

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

На правах рукописи

Затонова Дарья Юрьевна

Имущественная ответственность судебного эксперта

Научная специальность 12.00.15 –
Гражданский процесс; арбитражный процесс

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель
канд. юрид. наук, профессор
М.З. Шварц

Санкт-Петербург
2021

Содержание

Введение	4
Глава 1. Постановка проблемы. Иммуниет эксперта от привлечения к имущественной ответственности	14
§ 1. Тенденции развития правоприменительной практики по вопросам имущественной ответственности судебного эксперта.....	14
§ 2. Политико-правовые основания установления иммунитета эксперта от привлечения к имущественной ответственности	30
§2.1. Аргумент об «отвращающем эффекте».....	32
§ 2.2. Аргумент о «разделенной лояльности».....	44
§2.3. Нежелательность внеинстанционного пересмотра уже разрешенного дела	54
§2.4. Составляет ли доктрина иммунитета нарушение ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод?.....	64
Глава 2. Правоотношение между судом и экспертом в системе гражданских процессуальных правоотношений.....	82
§ 1. К вопросу о феномене имущественных процессуальных правоотношений, связывающих суд и судебного эксперта.....	82
§ 2. Резолюция суда об отказе в выплате/уменьшении причитающегося эксперту вознаграждения	109
Глава 3. К вопросу о деликтной ответственности судебного эксперта.....	120
§1. Процессуальное действие как основание деликтной ответственности на примере деликтов, совершаемых судебным экспертом.....	120
§ 1.1. Уничтожение (повреждение) экспертом объекта экспертного исследования	124
§ 1.2. Дача экспертом заведомо ложного заключения или заведомо ложных показаний как основание возмещения причиненного вреда.....	137
§ 1.3. Затягивание экспертом сроков рассмотрения дела	142

§ 1.4. Составление некачественного экспертного заключения в результате допущенной небрежности.....	152
§ 2. К вопросу о пределах деликтной ответственности судебного эксперта... ..	169
Заключение	189
Библиографический список.....	193

Введение

Актуальность темы диссертационного исследования

Настоящая работа посвящена поиску ответа на вопрос о том, должен ли судебный эксперт нести гражданско-правовую (имущественную) ответственность за составление экспертного заключения, не соответствующего требованиям закона (здесь и далее заключение эксперта, которое не соответствует требованиям закона, именуется ненадлежащее или дефектное заключение/доказательство), или же природа связывающих его с судом отношений, процессуальное положение и выполняемая функция обуславливают предоставление иммунитета от привлечения судебного эксперта к имущественной ответственности.

Анализ судебной практики показывает, что в подавляющем большинстве случаев суды приходят к выводу о том, что несмотря на дефектность подготовленного судебным экспертом заключения, согласованное при назначении экспертизы вознаграждение эксперта не может быть уменьшено, тем более невозможен полный отказ в его выплате, а предъявленный к эксперту самостоятельный иск о возмещении причиненных им стороне судебного разбирательства убытков удовлетворению не подлежит. Судебная практика также исходит из того, что признание заключения судебного эксперта ненадлежащим доказательством и назначение в связи с этим повторной судебной экспертизы не исключает отнесение на стороны расходов, понесенных на проведение первоначальной экспертизы.

Подобные подходы судебной практики свидетельствуют о том, что де-факто в современном российском гражданском и арбитражном процессе судебные эксперты пользуются иммунитетом от привлечения к имущественной ответственности, хотя в отечественной доктрине проблематика иммунитета судебного эксперта от ответственности никогда прежде не обсуждалась, на законодательном уровне иммунитет судебного эксперта не закреплен, и более того, действует принцип генерального деликта, в соответствии с которым любой вред, в

том числе вред, причиненный судебным экспертом, подлежит возмещению в полном объеме.

Это делает актуальным исследование причин такого фактического предоставления эксперту иммунитета от привлечения к гражданско-правовой ответственности, выявления тех теоретических и практических аргументов, которые подспудно – в условиях отсутствия доктринальных разработок и нормативных предписаний – положены в основу принимаемых российскими судами решений по данному вопросу. Для поиска ответов на указанные вопросы представляется необходимым обратиться к опыту тех государств, в которых в течение многих лет судебные эксперты были защищены иммунитетом от предъявления к ним каких-либо имущественных претензий – прежде всего Великобритании, где на протяжении более 400 лет (вплоть до отмены иммунитета судебного эксперта в 2011 г.) существовала детально разработанная доктрина иммунитета судебного эксперта от привлечения к имущественной ответственности.

Анализ аргументов, высказывавшихся как в поддержку, так и против доктрины иммунитета судебного эксперта (разумеется, с учетом всех различий в правовом регулировании статуса судебного эксперта в Российской Федерации с одной стороны, и Великобритании и иных государствах – с другой), позволит ответить на фундаментальный вопрос о том, должен ли судебный эксперт по российскому праву пользоваться иммунитетом от привлечения к имущественной ответственности и почему, и, если должен, то каковы пределы действия указанного иммунитета.

Решение этой – центральной – для настоящего исследования проблемы требует раскрытия связанных с ней (и в определенной степени предопределяющих это решение) и также не получивших адекватного отражения в российской науке гражданского процесса вопросов о природе отношений, связывающих суд и эксперта, в частности, о том, имеет ли судебный эксперт по российскому праву самостоятельное имущественное притязание к суду, а, возможно, и к стороне судебного процесса, об оплате выполненного экспертного исследования, или

правоотношения, возникающие в связи с назначением судебной экспертизы, лишены какой-либо имущественной составляющей, а потому такого притязания у судебного эксперта нет и быть не может. В свою очередь найденный ответ на этот вопрос позволит разработать систему способов реагирования суда на дефектность экспертного заключения и способов защиты имущественных прав и интересов эксперта, права и обязанности которого являются предметом резолюции суда о выплате/отказе в выплате или уменьшении согласованного вознаграждения.

Неисполнение/ненадлежащее исполнение экспертом существующей по отношению к суду обязанности по составлению экспертного заключения потенциально может причинить также вред сторонам судебного разбирательства, которые хотя и не состоят с экспертом в относительном правоотношении, но могут понести разнообразные убытки в результате подобного поведения эксперта. В этой связи еще одним, тесно связанным с поставленным выше, вопросом является сущность находящихся под потенциальной угрозой причинения вреда со стороны эксперта принадлежащих сторонам дела благ, специфические черты деликтов, за совершение которых эксперт может быть привлечен к гражданско-правовой ответственности, а также способы защиты прав и законных интересов сторон дела, во-первых, не желающих оплачивать фактически не оказанные или оказанные некачественно услуги эксперта, во-вторых, претерпевающих вызванные этими деликтами убытки.

Только комплексное исследование обозначенных проблем позволит прийти к обоснованному выводу о том, должен ли судебный эксперт нести имущественную ответственность за ненадлежащее исполнение обязанности по составлению экспертного заключения, какова природа этой ответственности, ее меры, основания и пределы.

Отсутствие научных работ по проблеме и возрастающая потребность судебной практики в правовых средствах реагирования на ненадлежащее исполнение/неисполнение экспертом своих обязанностей предопределяет актуальность темы диссертационного исследования.

Степень научной разработанности темы исследования

Проблематика имущественной ответственности судебного эксперта за ненадлежащее осуществление функций по проведению экспертного исследования является новой для российской правовой доктрины. Если такие проблемы судебно-экспертной деятельности в различных видах судопроизводства, как основания использования специальных знаний, порядок назначения и производства судебной экспертизы и особенности производства отдельных ее видов, оценка достоверности заключения эксперта, процессуальный статус эксперта, его процессуальная ответственность и др., нередко выступали предметом рассмотрения в работах дореволюционных, советских и современных российских правоведов, то исследования, посвященные вопросам имущественной ответственности судебного эксперта, в российской правовой доктрине отсутствуют полностью.

Объектом исследования являются общественные отношения, складывающиеся в связи с составлением судебным экспертом заключения, которое суд квалифицировал в качестве доказательства, не соответствующего требованиям закона.

Предметом исследования является гражданское, гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное законодательство, законодательство о судебно-экспертной деятельности, а также практика судов общей юрисдикции и арбитражных судов, практика Европейского Суда по правам человека, а также зарубежное законодательство и судебная практика.

Цели и задачи исследования Целью настоящего диссертационного исследования является выявление правовой природы, оснований, мер и пределов имущественной ответственности судебного эксперта за составление экспертного заключения, не отвечающего нормативным требованиям, как перед судом, так и перед сторонами дела.

Названная цель исследования предопределила конкретные задачи работы:

- определить правовую природу правоотношений, складывающихся между судебным экспертом, судом и сторонами дела в процессе назначения и проведения экспертизы;

- исследовать вопрос о том, чем с политико-правовой точки зрения может быть обосновано фактическое существование в российской судебной практике иммунитета судебного эксперта от привлечения к имущественной ответственности;

- определить, как де-факто действующий в российском праве иммунитет судебного эксперта от привлечения к имущественной ответственности соотносится с принципом генерального деликта и правом на доступ к правосудию;

- установить, чему в российском праве должен быть отдан приоритет: идее о том, что интересы правосудия требуют, чтобы судебный эксперт представлял суду свое профессиональное мнение, не боясь быть подвергнутым претензиям со стороны недовольных участников процесса, а также, чтобы был исключен риск внеинстанционного пересмотра дела, или же основополагающему правилу о том, что любой причиненный вред подлежит возмещению;

- определить особенности ответственности внесудебных экспертов, которые знали или должны были знать, что их заключение в дальнейшем будет использовано в судебном процессе;

- ответить на вопрос о том, имеет ли судебный эксперт по российскому праву самостоятельное имущественное притязание к суду об оплате оказанных им услуг по проведению экспертного исследования;

- выявить способы реагирования суда на дефектность экспертного заключения и способы защиты прав и интересов эксперта, права и обязанности которого являются предметом резолюции суда о выплате/отказе в выплате или уменьшении согласованного вознаграждения;

- определить сущность принадлежащих сторонам дела благ, которым эксперт потенциально может причинить вред, и выявить специфические черты деликтов, за совершение которых эксперт может быть привлечен к гражданско-правовой ответственности;

- ответить на вопрос о том, может ли быть удовлетворен и при каких условиях самостоятельный деликтный иск заинтересованного лица (истца или ответчика) к судебному эксперту;

- определить, должна ли имущественная ответственность судебного эксперта носить ограниченный характер или судебный эксперт должен возместить причиненные им убытки в полном объеме.

Методологической основой исследования являются общенаучные методы (анализ, синтез, сравнение, обобщение, аналогия) и методы частно-научного познания (формально-логический, историко-правовой, формально - юридический, сравнительно-правовой, системный и комплексный анализ, метод правового моделирования).

Теоретической основой исследования, учитывая межотраслевой характер анализируемых правоотношений, стали труды ученых-юристов, являющихся представителями различных отраслевых юридических наук, среди которых К.Н. Анненков, М.М. Агарков, И.В. Бекленищева, С.Н. Братусь, Е.В. Васьковский, М.Л. Гальперин, М.А. Гурвич, Н.Г. Елисеев, И. Жеруолис, Н.Б. Зейдер, О.С. Иоффе, В.Л. Исаченко, Е.А. Крашенинников, С.В. Лазарев, Д.И. Мейер, В.А. Мусин, Е.А. Нефедьев, К.П. Победоносцев, И.А. Покровский, В.К. Райхер, И.В. Решетникова, М.А. Рожкова, А.О. Рыбалов, Т.В. Сахнова, В.Т. Смирнов, А.А. Собчак, Ю.К. Толстой, М.К. Треушников, Ю.Е. Туктаров, Е.А. Флейшиц, Н.А. Чечина, Д.В. Чечот, М.С. Шакарян, Г.Ф. Шершеневич, М.З. Шварц, В.Н. Щеглов, К.С. Юдельсон, А.В. Юдин, В.В. Ярков и др.

Эмпирической базой исследования являются материалы судебной практики Российской Федерации (судов общей юрисдикции и арбитражных судов), материалы судебной практики Европейского Суда по правам человека и зарубежной судебной практики.

Научная новизна исследования состоит в комплексном исследовании вопросов о том, (а) должен ли судебный эксперт нести имущественную ответственность в случае составления дефектного экспертного заключения или он защищен иммунитетом от привлечения к имущественной ответственности; (b) если судебный эксперт пользуется иммунитетом, то чем он может быть обоснован; (c) если же судебный эксперт должен нести имущественную ответственность за ненадлежащее исполнение обязанностей по проведению экспертного

исследования, то перед кем, какова ее природа, основания и пределы. В работе впервые в отечественной литературе подробно исследован феномен имущественной ответственности судебного эксперта за составление дефектного заключения, которое не принято судом в качестве доказательства по делу, как перед судом, так и перед сторонами дела, которым был причинен вред в результате ненадлежащего исполнения судебным экспертом возложенных на него обязанностей.

Основные выводы, демонстрирующие научную новизну исследования, отражены в следующих **положениях, выносимых на защиту**:

1. Судебный эксперт является субъектом имущественной ответственности за вред, причиненный ненадлежащим исполнением обязанностей по производству экспертного исследования лицам, участвующим в деле, в соответствии с принципом генерального деликта. Ни функция предоставления профессионального суждения, предполагающая дискрецию при его выражении, ни презумпция надлежащего исполнения экспертом обязанностей, ни потребность обеспечить эксперту свободу выражения профессионального мнения без опасения быть подвергнутым имущественным претензиям со стороны недовольных участников процесса, ни крайне нежелательный для интересов правосудия риск внеинстанционного пересмотра дела не могут служить основанием для предоставления судебному эксперту иммунитета от имущественной ответственности.

