётом положений ст. 79 УПК РФ, устанавливающей случаи, в которых проведение экспертизы является обязательным, позволяют сделать вывод о том, что в делах о нарушении права интеллектуальной собственности только нотариус решает, необходимо провести экспертизу или нет.

Прежде всего нотариус не обязан в отличие от следователей и прокуроров органов дознания производить осмотр изъятых предметов, в частности аудио- и видеокассет, компакт-дисков и иных носителей, в отношении которых имеются основания считать их контрафактными. Тем не менее при осмотре нотариус может оперировать таблицей «Индексы контрафактности», принятой и успешно используемой экспертами Российской антипиратской организации (РАПО)².

Таким образом, в данной ситуации нотариусу не требуются специальные технические или технологические знания, поскольку анализ юридического документа – договора и визуальное сравнение осматриваемых предметов (кассет, дисков) позволяют зафиксировать их очевидные объективные различия.

Для предварительного осмотра у нотариуса рекомендуется привлекать сотрудников предприятия, осуществляющего производство, распространение лицензионной продукции, а также представителя правообладателя. При отсутствии сомнений в их объективности и компетентности, а также при наличии указанных выше отличий исследуемой продукции от оригинальной нотариус может сделать вполне обоснованный вывод о контрафактном характере изъятых произведений.

В остальных случаях, а именно когда признаки контрафактности не столь очевидны и у нотариуса возникают сомнения в оценке предмета, необходимо в соответствии с Основами и УПК назначать экспертизу.

Экспертизу, которую может назначить нотариус по делам о нарушении права интел-

лектуальной собственности, можно условно разделить на три типа: специфическую, традиционную и комиссионную.

Специфическая экспертиза может называться экспертизой на контрафактность; иногда её не точно именуют автороведческой. Центральным вопросом этой экспертизы являются выявление и установление признаков контрафактности экземпляра произведения. Правильнее, на наш взгляд, ставить перед экспертом вопрос именно об определении признаков контрафактности, поскольку, как было сказано выше, само понятие «контрафактность» является юридическим. Однако допустимо формулировать вопрос и о контрафактности произведения, если исследование поручается специалисту в области охраны авторских либо смежных прав, например экспертам IFPI, Ассоциации по борьбе с компьютерным пиратством, упомянутой Российской антипиратской организации, Российскому авторскому обществу и др.

Помимо выявления признаков контрафактности, перед экспертами можно поставить вопрос о принадлежности авторских либо смежных прав. Это существенный момент, поскольку одной из возможных защитных позиций предполагаемого нарушителя на предварительном следствии или в суде является попытка опорочить потерпевшую сторону путём высказывания сомнений в принадлежности прав именно заявителю.

Некоторые организации и учреждения, например такие, как Центр независимой комплексной экспертизы и сертификации систем и технологий, имеют базу данных о правообладателях на объекты авторского либо смежного права. Обращение к данным базам является дополнительным подтверждением принадлежности права заявителю.

Вместе с тем следует особо подчеркнуть, что окончательное решение вопроса о контрафактности продукции может быть получено при подтверждении правообладателем или его уполномоченным представителем того факта, что данное использование объекта авторских или смежных прав было осуществлено без согласия правообладателя.

В настоящее время проведение экспертизы на контрафактность аудиопродукции может быть поручено экспертам-специалистам экспертно-криминалистических подразделений МВД России.

Традиционными видами экспертизы экземпляров произведений, в отношении которых

² Уголовное дело № 266066 (расследованное следователем прокуратуры Северо-Западного административного округа г. Москвы). Заключение эксперта РАПО В.И. Варкентина по видеокассетам.

имеются основания считать их контрафактными, являются техническая (документов), трасологическая, товароведческая экспертизы.

С целью исследования качества, способа изготовления упаковки, защитной этикетки, голограммы, соответствия этих объектов лицензионным, то есть оригинальным, выявления признаков и способов подделки назначается техническая экспертиза. В ходе этой экспертизы специалисты фиксируют наличие либо отсутствие признаков контрафактности, которые не столь очевидны и для выявления которых требуются специальные знания, соответствующее криминалистическое оборудование, сравнительные исследования. Так, установление факта отличия полиграфической упаковки, изъятой у предполагаемого нарушителя, от упаковки оригинальной продукции по дизайну, оформлению, способу изготовления (например, изготовление упаковки путём копирования оригинальной упаковки), равно как и обнаружение подделки защитной этикетки или голограммы либо их несоответствия оригинальным, свидетельствует о наличии признаков контрафактности исследуемого экземпляра. В рамках этой же экспертизы при наличии соответствующего объекта для исследования можно поставить вопрос о выявлении в базах данных или непосредственно в памяти компьютеров и других аппаратных средств, изымаемых у предполагаемого нарушителя, информации, которая могла быть использована для изготовления соответствующих копий упаковки, этикеток. Например, обнаружены файлы с изображениями этих предметов.

