



# АДВОКАТСКАЯ ПАЛАТА



№ 8  
август  
2016



## **Редакционный совет журнала «Адвокатская палата»**

Председатель редакционного совета журнала  
**Галоганов Алексей Павлович**, адвокат, президент АПМО;

**Боровков Юрий Михайлович**, адвокат, первый вице-президент АПМО;

**Володина Светлана Игоревна**, адвокат вице-президент ФПА РФ,  
член Квалификационной комиссии АПМО;

**Добровольская Светлана Игоревна**, адвокат, руководитель  
Экспертно-консультационного совета АПМО;

**Семенова Екатерина Юрьевна**, Уполномоченный по правам человека  
в Московской области;

**Ковалева Лидия Николаевна**, адвокат, советник президента АПМО;

**Никифоров Александр Владимирович**, адвокат, отв. секретарь  
Квалификационной комиссии АПМО;

**Новолодский Юрий Михайлович**, адвокат, президент Балтийской коллегии  
адвокатов;

**Пепеляев Сергей Геннадьевич**, адвокат, член Совета АПМО, член Совета ФПА РФ;

**Пилюпенко Юрий Сергеевич**, адвокат, президент ФПА РФ;

**Юрьев Сергей Сергеевич**, адвокат, председатель президиума КА «Межрегион»;

**Яртых Игорь Семенович**, адвокат, председатель президиума КА «Яртых и коллеги»,  
член Совета АПМО.

# Содержание

## Палата сегодня

- 2 **Нужны ли адвокатуře стандарты?**  
А. А. Орлов, член Совета АПМО
- 6 **Исторические вехи нагрудного знака российского адвоката**  
И. Б. Бушманов, адвокат,  
управляющий партнер  
АБ «АВЕКС ЮСТ»

## Новое в законодательстве и практике

- 14 **Разъяснения правоприменения в обзоре практики ВС РФ и новое в законодательстве**  
Е. Ю. Лазарев, адвокат МКА «ГРАД»

## Обмен опытом

- 20 **Отказ зарубежного суда в признании наличия нарушения в отношении зарегистрированного промышленного образца**  
А. Ю. Сорокин, юрисконсульт  
ООО «Телеком ИнфоПроект»
- 26 **Судебная практика защиты ТСЖ по иску Мосэнергосбыта о взыскании денежных средств за электроэнергию**  
Д. И. Гизатуллин, адвокат АПМО

## Актуальные вопросы практики

- 31 **Факты и вопросы экспертизы в гражданском процессе**  
А. В. Поляков, адвокат  
АП Москвы
- 36 **Нарушение интеллектуальных прав в сети «Интернет». Кто несет ответственность?**  
А. В. Ционский, адвокат МОКА  
«Интер-Лига»
- 42 **Практические аспекты заключения договора аренды коммерческой недвижимости**  
Д. А. Щирский, адвокат  
МКА «ГРАД»
- 52 **Определение момента возникновения опасности при доказывании обстоятельств ДТП**  
О. Д. Ярошик, адвокат МОКА

## Корпоративное управление

- 62 **Споры с адвокатской палатой и КАС РФ**  
С. А. Рыбаков, адвокат, председатель  
Экспертного совета АПМО

# Нужны ли адвокатуře стандарты?

В связи с опубликованием для всеобщего обсуждения Федеральной палатой адвокатов проекта Стандарта участия адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве в сети Интернет развернулась бурная полемика по данному вопросу.



**А. А. Орлов,**  
член Совета АПМО

Широко обсуждаемый проект первого предложенного Федеральной палатой адвокатов стандарта вызвал большой отклик внутри адвокатского сообщества. Очевидно, что среди членов корпорации присутствуют оба мнения, как о необходимости введения стандартов, в том числе и предлагаемого, так и об опасности стандартов как таковых для адвокатуры в целом.

Опасения, высказываемые некоторыми коллегами, ясны и понятны. Во-первых, каждое дело по-своему всегда уникально, не бывает абсолютно идентичных дел, что подразумевает очевидную трудность в обобщении требуемых от адвоката действий по их ведению. Во-вторых, любое регулирование, как правило, пугает само по себе. Увеличение числа необходимых для соблюдения правил может создавать некую иллюзию усиления контроля

над адвокатами и вмешательства в такой ее основополагающий принцип как независимость.

Не вторгаясь непосредственно в данную дискуссию, необходимо предостеречь коллег от скоропалительных выводов. Как правило, в подобных дискуссиях не учитывается ряд важных для принятия решения обстоятельств.

Так, во-первых, в 2015 г. в Кодекс профессиональной этики адвоката были внесены изменения, которые коснулись, в том числе создания Комиссии по этике и стандартам. Аналогичные изменения в Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуře в Российской Федерации» ввели в действие ст. 37.1 «Комиссия по этике и стандартам». Указанные акты определяют, что Комиссия по этике и стандартам является коллегиальным органом Федеральной палаты адвокатов, разрабатывающим стандарты оказания квалифицированной юридической помощи и другие стандарты адвокатской деятельности.

- *Во многих адвокатских палатах предвестники стандартов, не имея пока общеобязательного для всех адвокатов значения, тем не менее, уже давно существуют в качестве рекомендаций и правил*

В связи с чем, в условиях наличия органа адвокатской корпорации, специально уполномоченного на разработку стандартов адвокатской деятельности, возврат к метафизическим вопросам о стандартах вообще и их значения представляется лишенным практического смысла.

Во-вторых, во многих адвокатских палатах предвестники стандартов, не имея пока общеобязательного для всех адвокатов значения, тем не менее, уже давно существуют в качестве рекомендаций, правил и т. д. И наличие подобного рода документов не привело ни к каким социальным потрясениям, которыми могут пугать или пугаться некоторые противники каких бы то ни было стандартов адвокатской деятельности.

В подтверждение данного тезиса достаточно упомянуть лишь, что Адвокатской палатой Новосибирской области были приняты и введены в действие с марта 2016 г. Методические рекомендации о порядке заключения, исполнения и расторжения соглашений об оказании юридической помощи, регламентирующие,

в том числе и порядок исполнения соглашений об оказании юридической помощи. Указанные рекомендации включают в себя ряд положений опубликованного Федеральной палатой адвоката Стандарта участия адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве, включая выбор стратегии и тактики защиты, а также минимальный объем оказываемой адвокатом юридической помощи по уголовному делу<sup>1</sup>.

Также данный проект стандарта уже утвержден в качестве рекомендаций и Советом Адвокатской палаты Удмуртской республики (протокол заседания Совета № 4 от 19.05.2016)<sup>2</sup>.

И третий аспект вопроса, который не стоит забывать в рамках обсуждения — традиции российской (присяжной) адвокатуры. На первый взгляд очевидно, что подобных предлагаемому стандартов присяжная адвокатура не знала. Однако поставленные вопросы волновали присяжных поверенных, в том числе и в XIX в. И выводы, к которым порой склонялись исследователи, свидетельствуют не в пользу критики предлагаемых стан-

дартов адвокатской деятельности. Вот лишь несколько тому примеров.

Примечательным является Постановление 22 ноября 1880 г. московского Совета присяжных поверенных по вопросу о посещении в месте заключения подсудимого его защитником<sup>3</sup>. Как отметил Совет, «закон вообще не указывает прямо, какие действия обязан совершать защитник... Такая скудность законодательных определений по вопросу об обязанностях защитника объясняется тем, что подробное перечисление всех обязательных для защитника действий было бы, во-первых, невозможно, так как действий, которые могли бы быть признаваемы безусловно обязательными для защитника по всякому делу, как, например, произнесение защитительной речи, весьма немного; напротив, очень много таких действий, несовершенство которых по известному делу было бы очевидным нарушением существа обязанностей защитника, но которые тем не менее не могут быть признаваемы безусловно обязательными для него вообще, так как встречаются дела, по обстоятельствам которых такие действия могут оказаться бесполезными или даже вредными для защиты... С другой стороны, подробное перечисление в законе всех действий, лежащих на обязанности защитника, представляется и совершенно излишним, так как в самом понятии судебной защиты заключается полное представление об обязанностях защитника по отношению к защищаемому».

В связи с этим выработка правил поведения возлагалась на Советы присяжных поверенных.

Так, в уже указанном Постановлении Совет присяжных поверенных, найдя

действия адвоката заслуживающими порицания, тем не менее нашел возможным не подвергать его взысканию, «лишь ввиду того, что соображения, по которым Совет пришел к неодобрителю о сказанных действиях заключению, хотя и вытекают из самого существа отношения поверенного к доверителю, но тем не менее в законе прямо не выражены, а также не были до настоящего времени преподаны Советом в руководство подведомственным ему присяжным поверенным». По причине чего Совет нашел нужным «сообщить их всем подведомственным ему присяжным поверенным посредством общего циркуляра»<sup>4</sup>.

Установление Советами общих правил было связано с тем, как правильно отметил Е. В. Васьковский, что Советы играют роль не только суда, но и законодателя: они не только карают за нарушение норм профессиональной этики, но и создают их, определяя наказание за каждый проступок<sup>5</sup>.

А. Н. Трайнин писал, что дисциплинарная власть Совета, чтобы жизнь сословия текла нормально, должна иметь свои границы, свои объективные критерии, которые давали бы в одних случаях Совету право привлекать к дисциплинарной ответственности, в других случаях — членам сословия право действовать вне сословной подотчетности<sup>6</sup>.

При этом обычаи и взгляды всякой адвокатуры вырабатываются преимущественно при рассмотрении дисциплинарных дел. Судебная же практика не может служить источником для обогащения нашего профессионального кодекса, потому что судьи недостаточно знакомы с професси-

ональными обычаями и правилами, установленными самоуправлением, а также не ведают вообще всех условий деятельности присяжных поверенных<sup>7</sup>.

Совет не предусматривает и не может предусмотреть заранее всех вопросов, которые могут возникнуть на практике, он разрешает отдельные случаи по мере того, как они доходят до его сведения, и только при этом прямо высказывает или безмолвно устанавливает руководящие начала для своей собственной деятельности и для деятельности присяжных поверенных. Таким образом, Совет вырабатывает мало по малу правила, обязательные для сословия или по крайней мере служащие ему руководством<sup>8</sup>.

А. Н. Доброхотов указывает на необходимость «общей меры», чтобы деятельность Совета не казалась произвольной. Руководящее правило для деятельности необходимо как в интересах настоящего, так и в более обширных интересах будущего<sup>9</sup>. Как верно по этому поводу замечает Г. А. Джаншиев, «не было ли бы настоящим скандалом для правосудия, если бы в пределах с.-петербургского судебного округа признавалось бы безразличным то, что каралось бы тягчайшими дисциплинарными взысканиями в московском или наоборот»<sup>10</sup>.

В качестве доводов для выработки Советами общих правил Д. Н. Доброхотов пишет, что люди бывают обыкновенно лишены возможности заранее знать, что ожидает их в будущем и какая точка зрения будет принята Советом при обсуждении их деятельности. Такое положение дел именно и будет, в случае отсутствия общей меры и предоставления Совету решения

вопроса в каждом конкретном случае по своему усмотрению. Предоставить все усмотрению Совета — значит сделать положение Совета по этому вопросу совершенно безответственным и узаконить принципиальный произвол. Приняв же общую меру, Совет и в тех случаях, которые, по его мнению, могут рассматриваться как терпимые исключения, все-таки должен будет действовать в пределах наибольшего приближения к точке зрения, указанной в принципе<sup>11</sup>.

- 1 Методические рекомендации о порядке заключения, исполнения и расторжения соглашений об оказании юридической помощи (утверждены решением Совета Адвокатской палаты Новосибирской области от 29 марта 2016 г.) // [http://www.advpalatanso.ru/docs/documents/metodich\\_rekomend\\_ap\\_nso\\_posoglashen\\_2704.docx](http://www.advpalatanso.ru/docs/documents/metodich_rekomend_ap_nso_posoglashen_2704.docx).
- 2 Рекомендации «О порядке участия адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве», (утверждены решением Совета Адвокатской палаты Удмуртской республики от 19 мая 2016 г.) // [http://www.apur.ru/index.php?option=com\\_content&task=view&id=712&Itemid=1](http://www.apur.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=712&Itemid=1).
- 3 Сборник материалов, относящихся до сословия присяжных поверенных округа Московской Судебной Палаты с 23 апреля 1866 г. по 23 апреля 1881 г. 1891. С. 176–180
- 4 Там же. С. 180
- 5 Васильковский Е. В. Будущее русской адвокатуры. К вопросу о предстоящей реформе. 1893. С. 16.
- 6 Трайнин А. Н. Система дисциплинарного процесса присяжных поверенных и их помощников. Оттиск из «Истории адвокатуры» т. II. 1916. С. 311.
- 7 Труды комиссии, избранной общим собранием присяжных поверенных для рассмотрения правительственного проекта об адвокатуре. 1900. С. 161–163.
- 8 Арсеньев К. К. Заметки о русской адвокатуре. Обзор деятельности С.-Петербургского Совета присяжных поверенных за 1866–74 г. Ч. 1. 1875. С. 4, 12.
- 9 Доклад Доброхотова Д. Н. Доклады по вопросу о совмещении звания присяжного поверенного с другими должностями и званиями. 1888. С. 21.
- 10 Джаншиев Г. А. Вопросы адвокатской дисциплины. 1877. С. 25.
- 11 Доклад Доброхотова Д. Н. Доклады по вопросу о совмещении звания присяжного поверенного с другими должностями и званиями. 1888. С. 22, 25.

# Исторические вехи нагрудного знака российского адвоката

Появление нового официального символа принадлежности к корпорации — нагрудного знака адвоката — важное событие в жизни современного адвоката и всей российской адвокатуры. Ведь теперь мы не только получили возможность выделиться среди коллег-юристов из судебной, правоохранительной системы, государственных и коммерческих структур, но и приблизиться к образцам корпоративной культуры наших предшественников и перенять их достойные традиции.



**И. Б. Бушманов,**  
адвокат, управляющий  
партнер АБ «АВЕКС ЮСТ»

Вопрос о возрождении единого знака российского адвоката долгое время обсуждался в адвокатских кругах и прессе (см. АГ № 14 за 2014 г., Вестник ФПА РФ № 2 за 2015 г.).

Существующие нагрудные знаки, утвержденные большинством адвокатских палат, не стали популярным элементом корпоративной культуры. Единицы адвокатов их носят, а многие и вовсе не знают об их существовании. Стоит отметить, что не всегда даже при наличии такого знака можно идентифицировать, что перед тобой находится адвокат. Не все знаки обладают признаками узнаваемости и отвечают традициям геральдики и критериям эстетики.

22 апреля 2015 г. VII Всероссийским съездом адвокатов принято долгожданное решение об утверждении единой формы нагрудного знака российского адвоката.

Знак был возрожден по образцу знака наших предшественников — присяжных поверенных, имеющему уже 150-летнюю историю.

## **Знак присяжных поверенных**

В 1864 г. император Александр II утвердил институт присяжных поверенных, а 31 декабря 1865 г. им было высочайше утверждено изображение нагрудного знака присяжного поверенного.

Автору удалось изучить в Государственном историческом архиве г. Санкт-Петербурга оригинальные документы, связанные с учреждением рассматриваемого знака.

Согласно обнаруженному в архивных документах Предложению министра



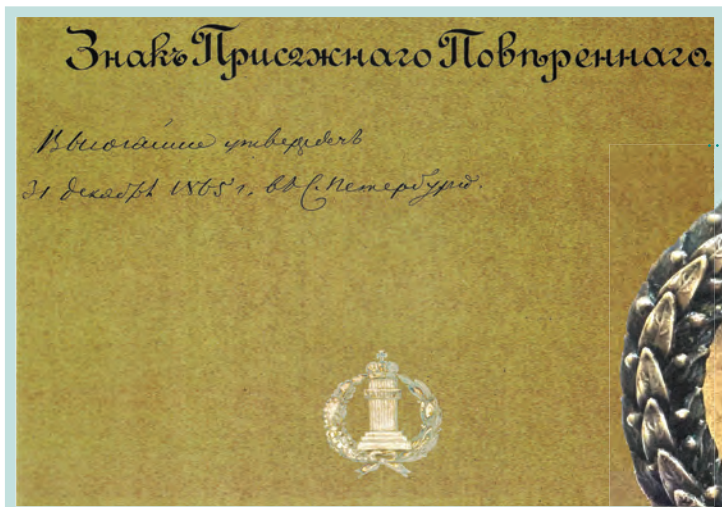


Рисунок 1. Оригинальный рисунок нагрудного знака присяжного поверенного, утвержденный Александром II. Фотография автора из фондов ГИА в СПб



Рисунок 2. Оригинальный знак присяжного поверенного. Серебро. Начало XX в. Из состава клада золотых и серебряных изделий, найденных в г. Москве Из собрания автора

юстиции Н. И. Замятина на рассмотрение Правительствующему Сенату представлены высочайше утвержденные 31 декабря 1865 г. рисунки знаков мировых судей, судебных приставов и присяжных поверенных.