2. В системе гражданских процессуальных правоотношений должно быть признано существование гражданских процессуальных правоотношений с имущественным содержанием – таковым является правоотношение, связывающее суд и судебного эксперта, в котором суд обязан, а судебный эксперт имеет право требовать оплаты выполненного экспертного исследования. Правоотношения между судом и экспертом возникают на основе сложного юридического состава, включающего: (а) определение о назначении судебной экспертизы, регулирующего собственно процессуальные правоотношения в рамках правовой связи «суд-эксперт», основанные на власти и подчинении; (б) соглашение о проведении

экспертного исследования, которое представляет собой процессуальное соглашение, регулирующее имущественные аспекты правоотношений между судом и экспертом.

3. Мерами имущественной ответственности судебного эксперта являются (а) отказ в выплате/уменьшение размера вознаграждения эксперту, (б) взыскание вреда (реальный ущерб, упущенная выгода) и/или чисто экономических убытков, причиненных ненадлежащим выполнением экспертного исследования.

4. Необходимость гарантировать судебную защиту имущественных прав эксперта при возникновении оснований для отказа в выплате/уменьшении размера вознаграждения обосновывает наделение его при решении этого вопроса полным комплексом процессуальных прав лица, участвующего в деле: вопрос об отказе в выплате/уменьшении размера вознаграждения подлежит рассмотрению в судебном заседании с участием судебного эксперта для предоставления ему возможности отстаивать доброкачество составленного им экспертного заключения.

5. Неисполнение судебным экспертом его обязанностей перед судом потенциально может причинять сторонам судебного разбирательства как вред, выражающийся в реальном ущербе и упущенной выгоде, так и чисто экономические убытки, которые подлежат возмещению в полном объеме при наличии следующих условий: (а) вина эксперта в форме умысла или грубой неосторожности, (б) причинно-следственная связь между действиями судебного эксперта и возникновением у потерпевшего вреда или экономических потерь, (с) предварительная – в деле, в котором производство экспертизы назначено судом – констатация судом ненадлежащего исполнения экспертом возложенных на него обязанностей.

В отсутствие судебной констатации, подтверждающей неисполнение или ненадлежащее исполнение экспертом обязанностей перед судом, заинтересованная сторона должна быть лишена возможности в процессе по иску о возмещении причиненного экспертом вреда пересматривать результат оценки экспертного заключения – иное приводило бы к нежелательному риску внеинстанционного пересмотра дела, а также препятствовало бы эксперту исполнять возложенную на

него функцию, заключающуюся в представлении суду своего профессионального мнения, не боясь быть подвергнутым имущественным претензиям со стороны недовольных участников процесса, что не соответствовало бы интересам осуществления правосудия.

6. В российском праве нет ни легальных, ни политико-правовых оснований для надления внесудебных экспертов иммунитетом от предъявления иска о возмещении вреда и/или чисто экономических убытков, причиненных ненадлежащим выполнением экспертного исследования, не только заказчиком экспертного исследования, но и лицами, являвшимися его непосредственными или подразумеваемыми адресатами: если внесудебный эксперт знал или должен был знать, что подготовленное им заключение будет использовано впоследствии в ходе судебного разбирательства, он должен нести имущественную ответственность за возможные убытки и перед сторонами дела, в которое было представлено заключение, оказавшееся дефектным.

Теоретическая значимость диссертационного исследования выражается в том, что его выводы могут быть положены в основу дальнейших исследований природы процессуальных правоотношений, процессуального статуса эксперта, предпосылок и пределов имущественных иммунитетов, в основе которых лежит процессуальная функция, могут быть использованы при разработке модели построения имущественной ответственности судебного эксперта за составление дефектного заключения, которое суд отказался признать в качестве доказательства, соответствующего требованиям закона.

Практическое значение исследования Выработанные в исследовании подходы создают концептуальную основу для решения практических проблем, возникающих в связи с необходимостью дать ответы на вопросы о том, может ли суд ввиду дефектности подготовленного судебным экспертом заключения отказать в выплате или уменьшить размер вознаграждения эксперта, а также на вопросы о способах и процессуальных формах защиты прав и законных интересов как судебного эксперта, так и сторон дела, которым был причинен вред вследствие подготовки экспертом заключения ненадлежащего качества. Проведенное

исследование вскрывает проблемы действующего правового регулирования и судебной практики, поэтому выводы, в нем содержащиеся, могут быть использованы при выборе направлений реформирования процессуального и гражданско-правового законодательства, а также законодательства о судебно-экспертной деятельности.

Положения и материалы диссертационного исследования могут послужить основой для подготовки учебных курсов по дисциплинам «Гражданский процесс», «Арбитражный процесс», специальных курсов «Теория и практика судебной экспертизы».

Апробация результатов исследования Диссертация подготовлена на кафедре гражданского процесса юридического факультета Санкт-Петербургского Государственного Университета, где проведено ее обсуждение.

Основные положения диссертационного исследования были изложены в опубликованных научных статьях, выступлении на научно-практических конференциях, использованы диссертантом при проведении практических занятий по курсу гражданского процессуального права.

Структура работы определяется задачами исследования и необходимостью комплексного изучения проблем имущественной ответственности судебного эксперта. Диссертация состоит из введения, трех глав, объединяющих четырнадцать параграфов, заключения, библиографического списка.

Глава 1. Постановка проблемы. Иммунитет эксперта от привлечения к имущественной ответственности

§ 1. Тенденции развития правоприменительной практики по вопросам имущественной ответственности судебного эксперта

Противоречивость складывающейся судебной практики породила насущную необходимость дать юридическую квалификацию комплексу правоотношений, возникающих в связи с выплатой вознаграждения судебному эксперту (экспертному учреждению), составившему некачественное экспертное заключение.¹ В частности, возник вопрос: если суд приходит к выводу о некачественности экспертного заключения, в результате чего отказывается признать заключение эксперта надлежащим доказательством по делу, может ли вознаграждение эксперта быть уменьшено; может ли при определенных обстоятельствах последовать отказ в выплате эксперту вознаграждения?

Парадоксально, но анализ судебной практики приводит к необходимости ответить на данный вопрос отрицательно: несмотря на констатацию судом несоответствия заключения эксперта требованиям законодательства, в подавляющем большинстве случаев суды приходили к выводу о том, что

¹ Под некачественным экспертным заключением мы понимаем собирательное понятие, условно включающее в себя совершенно различные с процессуальной точки зрения ситуации дефектности экспертного заключения, когда: 1) экспертное заключение в принципе не было изготовлено, либо было изготовлено не по всем вопросам, поставленным перед экспертом; 2) заключение эксперта не отвечает формальным критериям, предъявляемым к доказательствам (нарушен процессуальный порядок назначения или проведения экспертизы: например, эксперт не был предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, при производстве экспертизы были нарушены процессуальные права участников судебного разбирательства, эксперт самостоятельно осуществлял сбор материалов для экспертного исследования, к производству экспертизы были привлечены сторонние лица и пр.) – в переложении на процессуальный язык это есть недопустимость экспертного заключения; 3) экспертом применены неверные научные методы, либо в заключении содержатся неустранимые неточности и противоречия (т.е. страдает качество экспертного заключения) – в категориях процессуального права речь идет о недостоверности экспертного заключения; 4) экспертом сделан вероятностный, а не категорический вывод относительно обстоятельств дела. Перечень этих ситуаций можно продолжать и далее, в чем нет необходимости. Подчеркнем условный характер используемого нами понятия «некачественное экспертное заключение», которое отнюдь не сводимо к какой-то одной группе дефектов, допущенных при создании экспертного заключения (будь то его недопустимость, недостоверность и пр.). Как мы убедимся в ходе дальнейшего изложения, применительно к каждому из обозначенных дефектов экспертного заключения, вопрос об ответственности эксперта может и должен обсуждаться отдельно. Однако для того, чтобы в конечном итоге выявить и понять все эти различия, в первом приближении необходимо ставить вопрос предельно широко, вследствие чего мы и обращаемся к проблематике ответственности эксперта за составление некачественного экспертного заключения.

вознаграждение эксперта уменьшено быть не может (тем более невозможен отказ в выплате вознаграждения).²

Еще в 2006 г. в п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 № 66 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» ВАС РФ сформулировал следующую правовую позицию: «Если эксперт выполнил исследование в полном объеме, однако на поставленные вопросы не ответил по независящим от него причинам, размер вознаграждения эксперту не может быть уменьшен».³

Надо признать, что с формулированием данной правовой позиции вопросов на практике меньше не стало. Можно ли уменьшить размер вознаграждения эксперта, если эксперт не выполнил исследование в полном объеме или если эксперт не ответил на поставленные перед ним вопросы по «зависящим» от него причинам? Может ли суд принять решение об отказе в выплате вознаграждения эксперту? Если да, то при каких условиях? Все эти вопросы, к сожалению, до сих пор не имеют однозначного ответа.⁴ Не отвечает на данные вопросы и Постановление Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе».⁵

² См., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 05.04.2011 № 15659/10 по делу № А08-8887/2009-30, Постановление ФАС СЗО от 25.06.2015 по делу № А56-10324/2014, Постановление ФАС МО от 27.11.2013 по делу № А40-125091/11-144-1138, Постановление ФАС ВСО от 25.10.2011 № А33-5881/2010, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.11.2014 по делу № А21-7983/2013, Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.06.2011 по делу № А53-919/2011// Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс».

³ Постановление Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 № 66 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» (утратило силу) // Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс».

⁴ Затонова Д.Ю. Судебный эксперт подготовил некачественное экспертное заключение. Удастся ли снизить его вознаграждение// Арбитражная практика для юристов. 2017. № 5(21). С. 58-69.

⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»// Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс». П. 25 указанного Постановления Пленума ВАС гласит: «Если эксперт ответил не на все поставленные перед ним вопросы или провел исследование не в полном объеме в связи с тем, что выявилась невозможность дальнейшего производства экспертизы и подготовки заключения (например, объекты исследования непригодны или недостаточны для дачи заключения и эксперту отказано в их дополнении, отпала необходимость в продолжении проведения экспертизы), эксперту (экспертному учреждению, организации) оплачивается стоимость фактически проведенных им исследований с учетом представленного экспертом финансово-экономического обоснования расчета затрат». Таким образом, Пленум ВАС в Постановлении № 23 также не отвечает на вопрос о том, можно ли уменьшить вознаграждение эксперта или вовсе отказать в его выплате в ситуации, когда недостатки экспертного заключения обусловлены исключительно виной самого эксперта, а не какими-то объективными причинами, находившимися вне контроля с его стороны.

Интересно, что в п. 24 проекта Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»⁶ была прямо предусмотрена возможность отказа суда в выплате эксперту обусловленного вознаграждения. Сформулировано это было следующим образом: «Если экспертом при проведении экспертизы допущены существенные нарушения, исходя из установленных ст. 86 АПК РФ требований к заключению эксперта (например, в заключении отсутствует содержание и результаты исследований с указанием примененных методов, оценка результатов исследований, обоснование выводов по поставленным вопросам), которые не могут быть устранены посредством вызова эксперта в судебное заседание для дачи пояснений, и в результате таких нарушений заключение эксперта не может быть признано допустимым доказательством, вознаграждение эксперту не выплачивается».

С принципиальной точки зрения признание потенциальной возможности отказа в выплате вознаграждения эксперту, составившему «некачественное» экспертное заключение, можно только приветствовать, ибо, как мы уже успели убедиться, подавляющее большинство судов на практике не признают возможности отказа в выплате вознаграждения эксперту. Однако если проанализировать те примеры, которые приводились в проекте как иллюстрация существенных нарушений при проведении экспертизы, способных повлечь отказ в выплате эксперту обусловленного вознаграждения (в заключении отсутствует содержание и результаты исследований с указанием примененных методов, оценка результатов исследований, обоснование выводов по поставленным вопросам), то создается впечатление, что эксперту отказывают в выплате вознаграждения лишь

⁶ Проект Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» был размещен на официальном сайте Высшего Арбитражного Суда РФ (обсуждение состоялось на заседании Президиума ВАС РФ 06.03.2014). Следует отметить, что 04.04.2014 было принято Постановление Пленума ВАС РФ № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе». Интересно, что критикуемые в настоящей работе пункты проекта данного Постановления в окончательный текст Постановления Пленума ВАС РФ так и не вошли. Вместе с тем некоторые позиции, отраженные в данном проекте Постановления Пленума ВАС РФ, представляют значительный интерес для настоящей работы, и, несмотря на то, что не вошли в окончательный текст Постановления Пленума ВАС, тем не менее, отражают определенные тенденции развития правоприменительной практики, а потому будут проанализированы.

тогда, когда оказывается, что исследование фактически не производилось. Представляется, что положение п.7, 8 ч. 2 ст. 86 АПК РФ должно толковаться таким образом, что при отсутствии в заключении эксперта содержания и результатов исследований с указанием примененных методов, а равно оценки результатов исследований, выводов по поставленным вопросам и их обоснования, это заключение попросту не может считаться заключением эксперта в смысле ст. 86 АПК РФ. А если нет заключения эксперта, отвечающего предъявляемым законом требованиям, то, конечно, нет и оснований для уплаты эксперту вознаграждения. Между тем проблема намного глубже: должно ли эксперту выплачиваться вознаграждение, если в заключении эксперта наличествует содержание и результаты исследований, оценка и обоснование выводов, но, по мнению суда, все это такого «качества», что не позволяет суду считать заключение эксперта надлежащим доказательством по делу. К сожалению, ответа на этот вопрос проект Постановления Пленума ВАС РФ не давал.