На разрешение трасологической экспертизы ставятся вопросы о возможности использования конкретного оборудования для изготовления определённых предметов. Например: не этот ли сканер использовался для ввода изображения в компьютер? Мог ли данный принтер использоваться для изготовления копий? Не эта ли изъятая копировальная техника применялась для получения изображения упаковки, этикеток? И т.д. При изъятии образцов оригинальных упаковок, этикеток можно поставить вопрос о том, не они ли использовались для изготовления соответствующих копий? В случае изъятия оборудования, которое могло использоваться для тиражирования аудио- или видеозаписей, можно проводить, по сути, аналог трасологического исследования – видеофоноскопическую экспертизу. На разрешение эксперта ставится вопрос о том, не это ли оборудование (магнитофоны, видеокамеры и т.д.) использовалось для изготовления копий произведений, изъятых у предполагаемого нарушителя? Правомерно ставить вопрос

и об оценке качества изображения, звучания на предполагаемых контрафактных кассетах, особенно по сравнению с оригинальными, о наличии посторонних шумов – признаках использования данной плёнки для записи ранее. В связи с развитием современных технологий важной и актуальной является экспертиза места изготовления оптического носителя – лазерных компакт-дисков CD или DVD. С помощью соответствующей экспертизы можно дать обоснованный ответ на вопрос о том, на каком оборудовании изготавливались определённые контрафактные оптические носители. Проведение указанных выше традиционных экспертиз можно поручить штатным экспертам экспертных учреждений системы Министерства юстиции – Федерального центра судебных экспертиз, Министерства внутренних дел РФ – ЭКЦ МВД РФ (особенно в части видеофоноскопических экспертиз), ЭКУ ГУВД и прочие, экспертным учреждениям системы ФСБ РФ. На разрешение эксперта в этом случае может быть поставлен вопрос об определении размера ущерба, причинённого правообладателю.

Исходя из того, что диспозиция ст. 146 УК РФ не определяет конкретный размер ущерба, который может быть расценён как крупный, решение данного вопроса остаётся за нотариусом. В этой связи некорректно ставить вопрос перед экспертом о том, является ли этот ущерб крупным, а необходимо говорить именно о размерах ущерба. При этом нотариус должен сам определить, что именно необходимо брать за ориентир при исчислении ущерба: существующие розничные цены, оптово-закупочные и т.п.

В ходе товароведческой экспертизы зачастую решаются вопросы об определении стоимости конкретной продукции в том случае, если есть основания сомневаться в заявленной правообладателем цифре.

Данная экспертиза может быть назначена как отделами товароведческих экспертиз экспертных учреждений МЮ РФ и МВД РФ, так и соответствующими специалистами, какими могут быть признаны представители фирм, профессионально занимающихся реализацией на рынке аналогичной продукции. При необходимости получения ответа на вопросы, требующие знаний в различных отраслях, проведении комплексного исследования объектов нотариус принимает решение о назначении комиссионной (комплексной) экспертизы, производство которой поручает группе экспертов или нескольким экспертным учреждениям, определяя при этом, какое из учреждений является ведущим. Например, нотариусом ставится

вопросы о признаках контрафактности, подделки изделий, стоимости изделия и т.д.

Назначение экспертизы как особый вид деятельности нотариуса условно можно разделить на две стадии: организационную и процессуальную. Несмотря на взаимосвязь этих стадий, каждая из них имеет определённую специфику.

На организационной стадии нотариус на основе заявления заинтересованной стороны, анализа собранных материалов, в том числе их полноты, оценки доказательств, с учётом целесообразности и разумной достаточности, фактически принимает решение о необходимости проведения экспертизы. Затем определяется перечень вопросов, подлежащих выяснению в ходе исследования. Исходя из поставленных целей принимаются меры к выбору экспертного учреждения или сведущего лица, которому будет поручена экспертиза; проверяются специальность и компетентность эксперта, устанавливается его отношение к участвующим в деле процессуальным лицам, наличие либо

отсутствие оснований для отвода; определяется объём представляемых эксперту материалов, а при их недостаточности планируется и осуществляется дополнение информации. Нотариусом формулируются задачи, которые должны быть решены экспертом.

Процессуальная стадия состоит в вынесении мотивированного, обоснованного постановления о назначении соответствующей экспертизы; разъяснении прав и обязанностей эксперта в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом; предупреждении эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что принятие решения о назначении и проведение экспертизы по делам о нарушении авторских и смежных прав требуют от нотариуса, помимо общих криминалистических и процессуальных знаний, осведомлённости об объекте и специфике предмета исследования. Только в этом случае нотариус сумеет правильно выбрать экспертное учреждение, грамотно сформулировать вопросы и задачи перед экспертом и квалифицированно оценить его выводы.