На приложенном к Предложению бланке, озаглавленном «Знак Присяжного Поверенного», имеется рукописная надпись: «Высочайше утвержден 31 декабря 1865 г. в г. С. Петербургъ». Ниже имеется изображение самого знака. Знак представлял из себя набор элементов с изображением герба судебного ведомства в виде так называемого столпа закона с прямоугольным щитком с надписью «ЗАКОНЪ» в обрамлении венка. Левая часть венка выполнена из листьев дуба, а правая — из листьев лавра. Стоит отметить, что в мифологии дуб ассоциируется с силой, достоинством и стойкостью, лавр — традиционный символ неуклонности, победы над трудностями

и невзгодами. В основании знака листья венков связаны лентой (Рис. 1).

22 января 1866 г. Государственный совет принял проект Временных правил внутреннего распорядка в судебных установлениях. Статья 10 этих Правил гласит, что «присяжные поверенные имеют также особые, по приложенному описанию, знаки». В ст. 11 говорится, что «знаки, о коих упоминается в двух предыдущих статьях, надеваются при исполнении служебных обязанностей как на форменную, так и на неформенную одежду».

Более пятидесяти лет существовала российская присяжная адвокатура, и именно этот нагрудный знак являлся, по сути, единственным отличительным официальным атрибутом присяжного поверенного и элементом его корпоративной культуры. Знак постоянно носился членом сословия в петлице на левой стороне фрака, сюртука или лацкане пиджака.

Рисунок 3. Вариант оригинального знака присяжного поверенного. Серебро. Конец XIX в. Из собрания автора



Рисунок 4. Именной знак, принадлежащий присяжному поверенному Московской Судебной палаты Кесслеру М. И. Из собрания автора

Стоит отметить, что в дореволюционной России централизованного изготовления знака присяжного поверенного не осуществлялось. Это могло объясняться немногочисленным в то время сословием и отсутствием единого органа управления корпорацией. Каждый присяжный поверенный самостоятельно заказывал знак или несколько знаков в ювелирной мастерской, ориентируясь на утвержденный макет.

Учитывая, что знаки изготавливались по индивидуальным заказам, все исследованные автором оригинальные знаки, имеющиеся как в личной коллекции, так представленные на доступных в сети Интернет изображениях, отличаются друг от друга по размеру, технике и уровню ювелирного исполнения. Существуют как значительные по размеру знаки, высотой более 50 мм, так и небольшого размера (так называемые фрачные), высотой не более 15 мм. Большинство знаков

выполнены из двух и более накладных частей и представляют собой настоящее произведение ювелирного искусства (Рис. 2, 3).

Исключительно редко на таких знаках встречаются различные частные, так называемые владельческие надписи, позволяющие идентифицировать его владельца, а иногда и выяснить его биографию.

В коллекции автора имеется подобный уникальный знак. На его обороте (реверсе) и гайке выгравировано: «Н. П. Измайлов — М. И. Кесслеру 8.7.1915», «Хорошему и умному человеку и злому адвокату от души желаю счастливого плавания» (Рис. 4).

По архивным документам удалось узнать некоторые сведения о М. И. Кесслере. Так, во втором выпуске 49-го отчета Совета присяжных поверенных округа

Московской судебной палаты за май — август 1915 г. указано, что Кесслер был принят в сословие присяжных поверенных в июле 1915 г. (что подтверждается надписью на знаке). Этот присяжный поверенный был приписан к Московской Судебной Палате. Интересно, что одновременно с Кесслером присяжным поверенным стал И. Д. Браудэ, впоследствии известный советский адвокат. Дальнейшая судьба М. И. Кесслера, к сожалению, документально не прослеживается. Видимо, как и многие представители присяжной адвокатуры, после революции и упразднения присяжной адвокатуры он безвозвратно ушел из профессии, а возможно, стал жертвой творившегося в послереволюционный период произвола.

На закрутке винта другого подобного знака имеется надпись, датированная 1908 г.: «Молодому Присяжному Поверенному Г. С. Рейсеру от Патрона М. И. Буковского». Еще на одном знаке, изображение которого обнаружено в сети Интернет, выполнена надпись: «Сохрани его чистым всю жизнь». Подобные надписи наглядно свидетельствовали о значимости рассматриваемого символа присяжной адвокатуры и использовании его как элемента преемственности существовавших традиций.

Знак присутствует на всех парадных портретах и фотоснимках присяжных поверенных императорской России. В коллекции автора имеется несколько таких фотоснимков присяжных поверенных. Так, на одном из снимков, датированных специалистами периодом конца 60-х гг. XIX в., т. е. началом функционирования адвокатуры в России, изображен присяжный поверенный К. П. Слепнев,

известный как участник политических процессов 1870-х гг., в частности по так называемому делу нечаевцев. На левой стороне его фрака прекрасно просматривается большой знак присяжного поверенного, а ниже знак участника Кавказской войны 1817–1864 гг. — крест «За службу на Кавказе» (Рис. 5).

Интересен снимок неизвестного присяжного поверенного из Казани начала XX в., на котором тот с гордостью восседает во фраке с массивным знаком адвоката в окружении своего многочисленного семейства (Рис. 6).

Российские присяжные поверенные гордились своим знаком и, как видно на представленной «семейной фотографии», носили его даже в повседневной жизни.

Выдающийся русский адвокат Федор Плевако в своей защитительной речи по делу об убийстве присяжного поверенного Старосельского, говорил: «Тридцать лет я с честью ношу свой значок и никогда не согласился бы опозорить его...».

Другой знаменитый присяжный поверенный 19-го в. Владимир Спасович писал о знаке присяжных: «...никогда я не чувствовал себя бодрее; никогда еще не ощущал в себе больше гордости, что ношу знак, на котором изображен столп, но на этом столпе написано мелким шрифтом «законъ» под короною...». А присяжные поверенные в округе Одесской судебной палаты настолько уважали и ценили свой нагрудный знак, что еще долгий период времени носили после установления советской власти, выпилив со знака корону Российской империи.



Рисунок 5. Оригинальная фотография присяжного поверенного Слепнева К.П. со знаком. 1870-е г. Из собрания автора



Рисунок 7. Современный знак российского адвоката. Монетный двор. Серебро. Позолота

## Возрождение знака российского адвоката

В советский период существующая система не только адвокатских, но и других юридических «дореволюционных» должностных знаков была упразднена. Прежние знаки, да и само изображение со «столпом закона» перестали использоваться, а взамен ничего нового создано не было.

В это время практически не выпускались знаки на адвокатскую тематику. Первые такие знаки появились к 50-летию юбилею (1972 г.) советской адвокатуры и некоторых немногочисленных адвокатских коллегий того периода (Московской, Ленинградской, Ростовской, Крымской).

Знаков отличия с адвокатской символикой в советский период вообще не имелось. Символика подобного рода, тем более единая, отсутствовала в принципе.

Вновь созданными адвокатскими образованиями постсоветского периода учреждено множество нагрудных знаков, в том числе напоминающих первоначальный российский адвокатский знак, с использованием в качестве основного элемента изображения «столпа закона». После создания адвокатских палат большинство из них обзавелись и своим «фирменным» знаком. Однако ни один из знаков нового формата по стилю и уровню своего исполнения не соответствовал прежнему нагрудному знаку присяжного поверенного образца 1865–1866 гг.

Редко можно видеть адвокатов, которые носят «палатные» и иные адвокатские знаки на своей одежде. При этом автор ни разу не наблюдал, чтобы их носила женщина-адвокат (может быть, это связано с вышеуказанным обстоятельством об отсутствии внешней привлекательности таких знаков, что для женщины, безусловно, важно. — *Примеч. авт.*).





Рисунок 6. Оригинальная фотография присяжного поверенного со знаком в окружении семьи. Из собрания автора

При наличии множества адвокатских наград и знаков отсутствие единого нагрудного знака, символа, безусловно идентифицируемого с адвокатурой, являлось большим пробелом в истории современной корпорации. А это весьма важно, поскольку иногда коллеги, находящиеся, например, в суде, не всегда могут идентифицировать, кто из посетителей является адвокатом. Кроме того, очень часто адвокаты дают комментарии на телевидении, участвуют в иных публичных мероприятиях. Визуальное наличие на их одежде адвокатского знака единой формы лишней раз подчеркивало бы особый статус представителя адвокатуры, учитывая, что форменную одежду мы не используем.

И в этой связи принятое решение об утверждении единого нагрудного знака российского адвоката еще одна важная веха в истории отечественной адвокатуры, значение которой многогранно.

17 сентября 2015 г. Совет Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации от утвердил Положение о нагрудном знаке российских адвокатов. Также предписано до 17.04.2016 (даты 150-летия начала деятельности российской присяжной адвокатуры) организовать торжественное вручение нагрудных знаков российских адвокатов действующим адвокатам через руководителей адвокатских образований либо непосредственно советами адвокатских палат субъектов Российской Федерации.

Согласно Положению о нагрудном знаке основу знака представляет овалный рельефный веночек из металла серебристого цвета, состоящий с одной стороны из лавровых ветвей с листьями и зернами, с другой стороны — из дубовых ветвей с листьями и желудями; концы ветвей под колонной перевязаны лентой с бантом. Поверх основы на знаке расположено накладное изображение из металла золо-

тистого цвета «столп закона» — рельефная дорическая колонна на основании из трех ступеней; на высоте в 2/3 от основания колонны прямоугольник с надписью «ЗАКОНЪ»; на одноступенчатой капители колонны расположена императорская корона. Размер знака: высота 20 мм, ширина 15 мм.

Знак двухсоставной — из двух прикрепленных друг к другу деталей: колонны с короной и надписью «ЗАКОНЪ», которая наложена на венки. Третья деталь — элемент крепления к одежде. Возможно изготовление знака из драгоценных металлов или с применением покрытий из драгоценных металлов. Совет адвокатской палаты субъекта Российской Федерации вправе повторно выдать адвокату дополнительный нагрудный знак, а также заказать и выдать адвокату знак из драгоценных металлов или с покрытием из драгоценных металлов.

Нагрудный знак российских адвокатов предписано при ношении располагать на левой стороне груди и носить как на лацкане пиджака, так и на иной одежде. При этом адвокат обязан соблюдать требования п. 2 ст. 8 Кодекса профессиональной этики адвоката о необходимости придерживаться стиля одежды, соответствующего деловому общению.

Знак изготавливается на Московском монетном дворе в трех металлах: золоте, серебре и латуни — и централизованно распространяется через адвокатские палаты субъектов РФ. К настоящему времени еще не все адвокаты стали обладателями нагрудного знака, но активная работа корпорации в этом направлении продолжается.

## Вариативность мнений о новом знаке адвоката

Еще на стадии обсуждения идеи возрождения единого нагрудного знака в адвокатской среде выявились как ярые сторонники, так и противники такого решения. Обсуждались как обязательность ношения такого знака, так и различные варианты его изготовления.

К примеру, макет знака, утвержденный императором Александром II, имеет «обратное» изображение листьев венка, нежели на введенном в обиход современном знаке российского адвоката. Такое же расположение листьев на упомянутом именном знаке присяжного поверенного М. И. Кесслера. Однако на подавляющем большинстве знаков присяжных поверенных, которые представилось наблюдать автору, расположение ветвей обрамляющего колонну венка соответствует нынешнему знаку (Рис. 7).

Более того, в утвержденном в 1866 г. описании знака присяжного вообще было указано, что «знак изготовлялся из серебра, с изображением герба судебного ведомства, окруженного дубовым венком». Изображение такого знака присутствует на сайте «Суд присяжных» моего коллеги по увлечению историей адвокатуры — адвоката АП г. Москвы Сергея Насонова. Однако подобных нагрудных знаков автор никогда не встречал.

Впрочем, вопросы исполнения не так уж и важны, в частности, как расположены части венка современного адвокатского знака. Как говорится, на вкус и цвет товарищей нет. Важен сам факт возрождения и введения в адвокатской корпо-

рации такого знака как единого символа и яркого визуального элемента, объединяющего всю современную российскую адвокатуру.

Стоит отметить, что новый знак стал быстро набирать популярность в адвокатских кругах. Так, один из адвокатов на своем сайте пишет: «Его (знака) ношение вселяет уверенность, подчеркивает статус и вдохновляет». Недавно автор зашел в фирменный магазин Московского монетного двора и поинтересовался, имеются ли у них знаки, предлагаемые, согласно размещенной информации, к продаже по достаточно немаленькой цене, исполненные в серебре и золоте, на что получил отрицательный ответ с комментариями, что «подобного ажиотажного спроса они не ожидали».

### **Перспективы внедрения в обиход адвокатского знака**

Очень надеюсь, что вскоре каждый российский адвокат будет так же, как и его предшественники, с гордостью носить свой корпоративный знак не только в официальной обстановке, но и в повседневной жизни.

Изображение знака можно будет размещать на бланках документов, визитных карточках адвокатов и логотипах адвокатских образований. Стоит отметить, что похожий знак уже присутствует на логотипах некоторых

адвокатских образований, например Санкт-Петербургской объединенной коллегии адвокатов. Изображения знака, по мнению автора, необходимо использовать в подарочной и сувенирной продукции. В этой связи автору представляется необходимой регистрация прав на товарный знак.

Введение в обиход единого нагрудного знака российского адвоката требует внесения соответствующих дополнений в Кодекс профессиональной этики адвоката. Автор считает необходимым обязать адвоката носить нагрудный знак при участии в следственных действиях и в отправлении правосудия, а также в иных публичных мероприятиях.

Внедрение нагрудного знака как неотъемлемого атрибута и основного символа современной адвокатуры, несомненно, поспособствует укреплению статуса адвоката и его значимости в российском обществе. Автор убежден, что единый нагрудный знак российского адвоката не только станет весомым и ярким атрибутом современной российской адвокатуры, но и будет олицетворять собой корпоративное единство и стремление следовать славным традициям, заложенными еще нашими предшественниками. •

- *Представляется необходимым носить нагрудный знак адвоката на следственных действиях, при отправлении правосудия и на иных публичных мероприятиях*

# Разъяснения правоприменения в обзоре практики ВС РФ и новое в законодательстве

Государственная Дума Российской Федерации готовится к выборам. Законодательная деятельность ее пока приостановлена. Тем не менее июль был насыщен многими новеллами. Месяц обязан этим опубликованному обзору судебной практики Верховного Суда РФ за второе полугодие 2016 г. Подробнее об этом далее.



**Е. Ю. Лазарев,**  
адвокат МКА «ГРАД»

## Опубликован второй за 2016 г. обзор судебной практики ВС РФ

В документе обобщена практика, в частности, судебных коллегий по экономическим спорам, гражданским и административным делам. Среди прочего рассмотрены проблемы банкротства, недействительности сделок, защиты конкуренции. ВС РФ также ответил на актуальные вопросы, возникающие при разрешении споров.

Одно из интересных разъяснений касается вопроса о недействительности крупной сделки АО или ООО, которая заключена по поддельным документам

без согласия единственного участника. По мнению ВС РФ, такую сделку нельзя признать ничтожной, как совершенную с целью, противной основам правопорядка и нравственности.

*Документ: Обзор судебной практики ВС РФ № 2 (2016), утвержденный Президиумом ВС РФ 06.07.2016*

## Объект, созданный для обслуживания земельного участка, является его неотъемлемой частью

Сооружение является неотъемлемой частью земельного участка, если создано только для улучшения качества и обслуживания участка и не имеет самостоятельного функционального назначения. Этот объект не признается недвижимостью, права на которую подлежат госрегистрации.

*Документ: Обзор судебной практики ВС РФ № 2 (2016), утвержденный Президиумом ВС РФ 06.07.2016*





### **Право подрядчика удерживать результат работ до их оплаты можно исключить договором**

Подрядчик не передал заказчику исполнительную документацию, чтобы обеспечить требование об оплате выполненных работ. Заказчик обратился в суд, ссылаясь, в частности, на то, что право подрядчика на удержание исключено договором. ВС РФ признал такое договорное условие действительным.

*Документ: Обзор судебной практики ВС РФ № 2 (2016), утвержденный Президиумом ВС РФ 06.07.2016*

### **Для определения начала отсчета десятилетних сроков исковой давности появится новое правило**

С 1 сентября 2013 г. для ряда случаев в ГК РФ предусмотрены десятилетние сроки исковой давности. Согласно проекту они начинают течь не ранее этой даты.

Правило актуально, поскольку, в частности, нормы о десятилетних сроках исковой давности имеют обратную силу.

Такие нормы применяются в том числе к требованиям, сроки предъявления которых были определены ранее действовавшим законодательством и не истекли до 1 сентября 2013 г. Однако, как указал КС РФ, положение об обратной силе можно использовать не во всех случаях.

Исключение касается ситуаций, когда срок исполнения обязательств приравнен к моменту востребования или не определен. Сейчас срок исковой давности не может превышать 10 лет со дня возникновения этих обязательств. Если применять правило об обратной силе, получится, что по ряду обязательств такой срок уже истек.

Предлагаемые изменения позволят, в частности, законодательно закрепить

решение рассматриваемой проблемы. Лица, исковые требования которых в подобной ситуации не были удовлетворены из-за пропуска срока, смогут обжаловать судебные акты.

*Документ:* Проект Федерального закона № 1131006-6. Внесен в Госдуму 20 июля 2016 г.