Судебная же практика является крайне противоречивой. Ряд судов занимает позицию, согласно которой законом не предусмотрена возможность отказа в оплате результатов проведенной судебной экспертизы.⁷ Так, в Постановлении Семнадцатого арбитражного апелляционного суда читаем: «...представление заключения эксперта в арбитражный суд, которым была назначена экспертиза, означает проведение экспертом исследований, которое подлежит оплате».⁸ Иными словами, заключение эксперта вообще не оценивается на предмет «качества»: как только эксперт представит в суд заключение эксперта, пусть даже составленное в нарушение целого ряда норм действующего законодательства, считается, что эксперт провел исследование, которое, независимо от своего «качества», подлежит оплате.

⁷ См., например, Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.03.2012 № 15АП-11935/2011 по делу № А53-13180/2011, Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.01.2012 по делу № А60-34104/2010 // Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс».

⁸ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.01.2012 по делу № А60-34104/2010. // Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс».

Своего апофеоза данный подход достигает в Постановлении Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. № 15659/10. По материалам дела, рассмотренного Президиумом ВАС РФ, суд первой инстанции пришел к выводу, что «представленное обществом «НПП «Контакт» экспертное заключение не соответствует требованиям, сформулированным в определении суда о назначении комиссионной строительно-технической экспертизы, оно дано и подписано экспертами, не упомянутыми в данном определении, а также лицами, не предупрежденными судом об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения».⁹ Между тем Президиум ВАС РФ, не оценивая по существу довод о недопустимости заключения эксперта, приходит к парадоксальному по своей беспечности выводу: «выплата вознаграждения эксперту не ставится в зависимость от соответствия или несоответствия экспертного заключения требованиям, предъявленным судом». При этом данная правовая позиция Президиума ВАС РФ является общеобязательной и подлежит применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел.¹⁰

Надо отметить, что по обстоятельствам этого дела недостатки экспертного заключения, не позволившие рассматривать его в качестве допустимого доказательства по делу, были вызваны отнюдь не некачественным исполнением экспертом своих обязанностей, а процессуальными нарушениями, допущенными

⁹ Постановление Президиума ВАС РФ от 05.04.2011 № 15659/10 по делу № А08-8887/2009-30. // Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс».

¹⁰ Ссылки на данную правовую позицию Президиума ВАС можно встретить в целом ряде судебных актов. См., например, Постановление ФАС СКО от 13.12.2012 по делу № А32-1805/2011, Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.11.2010 № 15АП-10776/2010 по делу № А01-1071/2006-8, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.02.2017 № 13АП-34558/2016 по делу № А56-40272/2014; Постановление ФАС СЗО от 13.02.2017 по делу № А56-41347/2014, Постановление ФАС СЗО от 27.09.2016 по делу № А56-7186/2014; Постановление ФАС ВСО от 24.11.2016 по делу № А33-11257/2012, Постановление ФАС МО от 27.11.2013 по делу № А40-125091/11-144-1138, Постановление ФАС МО от 27.11.2017 № Ф05-17273/2017 по делу № А40-185715/2016, Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 03.07.2017 по делу № А41-86858/15; Определение Верховного Суда РФ от 08.06.2017 № 307-ЭС17-6277 по делу № А56-41347/2014 // Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс». Между тем надо принять во внимание тот факт, что данная правовая позиция Президиума ВАС была сформулирована применительно к разрешению конкретного дела: арбитражный суд Белгородской области утвердил мировое соглашение, по которому стороны исключили из принятых на себя судебных расходов стоимость назначенной судом строительно-технической экспертизы, не подлежащей оплате ни одной из сторон в связи с отсутствием ее результата. Президиум ВАС, однако, пошел по довольно неоднозначному пути: вместо того чтобы констатировать, что в силу ч. 5 ст. 49 АПК РФ нижестоящий суд был не вправе утверждать мировое соглашение сторон, содержащее условие об отказе эксперту в выплате вознаграждения, Президиум ВАС на основании толкования статей 101, 106, ч. 2 ст. 107, 108, 109 и ч.6 ст. 110 АПК РФ сделал вывод о том, что выплата вознаграждения эксперту не ставится в зависимость от соответствия или несоответствия экспертного заключения требованиям, предъявленным судом.

судом (отсутствие предупреждения эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения и пр.). Именно поэтому Президиум ВАС совершенно справедливо указал, что «отрицательные последствия процессуальных нарушений, допущенных судом первой инстанции, не могут возлагаться на третьих лиц, в том числе на эксперта (экспертную организацию)». Другое дело, что равным образом несправедливо возлагать последствия процессуальных нарушений, допущенных судом, на стороны дела (истца или ответчика), ибо за процессуальные нарушения суда должен «платить» федеральный бюджет.¹¹¹²

Позиция Президиума ВАС РФ о том, что выплата вознаграждения эксперту не ставится в зависимость от соответствия или несоответствия экспертного заключения требованиям, предъявленным судом, недавно была поддержана и Верховным Судом РФ в Определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 14.05.2019 № 16-КГ19-3. Верховный Суд указал, что «недостаточная ясность или неполнота заключения эксперта, возникновение вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств дела, сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличие противоречий в выводах эксперта в качестве правовых последствий влекут последствия, предусмотренные статьей 87 ГПК РФ (то есть назначение дополнительной или повторной экспертизы). При этом отказ в оплате экспертизы, по основаниям неполноты заключения эксперта или его недостаточной ясности процессуальным законом не предусмотрен. Выплата вознаграждения эксперту не может ставиться в зависимость от оценки его судом и непринятия его судом в качестве доказательства по делу...».¹³

¹¹ Обратим внимание на оговорку Президиума ВАС о том, что «при названных обстоятельствах (выделено мною – Д.З.) суд не вправе был отказывать заявителю в оплате расходов на проведение экспертизы». Это приводит к выводу о том, что при отсутствии определенного набора «названных» обстоятельств, суд в принципе не лишен права отказать эксперту в оплате услуг по проведению экспертного исследования. В этом смысле вызывает большие сомнения тезис о том, что позиция Президиума ВАС, сводящаяся к тому, что выплата вознаграждения эксперту не ставится в зависимость от соответствия или несоответствия экспертного заключения требованиям, предъявленным судом, в принципе может рассматриваться как общеобязательная и подлежать применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел.

¹² Затонова Д.Ю. Имущественная ответственность судебного эксперта (постановка проблемы)//Право и политика. 2020. № 4. С. 1-17. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=32512 (дата обращения: 25.03.2021).

¹³ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 14.05.2019 № 16-КГ19-3. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

Идея о недопустимости отказа в выплате эксперту вознаграждения в случае представления некачественного экспертного заключения находит свое воплощение и в сложившейся практике возмещения понесенных расходов на проведение первоначальной экспертизы в ситуации, когда суд счел первоначальную экспертизу недопустимым доказательством и основывал свои выводы на заключении повторной экспертизы. Судебная практика исходит из того, что признание заключения судебного эксперта ненадлежащим доказательством и назначение в связи с этим повторной судебной экспертизы не исключает отнесение на стороны расходов, понесенных на проведение первоначальной экспертизы.¹⁴ Таким образом, здесь мы видим проведение той же мысли: несмотря на констатацию судом некачественности первоначальной экспертизы, оплата за ее проведение будет перечислена эксперту.¹⁵

Крайне редко можно встретить противоположную позицию судов, которые обосновывают возможность отказа в выплате эксперту причитающегося вознаграждения в случае составления некачественного экспертного заключения.

Так, в Постановлении ФАС ВСО от 25.10.2011 № А33-5881/2010 был сделан вывод (который был поддержан в Определении ВАС РФ от 9 апреля 2012 г. № ВАС-1869/12)¹⁶ о законности действий суда, отказавшего эксперту в выплате обусловленного вознаграждения в связи с тем, что экспертное заключение не было

¹⁴ Постановление ФАС СКО от 13.12.2012 по делу № А32-1805/2011, Постановление ФАС ДО от 25.02.2015 № Ф03-251/2015 по делу № А73-4790/2013, Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.11.2010 № 15АП-10776/2010 по делу № А01-1071/2006-8, Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.01.2012 по делу № А60-34104/2010, Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 17.01.2018 по делу № А59-2988/2015; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.12.2017 по делу № А40-48998/16; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.11.2017 по делу № А40-71101/16; Постановление ФАС ВСО от 24.11.2016 № Ф02-6767/2016 по делу № А33-11257/2012 //Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс».

¹⁵ Здесь интересно привести рассуждения дореволюционного юриста В.Л. Исаченко, который, комментируя положения Устава гражданского судопроизводства о сведущих лицах, задавался вопросом: «вправе ли эксперты требовать, а суд присудить вознаграждение экспертам за их труд, оказавшийся никуда не годным?». «По нашему мнению, - писал В.Л. Исаченко, - вопрос этот должен быть разрешен утвердительно: право на получение такого вознаграждения закон не ставит в зависимость от того, годно или негодно заключение сведущих людей, но только размер его поставляет в зависимость от качества труда. Следовательно, если заключение окажется негодным, то суд не может отказать экспертам в присуждении им этого вознаграждения, но он вправе присудить минимум предоставленного ему размера». (Исаченко В.Л. Гражданский процесс: Практический комментарий на вторую книгу Устава гражданского судопроизводства. Том 2, 1910. С. 889.) Иными словами, В.Л. Исаченко полагал, что суд вправе уменьшить размер причитающегося эксперту вознаграждения (но не ниже установленного законом минимума), однако не может полностью отказать эксперту в выплате вознаграждения.

¹⁶ Определение Высшего Арбитражного суда Российской Федерации РФ от 09.04.2012 № ВАС-1869/12. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

принято судом в качестве надлежащего доказательства по делу, поскольку экспертом были ненадлежащим образом оказаны услуги по проведению судебной экспертизы. Интересно, что данная позиция суда была поддержана ВАС РФ уже после принятия упомянутого ранее Постановления Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. № 15659/10, в котором Президиум ВАС пришел к выводу, что в выплате вознаграждения эксперту отказано быть не может. Однако и далее в Определении ВАС РФ от 24 февраля 2014 г. № ВАС-974/14¹⁷ мы встречаем позицию, прямо противоположную ранее выраженной Президиумом ВАС.

Обратимся к аргументации ВАС в Определении от 24 февраля 2014 г. № ВАС-974/14. Суд указал, что экспертное заключение относится к доказательствам по делу и оценивается судами наравне со всеми представленными по делу доказательствами по правилам статьи 71 АПК РФ. Суд первой инстанции, оценивая представленный отчет эксперта, признал его недопустимым доказательством, в том числе и потому, что в нарушение требований АПК РФ им к проведению экспертизы привлечены сторонние лица, не предупрежденные в установленном порядке об уголовной ответственности, без исследования судом сведений об их профессиональной квалификации, в отчете имелись неточности и противоречия. Если экспертом при проведении экспертизы допущены существенные нарушения, в результате чего экспертное заключение не может быть признано допустимым доказательством, вознаграждение эксперту не выплачивается. Иными словами, по логике суда, вознаграждение эксперту выплачивается тогда, когда заключение эксперта признано судом допустимым доказательством.¹⁸

¹⁷ Определение ВАС РФ от 24.02.2014 № ВАС-974/14 по делу № А41-28688/09. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

¹⁸ В Постановлении Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.04.2013 по делу № А72-1498/2010, которым была признана обоснованной резолюция суда первой инстанции об отказе в выплате экспертному учреждению вознаграждения, содержится следующая аргументация: «Установив, что экспертное заключение от 02.11.2012 не содержит ответа на поставленный судом вопрос, Арбитражный суд Ульяновской области пришел к обоснованному выводу о том, что экспертиза проведена обществом с ограниченной ответственностью «Инфо-Центр-Аудит» не на основании определения Арбитражного суда Ульяновской области, эксперты не выполнили работу по заданию заказчика – Арбитражного суда Ульяновской области, в связи с чем основания для оплаты выставленного ООО «Инфо-Центр-Аудит» счета за проведение дополнительной экспертизы отсутствуют». К аналогичным по содержанию выводам пришел суд в Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.12.2016 № 13АП-29227/2016 по делу № А56-2097/2015, что было поддержано судом кассационной инстанции в Постановлении ФАС СЗО от 21.03.2017 по делу № А56-2097/2015.

Таким образом, в судебно-арбитражной практике наметились две прямо противоположные тенденции: (1) большая часть судов, в том числе Верховный Суд РФ, поддерживает правовую позицию, сформулированную в прецедентном Постановлении Президиума ВАС от 5 апреля 2011 г. № 15659/10 о том, что в выплате эксперту обусловленного вознаграждения не может быть отказано, поскольку «выплата вознаграждения эксперту не ставится в зависимость от соответствия или несоответствия экспертного заключения требованиям, предъявленным судом»; (2) однако имеются и немногочисленные судебные акты, в которых эксперту (экспертному учреждению) было отказано в выплате причитающегося вознаграждения из-за существенных недостатков в экспертизе, не позволивших суду принять заключение эксперта в качестве надлежащего/допустимого доказательства.

На первый взгляд, следует поддержать позицию судов, обосновывающих возможность отказа в выплате эксперту вознаграждения при составлении некачественного экспертного заключения, ибо сама мысль о том, что стороны дела вынуждены платить эксперту за некачественное экспертное заключение, которое суд отказался признать в качестве надлежащего доказательства по делу, кажется абсурдной.

Поясним данный тезис. С одной стороны, специфика судебной экспертизы по отечественному праву заключается в том, что эксперт несет публично-правовые обязанности исключительно перед судом и не состоит при этом в правоотношениях со сторонами рассматриваемого дела. Согласно общепринятой в доктрине позиции, существуют лишь процессуальные правоотношения «эксперт-суд», правоотношений «эксперт-истец» или «эксперт-ответчик» в российской правовой системе быть не может.¹⁹ Основанием возникновения правоотношений «эксперт-

¹⁹ Обязательным участником любого гражданского процессуального правоотношения является суд. Отсюда распространенное в отечественной науке гражданского процесса понимание гражданских процессуальных правоотношений как урегулированных нормами гражданского процессуального права общественных отношений, возникающих в ходе осуществления правосудия между судом, с одной стороны, и другими участниками судопроизводства, с другой (Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 9.; Чечина Н.А. Гражданские процессуальные отношения. Л., 1962. С. 8.). Во многом следствием такого непреложного специфического признака гражданских процессуальных правоотношений как участие суда в качестве обязательного субъекта следует считать воспринятую подавляющим большинством процессуалистов концепцию, описывающую структуру гражданского процессуального правоотношения, родоначальником которой считают О. Бюлова. Суть

суд» является определение о назначении экспертизы – односторонний властный акт суда.

Вместе с тем очевидно, что как при судебной, так и при внесудебной экспертизе²⁰ эксперт проводит исследование, используя свои специальные знания. Предмет деятельности эксперта не меняет своего содержания в зависимости от того, идет ли речь о выполнении исследования по заказу частного лица или по поручению суда. С этой точки зрения возникает вопрос: должны ли различаться права заказчиков и лиц, оплачивающих судебную экспертизу, на получение качественного исследования при проведении судебной и внесудебной экспертизы? В подавляющем большинстве случаев судебная практика в противоречие со здравым смыслом предлагает нам ответить на этот вопрос утвердительно. Выходит, понятие «качество экспертного заключения» существует только применительно к внесудебной экспертизе, ибо в основании правоотношений между экспертом и заказчиком услуг лежит гражданско-правовой договор, а потому заказчик может защитить свои права посредством предъявления иска к лицу, некачественно выполнившему свою работу. В случае же назначения судебной экспертизы мало того, что стороны не выбирают конкретного эксперта (это делает суд), но при этом несут расходы по оплате услуг эксперта, так еще и оказываются совершенно бесправными в вопросе защиты от некачественного экспертного заключения, ибо понятия «качества» судебного заключения эксперта не существует вовсе.

Казалось бы, судебное заключение эксперта должно предоставлять сторонам больше гарантий по вопросам независимости эксперта, достоверности

данной концепции сводится к тому, что гражданские процессуальные правоотношения существуют исключительно в рамках правовой связи «суд-истец», «суд-ответчик». Стороны же не состоят между собой в юридическом отношении, ибо процессуальным правам одной стороны не соответствуют обязанности другой стороны (Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М, 1914. С. 250). Иными словами, стороны не связаны друг с другом процессуальными правоотношениями, а значит, не имеют по отношению друг к другу никаких процессуальных прав и обязанностей. Стороны имеют права исключительно по отношению к суду, которым корреспондируют обязанности суда.

²⁰ При внесудебной экспертизе исследование проводится на основании гражданско-правового договора, заключаемого между экспертом (экспертным учреждением) и истцом/ответчиком по делу, которые и выступают заказчиками. При этом внесудебное заключение эксперта не будет иметь статуса заключения эксперта в смысле ст. 86 АПК РФ, ст. 86 ГПК РФ, ст. 82 КАС РФ, а может быть приобщено к делу в качестве соответственно иного документа и материала по ст. 89 АПК РФ, письменного доказательства по ст. 71 ГПК РФ и ст. 70 КАС РФ.

выполненного им заключения и т.д., нежели внесудебное заключение эксперта. Но происходит ровным счетом наоборот: сторона, на которую возложена обязанность по уплате судебных расходов по делу, вынуждена будет уплатить вознаграждение эксперту за любое заключение эксперта. Неважно, что заключение эксперта противоречит положениям действующего законодательства, подписано ненадлежащими субъектами, которые не предупреждены об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения; не имеет значения также и то, что суд не принял заключение эксперта в качестве надлежащего доказательства по делу – эксперт в любом случае получит обусловленное вознаграждение.

Эта ситуация парадоксальна тем, что ставит экспертов в некий привилегированный статус, который право не предоставляет ни одной другой профессии, ни одному иному роду приносящей доход деятельности. При таком подходе надо признать, что судебные эксперты не несут ответственности за качество выполненного ими экспертного исследования. Чем может быть обосновано такое положение вещей? Может быть, тем, что судебные эксперты обладают иммунитетом от иска?

Судебная практика довольно последовательно идет по пути отрицания возможности удовлетворения самостоятельного иска заинтересованного лица, предъявленного к эксперту, составившему некачественное экспертное заключение. Обратимся к обстоятельствам одного из дел, рассмотренных Пятнадцатым арбитражным апелляционным судом.²¹ ОАО обратилось в арбитражный суд с иском к экспертному учреждению о взыскании суммы неосновательного обогащения. Исковые требования мотивированы тем, что в рамках производства по другому делу экспертным учреждением было изготовлено заключение эксперта, не принятое впоследствии судом апелляционной инстанции в качестве надлежащего доказательства. Несмотря на то, что суд не согласился с выводами эксперта, указав, что заключение эксперта не соответствует требованиям ряда нормативных правовых актов, в резолютивной части постановления судом распорядился о

²¹ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.06.2011 №15АП-5057/2011 по делу № А53-919/2011. // Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс».

перечислении с депозитного счета суда в пользу экспертного учреждения денежных средств за проведение экспертизы.

Поскольку ответчик ненадлежащим образом исполнил обязанности по проведению судебной экспертизы (в подтверждение чего истец ссылался на допущенные при производстве экспертизы нарушения целого ряда нормативных правовых актов), полученная им в порядке оплаты судебных расходов плата за ее проведение, по мнению Общества, является неосновательным обогащением экспертного учреждения. Истец исходил из того, что «...предпринимательская деятельность не может осуществляться безответственно, а институт гражданско-правовой ответственности распространяется на отношения, возникающие при проведении экспертизы».

Суды первой и второй инстанции пришли к выводу, что спорные денежные средства не могут являться неосновательным обогащением экспертного учреждения, поскольку «правовым основанием получения ответчиком данного платежа является вступивший в законную силу судебный акт о выплате денежных средств эксперту в порядке ст. 109 АПК РФ». Суд отметил, что «расходы на производство судебной экспертизы связаны с рассмотрением указанного арбитражного дела, в связи с чем являются судебными расходами истца, порядок распределения которых регулируется нормами гл. 9 АПК РФ. Положения гражданского законодательства о неосновательном обогащении и гражданско-правовой ответственности не подлежат применению к правоотношениям сторон в сфере распределения судебных расходов по оплате судебной экспертизы».

Таким образом, логика суда заключается в том, что удовлетворение кондикционного иска против эксперта невозможно: во-первых, потому, что спорная сумма относится к категории судебных расходов, возмещаемых в соответствии со ст. 110 АПК РФ, а значит невозможно взыскать спорные денежные средства путем подачи отдельного иска в порядке гл. 60 ГК РФ; во-вторых, потому, что тут нет неосновательного обогащения в смысле ст. 1102 ГК РФ, ибо «правовым основанием получения ответчиком данного платежа является вступивший в законную силу судебный акт о выплате денежных средств эксперту в порядке ст.

109 АПК РФ». Стоит отметить, что такая логика сама по себе упорна: вначале суд говорит о том, что нормы о неосновательном обогащении вообще не применимы к спорным правоотношениям, а потом начинает обосновывать отсутствие неосновательного обогащения тем, что у экспертного учреждения имелось правовое основание получения спорных сумм. При этом доводы истца о некачественности экспертного заключения, которое не было принято судом в качестве надлежащего доказательства, были оставлены судом без внимания.

Судебная практика, свидетельствующая о фактической невозможности привлечения эксперта к гражданско-правовой ответственности, вызывает, по меньшей мере, недоумение, ибо никто не отменял действия принципа генерального деликта, который можно воспринимать как универсальное положение, характеризующееся предельной абстрактностью, о возмещении всякого вреда, в том числе вреда, причиненного судебным экспертом.

Отдельные суды идут еще дальше Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда, обосновывавшего невозможность удовлетворения кондикционного иска к эксперту, и приходят к выводу о невозможности в принципе удовлетворить любой иск к судебному эксперту. Приведем цитату из Постановления ФАС ВСО от 23 января 2013 г. № А33-9402/2012: «...Доводы жалобы, касающиеся того, что именно некачественное выполнение ответчиком порученной ему экспертизы, явилось причиной возникновения убытков, не могут быть приняты судом кассационной инстанции во внимание, поскольку заявленные убытки относятся к категории судебных расходов, подлежащих возмещению в соответствии со ст. 110, 112 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, и не могут быть возмещены путем подачи самостоятельного иска».²² Не должны ли мы прийти к выводу, что за данным подходом стоит не что иное, как негласное признание того, что судебный эксперт обладает иммунитетом от привлечения к имущественной ответственности?

²² Аналогичный подход встречаем, например, в Определении ВАС РФ от 23 мая 2008 г. № 6534/08, Постановлении ФАС УО от 18.10.2013 № Ф09-10108/13 по делу № А60-49554/2012 //Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс».

Примечательно, что в странах, принадлежащих к англосаксонской системе права, уже давно существует хорошо разработанная доктрина иммунитета от ответственности, которым защищены участники судебного разбирательства. Иммунитет судебного эксперта от имущественной ответственности представляет собой правовой режим, заключающийся в запрете привлечения судебного эксперта к имущественной ответственности за ненадлежащее исполнение функций, связанных с проведением экспертного исследования. Иммунитет от ответственности предоставляется участникам судебного разбирательства потому, что этого требуют интересы публичной политики, интересы правосудия. В деле *Arthur J.S. Hall v Simons* [2000] это основополагающее положение общего права излагается следующим образом: «Особенность суда в том, что в интересах общества все, кто прямо принимает участие, получают гражданский иммунитет за своё участие... Таким образом, суд, судья, жюри присяжных, свидетели, включая свидетелей-экспертов, получают гражданский иммунитет».²³

Нас в контексте настоящей работы будет интересовать, главным образом, положение о том, что «свидетели, включая свидетелей-экспертов, получают гражданский иммунитет». Сразу обращает на себя внимание то, что эксперты перечислены в одном ряду со свидетелями и, более того, являются разновидностью свидетелей. Это неслучайно, ибо в Великобритании (как и в иных странах общего права) эксперт традиционно рассматривается именно как свидетель одной из сторон (*expert witness*).

В странах общего права общепризнанным является тот факт, что свидетель имеет абсолютную неприкосновенность (иммунитет) относительно того, что им было сказано в суде. В противном случае, если бы у свидетеля не было иммунитета против иска, он не смог бы выполнить свою единственную обязанность перед судом – говорить правду – из страха перед возможными последствиями в виде предъявления иска от стороны, которую его показания не устраивают. Коль скоро

²³ *Arthur J.S. Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (дата обращения: 25.03.2021).

в Великобритании считается, что эксперт является своего рода разновидностью свидетеля, вполне логичным представляется вывод о том, что иммунитет против иска, предоставленный свидетелям, распространяется и на экспертов.

Между тем в марте 2011 г. Верховный суд Соединенного Королевства в деле *Jones v Kaney* [2011] постановил, что иммунитет экспертов от гражданско-правовой ответственности должен быть отменен.²⁴ Обоснованность существования иммунитета эксперта была поставлена под сомнение прежде всего потому, что судьи усмотрели «значительное различие между экспертами-свидетелями и свидетелями факта», заключающееся в том, что эксперт принимает на себя обязанности перед клиентом по договору за вознаграждение, тогда как свидетель факта, очевидно, не имеет подобного мотива для дачи показаний. С этих позиций статус эксперта ближе не к свидетелю факта, а к представителю, который также принимает на себя обязанности по представлению интересов клиента по договору с клиентом за вознаграждение. А иммунитет барристеров против иска был отменен еще раньше в деле *Arthur J.S. Hall v Simons* [2000]. В этом смысле возникли основания и для постановки вопроса о том, должен ли действовать в Великобритании иммунитет экспертов против иска.

Таким образом, в Великобритании после более чем 400-летней истории существования иммунитета эксперта от гражданско-правовой ответственности в 2011 г. этот иммунитет был отменен.

В соответствии со складывающейся отечественной правоприменительной практикой возмещение убытков, причиненных некачественным оказанием услуг по проведению судебного экспертного исследования, не может выступать предметом отдельного иска. Возникает вопрос: как относиться к подобному положению? Это свидетельство того, что в отечественной правовой системе, также как в Великобритании до 2011 г., де-факто действует иммунитет эксперта от гражданско-правовой ответственности? Но в таком случае его существование должно быть

²⁴ *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (дата обращения: 25.03.2021).