## **Машино-место в здании можно будет продать или сдать в аренду как объект недвижимости**

С 2017 г. машино-место признается самостоятельным объектом недвижимости, если является частью здания или сооружения и имеет границы, описанные на основании законодательства о кадастровом учете. Машино-место может быть с ограждением или без него.

Сейчас находящееся в здании или сооружении парковочное место не считается самостоятельным объектом недвижимости. По мнению Минэкономразвития и некоторых судов, машино-место можно поставить на кадастровый учет и оформить в собственность как помещение. В случае когда парковочное место не соответствует требованиям к помещению (например, имеет границы, обозначенные лишь разметкой), рекомендуется регистрировать общую долевую собственность на здание, определив доли пропорционально размерам машино-мест.

Если на 1 января 2017 г. права на объект, который отвечает признакам машино-места, будут уже зарегистрированы, переоформлять их не потребуются. При наличии регистрации общей долевой собственности на помещение, здание, сооружение, предназначенные для стоянки,

каждый собственник сможет выделить свою долю и оформить право собственности на машино-место.

*Документ:* Федеральный закон от 03.07.2016 № 315-ФЗ (вступает в силу 1 января 2017 г., за исключением отдельных положений)

## **Расходы потерпевшего в ДТП на экспертизу автомобиля взыскиваются со страховщика как убытки**

Компания, с которой у потерпевшего заключен договор ОСАГО, не организовала независимую экспертизу поврежденной машины, хотя это ее обязанность. Потерпевший провел экспертизу за свой счет. По мнению ВС РФ, такие расходы взыскиваются со страховщика в составе убытков, а не страховой выплаты.

*Документ:* Обзор практики рассмотрения судами дел, утвержденный Президиумом ВС РФ 22.06.2016 (размещен на сайте ВС РФ 24 июня 2016 г.)

## **Забрать автомобиль со штрафстоянки можно будет до оплаты стоимости эвакуации и хранения**

С 1 сентября на федеральном уровне вводится правило о том, что в большинстве случаев вернуть ТС со специализированной стоянки удастся сразу после устранения причины задержания. Забрать автомобиль сможет владелец, его представитель или лицо, имеющее при себе документы на управление этим ТС.

В остальном субъекты РФ продолжают самостоятельно устанавливать порядок возврата ТС. В настоящее время у них больше свободы при определении таких правил. Например, в Москве, чтобы

- *Субъектам малого и среднего бизнеса за первое нарушение грозит не штраф, а предупреждение*

забрать автомобиль со спецстоянки, сначала нужно, в частности, оплатить стоимость его эвакуации и хранения. При этом за хранение владельцы платят, если автомобиль находился на стоянке полные сутки или более.

*Документ: Федеральный закон от 23.06.2016 № 205-ФЗ (вступает в силу 1 сентября 2016 г.)*

### **Взыскать неустойку можно, даже если сначала истец сослался на ст. 395 ГК РФ**

Когда законом или соглашением сторон за нарушение денежного обязательства предусмотрена неустойка, проценты за пользование чужими денежными средствами, как правило, не взыскиваются.

ВС РФ указал: если истец, которому положена неустойка, тем не менее ссылается на ст. 395 ГК РФ, это не основание отказать в удовлетворении иска. Вывод основан, в частности, на следующей позиции Пленума ВС РФ. Требование может быть удовлетворено, даже когда при его обосновании истец сослался на нормы, которые не подлежат применению в деле.

В указанном случае суд ставит перед сторонами вопрос о необходимости применить к их правоотношениям нормы о неустойке. Истец при этом может скорректировать размер исковых требований, а ответчик — заявить об уменьшении неустойки и представить необходимые доказательства.

*Документ: Обзор судебной практики ВС РФ № 2 (2016), утвержденный Президиумом ВС РФ 06.07.2016*

### **Субъектам малого и среднего бизнеса за первое нарушение грозит не штраф, а предупреждение**

Штраф за административное правонарушение, совершенное впервые и выявленное в ходе государственного или муниципального контроля (надзора), теперь подлежит замене на предупреждение. Правило применимо, в частности, когда в конкретной статье КоАП РФ наказание в виде предупреждения не предусмотрено.

Замена допустима, если нарушение не наносит имущественный ущерб, не причиняет вред жизни и здоровью

людей, окружающей среде, объектам культурного наследия и др.

Предупреждение вместо штрафа не назначается субъектам малого и среднего бизнеса при совершении отдельных нарушений. К ним относятся, например, недобросовестная конкуренция, подделка документов, незаконное вознаграждение от имени юрлица.

*Документ: Федеральный закон от 03.07.2016 № 316-ФЗ (вступил в силу 4 июля 2016 г.)*

## **Исковая давность продлевается на срок, необходимый для соблюдения претензионного порядка**

Период соблюдения обязательного претензионного порядка не включается в срок исковой давности. Течение срока на это время приостанавливается. Вывод ВС РФ основан на нормах ГК РФ, согласно которым течение срока исковой давности приостанавливается на период разрешения спора во внесудебном порядке.

*Документ: Определение ВС РФ от 06.06.2016 № 301-ЭС16-537*

## **За опасное вождение будет налагаться административный штраф 5 тыс. руб.**

Планируется, что рассматривать дела о нарушении запрета на опасное вождение будут вправе сотрудники ГИБДД. Запрет вступил в силу 8 июня 2016 г.

Сейчас, например, за совершение сразу нескольких действий, которые являются признаками опасного вождения, единое наказание не установлено. Представим ситуацию: водитель не обеспечил безопасный боковой интервал

и затем не уступил дорогу транспортному средству, у которого было преимущество в движении. Эти действия привели к угрозе возникновения ДТП. По существующим правилам водителя оштрафуют за первое нарушение на 1,5 тыс. руб. и могут оштрафовать за второе еще на 500 руб.

*Документ: Проект Федерального закона*

## **Если у судов будет техническая возможность, они организуют интернет-трансляцию заседаний**

Открытые судебные заседания согласно проекту допускается транслировать в том числе в Интернете. Трансляция не будет проводиться, например, когда суд общей юрисдикции рассматривает дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение.

Организовать интернет-трансляцию сможет сам суд. Кроме того, с разрешения суда ее будут вправе проводить лица, которые присутствуют при рассмотрении дела. При этом их действия не должны мешать порядку в заседании и могут быть, в частности, ограничены судом во времени.

Проект предусматривает общие особенности трансляции судебных заседаний, а также ряд изменений в ГПК РФ, АПК РФ и др. Отметим, что уже сейчас закреплена возможность интернет-трансляции открытых заседаний КС РФ. Более того, в случае, когда дело рассматривается по правилам КАС РФ, транслировать в Интернете открытое заседание допускается с разрешения суда.

*Документ: Проект Федерального закона № 1119011-6*

- *ВС РФ пришел к выводу о неправомерности уменьшения неустойки, по закону полагающейся потребителю*

### **Уменьшить размер выплачиваемой потребителю неустойки можно лишь в исключительных случаях**

Суд вправе это сделать, только если есть соответствующее заявление ответчика, а также доказательства того, что неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства. Суд также должен указать мотивы, по которым он признал уменьшение неустойки допустимым.

Аналогичная позиция уже неоднократно встречалась в практике ВС РФ и КС РФ. Применив ее вновь, ВС РФ пришел к выводу, что неустойка, которая по закону полагается потребителю, уменьшена неправомерно.

Отметим, спорные правоотношения возникли до того, как были внесены изменения в ст. 333 ГК РФ. Сейчас в ней закреплены в том числе особенности уменьшения неустойки в случае, когда обязательство нарушено лицом, которое ведет предпринимательскую деятельность. В частности, суд может снизить

размер неустойки, только если должник заявит об этом.

*Документ: Определение ВС РФ от 07.06.2016 № 78-КГ16-15*

### **За навязывание допуслуг при заключении договора ОСАГО страховым компаниям грозит штраф**

На сумму от 100 тыс. до 300 тыс. руб. оштрафуют, например, страховую фирму, если она навязывает допуслуги страхователю или лицу, которое собирается заключить договор обязательного страхования. Сейчас ответственность предусмотрена только для должностных лиц.

*Документ: Федеральный закон от 03.07.2016 № 319-ФЗ (вступает в силу 15 июля 2016 г.)*

*При формировании обзора использован интернет-ресурс «КонсультантПлюс: Новости для юриста». •*

# Отказ зарубежного суда в признании наличия нарушения в отношении зарегистрированного промышленного образца

Автор анализирует судебный акт иностранного государства<sup>1</sup>, связанный с отказом признать наличие нарушения в отношении зарегистрированного промышленного образца по делу PMS International Group Plc (Respondent) v Magmatic Limited (Appellant) [2016] UKSC 12.



**А. Ю. Сорокин,**  
юрисконсульт ООО  
«Телеком ИнфоПроект»

Статья предназначена для адвокатов, специализирующихся на защите результатов интеллектуальной собственности (на промышленных образцах, в частности).

Фабула дела (справочная информация по апелляционной жалобе в Верховный Суд): эта апелляционная жалоба касается предполагаемого нарушения зарегистрированного в ЕС промышленного образца № 43427-0001 (далее — ЗПО), владельцем которого является апеллянт-заявитель Magmatic Limited (далее — Magmatic Ltd).

ЗПО состоит из шести изображений, подготовленных при помощи программы 3D компьютерного автоматизированного

проектирования — Computer Assisted Design (далее — CAD).

ЗПО монохромный (т. е. одноцветный, однотонный, однокрасочный), с серым затенением и отчетливыми тональными контрастами.

Два его изображения показаны на рис. 1.

При просмотре изображения может показаться, что рога и, возможно, передняя и задняя застежки по-разному оттенены на теле. Однако, если шесть изображений рассмотреть в совокупности, станет ясно, что они такие же светло-серые, как и остальная часть тела, в то время как колеса, спицы, ремешок сверху, полоски спереди и сзади имеют черный оттенок.

Учредитель Magmatic Ltd, Роберт Ло (Robert Law), выиграл приз в 1998 г. за промышленный образец в виде детского чемодана-каталки (a ride-on suitcase for



- *Право на промышленный образец регламентируется Постановлением Совета (ЕС) № 6/2002 («Основное Постановление»), которое предусматривает, что промышленный образец подлежит охране в случае, если он является новым и оригинальным*

children), у которого были четыре колеса и ручка. Этот чемодан-каталка был известен как «Родео» («Rodeo»). Роберт Ло обновил его и обновленный образец подал на регистрацию в Бюро по гармонизации на внутреннем рынке — the Office for Harmonization in the Internal Market (OHIM).

28 октября 2003 г. Бюро опубликовало образец в качестве зарегистрированного в ЕС промышленного образца (ЗПО) с четким указанием, что изделие, изображенное на шести снимках, предназначено для использования в качестве чемоданов.

С мая 2004 г. Magmatic Ltd (вначале в качестве лицензиата, а с 2006 г. самостоятельно) производило и продавало детские чемоданы-каталки под торговой маркой «Транки» («Trunki»), форма которых очень похожа на ту, что указана в ЗПО. Вначале у продаваемых чемоданов «Транки» корпус и ремень были одного цвета, рога

и колеса — другого цвета, полосы, застежки и колеса-спицы — третьего цвета, орнамента не было. Последующие модели имели несколько иную окраску, включая орнамент. Два примера таких последующих моделей, в основе которых лежат образы, содержащиеся в зарегистрированных в ЕС промышленных образцах, с заявкой на регистрацию которых Magmatic Ltd обратилось в 2010 г., показаны ниже. Изображения, вошедшие в эти поздние регистрации, включают оба цветных изображения в CAD с разметкой и чертежи с разметкой. Два из тех зарегистрированных образцов, включающих изображения в CAD, показаны на рис. 2.

У первого образца корпус красного цвета; рога, нос, пятна, нижняя часть корпуса спереди, прокладки, ручки, колеса — черные; центр носа и спицы — белые.

У второго образца корпус оранжевого цвета; рога, передние лапы, нос и коле-



Рисунок 1

са — белые; пятна, центр носа, спицы, ручки и прокладки — черные.

В феврале 2013 г. Magmatic Ltd обратилось в суд за возмещением убытков и судебным запретом в отношении ответчика, PMS International Group Plc, ссылаясь на то, что ответчик импортировал и продавал в Соединенном Королевстве и Германии чемодан Kiddee («Kiddee Case») в нарушение ЗПО. Вот два примера чемодана Kiddee на рис. 3.

Следует отметить, что в каждом примере Kiddee это чемодан с рядом особенностей, схожих с ЗПО. Например, он спроектирован наподобие животного с колесами на каждом из четырех нижних углов, имеет застежку спереди, седлообразный верх, так что на нем можно ехать.

С другой стороны, имеются отличия от ЗПО, такие как:

— яркий окрас (в первом примере два основных цвета, а именно красный и черный, а во втором примере — это оранжевый);

- глаза спереди;
- группа больших пятен или кругов, расположенных на задней части корпуса (в первом примере);
- полоски и усы (во втором примере);
- неизваянный хребет и покрытые колеса.

Палкой о двух концах в определении сходства чемодана Kiddee с ЗПО является следующее: чемодан Kiddee имеет две выпуклости спереди, но это усики или ушки, а не рога и, хотя он имеет хребет вдоль передней, центральной и задней частей корпуса, форма этого хребта отличается от формы по ЗПО.

В первой инстанции судья Арнольд (Arnold J.) счел среди прочего, что со стороны PMS International Group Plc (чемодан Kiddee) имеется нарушение в отношении Magmatic Ltd (ЗПО № 43427-0001).

Апелляционный же суд встал на сторону PMS International Group Plc. Magmatic Ltd обратилось в Верховный Суд.

Постановление (Judgment): Верховный Суд единогласно отклонил апелляцию





Рисунок 2

Magmatic Ltd. Лорд Нойбергер вынес постановление, с которым согласны другие судьи.

Обоснование Постановления<sup>3</sup> (reasons for the Judgment): право на промышленный образец регламентируется Постановлением Совета (ЕС) № 6/2002 («Основное Постановление»), которое предусматривает, что промышленный образец подлежит охране в случае, если он является новым и оригинальным [7]. Важно созданное им общее впечатление — что потенциальные клиенты оценят это на основе его различительной способности [6, 10].

Рассматривая вопрос такого характера, апелляционному суду не стоит отменять решение судьи первой инстанции, если он допустил ошибку в принципе [24]. Апелляционный суд решил этот вопрос для себя и пришел к иному заключению (в отличие от судьи первой инстанции) на основании трех критических замечаний в подходе судьи первой инстанции [16–22]. Поэтому главным вопросом в этой апелляции является следующий:

были ли обоснованы эти критические замечания [26].

Первым критическим замечанием было то, что судье первой инстанции не удалось дать правильную оценку общему впечатлению ЗПО в качестве животного с рогами, которое существенно отличается от впечатления, создаваемого чемоданом Kiddee, который представляет собой либо насекомое с усиками, либо животное с ушами [21]. Общее впечатление, создаваемое ЗПО, действительно представляет собой рогатое животное; и судья первой инстанции непосредственно не ссылается на это при сравнении ЗПО с чемоданом Kiddee [37]. Нельзя ожидать от судьи первой инстанции в каждом деле ссылки на все моменты, повлиявшие на его решение, но когда судья вынес полное и взвешенное решение, добросовестно выявив значительное число особенностей, склонивших его к принятию решения, апелляционный суд может правильно сделать вывод, что отсутствие упоминания судьей важной особенности означает, что он упустил ее из виду. И это был тот случай [39].



Рисунок 3

Вторым критическим замечанием было то, что судья первой инстанции не принял во внимание эффект отсутствия орнамента на поверхности корпуса ЗПО [21], т. е. что отсутствие декора усиливает впечатление рогатого животного [40]. Это имело ограниченную силу, если оно просто состояло из таких элементов, как глаза и рот, любое украшение могло бы отвлечь внимание от впечатления животного, можно сказать, что даже такие элементы способны отвлечь внимание от рогов [41]. Второе критическое замечание апелляционного суда было правильным, хотя это только относительно небольшая особенность, немного усиливающая первое критическое замечание [49].

Третьим критическим замечанием было то, что судья первой инстанции проигнорировал цветовой контраст в ЗПО между корпусом чемодана и его колесами [21]. «Очевидно за форму чемодана» принята формула изобретения, вследствие чего украшениями чемодана Kiddee можно пренебречь [51]. ЗПО состояло из изображений в САДе, основная часть которых выполнена равномерно серым цветом,

в то время как полосы, ремень и колеса — черным цветом. Естественно предположить, что предназначением показанных в черном цвете компонентов является то, чтобы контрастировать с основной частью изображения. Поэтому апелляционный суд был прав: жалоба на нарушение ЗПО состояла не только в форме, но в форме в двух контрастных цветах [53], и судья первой инстанции был не прав, считая, что жалоба на нарушение ЗПО заключалась в форме [53].

Соответственно, апелляционный суд был прав, полагая, что судья первой инстанции фактически двигался в неправильном направлении, хотя мог должным образом рассмотреть вопрос о нарушении прав как таковых. Как только стоило бы приблизиться к вопросу о нарушении, опираясь на правильную правовую основу, Верховный Суд был бы очень медлителен в воспрепятствовании заключению о том, что чемодан Kiddee не нарушает ЗПО [56]. Верховный Суд с симпатией относится к Magmatic Ltd и Роберту Ло, так как идея чемодана Trunki умна, однако право на промышленный образец

- *Судья первой инстанции двигался в неправильном направлении, хотя мог должным образом рассмотреть вопрос о нарушении прав как таковых*

предназначено для защиты промышленных образцов, а не идей [57].

Magmatic Ltd заявило, что второе критическое замечание подняло следующий вопрос: может ли с точки зрения закона отсутствие орнамента считаться особенностью промышленного образца, и если да, то было ли это особенностью ЗПО в этом случае [42]. Magmatic Ltd при поддержке Генерального контролера по патентам на промышленные образцы и товарные знаки (the Comptroller General of Patents Designs and Trademarks) также утверждало, что этот вопрос должен быть передан на рассмотрение Суда справедливости Европейского союза (the Court of Justice of the European Union), так как этот вопрос не относится ни к «ясной норме, не требующей толкования» (acte clair), ни к «истолкованной норме» (acte éclairé) [42].

Верховный Суд отклонил оба аргумента. Апелляционный суд отдельно не поднимал вопрос о том, что отсутствие украшения является особенностью ЗПО [43]. В любом случае нельзя утверждать, что отсутствие орнамента не может быть осо-

бенностью ЗПО [44–48, 60]. Что касается вопроса о том, является ли отсутствие украшений особенностью ЗПО в настоящем деле, то апелляционный суд не разрешил этот вопрос. В настоящей апелляции и Верховному Суду нет необходимости это делать [50]. Следовательно, отсутствует необходимость обращения в Суд справедливости Европейского союза, и апелляция Magmatic Ltd отклоняется [59–61]. •

- 
- 1 Постановление Верховного Суда Великобритании вынесено 9 марта 2016 г. опубликовано на сайте: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0147-judgment.pdf> Резюме для прессы опубликовано на сайте: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0147-press-summary.pdf>
  - 2 Пункты Постановления обозначены ссылками в квадратных скобках

# Судебная практика защиты ТСЖ по иску Мосэнергосбыта о взыскании денежных средств за электроэнергию

Продолжающееся длительное время реформирование ЖКХ породило ситуацию, когда жилые дома на протяжении последних 20–25 лет неоднократно переходили из управления сначала ЖЭКов и ДЭЗов в ТСЖ и УК, а теперь самих собственников, новых ТСЖ и УК и прочих организаций. И так, по-видимому, будет продолжаться и дальше.



**Д. И. Гизатуллин,**  
адвокат АПМО

В возникающей неразберихе зачастую возникают ситуации, когда энергопоставляющие организации вынуждены предъявлять иски о взыскании денежных средств за поставленные ресурсы организациям, управляющим домами, которые порой не должны нести ответственность за предшественников. В такую ситуацию попало защищаемое мною ТСЖ «Трубниковский, 24», управляющее

домом в центре Москвы, и собственники жилья этого дома.

Их права удалось отстоять во всех судебных инстанциях Московского арбитражного округа, не допустить взыскания Мосэнергосбытом крупной суммы денежных средств с 10 семей, проживающих в доме.

В такую ситуацию может попасть практически каждый житель Москвы. Поэтому вашему вниманию предлагается отзыв на кассационную жалобу, содержащую информацию о сути претензий Мосэнергосбыта и возможных мерах по защите интересов ТСЖ и собственников жилья.

- *Ответчиками по искам за поставленные ресурсы становятся управляющие компании, которые не несут ответственность за своих предшественников*

*Образец*

В Арбитражный суд Московского округа  
127994, Москва, ГСП-4, ул. Селезневская, д. 9  
Истец: ОАО «Мосэнергосбыт»  
125252, Москва, ул. Вавилова, д. 9, Факс: 8(499)240-26-35  
Ответчик: товарищество собственников жилья «Трубниковский, 24»  
119021, Москва, Трубниковский переулок, д. 24, стр.1  
По делу № А40-47733/14

## **О Т З Ы В** **на кассационную жалобу**

Решением суда первой инстанции, оставленным в силе постановлением суда апелляционной инстанции, в удовлетворении иска отказано.

Истцом обжалованы указанные решения по доводам, изложенным в кассационной жалобе.

С кассационной жалобой не согласен по следующим основаниям.

Доводы представителя истца, изложенные в кассационной жалобе, о заключении договора электроснабжения «28.08.2013 и его действия с 20.08.2015», просрочке ответчиком оплаты за поставленную в период с 24 по 31 января 2014 г. электроэнергию не подтверждаются соответствующими сведениями и опровергаются доказательствами, имеющимися в деле.

В соответствии с п.1 ст. 291 ГК РФ собственники квартир для обеспечения эксплуатации многоквартирного дома 24, стр. 1 пер. Трубниковский г. Москвы в октябре 2004 г. образовали товарищество собственников жилья «Трубниковский, 24» (далее — ТСЖ «Трубниковский, 24», ответчик).

На основании распоряжения префекта ЦАО Москвы от 21 декабря 2007 г. № 7017 и акта от 31.07.2008 указанный многоквартирный дом передан ГУП ДЭЗ р-на Арбат в управление ответчику.

При этом приборы учета электроснабжения, акты их установки и приемки в эксплуатацию, паспорта на них не передавались, осмотр и проверка состояния на соответствие эксплуатационным и иным обязательным требованиям приборов учета, электрического оборудования, разграничение эксплуатационной ответственности сетей электроснабжения не осуществлялись.

С момента приема дома ТСЖ «Трубниковский, 24» в управление по 2013 г. ни ГУП ДЕЗ р-на Арбат, ни ОАО «Мосэнергосбыт» не предпринимались меры по восстановлению документации по электроснабжению дома, поверки счетчиков, контрольному снятию показаний с них, разграничению эксплуатационной ответственности и передачи в установленном порядке дома ответчику.

Между тем согласно письму истца в адрес третьего лица от 10.11.2011, представленному истцом (т. 2, л. д. 29), выполнение указанных требований является обязательным

для заключения договора между истцом и ответчиком и производства взаиморасчетов за полученную электроэнергию.

В этот период, как установлено судебными решениями Арбитражного суда г. Москвы по делам № А40-139397/12 и № А40-68621/13, общедомовое имущество (подвал) использовал Департамент городского имущества Москвы путем сдачи в аренду без оплаты коммунальных и эксплуатационных расходов.

Согласно акту ОАО «Мосэнергосбыт» от 10.06.2009 арендатором нежилых помещений осуществлялось несанкционированное потребление электроэнергии.

В связи с этим ответчик неоднократно обращался к истцу, в органы местного самоуправления с просьбами заключить договор на электроснабжение многоквартирного дома.

Из писем правительства Москвы от 21.03.2013, переписки ОАО «Мосэнергосбыт» и ТСЖ «Трубниковский, 24» следует, что объект электроснабжения находился в управлении ГУП ДЭЗ р-на Арбат, с которым до 2013 г. у АОА «Мосэнергосбыт» был заключен договор электроснабжения многоквартирного дома в отсутствие договора с ТСЖ «Трубниковский, 24». Данные обстоятельства подтверждаются приложенными истцом к пояснениям письмами от 15.04.2013 и 06.06.2013.

Только 23.01.2014 между ОАО «Мосэнергосбыт» и ТСЖ «Трубниковский, 24» был заключен договор электроснабжения с исполнителем коммунальных услуг, действующий с 24 января 2014 г. по 31 декабря 2013 г. (п. 8.1 договора). При этом доводы истца о просрочке ответчика подписания договора не подтверждаются доказательствами направления договора ответчику 28.08.2013 и опровергаются датами подписания и действия договора, приложений к нему, устанавливающих порядок определения и оплаты электроэнергии (п. 8.1, Приложения № 4 и 5 договора).

Доводы представителя истца, изложенные в кассационной жалобе, о заключении договора электроснабжения «28.08.2013 и его действии с 20.08.2015» с учетом наличия в деле акта осмотра и технической проверки средств измерений электроэнергии и схем их включения от 28.08.2013 голословны и, очевидно, ошибочны, поскольку указанного документа в деле нет.

Утверждение кассатора о заключении договора с «28.08.2013 и его действии с 20.08.2015» с одновременным допущением его действия с 24.01.2014, при указании в договоре срока его действия с 24 января 2014 г. по 31 декабря 2013 г. (п. 8.1 договора) вовсе несообразны.

Указанные доводы истца также не соответствуют требованиям ст. 425, 432 и 433 ГК РФ, согласно которым договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной. Договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения.

Истцом каких-либо убедительных доказательств, исключающих применение приведенных правовых норм, не представлено.

Более того, позиция истца о заключении договора 20.08.2013 не подтверждается доказательствами его исполнения истцом с этой даты, например, отчетами об отпуске и актами приемки-передачи электроэнергии, счетами и прочими документами о его заключении и исполнении.

Согласно договору истец обязался поставлять ответчику электроэнергию (мощность) в максимальном объеме в размере 31,5 кВт.ч, обладая возможностью ограничения мощности в случае ее превышения. Ответчик обязался не присоединять энергопринимающие устройства, потребляющие свыше 8,5 кВт.ч, соблюдать режим потребления мощности (п. 1.1, 2.1.3, 2.2.1, 3.1.2, 3.1.6, 3.1.11, Приложения 2, 3). Истцом не доказано получение ответчиком за 7 дней января 2014 г. или за весь январь, как утверждает истец, 225 243 кВт.ч, т. е. соответственно 1341 кВт.ч, или 302,75 кВт.ч при максимальной выделенной мощности 31,5 кВт.ч, а равно принятие истцом предусмотренных договором мер на подобное «сверхпотребление».

В соответствии с п. 4.10, 4.12, 4.14 договора приборы учета используются в расчетах с момента их поверки и допуска в эксплуатацию, соответствующей маркировки, активирования и протоколирования. Истцом не представлены доказательства соблюдения указанных требований, обуславливающих возможность применения приборов учета, указанных в расчетных документах истца.

На основании п. 5.1, 5.3, 5.4 и Приложения 4 договора фактический объем поставленной электроэнергии определяется на основании акта снятия показаний и акта приема-передачи электроэнергии, представляемых абонентом до 26 числа текущего месяца, подписываемых сторонами. С учетом вступления в силу договора 24.01.2014, невозможностью использования старых приборов учета без проверки и допуска в эксплуатацию, их предстоящей заменой на новые, по согласованию с истцом за январь 2014 г. снятие показаний с приборов учета электроэнергии не осуществлялось.

В этой связи 30.01.2014 ответчиком заявлено о замене счетчиков, необходимости их программирования, которое было произведено в начале февраля 2014 г. Данные обстоятельства подтверждаются письмом ответчика, документами о приобретении счетчиков, их паспортами, актом выполненных работ, счетами истца, выставляемыми на основании установленных новых счетчиков.

Однако в нарушении достигнутой договоренности и п. 2.2.4, 5.1 и 5.4 договора о возможности внеплановой проверки приборов учета в случае непредставления абонентом показаний более 2 расчетных периодов подряд и порядке оплаты поставки истец 30 января 2014 г. оформил в одностороннем порядке служебную записку, акт приема-передачи электроэнергии и счет на оплату электроэнергии за январь 2014 г.

При этом в указанном счете, исходя из заявленных истцом показаний потребления ответчиком электроэнергии в январе 2014 г., следовало указать фактическое потребление в объеме 42 291 кВт.ч (21 963+20 328), но вместо этого указано — 225 243 кВт.ч.



Кроме того, несмотря на истребование судом у истца и в ГУП ДЭЗ р-на Арбат документов о взаиморасчетах сторон вплоть до заключения договора электроснабжения с ТСЖ «Трубниковский, 24», какие-либо документы не представлены. Доводы ответчика о несанкционированном потреблении электроэнергии, необоснованном требовании оплаты электричества, не поставленного ответчику, подтвержденные вышеуказанными доказательствами, не опровергнуты.

Таким образом, предъявление ответчику к оплате потребления за 7 дней января 2014 г. 225 243 кВт.ч в сумме 1 013 593,50 руб., правильность расчета поставки не подтверждается какими-либо объективными сведениями.

Оценивая имеющиеся доказательства, следует принять во внимание, что дом, в который поставляется электроэнергия, одноподъездный, пятиэтажный, 10-квартирный, общее потребление осуществляется в объеме, необходимом для использования лифта и освещения 5 лестничных клеток. За 7 дней января 2014 г. потребить заявленные истцом 225 243 кВт.ч, т. е. 1341 кВт.ч при максимальной выделенной мощности 31,5 кВт.ч было невозможно.

Фактическое потребление электроэнергии по договору фиксировалось по новым приборам учета, которое составило на основании актов № Э-62-13956 от 28.02.2014 — 1270 кВт.ч на сумму 5715 руб. и № Э-62-21449 от 31.03.2014 — 1101 кВт.ч на сумму 4132,16 руб. Их оплата произведена, истец претензий по объему поставок электроэнергии и размерам оплаты не имеет. Всего за первое полугодие 2014 г. по указанным документам, а также отчетам об отпуске мощности ответчиком получено 9953 кВт.ч электроэнергии.

Следовательно, потребление 225 243 кВт.ч за 7 дней января 2014 г. противоестественно, а заявленные исковые требования абсурдны, не подтверждаются убедительными доказательствами.

Доводы истца всесторонне, полно и объективно были исследованы судами первой и апелляционной инстанций и получили должную оценку.

По указанным обстоятельствам доводы кассатора о нарушении обжалованными судебными актами каких-либо его прав и законных интересов являются ошибочными и не соответствуют материалам дела.

В связи с изложенным, прошу оставить решение арбитражного суда первой инстанции и постановление апелляционного суда без изменений, а кассационную жалобу без удовлетворения.

Приложение: копия доверенности представителя.

Представитель ТСЖ «Трубниковский, 24»

Д. И. Гизатуллин



# Факты и вопросы экспертизы в гражданском процессе

По мере расширения наших познаний о мире и человеке специальные знания в науке и технике оказывают все большее влияние на решение правовых вопросов. Только римляне могли предаваться чистому искусству права. В новое время такое уже невозможно, вспомним, например, дискуссию XIX века о юридической квалификации похищения электрической энергии. Дело суда — разрешение вопросов права, а не распознавание природы физических или психических явлений. Для этого существует институт судебной экспертизы. Но вот с чем приходится сталкиваться... Рассмотрим два примера.

**А. В. Поляков,**  
адвокат АП Москвы

## Спор о признании завещания недействительным

Основание иска: наследодатель (умерший от онкологического заболевания) якобы находился в состоянии неспособности понимать значение своих действий или руководить ими (заурядное, в общем-то, требование). Единственный вопрос, требующий экспертного разрешения — психическое состояние наследодателя в день составления завещания. По сути, ответ на этот единственный вопрос предрешает исход дела. Понимая, что вероятность отрицательного ответа близка к 100%, адвокаты истцов сформулировали второй вопрос: «Влияет ли состояние, в котором находился наследодатель, на осознание им происходящих событий, в том числе на излишнюю доверчивость и внушаемость со стороны».

Врачи оказались на высоте. Невозможность установления психического состояния они обосновали отсутствием каких-либо объективных к тому данных. А вот второй ответ: «Вопрос о влиянии состояния, в котором находился наследодатель, на осознание является *методологически неверным*, так как предполагает теоретические (предполагаемые) выводы». Узнав о результатах экспертизы, адвокаты из процесса бежали, истцы в заседание не явились, и суд оставил иск без рассмотрения. — *Примеч. авт.*

## Второй случай

Спор о земельном участке (616 кв. м) и садовом домике (67,3 кв. м). Истец, ссылаясь на незначительность доли ответчика (1/9 в земле и 1/6 в строении), невозможность реального ее выделения и отсутствие существенного интереса в использовании общего имущества, просил обязать выплатить ответчику компенсацию. Во встречном иске ответ-



чик просил выделить 1/6 долю в натуре и определить порядок пользования земельным участком.

Стороны предложили экспертам вопросы: истец — «возможен ли без соразмерного ущерба выдел 1/6 доли в натуре», ответчик — «предоставить возможные варианты определения порядка пользования». Всего, таким образом, два вопроса.

Поразмыслив, суд поставил на разрешение экспертизы 11 вопросов. Среди них: «определить стоимость жилого строения», «как изменится долевое соотношение сторон»; «сложился ли порядок пользования земельным участком» и др.

Нельзя сказать, что эксперты проявили большой профессионализм. Например, отвечая на вопрос о возможности выдела без соразмерного ущерба, эксперт изложил, что «не может со стопроцентной уверенностью утверждать, может ли

переоборудование сказаться на несущей способности строения, а следовательно, привести к ухудшению его технического состояния в результате нарушения внутренних связей и с учетом возраста строения, но определенные опасения у эксперта имеются».

Итак, оба случая объединяет избыточное количество вопросов. В чем ошибка?

В нарушении принципа *frustra admittitur probandum quod probatum non relevat* — нет надобности доказывать несущественные для разрешения спора факты (а в отношении определения стоимости строения во втором примере — и правило *confessus pro iudicato habetur* — признание не требует дальнейших доказательств, — поскольку спора о стоимости нет, она признана обеими сторонами).