соответствующим образом обосновано. Прежде чем сказать, что в российском праве действует иммунитет экспертов от ответственности, надо разобраться с целями, предпосылками установления данного иммунитета, его границами, принципом действия и т.д. Между тем, если в Великобритании иммунитет экспертов, как мы выяснили, произведен от иммунитета, которым изначально обладали свидетели факта, то в отечественной правовой системе такая аналогия неуместна, ибо согласно концепции, реализованной в действующих процессуальных кодексах, эксперт – самостоятельный субъект процесса, обладающий собственным объемом процессуальных прав и обязанностей, которые отличают его от иных субъектов, в том числе свидетелей.²⁵ Иными словами, если признать, что иммунитет эксперта от гражданско-правовой ответственности действительно существует, то он, вероятно, должен быть обоснован действием совершенно иных механизмов, нежели в странах общего права. Далее можно ставить вопрос следующим образом: насколько правильно устанавливать иммунитет эксперта от ответственности тогда, когда, к примеру, Великобритания, где такой иммунитет существовал более 400 лет, пришла к необходимости его отменить? По крайней мере, нелишним будет изучить те мотивы, которыми руководствовался Верховный суд Соединенного Королевства при принятии решения об отмене иммунитета экспертов от гражданско-правовой ответственности.

Вопрос о том, существует ли в отечественной правовой системе иммунитет эксперта от гражданско-правовой ответственности, является вопросом отнюдь не праздным, его ставит перед нами судебная практика, все чаще и чаще сталкивающаяся с проблемой необходимости обосновать невозможность отказа в выплате судебному эксперту вознаграждения при некачественно составленном экспертном заключении, а также невозможность удовлетворения самостоятельного иска к эксперту из некачественного оказания услуг по проведению экспертного исследования.

²⁵ Сахнова Т.В. Экспертиза в суде по гражданским делам: Учебно-практическое пособие. М., 1997. С.93-94.

Идея о том, что эксперт обладает иммунитетом от привлечения к гражданско-правовой ответственности, потенциально может выступать в качестве теоретического обоснования невозможности отказа в выплате эксперту вознаграждения при некачественно составленном экспертном заключении, а равно невозможности удовлетворения самостоятельного иска к эксперту. В отсутствие соответствующего теоретического осмысления и обоснования все выводы судов о том, что стороны дела обязаны нести расходы на оплату некачественно проведенной судебной экспертизы, которая не была принята судом в качестве надлежащего доказательства, выглядят немотивированными и произвольными. Поэтому вопрос о том, существует ли в российском праве иммунитет эксперта от гражданско-правовой ответственности, в контексте данной работы представляется ключевым, и его анализу будет посвящен следующий параграф.

§ 2. Политико-правовые основания установления иммунитета эксперта от привлечения к имущественной ответственности

В деле *Jones v Kaney* [2011] Верховный суд Соединенного Королевства большинством голосов (5 против 2) постановил, что иммунитет экспертов от ответственности должен быть отменен. Фабула дела сводилась к следующему.

Ответчица, клинический психолог, была нанята истцом для дачи заключения в качестве эксперта в деле о причинении вреда здоровью, в котором истец утверждал, что страдает от посттравматического синдрома (ПТС), вызванного последствиями ДТП. Ответчица подготовила отчет, в котором выразила мнение, что истец страдал от ПТС. Однако затем в ходе подготовки совместного заключения экспертов ответчица без всяких поправок подписала совместное заключение, подготовленное ее коллегой (экспертом, нанятым противоположной стороной).

Совместное заключение было крайне неудачным для требований истца. В нём было изложено соглашение о том, что у истца наблюдалось лишь расстройство адаптации, которое не доходило по степени серьезности до депрессивного

расстройства или ПТС. Далее в отчете был сделан вывод о том, что истец был обманчив и лжив в своих заявлениях: его поведение подразумевало «сознательные механизмы», что давало основания сомневаться в том, что его показания были истинными.

Впоследствии в ходе допроса ответчицы солиситорами истца о причинах, по которым она подписала обозначенное совместное заключение, ответчица признала, что совместное заключение, черновик которого был подготовлен экспертом другой стороны, в действительности не отражал ее мнения (не отражал того, на что она согласилась по телефону), однако она под неким давлением согласилась подписать его. Ответчица полагала, что истец действительно страдал от ПТС, от которого вскоре излечился, при этом истец был не обманчив, а уклончив в своих показаниях.

В итоге солиситоры истца вынуждены были согласиться на значительно меньшую сумму возмещения вреда, чем если бы ответчица не подписала совместного заключения на обозначенных выше условиях. Это послужило основанием для предъявления истцом иска о причинении вреда к ответчице (клиническому психологу), в котором истец обвинял ответчицу в допущенной небрежности и требовал выплаты суммы, на которую уменьшилось выплаченное ему возмещение вследствие подписания ответчицей совместного заключения.

Судья отклонил требование, сославшись на дело *Stanton v Callaghan* [1998],²⁶ в котором Апелляционный суд постановил, что иммунитет свидетеля-эксперта распространяется на то, чтобы защищать его от ответственности за небрежность при подготовке совместного заявления для использования в юридическом процессе. Однако при этом судья признал, что дело касалось сферы права, имеющей общественное значение, и разрешил непосредственную подачу дела в Палату лордов в соответствии с разделом 12 Акта 1969 г. об отправлении правосудия.²⁷

²⁶ *Stanton & Anor v Callaghan & Ors* [1998] EWCA Civ 1176 (8 July 1998) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1998/1176.html> (дата обращения: 25.03.2021).

²⁷ *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (дата обращения: 25.03.2021).

Решением по делу *Jones v Kaney* [2011] Верховный суд Соединенного Королевства отменил позицию, ранее высказанную в решении Апелляционного суда по делу *Stanton v Callaghan* и в ряде других дел. При этом суд признал, что сторона, нанявшая эксперта, может предъявить иск к своему эксперту за проявленную последним небрежность.

Рассмотрим последовательно аргументы, высказывавшиеся при рассмотрении дела *Jones v Kaney* в поддержку иммунитета экспертов. Попробуем определить, «работают» ли данные аргументы применительно к отечественной правовой системе.²⁸

§2.1. Аргумент об «отвращающем эффекте»

Первый аргумент сводится к «отвращающему эффекту», который оказывал бы на участников процесса, в частности экспертов, риск исков о поведении в процессе.

Установление иммунитета, как представляется, являлось реакцией на реальную (точнее - предположительно имевшую место) тенденцию со стороны недовольной исходом процесса стороны дела (или подсудимого в уголовном процессе), обвинять в клевете тех, кто свидетельствовал против них. В этом смысле иммунитет первоначально распространялся на всех участников процесса и представлял собой абсолютную неприкосновенность против исков о клевете.

В этой связи очень часто цитируется высказывание Лорда Мансфилда в деле *R v Skinner* [1772], который полагал, что «ни одна сторона, свидетель, жюри присяжных или судья не могут быть поставлены к ответу, в гражданском или уголовном процессе, **за слова, сказанные на службе** (примечание – выделено мною, Д.З.)».²⁹

Обратим внимание на то, что иммунитет защищает участников процесса именно в отношении «слов, сказанных на службе». Позже данное высказывание

²⁸ Затонова Д.Ю. К вопросу об иммунитете эксперта от привлечения к гражданско-правовой ответственности// Вестник гражданского процесса. 2017. № 3. С.221-255.

²⁹ Цит. по *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (дата обращения: 25.03.2021).

Лорда Мансфилда интерпретировалось Лордом Годдардом в деле *Hargreaves v Bretherton* [1959] применительно к рассмотрению иммунитета свидетеля следующим образом: «за слова, сказанные на службе» означает в целях предоставления доказательств. Применительно к свидетелю данная трактовка, бесспорно, верна. Но учитывая, что иммунитет защищает не только свидетелей, но и жюри присяжных, а также судью, которые доказательства не представляют, данное толкование нуждается в некотором уточнении. Участники процесса обладают иммунитетом «за слова, сказанные на службе» потому, что в противном случае они не смогут выполнить лежащую на них обязанность, реализовать свою функциональную роль. Свидетель будет бояться говорить правду из страха впоследствии подвергнуться риску предъявления к нему требований недовольными участниками судебного разбирательства, вследствие чего не сможет выполнить свою функцию – представить суду свидетельские показания, в отношении которых должна работать презумпция их достоверности и соответствия действительности. Поэтому иммунитет даруется свидетелям в отношении их показаний для того, чтобы они смогли реализовать свое функциональное предназначение.

Точно так же дело обстоит с судьей. Спрашивается, почему мы не привлекаем судью к гражданско-правовой ответственности в ситуации, когда его решение было отменено вышестоящим судом ввиду нарушения норм материального или процессуального права? Ответ предельно ясен. Мы не делаем этого потому, что в противном случае судья был бы склонен принимать решения таким образом, чтобы оно не было отменено впоследствии вышестоящим судом. Это противоречило бы интересам правосудия, общества в целом. Судья иначе не смог бы выполнить свою функцию, а потому ему дарован иммунитет от предъявления к нему каких-либо гражданско-правовых претензий в отношении всего, что касается его функциональной роли как судьи.

Аналогичная ситуация с экспертом. Не будь у эксперта иммунитета от иска, он не смог бы выполнить свою функцию – представить суду специальные знания, в отношении которых опять же будет действовать презумпция их соответствия

действительности, обоснованности, непротиворечивости и т.д. Осуществление правосудия было бы невозможным без наличия презумпции того, что судья, жюри присяжных, свидетели, эксперт выполняют возложенные на них законом функции надлежащим образом, не опасаясь быть подвергнутыми каким-либо претензиям со стороны недовольных участников процесса. Для того чтобы данная презумпция работала, необходимо даровать иммунитет участникам процесса. Иными словами, иммунитет «за слова, сказанные на службе» означает иммунитет ввиду выполнения своей функциональной роли.

В этом смысле аргумент об «отвращающем эффекте», обосновывающий предоставление эксперту иммунитета от привлечения к имущественной ответственности, основывается на представлении о том, что эксперт призван осуществлять особую функцию, которая состоит в том, что, будучи субъектом специальных знаний, он представляет заказчику (будь то суд или иное лицо, и в этом смысле речь идет как о судебных, так и о внесудебных экспертах) не более чем свое профессиональное мнение, которое априорно может носить вероятностный, неverifiedируемый характер. Неverifiedируемость объясняется тем, что, когда речь идет об использовании таких дискреционных категорий, как мнение, суждение и т.д., нет оснований вести речь о «критериях качества» обозначенного мнения или суждения. Профессиональное мнение, профессиональное суждение предполагают дискрецию, усмотрение, возможность вероятностных, неоднозначных, неverifiedируемых выводов. В этой связи некачественность проведенного субъектом специальных знаний экспертного исследования можно констатировать лишь в том случае, если оно не соответствует предъявляемым законом, иными обязательными правилами (стандартами, методиками и пр.) требованиям к процедуре получения конечного результата (т.е. собственно профессионального мнения). Возможность существования иного экспертного заключения с профессиональным мнением, суждением иного содержания не приводит автоматически к выводу о некачественности первоначального заключения.

Однако, с другой стороны, сама по себе неверифицируемость выводов субъекта специальных знаний не способна служить основанием для его безответственности. Спасатель, пожарный, хирург, психолог (и этот список можно продолжать далее) так же, как и эксперт, могут быть вынуждены в силу специфики своей профессии принимать неоднозначные решения, по которым у различных представителей профессии могут быть прямо противоположные взгляды и которые, если в результате окажутся неверными, могут привести к весьма пагубным последствиям. Однако ни спасатель, ни пожарный, ни хирург, ни психолог не имеют иммунитета от привлечения к имущественной ответственности за небрежное поведение во время спасения, хирургической операции или оказания психологической помощи, что, однако, не мешает указанным лицам продолжать добросовестно исполнять свои профессиональные обязанности. Равным образом, нет никаких политико-правовых оснований считать, что в отсутствие иммунитета от привлечения к имущественной ответственности эксперты не смогут добросовестно исполнять свои обязанности, реализуя тем самым свое функциональное предназначение.

Если вначале иммунитет рассматривался как абсолютная неприкосновенность участников процесса от исков о клевете, то в дальнейшем иммунитет был значительно расширен и защищал уже не только от исков о клевете, но и против иных исков. При этом основание потенциальной ответственности значения не имело, ибо было неважно, было ли сказано или написано что-то позорное; сказано или написано что-то, нарушающее конфиденциальность; сказано или написано что-то, что может являться деликтом по отношению к кому-либо. Все эти ситуации охватывались иммунитетом.

Однако были и исключения из этого принципа. Так, еще до дел *Hall v Simons* [2000],³⁰ *Jones v Kaney* [2011] право Великобритании знало изъятия из доктрины иммунитета, которым защищены участники судебного разбирательства. К числу подобных изъятий можно отнести ответственность за ложь под присягой, за

³⁰ В данном деле Палата лордов отменила иммунитет барристеров от предъявления к ним гражданско-правового иска из небрежности.