С Цезаре Беккария обычаем юристов стало сравнение судебного спора

- *При назначении экспертизы суду предписано указывать конечную цель исследования — факты, для подтверждения или опровержения коих экспертиза назначается*

с построением силлогизма: бóльшая посылка дана законом, мéньшая — обстоятельствами (фактами) дела; право вытекает из фактов, является их логическим следствием. Кронид Иванович Малышев подметил: «... опыт показывает, что вопрос факта вызывает более всего споров и требует от суда самой усиленной работы. Когда существование факта удостоверено, то применение к нему закона обыкновенно не трудно». Установление меньшей посылки, ведущей к заключению о праве, и есть работа юриста. Его задача — оценить факты, выделить, во-первых, те, из которых скапливается юридический состав, и, во-вторых, существенные для данного дела. Поэтому стадия подготовки дела, пожалуй, самая важная; именно на этом этапе производится работа, требующая специального юридического образования: при установлении правоотношения сторон, определении существенных обстоя-

тельств и применимого закона, а также при правильном распределении бремени доказывания дальнейшее рассмотрение уже вполне по силам судьям не профессиональным, а присяжным (нечто подобное было еще в древнем римском процессе: стадии *in iure* — перед претором-юристом, который приискивал подходящую формулу (т. е. решал вопросы права) и назначал судью, и *in iudicio* — перед гражданским судьей, который исследовал доказательства спорных фактов и выносил решение).

Итак, факты. Процессуальный закон требует не только формулирования вопросов. При назначении экспертизы суду предписано указывать конечную цель исследования — те факты, для подтверждения или опровержения коих экспертиза назначается (такого категорического требования не было ни в советских процессуальных кодексах, ни в Уставе гражданского судопроизвод-

ства, там содержались лишь весьма неопределенные указания на то, «по каким предметам» или «по каким обстоятельствам» требуется заключение экспертов). К сожалению, суды об этом часто забывают, ограничиваясь одними лишь вопросами.

Безусловно, обязанность установить утверждаемые сторонами факты предоставляет суду право задавать любые вопросы сторонам, свидетелям, экспертам. Но при этом суд все же должен руководствоваться определенными правилами, а именно: а) подлежит ли данный факт доказыванию, б) требует ли данный факт доказывания, в) может ли быть по закону допущен данный вид доказывания.

В силу принципа *jura novit curia* суд не может не понимать избыточность многих вопросов, предлагаемых сторонами эксперту. Но вынужден мотивировать отказ в их постановке. Само по себе это правильно: решения суда должны быть понятны, а значит — объяснены. Но это создает и дополнительную работу, достаточно сложную, поскольку известно, что чем глупее вопрос, тем сложнее обосновать его отклонение. Не может же в самом деле суд отвести вопрос лишь ссылкой на его дурость или подлость.

Ни количество, ни существо вопросов не исключает возможности дальнейшего движения дела. Не предусмотрена возможность обжалования определений о назначении экспертизы и процессуальным кодексом. Следовательно, вопрос об исправлении таких недостатков не может быть вынесен на обсуждение вышестоящей инстанции отдельно

от итогового решения. Можно, конечно, надеяться на свободную оценку доказательств судом. Но если сам суд поставил вопросы, явно выходящие за пределы компетенции сведущих людей, переложил на них бремя решения вопросов права, то надежда эта, пожалуй, весьма иллюзорна.

Вопросы права решает только и исключительно сам суд — эту *maxim*'у заучивают студенты начальных курсов, Верховный Суд напоминает об этом периодически. Как быть, если суд все же поставил такие вопросы?

К сожалению, опыт прошлого в данном случае помочь не может. Заключение сведущих людей так же, как и сейчас, не могло быть обжаловано отдельно от апелляции в целом, но, в отличие от современного процесса, не было доказательством, а способом проверки доказательств (прежде чем войти в рассмотрение представленных доказательств по существу, т. е. прежде чем приступить к определению силы и значения доказательств по их внутреннему содержанию для установления истинности удостоверяемых ими фактов, необходимо было установить достоверность самого доказательства). Принципиальная разница состоит в том, что сведущие люди не удостоверяли фактов, а придавали установленным фактам известное значение и смысл, делали из них выводы и умозаключения.

Наиболее естественный путь — передать вопрос на разрешение вышестоящей инстанции. Правда, здесь надо различать две стадии: подготовку к экспертному исследованию и собственно заключе-

ние сведущих людей. Заключение экспертов, как и иной вид доказательств, важен лишь тем, какой вывод сделает из него суд. Поэтому самостоятельный спор против состоявшегося экспертного заключения так же неуместен, как обжалование того или иного свидетельского показания.

Иное дело подготовка. Если сравнить экспертизу с допросом свидетеля, то реализация права выбора вопросов для свидетеля не зависит от взаимного согласия сторон и суда (в рамках относимости), поэтому неуместные вопросы одной стороны могут быть нивелированы правильными вопросами другой или самого суда. Право же постановки вопросов экспертам — исключительное право суда. И вот здесь ошибка неисправима и даже фатальна — в случаях постановки вопросов о праве. Можно, конечно, уповать на апелляцию, но как говорил Иосиф Соломонович Иосилевич, плохо, когда вся надежда на последнюю инстанцию.

Исключительное право постановки вопросов судом может быть преодолено только вышестоящим судом. Но для этого стороны должны иметь соответствующее средство — право частного спора против поставленных судом вопросов. Оно могло бы быть реализовано в определенной степени — только в части обжалования постановки вопросов права. Но появится ли в новом еди-

ном процессуальном кодексе такое право у сторон — неизвестно.

Есть ли хоть какое-то средство для лечения этой болезни? Пожалуй, только одно. Квалификация юриста предполагает наличие у него познаний в праве, в крайнем случае — знакомство с текстом закона. Если юрист (судья) не выполняет то, что предписано ему законом, то можно говорить об отсутствии надлежащей квалификации. Закон говорит, что: а) надо указать факты, для подтверждения (или опровержения) которых назначается экспертиза, и б) вопросов о праве перед экспертами ставить отнюдь не следует. Если судья не сделал первого и сделал второе — значит его компетентность и добросовестность под сомнением. А проверить ее может только специальная судебская коллегия.

Пока же остается надеяться на лучшее и закончить статью сентенцией Рудольфа фон Иеринга: «Какая легкая вещь обрабатывать поле или заниматься каким-нибудь ремеслом в сравнении с задачей решать труднейшие юридические вопросы!». •

- *Законом не предусмотрена возможность обжалования определений о назначении экспертизы*

# Нарушение интеллектуальных прав в сети «Интернет». Кто несет ответственность?

Нарушения интеллектуальных прав в Интернете характеризуются особенностью, которая часто усложняет рассмотрение данной категории дел. Сложность, прежде всего, заключается в наличии нескольких субъектов правового регулирования, которые могут нести ответственность за нарушение прав правообладателя.



**А. В. Ционский,**  
адвокат МОКА «Интер-  
Лига»

Администратор доменного имени как лицо, которое непосредственно создает технические условия для посещения интернет сайта, обладает возможностью самостоятельно наполнять контент сайта, размещать ту или иную информацию, в том числе объекты интеллектуальных прав. Полномочия администратора по использованию доменного имени закреплены в Правилах регистрации доменных имен в доменах RU и РФ, утвержденных Координационным центром национального домена сети «Интернет» 05.10.2011 №2011-18/81 (далее — Правила). Несмотря на несомненный плюс наличия подобных Правил, нужно сказать, что некоторые их

положения являются недоработанными с правовой точки зрения. Например, термины «Пользователь» и «Администратор домена» фактически дублируют друг друга: под администратором понимается пользователь, который определяет порядок использования домена, причем оба действуют на основании договора о регистрации доменного имени. Таким образом, и администратор, и пользователь выполняют одни и те же функции и действуют на одинаковых правовых основаниях, что может вызывать неопределенность<sup>1</sup>.

В соответствии со сложившейся судебной практикой администратор доменного имени несет ответственность за нарушение исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, совершенное на администрируемом им сайте. Одним из самых обсуждаемых за последнее время дел касательно ответственности администратора домен-



- *Лицо, фактически использовавшее доменное имя, и администратор доменного имени несут солидарную ответственность*

ного имени сайта был иск против социальной сети «ВКонтакте» за нарушение исключительных авторских прав на ряд музыкальных произведений. Суды, исходя из информации аккредитованного регистратора имен в домене RU, установили, что администратором доменного имени [www.vkontakte.ru](http://www.vkontakte.ru) являлся ответчик. Все инстанции сошлись на том, что именно ответчик может рассматриваться в качестве лица, в определенной степени виновного как в использовании, так и в распространении информации на своем сайте, включая размещения фонограмм музыкальных произведений без получения согласия правообладателей<sup>2</sup>.

Что касается ответственности администратора за нарушение прав на товарный знак, выражающееся в незаконном использовании доменного имени, то позиция судов по этому вопросу сформулирована в п 1.2. Справки по вопросам, возникающим при рассмотрении доменных споров

(утверждена постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 марта 2014 г. № СП-21/4). Президиум постановил, что требование о возмещении убытков за незаконное использование товарного знака при использовании доменного имени и требование о взыскании компенсации может быть предъявлено как к лицу, фактически незаконно использовавшему доменное имя, сходное до степени смешения с товарным знаком правообладателя, так и к администратору доменного имени. Указанные лица несут солидарную ответственность.

Проблема, которая может возникнуть у правообладателя, чьи интеллектуальные права нарушены, заключается в физическом поиске ответственного за нарушение лица. Нужно заметить, что некоторое время назад для регистрации домена в зоне RU было необходимо документальное подтверждение идентифицирующих данных, для чего юридическим и физиче-

ским лицам необходимо было заключить договор в офисе одного из регистраторов доменных имен либо совершить действия, признаваемые в договоре-оферте акцептом, при этом предоставив удостоверяющие личность документы<sup>3</sup>. На сегодняшний день согласно п. 2.1 и 2.2 приложения к Правилам пользователь обязан сообщать полную и достоверную информацию о себе, гарантируя действительность сообщаемых данных. Пользователь соглашается с тем, что любое сообщение, переданное в соответствии с указанной информацией, считается должным образом ему направленным. Регистратор не обязан проверять предоставленную ему пользователем информацию, поскольку она презюмируется достоверной.

Однако пользователи (администраторы домена) не всегда указывают достоверную о себе информацию. Следовательно, может возникнуть ситуация, когда лицо, чье право нарушено, не знает, к кому предъявлять требования, в результате чего привлекает ненадлежащего ответчика. В подобном споре<sup>4</sup> истец предъявил требования к провайдеру хостинга, который оказывал услуги по предоставлению вычислительной мощности для размещения информации в сети «Интернет». Ответчик ссылался на то, что он являлся информационным посредником, который позволяет пользователю создать сайт в рамках сервера и самостоятельно осуществлять его администрирование. Суд согласился с данным доводами, установив при этом, что администратором доменного имени сайта был некий гражданин, который был надлежащим ответчиком. Однако истец утверждал, что данное лицо является вымышленным и фактически его поиск является невозможным, поэ-

тому требование им было предъявлено к провайдеру. Суд решил, что если у истца были сомнения относительно реальности администратора доменного имени сайта, то он должен был предоставить соответствующие доказательства. Иск был отклонен в связи с его предъявлением к ненадлежащему ответчику.

Бывают ситуации, когда администраторы доменных имен ищут способы избежать ответственности за нарушение интеллектуальных прав, пытаясь выдать себя за информационных посредников. В одном из недавних дел<sup>5</sup> истец обратился с иском заявлением о защите исключительных прав на товарный знак. При этом иск был подан сразу к двум компаниям: одна компания при размещении предложения по оказанию услуг по ремонту компьютеров незаконно использовала товарный знак истца, другая — осуществляла администрирование доменного имени сайта, на котором были незаконно использованы товарный знаки.

Одним из доводов компании-администратора доменного имени в данном споре был довод о том, что в отношении нее подлежат применению положения гражданского законодательства о привлечении к ответственности информационного посредника, в частности — положения ст. 1253.1 ГК РФ, освобождающие от гражданско-правовой ответственности. Однако Суд по интеллектуальным правам указал, что лицо, являющееся администратором доменного имени и предоставляющее другим лицам лишь возможность адресации с его помощью к конкретным ресурсам в информационно-телекоммуникационной сети без обеспечения передачи материалов и информации на эти ресур-



сы, в том числе для целей их размещения, либо передачи уже размещенного в сети материала для его восприятия или последующей обработки, не может быть признано информационным посредником.

Таким образом, суд признал довод истца о том, что первый ответчик не мог использовать спорные товарные знаки на сайте без участия второго ответчика, который является администратором доменного имени, при этом ответчики несут солидарную ответственность за нарушение исключительных прав, поскольку такие нарушения допущены в результате их совместных действий.

Тем не менее известны случаи, когда администратор доменного имени освобождается от ответственности даже при наличии нарушения интеллектуальных прав на администрируемом им сайте. Так<sup>6</sup>, истец обратился в суд за защитой своих прав на товарный знак, поскольку ответчик, осуществлял предпринимательскую деятельность (поставка неоригинальных запасных частей автопроизводителя) через интернет сайт, название которого схоже до степени смешения с охраняемым товарным знаком истца. При этом администратором доменного имени данного сайта являлось другое лицо, которое было привлечено в качестве соответчика. Суд по интеллектуальным правам посчитал, что администратор доменного имени в данном случае не отвечает перед правообладателем солидарно с соответчиком ввиду следующего:

- ответчик в созданном и зарегистрированном доменном имени допустил использование словесного элемента, схожего до степени смешения с охраняемым товарным знаком истца, ошибочно, вследствие отсутствия познаний в области интеллектуального права;
- ответчик не ведет предпринимательскую деятельность, в том числе по регистрации сайтов, не реализует продукцию, связанную со спорными обозначениями, не занимается рекламой товарного знака;
- ответчик с момента получения информации о возникновении спора удалил домен.

Таким образом, суд постановил, что в данном конкретном случае отсутствуют основания считать, что вред истцу был причинен совместными действиями соответчиков, а значит требование о солидарной ответственности соответчиков является необоснованным.

Зарубежная судебная практика по-разному подходит к вопросу ответственности администратора доменного имени в случае нарушения прав на объекты интеллектуальной собственности. В одном из дел<sup>7</sup> Апелляционный суд девятого округа США решил, что привлечение к ответственности администратора будет противоречить целям закона, если лицо не использовало доменное имя для нарушения прав других лиц и в его действиях отсутствовали признаки недобросовестности. В данном

● *Администратор доменного имени не может быть признан информационным посредником*

примере ответчик являлся регистратором доменных имен и одновременно администратором доменного имени сайта, на котором были совершены правонарушения<sup>8</sup>.

Иной подход продемонстрировал немецкий суд<sup>9</sup>. Истец обратился с исковым заявлением в связи с нарушением его авторских прав. Ответчик, осуществляющий администрирование доменного имени сайта, на котором было совершено правонарушение, заявлял о том, что фактически не осуществляет контроль за контентом на сайте и соответственно не несет ответственности за действия других лиц. Тем не менее суд постановил, что ответчик несет ответственность за содержимое сайта и в случаях явного нарушения интеллектуальных прав других лиц обязан предпринимать соответствующие действия для пресечения подобных нарушений<sup>10</sup>.

По-другому сложился подход к ответственности информационных посредников в Интернете. Понятие «информационный посредник» появилось в российском законодательстве относительно недавно. 1 августа 2013 г. в Гражданский кодекс РФ была введена ст. 1253.1, в соответствии с которой к информационным посредникам относятся три категории лиц:

- а) лица, непосредственно передающие материал в информационно-телекоммуникационные сети, в том числе в сеть «Интернет»;
- б) лица, предоставляющие возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием информационно-телекоммуникационной сети;
- в) лица, предоставляющие возможность доступа к материалу в этой сети.

Законодательство определило, что информационный посредник несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационной сети на общих основаниях при наличии его вины.

Вместе с тем, п. 2 и 3 ст. 1253.1 ГК РФ определяют особенности, при которых информационный посредник освобождается от гражданско-правовой ответственности.

В случае, когда информационный посредник непосредственно осуществляет передачу материала в сеть, для освобождения от ответственности ему необходимо одновременно доказать следующие факты:

- что он не инициирует передачу информации и не определяет получателя указанного материала;
- что он не подвергает изменениям указанный материал при оказании услуг связи, кроме тех изменений, которые необходимы для обеспечения технологического процесса передачи материала. Примером указанных изменений может быть ситуация, когда при передаче информации от источника к приемнику каналы связи имеют помехи или плохое качество, что требует соответствующей корректировки для получения необходимого результата;
- что он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующих результатов интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицом, инициировавшим передачу материала, содержащего соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, является неправомерным.

В случае, когда информационный посредник не осуществляет напрямую передачу материала в сеть, а только предоставляет возможность размещения материала третьим лицам или по указанию этих лиц, то он должен доказать следующие факты для освобождения от гражданско-правовой ответственности:

- факт того, что он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующих результатов интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, содержащихся в таком материале, является неправомерным;
- факт того, что он своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав после получения в письменной форме заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав с указанием страницы сайта и (или) сетевого адреса в сети «Интернет», на которых размещен такой материал. Вопрос того, что понимать под необходимыми и достаточными мерами, остается открытым. Представляется, что информационный посредник при получении сообщения о нарушении прав правообладателя, по крайней мере, должен оказать содействие в установлении личности ответственного лица<sup>11</sup>.

Таким образом, рассмотрев ответственность администратора доменного имени и информационного посредника за нарушения интеллектуальных прав в Интернете, можно сделать вывод о разной степени ответственности и особых условиях, при которых ответственность отсутствует. Администратор доменного имени несет

солидарную ответственность с лицом, которое фактически нарушило права правообладателя, поскольку использование ресурсов интернет сайта невозможно без участия в той или иной форме администратора доменного имени. Напротив, информационный посредник не обладает возможностью по управлению и контролю за контентом того или иного интернет сайта, в связи с чем в законодательстве закреплены определенные условия, при выполнении которых информационный посредник освобождается от ответственности. •

- 
- 1 Верховлетов М. А. «Современные тенденции защиты интеллектуальных прав. Доменные имена: учебное пособие» / Мар. гос. ун-т – Йошкар-Ола, 2015. С. 59.
  - 2 Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 20 августа 2012 г. № Ф07-3090/12 по делу № А56-57884/2010.
  - 3 Фисун А. П., Белевская Ю. А., Цветов Д. А. «Основные направления совершенствования организационно-правового регулирования в области использования адресации информационных систем: Монография – Орел, изд-во ОРАГС, 2010, С. 75.
  - 4 Постановление Суда по интеллектуальным правам от 31 июля 2015 г. № С01-513/2015 по делу № А56-77037/2013.
  - 5 Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 июня 2016 г. № С01-342/2016 по делу № А40-102695/2015.
  - 6 Постановление Суда по интеллектуальным правам от 15 марта 2016 г. № С01-91/2016 по делу № А32-24607/2014.
  - 7 Petroliam Nasional Berhad v. GoDaddy.com, Inc., С 09-5939 PJH, 2012 WL 10532.
  - 8 <http://www.wallerlaw.com/portalresource/lookup/wosid/cp-base-4-94310/media.name=/INTA%20Bulletin.pdf>
  - 9 Urteil des LG Saarbrücken vom 15.1.2014 (Az. 7 O 82/13)
  - 10 <http://www.dreyfus.fr/en/marques-internet/liabilities-of-domain-name-registrars-in-case-of-intellectual-property-infringement/>
  - 11 Постановление Суда по интеллектуальным правам от 01 декабря 2015 г. № С01-805/2015 по делу № А56-61922/2014.

# Практические аспекты заключения договора аренды коммерческой недвижимости

Вступая в арендные правоотношения, стороны не всегда предвидят подводные камни, которые могут оказаться на их пути. Рассмотрим далее наиболее интересные и нестандартные ситуации из практики российских юристов.

(продолжение, нач. см. в АП № 7, 2016)



**Д. А. Щирский,**  
адвокат МКА «ГРАД»

## Ответственность сторон договора аренды недвижимого имущества

До сих пор в правоприменительной практике не выработался однозначный подход к вопросу привлечения к ответственности за нарушение правил пожарной безопасности со стороны арендатора.

Если согласно договору на арендатора возложена ответственность перед арендодателем за соблюдение требований пожарной безопасности, то это не освобождает последнего от ответственности перед государством за нарушение указанных требований<sup>1</sup>.

Довод арендодателя о том, что право пользования соответствующими помещениями передано арендатору на основании договоров аренды, поэтому общество не может быть привлечено к административной ответственности, был отклонен судом, поскольку наличие договора аренды не освобождает собственника от выполнения публичной обязанности соблюдать правила пожарной безопасности в соответствующих помещениях.

Договор аренды регулирует только гражданско-правовые обязательства сторон и не может изменять, перераспределять или ограничивать публичные обязанности сторон по обеспечению исполнения правил пожарной безопасности, вытекающие из норм законодательства<sup>2</sup>.

В другом случае суд посчитал, что собственник помещения не может быть привлечен к ответственности перед государством за несоблюдение правил



пожарной безопасности, если он передал помещение по договору аренды, согласно которому указанную ответственность несет арендатор<sup>3</sup>.

Кстати, заключения уполномоченных органов (СЭС, противопожарной службы, МЧС) или государственных учреждений могут являться доказательствами отсутствия существенных нарушений договора арендатором<sup>4</sup>.

Необходимо иметь в виду, что незначительное уменьшение площади арендуемой недвижимости в связи с переустройством и перепланировкой не свидетельствует о существенном ухудшении имущества, если они произведены в целях приведения помещения в состояние, позволяющее использовать его для целей аренды<sup>5</sup>.

Реконструкция и перепланировка арендатором арендуемого помещения без

получения разрешительной документации не свидетельствует о существенном нарушении условий договора, если помещение требовало капитального ремонта и в результате проведенной реконструкции было улучшено<sup>6</sup>.

Очень серьезным нарушением условий договора аренды является предоставление имущества в субаренду без согласия арендодателя при наличии в договоре условия о запрете. Данное нарушение признается судами существенным<sup>7</sup>.

Точно так же суды признают существенным нарушением условий договора и нецелевое использование арендованного недвижимого имущества. Данное нарушение является основанием для расторжения договора аренды на основании ст. 619 ГК РФ<sup>8</sup>.

Перепланировка арендатором арендуемого помещения в нарушение условий



договора без согласия арендодателя является существенным нарушением договора<sup>9</sup>.

Иногда договор аренды недвижимого имущества может предусматривать повышенную арендную плату за период фактического пользования имуществом после прекращения действия договора аренды. Такая мера ответственности в отношении арендатора является абсолютно законной<sup>10</sup>.

Заклячая договор аренды недвижимого имущества особое внимание следует уделять устанавливаемому размеру неустойки за нарушение тех или иных условий договора, поскольку ее снижение судом возможно только в одном случае — если будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды.

Иные фактические обстоятельства (финансовые трудности должника, его тяжелое экономическое положение и т. п.) не могут быть рассмотрены судом в качестве таких оснований<sup>11</sup>.

При этом, согласно п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81, не могут служить основанием для уменьшения размера неустойки в соответствии со ст. 333 ГК РФ следующие доводы:

- о невозможности исполнения обязательства вследствие тяжелого финансового положения;
- о неисполнении обязательств контрагентами;

- о наличии задолженности перед другими кредиторами;
- о наложении ареста на денежные средства или иное имущество;
- о непоступлении денежных средств из бюджета;
- о добровольном погашении долга полностью или в части на день рассмотрения спора;
- о выполнении социально значимых функций;
- о наличии у должника обязанности по уплате процентов за пользование денежными средствами (например, процентов по договору займа).

Анализируя судебную практику в области арендных правоотношений, можно прийти к выводу, что суды признают разумными или неразумными следующие сроки для исполнения арендатором соответствующего нарушенного обязательства.

Три календарных дня со дня направления претензии об устранении нарушения не являются разумным сроком для погашения задолженности по внесению арендных платежей<sup>12</sup>.

Пять календарных дней со дня получения претензии об устранении нарушения являются разумным сроком для погашения задолженности по внесению арендных платежей<sup>13</sup>.

Пять рабочих дней со дня получения претензии не являются разумным сроком для устранения нарушений договора, если устранение требует проведения существенного объема ремонтных работ, которые необходимо согласовать с арендодателем<sup>14</sup>.



- *Договор аренды регулирует только гражданско-правовые обязательства и не может изменять публичные обязанности сторон*

Шесть календарных дней со дня направления претензии об устранении нарушения не являются разумным сроком для погашения задолженности по внесению арендных платежей<sup>15</sup>.

Десять календарных дней с момента получения претензии являются разумным сроком для погашения задолженности по внесению арендных платежей<sup>16</sup>.

Пятнадцать календарных дней со дня направления претензии об устранении нарушения являются разумным сроком для погашения задолженности по арендной плате<sup>17</sup>.

Несмотря на то, что ГК РФ содержит перечень нарушений договора арендатором, при наличии которых арендодатель вправе требовать его расторжения, ст. 619 ГК РФ содержит значительное количество оценочных понятий, например «пользуется имуществом с существенным нарушением условий договора или назначения имущества», «существенно ухудшает имущество».

В ряде случаев суды отказывают в удовлетворении требования арендодателя о досрочном расторжении договора аренды, несмотря на наличие в действиях арендатора нарушений, которые формально могут подпадать под перечень, установленный в ст. 619 ГК РФ, либо предусмотрены договором аренды в качестве основания для досрочного расторжения договора по требованию арендодателя. Рассмотрим некоторые из них.

Неисполнение арендатором обязанности по внесению арендной платы не влечет расторжения договора, если сумма задолженности незначительна<sup>18</sup>.

Неуплата арендных платежей не влечет расторжения договора, если арендатор несвоевременно получил извещение о смене арендодателя и реквизитов для перечисления средств<sup>19</sup>.

Неуплата арендных платежей до государственной регистрации не может быть основанием для расторжения договора аренды, поскольку арендатор обя-

- *Серьезным нарушением условий договора аренды является предоставление имущества в субаренду без согласия арендодателя при наличии в договоре запрета на это*

зан вносить их только с момента государственной регистрации договора<sup>20</sup>.

Неуплата арендных платежей в случаях, когда арендатор был фактически лишен права пользования арендованным имуществом по вине арендодателя, не может быть основанием для расторжения договора аренды<sup>21</sup>.

Неуплата коммунальных платежей не является основанием для расторжения договора аренды<sup>22</sup>.

Перепланировка объекта аренды с согласия прежнего собственника имущества не является основанием для расторжения договора аренды новым собственником<sup>23</sup>.

Новый арендодатель не может расторгнуть договор за непредоставление арендатором обязательной по договору банковской гарантии, если она была предоставлена прежнему арендодателю<sup>24</sup>.

Неисполнение арендатором обязательного предписания госорганов

в отношении содержания арендуемого имущества не влечет расторжения договора, если в силу договора для выполнения такого предписания требовалось согласие арендодателя, которое не было получено. Например — согласие на демонтаж глухих металлических решеток на окнах<sup>25</sup>.

Внесение арендной платы в установленные договором сроки, но не в полном объеме, не тождественно невнесению арендной платы по истечении установленного договором срока платежа и потому не является основанием для досрочного расторжения договора аренды<sup>26</sup>.

Требование о расторжении договора аренды и выселении арендатора в некоторых случаях следует рассматривать как злоупотребление правом.

Такое требование не подлежит удовлетворению, если арендатор понес расходы на ремонт арендованного имущества, значительно превышающие задолженность по арендной плате<sup>27</sup>.

Неисполнение арендатором договорной обязанности по проведению капитального ремонта не влечет расторжения договора, если сторонами в договоре не определены сроки и условия проведения такого ремонта<sup>28</sup>.

Любопытно, что, по мнению судов, арендодатель вправе в разумный срок предъявить иск о расторжении договора даже после оплаты арендатором задолженности по арендной плате. Непредъявление такого требования в течение разумного срока лишает арендодателя права требовать расторжения договора в связи с этим нарушением<sup>29</sup>.

Пункт 3 ст. 450 ГК РФ допускает возможность предусмотреть в договоре условие об одностороннем отказе от договора по инициативе стороны. Договором аренды могут быть установлены и другие, кроме предусмотренных данной статьей, основания досрочного расторжения договора по требованию арендодателя в соответствии с п. 2 ст. 450 ГК РФ.

Условие договора аренды о возможности одностороннего отказа арендодателя от договора без указания условий и оснований отказа является действительным. Для одностороннего отказа от договора аренды, если он предусмотрен договором, достаточно направления уведомления без обращения в суд<sup>30</sup>.

Если после направления уведомления об отказе от исполнения договора арендодателем стороны совершают действия, свидетельствующие о продолжении арендных отношений, то такой договор не признается расторгнутым<sup>31</sup>.

Волеизъявление арендатора на односторонний отказ от исполнения договора не считается доказанным, если в соответствующем уведомлении указано на прекращение аренды, но отсутствуют ссылки на договор либо иные данные, позволяющие идентифицировать правоотношения<sup>32</sup>.

Договором могут быть определены основания для одностороннего отказа от исполнения договора аренды, причем эти основания могут быть как связаны, так и не связаны с нарушением другой стороной условий договора<sup>33</sup>.

Арендодатель, отказавшийся от договора в одностороннем порядке в связи с нарушением арендатором своих обязательств, не вправе взыскивать с последнего убытки в виде арендных платежей, которые могли бы быть им получены, если бы договор не был расторгнут<sup>34</sup>.

В договор аренды можно включить условие об уплате арендатору штрафа за односторонний отказ арендодателя от договора<sup>35</sup>.

Односторонний отказ арендодателя от исполнения договора аренды, связанный с нарушением арендатором условий договора, не может являться основанием для взыскания с арендатора договорной неустойки, предусмотренной за такой отказ<sup>36</sup>.

Необходимо иметь в виду, что, если отказ от договора аренды препятствует осуществлению арендатором деятельности, а также ведет к ограничению конкуренции, такой отказ может быть признан судом злоупотреблением правом.

Так компания-арендатор занимается производством мороженого и реализует его через собственную розничную торговую сеть. С целью реализации мороженого Комитет по управлению муниципальным имуществом г. Пензы и производственная компания заключили 24 договора аренды земельных участков на неопределенный срок.

На момент рассмотрения спора арендатор использовал все арендованные земельные участки по назначению, своевременно вносил арендную плату, принимаемую Комитетом. На всех сдаваемых в аренду 24 земельных участках, находящихся в разных районах города, расположены торговые павильоны компании, которые являются единой розничной торговой сетью по реализации мороженого собственного производства.

Давая правовую оценку действиям Комитета по немотивированному отказу договоров аренды земельных участков, суд первой инстанции указал, что фактически они препятствуют осуществлению ответчиком коммерческой деятельности и, как следствие, повлекут причинение значительного ущерба обществу, что, обращаясь с иском об истребовании земельных участков у арендатора, истец тем самым лишает общество возможности заниматься деятельностью по производству мороженого, реализуемого в торговых точках, расположенных на спорных земельных участках. Иные пути получения в аренду земельных участков у компании-производителя мороженого отсутствуют.

При этом на рынке производства мороженого в городе Пензе имеются всего

два производителя, следовательно, немотивированный отказ от 24 договоров аренды земельных участков создает препятствия в деятельности общества и ведет к ограничению конкуренции при реализации мороженого на территории города<sup>37</sup>.

В другом случае между сторонами был заключен договор аренды земельного участка площадью 30 000 кв. м с кадастровым номером хх:хх:хххххххх:0004 между администрацией г. Екатеринбурга и арендатором для строительства стоянки большегрузного транзитного транспорта с комплексом обслуживания.

На арендованном земельном участке находится объект незавершенного строительства, что подтверждается техническим паспортом на здание автосервиса, отказ администрации от договора аренды может воспрепятствовать его завершению.

Доказательства того, что цель, в соответствии с которой арендатору предоставлен в аренду земельный участок, достигнута, в материалы дела не представлены.

Арендатору также было выдано разрешение на выполнение строительно-монтажных работ подготовительного периода по строительству стоянки большегрузного транзитного транспорта с комплексом обслуживания. Сроки строительства неоднократно продлевались.

При таких обстоятельствах суды пришли к правильному выводу о наличии оснований для признания отказа администрации от договора аренды недействительным<sup>38</sup>.

- *Если отказ от договора аренды препятствует осуществлению арендатором деятельности, а также ведет к ограничению конкуренции, то он может быть признан злоупотреблением правом*

### **Досрочное расторжение договора по требованию арендатора**

В ст. 620 ГК РФ указан перечень оснований, при наличии хотя бы одного из которых договор может быть расторгнут по инициативе арендатора. К числу таких оснований относятся в том числе: непредоставление арендуемого имущества, создание препятствий в пользовании им, а также наличие в имуществе недостатков, препятствующих его использованию.

Передача арендуемого имущества без документов, отсутствие которых исключает его эксплуатацию, является основанием для досрочного расторжения договора по инициативе арендатора<sup>39</sup>.

Передача в аренду имущества, не соответствующего противопожарным правилам, является основанием для расторжения договора аренды по инициативе арендатора<sup>40</sup>.

Несоответствие температурного режима арендуемых производственных поме-

щений требованиям государственных санитарно-эпидемиологических правил, которое препятствует их использованию по согласованному в договоре аренды целевому назначению, является основанием для досрочного расторжения договора по требованию арендатора, если в момент заключения договора арендатор не знал и не мог знать о данном недостатке<sup>41</sup>.

При этом условие договора аренды, обязывающее арендатора при досрочном освобождении помещения уведомить об этом арендодателя за определенное количество времени, не является условием, дающим право арендатору досрочно расторгнуть договор в одностороннем порядке<sup>42</sup>.

Мировой экономический кризис, отсутствие кредитования и тяжелое финансовое положение не являются основанием для досрочного расторжения договора аренды в связи с существенным изменением обстоятельств, даже если арендатор утратил производственную необходимость в пользовании помещением<sup>43</sup>.

- *Ни кризис, ни тяжелое финансовое положение не являются основанием для досрочного расторжения договора аренды в связи с существенным изменением обстоятельств*

Устранение арендодателем в разумный срок недостатков имущества влечет за собой утрату права арендатора на досрочное расторжение договора<sup>44</sup>.