неуважение к суду, дисциплинарную ответственность в профессиональных трибуналах (*General Medical Council v Meadow* [2006]),³¹ ответственность за бесполезные расходы (*Phillips v Symes* [2004]).³² Как полагали отдельные исследователи, наличие подобных исключений из действия доктрины иммунитета являлось свидетельством того, что иммунитет в значительной степени истощился, что использовалось при рассмотрении дела *Jones v Kaney* [2011] в качестве аргумента в поддержку необходимости полной отмены иммунитета экспертов от гражданско-правовой ответственности. Принципиально важно в этой связи подчеркнуть, что данные примеры подтверждают тот факт, что ограниченные формы ответственности эксперта за допущенную им при проведении экспертного

³¹ Апелляционный суд в деле *General Medical Council v Meadow* [2006] постановил, что эксперт (вне зависимости от того, в каком деле он давал показания – уголовном или гражданском) может быть впоследствии привлечен к дисциплинарной ответственности профессиональным органом, в котором он состоит, если данный орган или какое-либо иное лицо заявляет, что эксперт давал показания совершенно неудовлетворительным образом (Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж/ пер. с англ. М.Ю. Маслова; под ред. Р.М. Ходыкина; Кембриджский университет. М., 2012. С. 185-186).

³² Термин «бесполезные расходы» (*wasted costs*) определен в Законе о высших судах 1981 г. (*Senior Court Act 1981*) как «любые расходы, понесенные стороной: а) вследствие любых ненадлежащих, необоснованных или небрежных действий или бездействия со стороны любого законного или иного представителя, а также работника данного представителя; или б) оплату которых данной стороной суд считает необоснованной с учетом любого указанного действия или бездействия, имевшего место после того, как они были понесены» (с.51(7) Закона). Законодательство Великобритании не содержит нормы, позволяющей взыскивать бесполезные расходы с эксперта, допустившего небрежность в процессе. Однако заявители в деле *Phillips v Symes* ссылались на применение норм о возмещении бесполезных расходов в отношении назначенного стороной эксперта по аналогии с вынесением приказов о бесполезных расходах в отношении адвокатов на том основании, что с. 51 Закона о высших судах предусматривает дискреционные полномочия суда при вынесении приказа о возмещении бесполезных расходов. Надо отметить, что в конечном итоге суд в деле *Phillips v Symes* воспользовался своими дискреционными полномочиями, тем самым создав прецедент, по которому к уплате «бесполезных расходов», причиненных небрежностью или грубой неосторожностью при даче консультации, может быть присужден также назначенный стороной эксперт. Во многом это стало возможным в результате расширительного толкования полномочия суда выносить приказы о бесполезных расходах в отношении лиц, не являющихся сторонами дела. Суть дела *Phillips v Symes* сводилась к следующему. Эксперт (психиатр) составил экспертное заключение, в котором сделал вывод о том, что ответчик по состоянию душевного здоровья уже на протяжении более двадцати лет не был способен самостоятельно вести свои дела. Апеллянт утверждал, что эксперт ненадлежащим образом обследовал ответчика и отказался рассматривать все относящиеся к делу материалы, в том числе предоставленные апеллянтом. В указанных обстоятельствах, по мнению апеллянта, мнение эксперта была сформировано с серьезным нарушением обязанностей эксперта перед судом, а его действия следует квалифицировать как небрежные, безответственные и полностью выходящие за пределы того, как любой разумный и добросовестный психиатр действовал бы в сложившихся обстоятельствах при составлении экспертного заключения для суда. Впоследствии эксперт, которого инструктировало лицо, признанное банкротом, отказался от своего отчета. Между тем это мнение эксперта значительно осложнило рассмотрение гражданского дела. В делах о возмещении «бесполезных расходов» пострадавшая сторона в первую очередь требует возмещения убытков у стороны, нанявшей юриста (эксперта), грубо нарушившего свои обязанности перед судом. Особенность же дела *Phillips v Symes* заключалась в том, что возмещение «бесполезных расходов» со стороны, нанявшей эксперта, было невозможным, ибо сторона, дававшая указания эксперту, уже была признана банкротом. Поэтому суд пришел к выводу, что эксперты могут нести ответственность за «бесполезные расходы», если они небрежно или с грубой неосторожностью выполняли свои обязанности перед судом (*Andrews N. Liability of expert witnesses for wasted costs in civil proceedings/ N. Andrews // Cambridge Law Journal, 2005. Volume 64. Part 3. P. 567*).

исследования небрежность существовали в Великобритании даже в ситуации, когда действовал общепризнанный иммунитет эксперта от гражданско-правовой ответственности.

Далее необходимо различать иммунитет от ответственности за сказанное в суде (от исков о клевете) и иммунитет от ответственности за допущенную небрежность. В отношении адвокатов, экспертов Палата лордов в делах *Hall v Simons* [2000], *Jones v Kaney* [2011] пришла к выводу, что иммунитет от ответственности за небрежность должен быть отменен. Между тем иммунитет от исков о клевете, в том числе иммунитет адвокатов и экспертов от исков о клевете, продолжает действовать до сих пор. В этом смысле решение по делу *Jones v Kaney* не отменяет гарантии, основанной на абсолютном иммунитете, применительно к искам о клевете.³³

В деле *Jones v Kaney* [2011] Палата лордов пришла к выводу о том, что сторона, нанявшая эксперта, может предъявить иск к своему эксперту за проявленную последним небрежность. Следует отметить, что после дела *Jones v Kaney* иск можно подать против так называемого дружественного эксперта (*friendly experts*), но не против эксперта противоположной стороны (*adverse experts*). Суды едины во мнении, что гражданско-правовые иски против экспертов противоположной стороны не допускаются, ибо *adverse experts* защищены иммунитетом от иска, предоставляемым свидетелям факта. *Adverse experts* не несут никаких профессиональных обязанностей по отношению к противоположной стороне, а потому нет и основания для иска из нарушения этих обязанностей.³⁴ Следуя этой логике, иск из небрежности не может быть предъявлен и к независимому эксперту, назначенному судом, который также продолжает пользоваться иммунитетом.³⁵

³³Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж/ пер. с англ. М.Ю. Маслова; под ред. Р.М. Ходыкина; Кембриджский университет. М., 2012. С. 189.

³⁴McCahey J. P. Should experts receive witness immunity? //Commercial and Business Litigation. Fall 2006. P. 10.

³⁵ Стоит отметить, что возможность использования в Великобритании «единых совместно назначенных экспертов» появилась лишь с вступлением в 1998 г. в силу Правил гражданского судопроизводства (*Civil Procedure Rules*). Однако большинство дел (особенно крупных) по-прежнему разрешается с привлечением экспертов, назначенных сторонами. В связи с этим Нил Эндрюс отмечает: «Процедура с единым совместно назначенным экспертом сопряжена с риском ошибки, поскольку в суде не проводятся прения на состязательной основе. Поэтому суд может быть введен в заблуждение заключением единого совместно назначенного эксперта» (Эндрюс Н. Система

Аналогичный подход можно встретить и в праве США. Так, Верховный суд США в 1983 г. в деле *Briscoe v La Hue* признал действие иммунитета свидетелей факта, указав, что иммунитет свидетелей является давно установленным принципом американского права. После этого суды пошли по пути расширения действия свидетельского иммунитета. Он был распространен на показания свидетелей, данные в рамках предварительного слушания дела; на экспертов, назначенных судом; на экспертов против иска противоположной стороны. В 1989 г. Верховный суд Вашингтона в деле *Bruce v Byrne – Stevens & Assoc. Engineers, Inc.* впервые обратился к рассмотрению вопроса иммунитета дружественных экспертов. Тогда суд даровал дружественному эксперту иммунитет от иска, используя те же аргументы, которые были положены в основу решений относительно свидетелей, экспертов, назначенных судом, и экспертов противоположной стороны. Однако затем подход к иммунитету дружественных экспертов стал меняться. В 1992 г. Апелляционный суд Калифорнии при рассмотрении дела *Mattco Forge v Arthur Young & Co.* пришел к выводу о том, что иммунитет более не защищает дружественных экспертов. Впоследствии к аналогичному выводу о нераспространении иммунитета на дружественных экспертов пришел еще целый ряд судов различных штатов.³⁶

Как видим, в США так же, как и в Великобритании, судебная практика идет по пути отказа от доктрины иммунитета в отношении дружественного эксперта с сохранением при этом иммунитета, который защищает эксперта противоположной стороны и независимого эксперта, назначенного судом. В отечественной правовой системе, где реализована следственная, а не состязательная (как в странах англосаксонского права) модель назначения экспертизы, проблема наличия или отсутствия иммунитета дружественного эксперта по понятным причинам не

гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж/ пер. с англ. М.Ю. Маслова; под ред. Р.М. Ходькина; Кембриджский университет. М., 2012. С. 163.).

³⁶ Например, Верховный суд штата Миссури в деле *Murphy v A.A. Mathews*; суд штата Пенсильвания в деле *LLMD of Michigan Inc v Jackson- Cross Co.*; Верховный суд штата Коннектикут в деле *Pollock v Panjabi*; Верховный суд штата Массачусетс в деле *Boyes-Bogie v Horvitz*; Верховный суд штата Луизиана в деле *Marrogi v Howard* (Jurs A. The Rationale for Expert Immunity or Liability Exposure in Case Law Since Briscoe: Reasserting Immunity Protection for Friendly Expert Witnesses // [Electronic resource]. – URL: http://www.academia.edu/15584512/The_Rationale_for_Expert_Immunity_or_Liability_Exposure_in_Case_Law_Since_Briscoe_Reasserting_Immunity_Protection_for_Friendly_Expert_Witnesses (date of access: 25.03.2021).

возникает, ибо в судопроизводстве в качестве судебного эксперта может участвовать исключительно эксперт, назначенный судом, который не связан никакими материально-правовыми отношениями со сторонами рассматриваемого дела.³⁷ Но это не снимает остроту проблемы гражданско-правовой ответственности эксперта, назначенного судом. Как мы только что убедились, и в Великобритании, и в США отмена иммунитета дружественного эксперта не затронула иммунитет, которым продолжают пользоваться эксперты, назначенные судом. Как представляется, это делает более чем актуальным детальное рассмотрение аргументов, обосновывающих его существование.

С большой долей условности³⁸ можно сказать, что мы только что обозначили «внешние» пределы действия иммунитета эксперта: после дела *Jones v Kaney* иммунитет более не защищает так называемого «дружественного» эксперта от возможности предъявления к нему иска из небрежности, однако иммунитетом по-прежнему пользуется эксперт противоположной стороны и эксперт, назначенный судом. Кроме того, любой эксперт обладает абсолютным иммунитетом от исков о клевете. Теперь перейдем к рассмотрению «внутренних» пределов действия иммунитета эксперта. Для этого надо определить, какая именно работа эксперта и при каких условиях охватывается иммунитетом?

Изначально предполагалось, что иммунитетом защищается то, что происходит непосредственно перед лицом суда (ведение процесса адвокатом в суде; показания эксперта, данные перед судом). Впоследствии, когда появились дела, где заявленная небрежность имела место на ранней стадии до суда, стало приходить осознание того обстоятельства, что иммунитетом должна защищаться и некоторая (не всякая) работа при подготовке к суду. Для того чтобы иммунитет был действенным, он должен применяться к мнению, выраженному не только и не столько в суде, сколько в рамках подготовки к судебному разбирательству, а

³⁷ Тут необходимо сделать оговорку, имея в виду, что проблема гражданско-правовой ответственности дружественных экспертов косвенно стоит и в отечественной правовой системе, ибо сторона дела не лишена возможности представить в суд заключение досудебного эксперта, с которым она состоит в договорных правоотношениях.

³⁸ Это разделение на «внешние» и «внутренние» пределы действия иммунитета эксперта является условным. Мы прибегаем к нему исключительно в целях удобства изложения материала.

именно: при принятии клиентом решения о том, обращаться с иском в суд или нет; при определении размера исковых требований; при определении условий мирового соглашения и т.д.

Нужны были конкретные ориентиры, которые Палата лордов попыталась установить, приняв тест, разработанный в ходе рассмотрения новозеландского дела *Rees v Sinclair* [1974]. Данный тест был сформулирован следующим образом: «защита применяется только в том случае, когда конкретная работа столь неотрывно связана с ведением дела, что можно справедливо сказать, что это предварительное решение, которое влияет на ведение процесса, когда дело дойдет до слушания в суде».³⁹ Таким образом, применительно к обсуждению вопроса иммунитета адвокатов Палата лордов попыталась установить критерий неразрывной связи конкретной досудебной работы, в отношении которой заявлен иммунитет, с ведением дела в суде. Однако судебная практика показала, что применить данный критерий, наложив его на конкретные обстоятельства того или иного дела, довольно трудно, а подчас и вовсе невозможно.

Применительно к экспертам вопрос о том, до какой степени иммунитет экспертов распространяется на действия эксперта до суда, возник в деле *Palmer v Durnford Ford* [1992]. Суд пришел к выводу, что иммунитет распространяется на работу, предварительную по отношению к даче показаний (вроде создания или одобрения отчета для предоставления другой стороне), но не «на работу, сделанную ради принципиальной цели консультирования клиента».⁴⁰ Понять, где здесь проходит граница между тем, что защищается иммунитетом, а что нет, довольно затруднительно.

В деле *Stanton v Callaghan* [2000] действие иммунитета эксперта было изложено следующим образом: 1) Эксперт-свидетель, который дает показания в суде, обладает иммунитетом против исков относительно всего, что он говорит в суде. Этот иммунитет распространяется также на содержание отчетов, которые он

³⁹ Цит. по *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (дата обращения: 25.03.2021). Там же

⁴⁰ Там же.

принимает или включает в свои показания. 2) В случае, когда эксперт-свидетель дает показания в суде, иммунитет, который он получил бы в отношении показаний, не может быть обойден путем подачи иска против отчета. 3) Иммунитет не распространяется на защиту эксперта, который был нанят для дачи заключения относительно обоснования позиции стороны в тяжбе, от иска этой стороны несмотря на то, что в момент дачи заключения было сомнительно, что эксперт будет давать показания в ходе судебного процесса, если процесс вообще состоится. Неоднозначность и противоречивость указанных формулировок лишний раз подчеркивает, что при предоставлении иммунитета крайне важно обеспечить участникам процесса предсказуемость правоотношений с их участием: эксперт в каждый момент времени должен знать, какие его показания и при каких условиях защищаются иммунитетом, а какие – нет. Если же все зависит от того, будет ли впоследствии эксперт вызван для дачи пояснений в судебное заседание, вся ценность правила об иммунитете будет уничтожена.

Стоит подчеркнуть еще одно немаловажное обстоятельство. Любой иммунитет является изъятием из основополагающего правила о том, что за каждым нарушением права должно следовать восстановление в правах.⁴¹ Несомненно, будут такие дела, где поведение эксперта было настолько несоответствующим, что иск против эксперта будет иметь все шансы на удовлетворение. Как только мы скажем, что общественная политика оправдывает существование иммунитета эксперта от привлечения к гражданско-правовой ответственности, мы тем самым исключаем все то, что могло быть основанием предъявляемого к эксперту иска. При этом некоторые лица, которым был причинен ущерб в результате небрежного исполнения экспертом своих обязанностей, не получают восстановление в правах (возмещение причиненного ущерба) из-за действия иммунитета. Но иммунитет

⁴¹ Анализ решения по делу *Jones v Kaney* показывает, что зачастую крайне трудно понять, что именно является основополагающим правилом, а что исключением из этого правила, которое должно быть обосновано. С одной стороны, иммунитет – исключение из правила о том, что за каждым нарушением права должно следовать восстановление в правах, а потому иммунитет должен быть обоснован. С другой стороны, в Великобритании иммунитет эксперта насчитывал более чем 400-летнюю историю (как указывал Лорд Филлипс в деле *Jones v Kaney*, иммунитет был установлен задолго до развития современного права о небрежности и, в частности, признания возможности ответственности за небрежные заявления). С этих позиций само отступление от доктрины иммунитета должно быть специально обосновано.

даруется экспертам для того, чтобы осуществление правосудия было беспрепятственным. Все дело тут в поиске баланса. Когда мы делаем выбор между интересами осуществления правосудия и интересами отдельных лиц, которые не смогут получить возмещение причиненного им ущерба, явный перевес будет на стороне интересов правосудия. С этой точки зрения важно понимать, что «цель иммунитета не защитить тех, чье поведение может быть раскритиковано, но тех, к кому бы предъявляли необоснованные и спорные иски неудовлетворенные участники тяжбы»,⁴² ибо риск бесконечного сутяжничества крайне нежелателен для отправления правосудия.

Вернемся к тому, с чего мы начали, а именно – к аргументу об «отвращающем эффекте», который предположительно имеет риск исков о поведении в процессе. Аргумент об «отвращающем эффекте» распадается на две части. Во-первых, «отвращающий эффект», который оказывала бы на экспертов потенциальная ответственность за небрежность, заключается в том, что в отсутствие иммунитета эксперты в принципе меньше желали бы предоставлять свои услуги, включающие дачу показаний в суде. Как указывалось в деле *Jones v Kaney*, в отдельных областях это может быть очень чувствительно, ибо, например, в отношении семейного правосудия спрос на экспертов превышает предложение.⁴³ В уголовном процессе риск того, что потенциальная ответственность за небрежность приведет к нежеланию экспертов предоставлять свои услуги по проведению экспертного исследования, намного выше, чем в гражданском процессе, поскольку осужденный, недовольный приговором, очень часто начинает подавать все возможные иски, в том числе иски из небрежности к своему защитнику, к нанятому им эксперту и т.д., пытаясь тем самым в ходе побочного оспаривания поставить под сомнение обоснованность приговора суда.⁴⁴ Риск подверженности подобным искам может привести к нежеланию экспертов в принципе давать заключения в

⁴² Высказывание Лорда Филлипса при рассмотрении дела *Jones v Kaney*.

⁴³ *General Medical Council v Meadow* [2006] EWCA Civ 1390 (26 October 2006) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1390.html> (дата обращения: 25.03.2021).

⁴⁴ Следует отметить, что подобное побочное оспаривание приговора суда, минуя существующие процедуры обжалования приговора, недопустимо, что служит дополнительным аргументом в пользу иммунитета эксперта от гражданско-правовой ответственности, о чем речь пойдет далее.

уголовном процессе, что способно парализовать осуществление правосудия по уголовным делам.

На первый взгляд, аргумент об «отвращающем эффекте» легко сбрасывается со счетов, поскольку в Великобритании эксперты, как правило, страхуются против подобных рисков (привлечения к имущественной ответственности).⁴⁵ В российской правовой системе применительно к судебным экспертам это отнюдь не так, поэтому здесь аргумент об «отвращающем эффекте» сохраняет свое действие.⁴⁶ Более того, надо отметить, что и в странах англосаксонского права контраргумент со страхованием не всегда работает, ибо есть лица, которые на профессиональной основе дают экспертные заключения и выступают в суде, страхующие свою профессиональную ответственность, а есть эксперты, участвующие в судебном процессе один раз в жизни (например, университетский профессор по каким-либо вопросам специальных знаний), которые, очевидно, страхования от риска привлечения к имущественной ответственности не имеют, да и не могут иметь. Нельзя даровать иммунитет одним группам экспертов и лишить его другую группу экспертов, поэтому контраргумент со страхованием ответственности эксперта представляется не вполне удачным и применительно к системе англосаксонского права.

С другой стороны, может, наоборот, надо приветствовать введение гражданско-правовой ответственности экспертов, ибо отсутствие иммунитета требует от эксперта более ответственного подхода к исполнению возложенных на него обязанностей по проведению экспертного исследования. А в самом

⁴⁵ Кстати, многие исследователи не без оснований предрекали, что последствием отмены иммунитета экспертов от гражданско-правовой ответственности, будет существенное удорожание стоимости страхования профессиональной ответственности, вследствие чего вырастет и стоимость услуг экспертов по проведению экспертного исследования.

⁴⁶ Несмотря на то, что в отдельных случаях закон предусматривает страхование профессиональной ответственности отдельных видов субъектов специальных знаний (например, оценщиков), на практике возникает очень много (подчас неразрешимых с учетом действующего правового регулирования) проблем в области страхования профессиональной ответственности. Достаточно упомянуть о том, что, хотя ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» предусматривает обязанность адвоката по страхованию риска своей профессиональной имущественной ответственности, действие данной нормы было приостановлено (ФЗ от 3 декабря 2007 г. N 320-ФЗ) до дня вступления в силу федерального закона, регулирующего вопросы обязательного страхования профессиональной ответственности адвокатов, который до сих пор так и не принят. Непринятие соответствующего закона представляется неслучайным, поскольку разрешить на законодательном уровне всю совокупность проблем, возникающих в области страхования профессиональной ответственности адвоката, крайне трудно.

«отвращающем эффекте» нет ничего плохого, ибо он в конечном итоге приведет к тому, что на «рынке» экспертных услуг останутся действительно компетентные лица.

Вторая часть аргумента об «отвращающем эффекте» сводится к тому, что эксперт в меньшей степени был бы склонен давать правдивые показания, противоречащие интересам клиента, если бы знал, что это может привести к подаче иска против него клиентом. В этой части данный аргумент перекликается с аргументом о «разделенной лояльности», который можно рассматривать либо как составную часть действия «отвращающего эффекта», либо как самостоятельный аргумент в поддержку иммунитета.

§ 2.2. Аргумент о «разделенной лояльности»

Проблема «разделенной лояльности» имеет свои корни в противопоставлении двух видов обязанностей эксперта: обязанностей перед судом и обязанностей перед клиентом.

В странах англосаксонского права, как известно, действует состязательная модель назначения экспертизы, согласно которой эксперта назначает не суд, а стороны, заключающие с экспертом договор и оплачивающие его услуги.⁴⁷ С этой точки зрения, казалось бы, если сторона заключает с экспертом гражданско-правовой договор, то эксперт имеет обязанности перед клиентом из заключенного договора, прежде всего – обязанность заботы об интересах клиента (*duty of care*), а значит, клиент имеет право на предъявление иска из небрежности к эксперту при нарушении экспертом обязанности заботы об интересах клиента, вытекающей из заключенного договора. Но если так, то тогда эксперт, опасаясь возможности

⁴⁷ За исключением случаев, когда суд назначает единого независимого эксперта. В США в настоящее время право суда назначить независимого эксперта закреплено в статуте (*Federal Rules of Evidence, rule 706 (a)*// <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf>. (дата обращения: 25.03.2021). Надо отметить, что право суда назначить независимого эксперта существовало на практике и до его формального воплощения в статуте. Правда, даже после своего законодательного закрепления на практике судьи крайне редко реализуют данное полномочие. Исследования показывают, что 81% судей ни разу в своей практической деятельности не пользовались своим правом назначить независимого эксперта. (Timmerbeil S. *The Role of Expert Witnesses in German and U.S. Civil Litigation*// *Annual Survey of International & Comparative Law*. Vol. 9. 2003. Iss. 1, Article 8. P.168).

предъявления к нему иска, будет в подавляющем большинстве случаев действовать, руководствуясь интересами клиента, пренебрегая тем самым своей обязанностью перед судом, которая состоит в том, чтобы говорить правду даже тогда, когда это не в интересах клиента. Именно поэтому до дела *Jones v Kaney* считалось, что эксперт обладает иммунитетом от гражданско-правовой ответственности, а потому возможность предъявления к нему иска со стороны недовольного клиента исключалась. Таким образом, основывался иммунитет на положении о том, что эксперт имеет «высший долг» перед судом, а в случае, если иммунитета от ответственности перед клиентом не будет, есть опасность, что эксперт не будет исполнять свой «высший долг» перед судом.

Надо сказать, что положение о преобладающей обязанности эксперта перед судом нашло свое законодательное воплощение относительно недавно – лишь с вступлением в 1998 г. в силу Правил гражданского судопроизводства (*Civil Procedure Rules*).⁴⁸ До этого момента эксперт, назначаемый заинтересованной стороной, с неизбежностью становился выразителем интересов лица, привлечшего его для дачи заключения. В английской процессуальной литературе даже существовало мнение, что эксперт действует как адвокат.⁴⁹ Однако теперь ст. 35.3 Правил гражданского судопроизводства прямо устанавливает, что главной обязанностью эксперта является его обязанность перед судом. Эта обязанность превосходит любую обязанность перед лицом, от которого эксперт получил инструкции и которое его работу оплачивает (ст. 35.3 (2) Правил).⁵⁰ Примечательно, что в конце каждого заключения эксперта должно быть сделано заявление о том, что эксперт понимает и согласен со своим долгом перед судом (ст. 35.10 (2) Правил).

Заслуживает внимания и одобрения попытка Лорда Филлипса (*Lord Phillips*) в деле *Jones v Kaney* примирить эти две противостоящие друг другу обязанности эксперта: обязанность перед клиентом и обязанность перед судом. «Когда эксперта

⁴⁸ Правила гражданского судопроизводства Англии 1998 г., (*The Civil Procedure Rules*) [Electronic resource]. - URL: <http://www.statutelaw.gov.uk/> (дата обращения 11.02.2021).

⁴⁹ Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, 1997. С. 125.

⁵⁰ Кудрявцева Е.В. Гражданское судопроизводство Англии: монография. М., 2008. С. 286.

нанимают, - пишет Лорд Филлипс, - то его нанимают исполнить обязанности, указанные в CPR. Эксперт соглашается с клиентом, что он выполнит свои обязанности перед судом. Таким образом, нет конфликта между обязанностями перед клиентом и перед судом».⁵¹

Интересно и то, что Лорд Филлипс при рассмотрении дела *Jones v Kaney* увидел некий парадокс в рассуждениях суда об иммунитете эксперта в деле *Stanton v Callaghan*. В том деле была высказана позиция, согласно которой эксперт должен иметь возможность совершить без страха и с достоинством отступление от позиции, занятой им на более ранней стадии. Парадокс в том, что, наоборот, эксперт может не захотеть делать это самое отступление из страха, что его ранние показания будут признаны неверными и могут и не закрываться иммунитетом с учетом того, что совершены, например, при даче совета клиенту на досудебной стадии. С этих позиций иммунитетом хочется защитить уже не столько содержание отчета судебного эксперта, сколько содержание отчета досудебного эксперта, особенно с учетом того, что, как правило, досудебный эксперт не привлекается к участию в деле, в рамках которого проводится судебная экспертиза, а потому не имеет возможности отстаивать «доброкачественность» составленного им заключения. Если допустить рассмотрение подобных исков, это, надо полагать, может привести к тому самому «отвращающему эффекту», ввиду которого значительно снизится число экспертов, в принципе желающих проводить досудебные экспертизы.

Тут не может не возникнуть вопрос о том, какое значение аргумент о «разделенной лояльности» имеет применительно к отечественной правовой системе? В отечественной правовой системе речи о двух противостоящих друг другу обязанностях эксперта – обязанности перед судом и обязанности перед клиентом – идти не может, ибо у эксперта не существует никаких иных обязанностей, кроме обязанностей перед судом. Беспристрастность, независимость судебного эксперта обеспечивается, главным образом, тем, что, согласно

⁵¹ *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (дата обращения: 25.03.2021).