В рассматриваемом случае в связи с обнаружением металлической ртути были прекращены работы и запрещен допуск людей в помещение. Истец устранил недостатки помещения, что подтверждается заключением МЧС России. Повторное обследование показало превышение концентрации паров ртути в воздухе помещения, была проведена вторичная демеркуризация. Таким образом, арендатор фактически не мог пользоваться помещением в течение 21 дня. Данный срок был признан судом разумным, в удовлетворении требования о расторжении договора аренды было отказано.

Заключая договор аренды недвижимого имущества, каждая сторона рассчитывает добиться для себя определенного экономического результата. Вступая в соответствующие правоотношения, как арендатору, так и арендодателю необходимо учитывать рассмотренные

позиции судов. Это позволит избежать неоправданных расходов для компании и обеспечит стабильность в ее работе. ●

- 1 Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16.07.2014 по делу № А45-19475/2013.
- 2 Постановление Верховного Суда РФ от 16.09.2014 по делу № 304-АД14-334, А46-12275/2013.
- 3 Постановление ФАС Центрального округа от 25.06.2013 по делу № А36-7104/2012.
- 4 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 11.10.2007 по делу № А56-3869/2007.
- 5 Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 12.02.2009 по делу № А43-6231/2008-19-185.
- 6 Постановление ФАС Уральского округа от 23.11.2011 № Ф09-7384/11 по делу № А76-2823/2011.
- 7 Определение ВАС РФ от 16.06.2011 № ВАС-7165/11 по делу № А41-22196/08.
- 8 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 19.10.2007 по делу № А05-1673/2007.
- 9 Постановление ФАС Московского округа от 06.02.2006, 30.01.2006 № КГ-А40/14225-05 по делу № А40-47104/05-77-422.
- 10 Постановление ФАС Поволжского округа от 15.03.2010 по делу № А65-10127/2009.
- 11 Постановление Президиума ВАС РФ от 14.02.2012 № 12035/11 по делу № А64-4929/2010.
- 12 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 14.12.2010 по делу № А05-4034/2010.
- 13 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 04.04.2008 по делу № А56-16348/2007.
- 14 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26.02.2013 по делу № А66-1262/2012.



● *Анализ судебной практики в области арендных правоотношений показывает, что суды признают разумными или неразумными различные сроки для исполнения арендатором соответствующего нарушенного обязательства*

- 15 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 12.03.2013 по делу № А05-4390/2012.
- 16 Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 09.03.2010 по делу № А32-2578/2009.
- 17 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16.04.2009 по делу № А56-31704/2008.
- 18 Постановление ФАС Северо-Западного округа от 27.09.2006 по делу № А56-3369/2006.
- 19 Постановление ФАС Московского округа от 22.09.2006 № КГ-А40/8590-06 по делу № А40-83715/05-77-691.
- 20 Постановление ФАС Поволжского округа от 20.05.2008 по делу № А55-13945/2007.
- 21 Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25.07.2011 по делу № А32-31085/2010.
- 22 Постановление ФАС Поволжского округа от 25.07.2011 по делу № А55-31017/2009.
- 23 Постановление ФАС Московского округа от 28.02.2007, 06.03.2007 № КГ-А40/1015-07 по делу № А40-30758/06-91-235.
- 24 Постановление ФАС Московского округа от 24.03.2009 № КГ-А40/1951-09 по делу № А40-34114/08-60-239.
- 25 Постановление ФАС Московского округа от 11.02.2010 № КГ-А41/15543-09-1,2 по делу № А41-20730/09.
- 26 Постановление ФАС Уральского округа от 27.04.2010 № Ф09-2796/10-С6 по делу № А07-14098/2009.
- 27 Постановление ФАС Центрального округа от 05.06.2012 по делу № А09-7054/2011.
- 28 Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.02.2007 по делу № А36-1683/2006.
- 29 Постановление Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды».
- 30 Постановление Президиума ВАС РФ от 09.09.2008 № 5782/08.
- 31 Определение Верховного Суда РФ от 02.07.2015 № 305-ЭС15-2415 по делу № А40-28123/2014.
- 32 Постановление ФАС Поволжского округа от 19.05.2011 по делу № А55-12951/2010.
- 33 Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66.
- 34 Постановление ФАС Московского округа от 28.04.2012 по делу № А40-74246/11-161-337.
- 35 Постановление ФАС Центрального округа от 25.10.2012 по делу № А23-1110/2012.
- 36 Постановление ФАС Московского округа от 30.11.2011 по делу № А40-26830/11-53-230.
- 37 Постановление ФАС Поволжского округа от 24.02.2010 по делу № А49-926/2009.
- 38 Постановление ФАС Уральского округа от 24.10.2013 № Ф09-9724/13 по делу № А60-51568/2012.
- 39 Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66.
- 40 Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 23.03.2012 по делу № А70-2089/2011.
- 41 Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 05.09.2014 № Ф09-5267/14 по делу № А07-21582/2013.
- 42 Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 30.04.2010 по делу № А53-11498/2009.
- 43 Постановление ФАС Уральского округа от 22.03.2010 № Ф09-1684/10-С3 по делу № А47-7415/2009.
- 44 Постановление ФАС Московского округа от 23.09.2009 № КГ-А40/9494-09-П по делу № А40-5968/08-50-45.

# Определение момента возникновения опасности при доказывании обстоятельств ДТП

В ходе расследования уголовных дел, связанных с нарушением Правил дорожного движения, возникает необходимость технической (экспертной) и правовой (юридической) оценки действий участников дорожного движения. Зачастую главное в такой оценке — определить, правильно ли и своевременно водитель установил момент, когда необходимость принятия экстренных мер для предотвращения происшествия была очевидной.



**О. Д. Ярошик,**  
адвокат МОКА

Определить момент возникновения опасной обстановки исходя из механизма дорожно-транспортного происшествия — это значит установить момент, в который какой-то из элементов ДТС приобрел свойства источника опасности, а дальнейшее изменение ситуации характеризуется такой степенью аварийных последствий, которая требует принятия экстренных мер для предотвращения ДТП<sup>1</sup>.

Следует учитывать, что дорожная обстановка может сложиться таким образом, что, если в какой-то определенный момент водитель не изменит параметров движения, происшествие станет неизбежным<sup>2</sup>.

Таким образом, при доказывании обстоятельств дорожного происшествия, прежде всего наезда на пешехода, и определении виновности его участников необходимо устанавливать момент возникновения опасности.

Момент, когда возникает опасная обстановка, т. е. время, когда следует принять необходимые меры для предотвращения происшествия, определяется водителем в зависимости от дорожной обстановки, требований правил движения, его опыта, позволяющего ему предусмотреть дальнейшее развитие дорожной обстановки. Очевидно, в одной и той же ситуации один водитель примет меры раньше, другой — позже, но если при этом обеспечивается безопасность движения, не создается помех для других участников движения, не оказывается отрицательного влияния на техническое состояние транспортного средства и не снижается без необходимости эффек-

- *При доказывании обстоятельств дорожного происшествия, прежде всего наезда на пешехода, и определении виновности его участников необходимо устанавливать момент возникновения опасности*

тивность его использования, их следует признать правильными.

В экспертной и следственной практике под моментом возникновения опасности (опасной обстановки), если препятствие находится в поле зрения водителя длительное время, понимается тот крайний момент, когда водитель еще может предотвратить происшествие, не прибегая к таким экстренным мерам, в результате принятия которых не исключается возможность возникновения происшествия<sup>3</sup>.

В то же время момент возникновения опасности — это отрезок времени, когда взаимное расположение участников дорожного движения (например, двух автомобилей, автомобиля и пешехода и т. п.) требует от одного из них или от всех принятия экстренных (аварийных) мер к предотвращению опасных последствий<sup>4</sup>.

Для решения вопроса о наличии у водителя технической возможности предотвратить дорожно-транспортное происшествие прежде всего необходимо установить, в какой момент возникла опасная обстановка, т. е. в какой момент водитель должен был принимать необходимые меры для предотвращения происшествия.

Установление момента возникновения опасной для водителя обстановки в условиях, предшествующих происшествию, нередко связано с некоторыми трудностями, например, в тех случаях, когда опасная обстановка создается действиями нескольких участников дорожного движения, когда происшествие происходит в условиях ограниченной видимости, обзорности, в ночное время и т. д. В этом случае речь идет о сложных ситуациях.

«Чтобы установить момент, когда водитель должен принять меры для предотвращения происшествия, эксперту прихо-

- *Момент возникновения опасности — это отрезок времени, когда взаимное расположение участников дорожного движения требует от одного из них или от всех принятия экстренных мер к предотвращению опасных последствий*

дится решать вопрос о том, как в данных обстоятельствах водителю следовало оценить действия участников движения, создававших опасную обстановку. Этот вопрос эксперт решает на основе личного опыта, некоторых общих положений, принятых в экспертной практике, и данных о дорожной обстановке, сложившейся на месте происшествия.

Однако опыт экспертов-автотехников неодинаков, а принятые в экспертной практике общие положения не всегда соответствуют конкретным обстоятельствам происшествия, поэтому и при решении вопроса о моменте возникновения опасной обстановки даже в экспертной практике иногда нет единого мнения»<sup>5</sup>.

Приведенное мнение необходимо учитывать при оценке заключения эксперта-автотехника о моменте возникновения опасной обстановки для движения ТС.

Тем более решать эти вопросы и определять момент возникновения опасности сложно, а то и невозможно следователю или судье, не обладающими специаль-

ными познаниями и специальным (техническим) образованием, в связи с чем существует объективная необходимость установления момента возникновения опасности исключительно экспертным путем.

Как показывает следственно-экспертная практика, опасная обстановка наиболее часто возникает в момент, когда водитель имел объективную возможность обнаружить, что:

- пешеход находится на полосе движения ТС или около нее, движется в опасном направлении, не замечая приближения ТС, и может попасть на полосу его движения;
- пешеход вынуждается к перемещению в опасном направлении движением другого ТС;
- пешеход, находясь на проезжей части, ведет себя неуверенно, вероятные его действия неопределенны;
- вблизи полосы движения ТС находятся увлеченные играми дети, которые могут попасть на полосу движения ТС к моменту сближения с ним;

- дети дошкольного возраста без присмотра взрослых находятся на близком расстоянии от полосы движения ТС, что не исключает возможности попадания их на проезжую часть дороги, за время приближения к ним ТС.

Процесс движения ТС и пешехода перед наездом зависит от действий участников происшествия в сложившейся дорожной обстановке и поэтому установление его во всех деталях с максимальной точностью и достоверностью особенно важно для правильного решения вопроса о выполнении обеими сторонами (участниками движения) требований Правил движения. Этот процесс характеризуется взаимным расположением ТС и пешехода перед наездом в различные моменты времени<sup>7</sup>.

При анализе наезда на пешехода наиболее важное значение имеет следующее:

- момент, когда водитель имел объективную возможность обнаружить, что пешеход может оказаться на полосе движения ТС; сопоставление расстояния, отделяющее ТС от места наезда, с его остановочным путем позволяет решить вопрос о технической возможности у водителя предотвратить наезд путем торможения;
- момент, когда водитель еще имел техническую возможность остановиться до момента наезда, т. е. ТС находилось от пешехода на расстоянии, равном остановочному пути<sup>8</sup>.

Необходимо также учитывать обстоятельства, позволяющие установить взаимное расположение ТС и пешехода в указанные моменты времени, которые являются:

- скорость ТС перед происшествием;
- перемещение заторможенного ТС до места наезда;
- эффективность действия тормозов в данных условиях, оцениваемая по замедлению при экстренном торможении;
- время движения пешехода с момента, когда водитель имел объективную возможность обнаружить опасность, до момента наезда или расстояние, которое преодолел пешеход за это время, и скорость его движения;
- направление движения пешехода по отношению к полосе движения ТС.

Изложенные обстоятельства, связанные с движением ТС, могут быть установлены как следственным путем, так и на основании результатов экспертного исследования места происшествия и ТС.

Обстоятельства, связанные с действиями пешехода, выявляются только следственным путем<sup>9</sup>.

Для экспертного исследования механизма происшествия и решения вопроса о технической возможности предотвращения наезда на пешехода необходимы исходные данные в количестве как минимум 12-ти технических параметров, которые устанавливаются следствием или судом и излагаются в постановлении (определении) о назначении САТЭ.

В экспертной практике за момент возникновения опасной дорожной обстановки обычно принимают один из следующих: пересечение пешеходом какой-нибудь линии, условно принимаемой за границу опасной зоны; начало движения или изменение его темпа и направления; появление пешехода в поле зрения водителя. Так,

если пешеход движется справа налево (по отношению к автомобилю), то считают, что опасная дорожная обстановка возникает в момент пересечения им границы проезжей части, т. е. края обочины или тротуара. При движении пешехода слева направо границей опасной зоны считают осевую линию; если пешеход стоял на проезжей части, а затем неожиданно пошел, принимают, что опасность возникает в момент начала его движения, и т. д.<sup>10</sup>

Обращается внимание, что по делам о наездах на пешеходов «в первом случае за исходный берут момент возникновения опасной дорожной обстановки, а во втором — момент, в который водитель имел техническую возможность остановиться у линии следования пешехода. Условия безопасного перехода полосы движения автомобиля при этом не рассматриваются, что сужает рамки исследования и обедняет конечные выводы экспертизы. Особенности экспертного исследования и трудности, возникающие при ответе на каждый из перечисленных вопросов, изложены при описании отдельных разновидностей наезда: при неограниченной видимости и обзорности (до 60 % всех наездов происходят в условиях, когда ничто не мешает водителю заметить на большом расстоянии пешехода и правильно оценить его действия); наезд при обзорности, ограниченной неподвижным препятствием; наезд при обзорности, ограниченной движущимся препятствием; наезд при ограниченной видимости; наезд на пешехода, движущегося под произвольным углом; и др.<sup>11</sup>

В этой связи необходимо отметить, что многие сегодняшние следователи, которые даже не осведомлены о видах наез-

да, путают общие виды ДТП, не способны профессионально и грамотно излагать свои мысли и зачастую даже не знают, что же они расследуют. В состоянии ли они представить эксперту объективные данные, влияющие на исход дела?

Обращается особое внимание, что, «выполняя экспертизы по уголовным делам, связанным с ДТП, эксперт-автотехник постоянно сталкивается с недостатком достоверно установленных данных и необходимостью действовать в условиях неопределенности»<sup>12</sup>.

Выяснение момента возникновения опасности (или появления препятствия) безразлично для установления обстоятельств, совокупность которых дает возможность установить виновность (или невиновность) водителя. Поэтому в тех случаях, когда для этого необходимы специальные технические познания и исследования, эксперт-автотехник вправе отвечать на вопрос о моменте возникновения обстоятельств, при которых участникам ДТП требовалось принять меры по его предотвращению. В частности, эксперт определяет момент, когда какой-либо предмет перестал ограничивать возможность водителя видеть другое ТС или пешехода<sup>13</sup>.

В теории и практике судебной автотехники безусловно важное значение имеет установление момента возникновения опасности для движения, который зачастую определяет следователь (не всегда объективно в силу своей неопытности или даже встречающейся заинтересованности) и указывает в качестве исходных данных в постановлении о назначении АТЭ.



- *Выяснение момента возникновения опасности не-  
безразлично для установления обстоятельств,  
совокупность которых дает возможность устано-  
вить виновность водителя*

Необходимо всегда помнить о том, что момент возникновения опасности — это отнюдь не прерогатива следствия. Во всех случаях, когда не требуется правовой оценки материалов дела, определение момента возникновения опасности относится к компетенции эксперта-автотехника.

По мнению заведующего лабораторией судебной автотехнической экспертизы ФБУ Российского федерального центра судебной экспертизы при Министерстве юстиции Российской Федерации, председателя секции Научно-методического совета по САТЭ, члена ученого совета РФЦ СЭ при Минюсте России, кандидата технических наук В. Г. Григоряна и ведущего эксперта ЛСАТЭ ФБУ РФЦ СЭ при Минюсте России В. В. Малахи, это задача эксперта, а не следователя.

Следует подчеркнуть необходимость достоверного установления следователем обстоятельств происшествия, предоставляемых впоследствии эксперту в качестве исходных данных.

От этого прежде всего и зависит обоснованность, достоверность и объективность экспертного исследования<sup>14</sup>.

Следует подчеркнуть, что от этого зависит достоверность и объективность доказывания обстоятельств дорожно-транспортного происшествия и установления виновности его участников.

На протяжении всего периода существования судебной автотехнической экспертизы вопрос о праве у эксперта-автотехника выбирать момент возникновения опасности для движения всегда оставался дискуссионным. Одним из основных аргументов в пользу того, что выбор момента возникновения опасности для движения не входит в компетенцию АТЭ, было то, что в ПДД РФ отсутствовало определение этого понятия. В связи с этим сторонники этого мнения утверждали, что выбор момента возникновения опасности требует юридической оценки всех материалов дела, включая и заключения экспертов на их относимость, допустимость, достоверность и достаточность, что не входит

- *Установление момента возникновения опасности, наряду с юридической, требует и технической оценки ДТС с позиций, определенных ПДД РФ*

в компетенцию автотехнической экспертизы<sup>15</sup>.

В этой связи необходимо согласиться с мнением, что «следователь и суд, однако, не ограничиваются установлением момента появления препятствия или возникновения опасности при оценке деяния водителя (как виновного, так и невиновного); они во всех случаях стремятся определить, мог ли данный водитель предотвратить ДТП с момента, когда он должен был и мог предвидеть, что оно наступит»<sup>16</sup>.

В соответствии с разъяснениями п. 1.2 ПДД РФ: «Опасность для движения — ситуация, возникающая в процессе дорожного движения, при которой продолжение движения в том же направлении и с той же скоростью создает угрозу возникновения дорожно-транспортного происшествия».

Правила (п. 1.5 и 10.1) регламентируют два аспекта, связанные с понятием «опасность для движения».

Выбор момента возникновения опасности для движения наряду с юридической

оценкой требует и технической оценки с позиций требований ПДД РФ, и выполнения определенных расчетов<sup>17</sup>.

По мнению автора, нельзя согласиться, что «неоспоримым правом органа, назначившего судебную экспертизу, является указание момента возникновения опасности для движения, установленного путем юридической оценки всех материалов дела в совокупности»<sup>18</sup>.

Установление момента возникновения опасности, наряду с юридической, требует и технической оценки ДТС с позиций, определенных ПДД РФ. Возникновение (появление) препятствия, что в соответствии с п. 10.1 ПДД РФ также является возникновением опасности, следует понимать (рассматривать) как процесс, связанный со сложной ДТС.

Отмечается, что эксперт должен направлять ходатайство органу, назначившему экспертизу; эксперт не вправе отказываться от исследования ДТС в момент, указанный следователем или судом; в то же время эксперт вправе произвести

исследование в тот момент возникновения опасности для движения, который он считает более соответствующим исследуемой ДТС с технической точки зрения, а в случае расхождения мнений между органом, назначившим судебную экспертизу, и экспертом последний обязан привести в заключении обоснование своего выбора момента; указано, что, «учитывая то, что момент возникновения опасности имеет и технический аспект (а по мнению автора прежде всего технический аспект!), установление этого момента с технической точки зрения входит в компетенцию САТЭ; в связи с этим эксперт-автотехник вправе по своей инициативе устанавливать момент возникновения опасности для движения с технической точки зрения; в том случае, когда у эксперта имеются сомнения в установлении момента, он вправе отказаться от его установления, а также запросить данные о нем у органа, назначившего судебную экспертизу».

Речь идет о праве эксперта на инициативу. Вот только каким образом это сделать на практике? Абсолютно непонятно! Заявить ходатайство о проведении эксперимента? В этой связи автор полагает интересными материалы Харьковской конференции по вопросам автотехнической экспертизы<sup>19</sup>.

В относительно недавнем прошлом действовала Инструкция о производстве судебных автотехнических экспертиз в экспертных учреждениях Министерства юстиции, утвержденная Приказом Минюста СССР № 20 от 26.10.1981, введенная в действие с 01.01.1982, согласно которой в компетенцию эксперта-автотехника входит исследование обстоя-

тельств, характеризующих механизм ДТП или отдельные его элементы, в целях определения «момента возникновения опасности для движения, требующего принятия экстренных мер по предотвращению дорожно-транспортного происшествия (наезда на препятствие, столкновения ТС, опрокидывания и т. п.), если при этом необходимы специальные познания для проведения соответствующих расчетов, моделирования и эксперимента» (п. 9 «б» Инструкции).

Это также свидетельствует о том, что в тех случаях, когда не требуется соответствующих расчетов, моделирования и экспериментов, момент возникновения опасности для движения ТС может определяться следователем или судом.

Но ведь САТЭ назначается именно тогда, когда требуется применение специальных познаний, т. е. проведение соответствующих расчетов лицом, обладающим специальными познаниями в области судебной автотехники.

Во всех иных случаях достаточно правовой (юридической) оценки дорожно-транспортной ситуации без проведения САТЭ.

Тогда почему же многие следователи при назначении экспертизы самостоятельно определяют момент возникновения опасности, «подгоняют его под выводы» и указывают этот момент в качестве исходных данных в постановлении о назначении САТЭ? На каком основании? И зачастую этот момент, указанный заинтересованным в исходе дела следователем, и определяет экспертные выводы. Именно потом, заручившись подобным техническим заключением, зачастую достовер-

ным, следователь и приходит к юридическому выводу о виновности, который далеко не всегда является обоснованным.

Ведь «постановление следователя или определение суда является для эксперта основным источником исходных данных, так как эксперт не может самостоятельно выбирать исходные данные из предоставленных ему материалов уголовного дела, тем более если эти материалы противоречивы или неоднозначны»<sup>20</sup>.

По мнению В. А. Иларионова, после анализа исходных данных и установления их корректности наступает следующий этап экспертного исследования — определение момента возникновения опасной дорожной остановки. Если этот момент определен следствием или судом, эксперт принимает его в качестве исходного для своих исследований. В противном случае эксперт может, опираясь на свои познания в области науки, техники и водительского ремесла, установить этот момент самостоятельно<sup>21</sup>.

Однако как быть, если представленные исходные данные некорректны, а «эксперт принимает их в качестве исходных для своих исследований»? Обязаны ли в таких случаях эксперт принимать заданный ему момент возникновения опасности как единственно верный и никоим образом не подвергать его сомнению?

Так, следователь в постановлении о проведении автотехнической экспертизы указывает скорость движения пешехода, установленную при проведении следственного эксперимента. В этом случае необходимо проверить чистоту экспери-

мента, соответствие его условий обстоятельствам происшествия<sup>22</sup>.

С представляющим определенный интерес сообщением по данному вопросу выступил на научной конференции эксперт Одесской лаборатории судебной экспертизы К. А. Василевский.

Из протокола следственного эксперимента было видно, что время движения пешехода определялось следующим образом: на проезжей части были нанесены меловые отметки, соответствующие началу и концу движения потерпевшего. Между этими отметками двигался пешеход такого же возраста и развития, а свидетели и водитель указывали темп движения потерпевшего во время происшествия. Движение пешехода начиналось по команде следователя, определявшего время движения пешехода секундомером, измеряющим время с точностью до 0,2 сек. Движение пешехода заканчивалось у второй отметки. Ознакомившись с экспериментом, эксперт попросил произвести в его присутствии второй эксперимент, введя в него следующие коррективы: пешеход начинал бег не по команде, а сам; движение пешехода заканчивалось не у второй отметки, а в нескольких метрах от нее, и следователь измерял время при помощи более точного секундомера, с точностью не до 0,2 сек., а до 0,1 сек. Если первым экспериментом было установлено, что расстояние между двумя отметками пешеход пробежал за время 3,8 сек., достаточное для предотвращения наезда, то вторым экспериментом было установлено, что это время составляет 2,9–3,1 сек. и его недостаточно для предотвращения наезда на пешехода<sup>23</sup>.

Действующие в настоящее время Инструкция по организации производства СЭ в ГСЭУ системы МЮ РФ (утв. Приказом Минюста России от 20 декабря 2002 г. № 347) и Инструкция по организации производства судебных экспертиз в ЭКП органов внутренних дел РФ (Приложение к Приказу МВД России от 29 июня 2005 г. №511) носят общий характер, инструкция же по автотехнике отсутствует вообще.

В целях объективности и достоверности экспертных исследований по делам о ДТП автор полагает необходимым исключить случаи произвольного указания следствием или судом момента возникновения опасности для движения в постановлениях при назначении САТЭ, что следует предусмотреть в соответствующих указаниях МВД РФ, которые в настоящее время в этой части отсутствуют; издать руководящие разъяснения (информационные письма) для экспертов-автотехников; внести изменения и дополнения в соответствующие инструкции или подготовить новую инструкцию о производстве судебных автотехнических экспертиз; усилить ответственность экспертов при проведении ими исследований в соответствии с требованиями ст. 4 ФЗ от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». •

автотранспортных преступлениях (методическое пособие). М., 1984. С. 113.

- 5 Методические рекомендации по производству автотехнической экспертизы. М.: ЦНИИСЭ, 1971. С. 62.
- 6 См.: Судебная автотехническая экспертиза. Ч. 2. М.: ВНИИСЭ. С. 276.
- 7 См.: Лаковский Д. А., Фурер И. З. Указ. соч. С. 115.
- 8 См.: Судебная автотехническая экспертиза. Ч. 2. С. 262.
- 9 Там же. С.263.
- 10 См.: Иларионов В. А. Указ. соч. С. 94–96.
- 11 Там же. С. 96–138.
- 12 Там же. С. 138.
- 13 См.: Судебная автотехническая экспертиза. Ч. 1. С. 49.
- 14 См.: Григорян В. Г., Малаха В. В. Экспертные проблемы и особенности оценки дорожно-транспортного происшествия. // Ярошик О. Д. Актуальные проблемы современного уголовного процесса. М., 2014. С. 25–30.
- 15 См.: Чава И. И. Экспертная оценка действий участников дорожного движения. Установление момента возникновения опасности. Теория и практика судебной экспертизы. Научно-практический журнал ГУ РФЦ СЭ при Минюсте РФ. №1(9). М.: Наука, 2008. С. 133.
- 16 См.: Судебная автотехническая экспертиза. Ч. 1. С. 49.
- 17 См.: Чава И. И. Указ. соч. С. 133.
- 18 Там же С. 135.
- 19 Там же С. 135.
- 20 См.: Судебная автотехническая экспертиза. Ч. 2. С. 276.
- 21 См.: Иларионов В. А. Указ. соч. С. 93.
- 22 См.: Рабинович П. С. Анализ материалов дорожно-транспортного дела (методическое пособие для адвокатов). М., 1972. С. 43
- 23 См.: Материалы научной конференции по вопросам автотехнической экспертизы. Издательство Харьковского университета, 1966. С. 91.

- 
- 1 См.: Иларионов В. А. Экспертиза дорожно-транспортных происшествий. М.: Транспорт, 1989. С. 93.
  - 2 См.: Боровский Б. Е. Безопасность движения автомобильного транспорта. Л.: Лениздат, 1984. С. 12.
  - 3 См.: Ярошик О. Д., Тимонин М. Б. Применение специальных познаний в юридической и экспертной практике. Пособие для судей, прокуроров, следователей и адвокатов. М., 2015. С. 24–27.
  - 4 См.: Лаковский Д. А., Фурер И. З. Защита по делам об

# Споры с адвокатской палатой и КАС РФ

В июле 2016 г. Лефортовский районный суд города Москвы согласился с доводами АПМО о необходимости прекращения производства по административному делу по иску адвоката к Палате о признании заключения квалификационной комиссии АПМО и решения Совета АПМО незаконными.



**С. А. Рыбаков,**  
председатель  
Экспертного совета  
АПМО

Согласно ст. 194 Кодекса административного судопроизводства РФ (далее — Кодекс), если иное не установлено Кодексом, суд прекращает производство по административному делу в случае, если оно не подлежит рассмотрению и разрешению в суде в порядке административного судопроизводства по основаниям, предусмотренным п. 1 ч. 1 ст. 128 Кодекса.

В силу п. 1 ч. 1 ст. 128 Кодекса судья отказывает в принятии административного искового заявления в случае, если оно не подлежит рассмотрению и разрешению судом в порядке административного судопроизводства, поскольку это заявление рассматривается и разрешается в ином судебном порядке, в том числе судом в порядке гражданского или уголовного судопроизводства либо

арбитражным судом в порядке, предусмотренном арбитражным процессуальным законодательством.

По мнению АПМО, имеющийся между сторонами спор не подлежит рассмотрению в порядке, предусмотренном Кодексом, поскольку ответчик (органы Палаты) не относится к органам государственной власти, иными госорганам, органам местного управления, а принявшие оспариваемые заключение и решение лица не являются должностными, государственными и (или) муниципальными служащими.

Следовательно, вопрос о законности заключения квалификационной комиссии АПМО и решения Совета АПМО подлежит рассмотрению в порядке, предусмотренном ГПК РФ путем обращения истца в суд в соответствие со ст. 131, 132 ГПК РФ, а производство по административному иску подлежит прекращению.

Подобный подход судебных органов не является единичным, что подтверждается сложившейся судебной практикой:



- в отношении административного судопроизводства, в том числе Определение Хамовнического районного суда г. Москвы от 12.11.2015; Определение Автозаводского районного суда г. Тольятти от 01.03.2016; Апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 29.10.2015; Апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 12.11.2015; Апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 05.11.2015.
- ранее в отношении действовавшей гл. 25 ГПК РФ, например, Определение Тверского районного суда г. Москвы от 22.11.2012; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 03.12.2008; Определение Пресненского районного суда г. Москвы от 05.11.2008.

В дополнение к изложенному отметим, что приведенные выводы нашли подтверждение и в ответе Федеральной палаты адвокатов РФ на запрос АПМО.

Так, ФПА дополнительно отметила следующее. В соответствии с ч. 1 ст. 1 Кодекса он регулирует порядок осуществления административного судопроизводства при рассмотрении и разрешении судами общей юрисдикции административных дел о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, а также других административных дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений и связанных с осуществлением судебного контроля за законностью и обоснованностью осуществления

государственных или иных публичных полномочий.

Пунктом 3 ч. 2 ст. 1 Кодекса предусмотрено, что в предусмотренном им порядке суды рассматривают и разрешают подведомственные им административные дела о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, в том числе административные дела об оспаривании решений, действий (бездействия) некоммерческих организаций, наделенных отдельными государственными или иными публичными полномочиями, в том числе саморегулируемых организаций.

В соответствии с ч. 4 и 5 ст. 38 Кодекса под административным ответчиком понимается лицо, к которому предъявлено требование по спору, возникающему из административных или иных публичных правоотношений, либо в отношении которого административный истец, осуществляющий контрольные или иные публичные функции, обратился в суд. Это могут быть органы государственной власти, иные госорганы, органы местного самоуправления, избирательные комиссии, комиссии референдума, иные органы и организации, наделенные отдельными государственными или иными публичными полномочиями, должностные лица, государственные и муниципальные служащие.

Не подлежат рассмотрению в порядке, предусмотренном Кодексом, административные иски о признании незаконными решений, действий

(бездействия) органов, организаций, лиц, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, в случаях, если проверка законности таких решений, действий (бездействия) осуществляется в ином судебном порядке (п. 6 ст. 218 Кодекса).

В соответствии со ст. 3 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее — Закон об адвокатуре) адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов, является институтом гражданского общества и не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и, как институт гражданского общества, действует на основе принципов законности, независимости, самоуправления, корпоративности, а также принципа равноправия адвокатов (п. 1 и 2 ст. 3 Закона об адвокатуре). Отношения, сложившиеся между адвокатом и адвокатской палатой, регулируются Законом об адвокатуре и Кодексом профессиональной этики адвоката.

В соответствии со ст. 4 Закона об адвокатуре законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре основывается на Конституции РФ и состоит из вышеназванного закона, других федеральных законов, принимаемых в соответствии с федеральными законами, нормативных правовых актов правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти, регулирующих указанную деятельность, а также из принимаемых в пределах полномочий, установленных Законом об адвокатуре, законов и иных нормативных правовых актов субъек-

тов РФ. Принятый в порядке, предусмотренном Законом об адвокатуре, Кодекс профессиональной этики адвоката устанавливает обязательные для каждого адвоката правила поведения при осуществлении адвокатской деятельности, а также основания и порядок привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности.

Согласно ст. 17 Закона об адвокатуре решение Совета адвокатской палаты, принятое по основаниям, предусмотренным п. 1 и 2 данной статьи, может быть обжаловано в суд.

Адвокатская палата субъекта РФ является некоммерческой, негосударственной организацией (ст. 29 указанного закона). Некоммерческая организация — палата адвокатов субъекта РФ не включена в структуру органов государственной власти, государственными и публичными полномочиями не наделена.

Существенной особенностью административного судопроизводства является то, что в этом порядке рассматриваются дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, путем судебного контроля за осуществлением государственных или иных публичных полномочий. Правоотношения в сфере адвокатуры таковыми не являются.

При таких обстоятельствах правоотношения по обжалованию решений адвокатской палаты не вытекают из административных или иных публичных правоотношений и не подлежат рассмотрению в порядке, предусмотренном КАС РФ. •

---

Официальное издание  
Адвокатской палаты Московской области  
№ 8, август, 2016

Научно-практический журнал, выходит с 01.01.2003

**Учредитель:** Адвокатская палата Московской области

**Издатель:** Адвокатская палата Московской области

**Главный редактор:** Ю. М. Боровков

**Выпускающий редактор:** А. А. Горшенков

**Ответственный редактор:** А. Н. Жбанков

Издание зарегистрировано в Министерстве Российской Федерации по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций.  
Свидетельство о регистрации ПИ-77-14492 от 27.01.2003 г.

Адрес редакции и издателя: 111020, г. Москва, Госпитальный вал, 8/1, стр. 2

Телефон редакции: 8 (495) 360-39-41, 8 (495) 360-86-30

E-mail: apmo@bk.ru

Web: www.apmo.ru

Подписной индекс: 82201

Отпечатано: 000 ПО «Периодика», 105005, Москва, Гарднеровский пер., д. 3, стр. 4.

Тираж 1000 экз. Заказ № 21 615

© «Адвокатская палата»