общепринятой доктринальной позиции, он несет публично-правовые обязанности исключительно перед судом и не состоит при этом ни в каких отношениях со сторонами рассматриваемого дела. Еще К.П. Победоносцев особо подчеркивал, что «назначенные по выбору сторон сведущие лица (т.е. эксперты по современной терминологии – примеч. автора) ни в каком случае не признаются представителями той стороны, которою выбраны».⁵² Поэтому аргумент о «разделенной лояльности» к отечественной правовой системе, на первый взгляд, неприменим.

Однако можно посмотреть на проблему в несколько ином ракурсе. В отечественной правовой системе стороны не лишены права представить в суд заключение досудебного эксперта в поддержку собственной позиции. Внесудебные эксперты играют значимую роль в процессе формирования и последующего развития спора о праве. Так, к носителям специальных знаний обращаются: а) на этапе принятия решения о том, целесообразно обращаться в суд или нет; б) для определения обоснованности своих притязаний или требований оппонента; в) при определении размера исковых требований и пр. Внесудебные эксперты зачастую оказывают помощь сторонам в формулировании условий мирового соглашения или в досудебном урегулировании конфликта. В этой связи значительное число споров о праве разрешается еще до того, как они вообще дойдут до суда.

Как видим, экспертные мнения в значительной степени предопределяют принятие тех или иных процессуальных решений сторонами, а зачастую и их профессиональными представителями, которые в отсутствие специальных знаний объективно не могут без содействия эксперта сформировать позицию по целому ряду возникающих в процессе вопросов (например, с требуемой точностью определить размер исковых требований, оценить условия мирового соглашения и т.п.).

⁵² Победоносцев К.П. Судебное руководство: Сборник правил, положений и примеров, извлеченных из теории и практики гражданского судопроизводства с полным указателем к судебным и распорядительным решениям по сему предмету Кассационных Департаментов Сената. М., 2004. С. 259.

Более того, нередко случаев закон предопределяет обязательное участие эксперта в той или иной области специальных знаний на досудебной стадии развития спора о праве.⁵³

Все эти факторы заставляют нас задуматься об «объеме» иммунитета носителей специальных знаний: распространяется ли иммунитет эксперта только на деятельность судебного эксперта или иммунитетом от привлечения к гражданско-правовой ответственности должен быть защищен любой носитель специальных знаний, т.е. как судебный, так и внесудебный эксперт?

Тут интересны два обстоятельства. Во-первых, закон формально не запрещает суду назначить проведение судебной экспертизы тому эксперту, который проводил досудебную экспертизу по данному делу.⁵⁴ В этом случае возникает равным счетом тот же вопрос, что и в системах с состязательной моделью назначения экспертизы: что произойдет в ситуации, если эксперт, проводивший досудебную экспертизу по данному делу, будучи судебным экспертом, в значительной мере отклонится в своем заключении от ранее занимаемой им позиции так, что тем самым причинит вред стороне, с которой он до суда состоял в договорных отношениях? И тут становится очевидно, что аргумент о «разделенной лояльности» и в российском праве начинает приобретать определенное значение.

Во-вторых, не может не возникнуть вопрос: в ситуации, когда была проведена досудебная экспертиза, а потом судебная экспертиза, которая пришла к выводам, значительно отличающимся от выводов досудебного эксперта, вправе ли сторона дела, состоявшая в договорных правоотношениях с досудебным экспертом, взыскать с последнего убытки, причиненные некачественным проведением досудебной экспертизы?

⁵³ В частности, речь идет о п.5 ст. 720 ГК РФ, абз. 3 п. 5 ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей», ст. 13 ФЗ «Об оценочной деятельности в РФ», п.п.2-4 ст. 85 ФЗ «Об исполнительном производстве», п.10 ст. 49 Градостроительного кодекса РФ, ст.12.1 ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств», ст. 95 НК РФ, ст. 28 ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов РФ».

⁵⁴ Разумеется, если не считать, что у эксперта имеется профессиональная заинтересованность не войти в противоречие с тем заключением, которое было дано им на досудебной стадии, что можно рассматривать в качестве основания для отвода эксперта (п. 5 ч.1 ст. 21, ст. 23 АПК РФ, п.3 ч.1 ст. 16, 18 ГПК РФ).

Попробуем ответить на этот вопрос на конкретном примере, проанализировав положения абз. 3 п. 5 ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей». Буквальный текст абз. 3 п. 5 ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей» предусматривает предъявление самостоятельного иска к лицу, обладающему специальными знаниями (досудебному эксперту). Абз. 3 п. 5 ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей» гласит: «в случае спора о причинах возникновения недостатков товара продавец (изготовитель), уполномоченная организация или уполномоченный индивидуальный предприниматель, импортер обязаны провести экспертизу товара за свой счет... Потребитель вправе присутствовать при проведении экспертизы товара и в случае несогласия с ее результатами оспорить заключение такой экспертизы в судебном порядке» (выделено мною – Д.З.).

Первый возникающий вопрос – это вопрос о том, в какой процессуальной форме потребитель будет оспаривать досудебное заключение эксперта? Законодатель имеет в виду предъявление самостоятельного иска к эксперту об оспаривании достоверности составленного им заключения или же оспаривание заключения эксперта (посредством заявления ходатайства о назначении судебной экспертизы) в ходе процесса по иску потребителя к продавцу? Разберем последовательно оба возможных варианта толкования п. 5 ст. 18 Закона «О защите прав потребителей».

Какие возражения вызывает подход, в соответствии с которым единственной возможностью для потребителя оспорить заключение досудебного эксперта является предъявление самостоятельного иска к эксперту?

Во-первых, основываясь на доктринальных позициях о материально-правовом правоотношении как объекте (обязательном элементе, условии) спора о праве,⁵⁵ вряд ли можно говорить о наличии спора о праве с экспертом (спорности

⁵⁵ Так, И.Г. Побирченко рассматривал материальное правоотношение, по поводу которого возник спор, в качестве объекта спора о праве (Побирченко И.Г. Хозяйственная юрисдикция: Общее учение. Киев, 1973. С. 18). Как подчеркивал Н.Б. Зейдер, для понятия спора о праве гражданском необходимы два элемента: 1) утверждение хотя бы одного из участников спора о наличии гражданского правоотношения между ними и 2) заявление участника спора, что другим спорящим субъектом нарушено или оспорено его, заявителя, субъективное гражданское право (Зейдер Н.Б. Судебное решение в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... д.ю.н. Всесоюзный институт юридических наук Министерства юстиции СССР, 1955. С. 8.). Отсюда следует вывод о том, что если стороны не

предполагаемых правоотношений), ибо ни в каких материально-правовых отношениях друг с другом потребитель и эксперт не состоят, а эксперт не нарушал и не оспаривал никакого субъективного гражданского права потребителя.

Во-вторых, потребитель, будучи в состоянии спора о праве гражданском с продавцом, не имеет субъективной заинтересованности в предъявлении иска к эксперту, ибо оспаривание результатов досудебной экспертизы для покупателя – лишь этап на пути к восстановлению его нарушенных прав потребителя. Очевидно, что к эксперту не могут быть предъявлены требования о замене товара, безвозмездном устранении недостатков товара, соразмерном уменьшении покупной цены и т.д. Интерес потребителя состоит вовсе не в оспаривании результатов досудебной экспертизы, а в удовлетворении его требований продавцом.

В-третьих, с таким толкованием нельзя согласиться еще и потому, что идеология Закона «О защите прав потребителей» состоит в обеспечении и гарантировании всеми возможными способами прав потребителей. В нашей же ситуации вместо того, чтобы обеспечить потребителю право на судебную защиту его прав в максимально облегченном порядке, мы устанавливаем некий «досудебный порядок», сущность которого состоит в необходимости предъявления и удовлетворения самостоятельного иска к эксперту до того, как покупатель обратится с иском к продавцу. Ситуация усугубляется еще и с позиций института исковой давности: пока потребитель предъявит и выиграет отдельный иск к эксперту, исковая давность по требованию к продавцу может истечь.

В-четвертых, данное толкование делает внесудебное заключение эксперта своего рода «доказательством» с заранее установленной силой, ибо для того, чтобы опровергнуть его достоверность, покупателю придется добиться удовлетворения

состоят друг с другом в материально-правовом правоотношении, спор о праве между ними возникнуть не может, ибо попросту не будет объекта спора о праве. В этом смысле стоит согласиться с И.А. Жеруолисом, который полагал, что «...Наличие материально-правового отношения, в котором одно лицо имеет субъективное право, а другое лицо – юридическую обязанность, - обязательное условие спора о праве. Лица, не состоящие между собой в материально-правовом отношении, не имеют по отношению друг к другу субъективных прав и обязанностей. Если же право не может существовать хотя бы предположительно, то не может быть и спора о нем» (Жеруолис И. Сущность советского гражданского процесса. Вильнюс, 1969. С. 95.).

отдельного иска к эксперту. Этот подход вызывает возражения, поскольку признает элемент некой предустановленности за внесудебным заключением эксперта, что тем более абсурдно с учетом того, что последний может быть ангажирован продавцом.

Кроме того, не может не возникнуть вопрос: что было бы, если бы продавец, в нарушение п. 5 ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей», не выполнил своей обязанности по проведению досудебной экспертизы? В ситуации, когда заключения эксперта, которое являлось бы предметом оспаривания, нет, не вызывает сомнений, что потребитель обратится сразу с иском к продавцу, ибо действующее законодательство не предусматривает такого способа защиты прав, как понуждение контрагента к проведению досудебной экспертизы. Это ставит вопрос еще и о природе обязанности продавца по п. 5 ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей». Вряд ли можно считать обязанность проведения досудебной экспертизы причин возникновения недостатков товара юридической обязанностью, ибо нет оснований говорить о том, что исполнение этой «обязанности» обеспечено силой государственного принуждения, а в случае ее неисполнения к продавцу применяются меры юридической ответственности. С этой точки зрения п. 5 ст. 18 Закона не может толковаться так, чтобы устанавливать неоправданную дифференциацию в правовом положении различных категорий потребителей: потребители, состоявшие в правоотношении с продавцом, который выполнил свою обязанность по проведению досудебной экспертизы, могут опровергнуть достоверность этого заключения, только предъявив самостоятельный иск к эксперту и выиграв его; потребители же, состоявшие в правоотношении с продавцом, который не выполнил свою обязанность, предусмотренную п. 5 ст. 18 Закона, могут сразу обращаться с иском к продавцу.

Рассмотрим второй возможный вариант толкования положения п. 5 ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей»: возможно, законодателя следует понимать таким образом, что иск нужно предъявлять не к эксперту, а к продавцу, а оспаривание заключения досудебного эксперта произойдет в ходе процесса по иску

потребителя к продавцу (посредством заявления ходатайства о назначении экспертизы). Однако данное толкование также не лишено недостатков.

В частности, возникает вопрос о том, необходимо ли привлекать к участию в деле эксперта, проводившего внесудебное экспертное исследование. Возникает опасность того, что процесс из состязания сторон перед лицом суда превратится в состязание между судебным и внесудебным экспертами, каждый из которых будет отстаивать достоверность и доброкачественность своего заключения. Примечательно, что состязание между экспертами вряд ли будет равноправным, ибо если судебный эксперт не относится к лицам, участвующим в деле, то внесудебный эксперт, по всей видимости, должен быть наделен всеми правами, предоставленным лицам, участвующим в деле. Как представляется, превращение процесса в состязание между экспертами полностью искажает сущность гражданских процессуальных правоотношений, а подобное понимание способно вовсе привести к выводу об отсутствии необходимости привлекать в дело эксперта, проводившего внесудебное экспертное исследование.

Если эксперт, проводивший внесудебное экспертное исследование, все же должен быть привлечен, то какое место в процессе он должен занять? Видимо, наиболее адекватным процессуальным положением для него будет положение третьего лица без самостоятельных требований, поскольку решение по делу может повлиять на права и обязанности несудебного эксперта по отношению к ответчику (продавцу). Если судебный эксперт опровергнет выводы внесудебного эксперта, ответчик (продавец), по всей видимости, сможет взыскать с несудебного эксперта сумму, которую он ему уплатил по договору возмездного оказания услуг в виде проведения внесудебного экспертного исследования. Кроме того, если бы досудебное заключение эксперта было составлено надлежащим образом, продавец добровольно удовлетворил бы требования потребителя, а значит, не понес бы убытков в виде штрафа за неудовлетворение требований потребителя в добровольном порядке, неустойки за просрочку их выполнения, судебных расходов в виде государственной пошлины, расходов на оплату услуг представителя, а также на производство судебной экспертизы.

Тут несложно заметить некоторую противоречивость данных рассуждений. Если ранее мы пришли к выводу о том, что отдельный иск к эксперту не может быть предъявлен, то теперь в случае с продавцом, пытающимся возместить свои затраты, мы уже допускаем предъявление самостоятельного иска к эксперту. Почему мы считаем возможным предъявление иска продавцом к эксперту, но не допускаем предъявление иска к эксперту покупателем? Как представляется, ситуации эти различны, ибо если внесудебный эксперт и покупатель не состоят ни в каких материальных правоотношениях, между ними нет спора о праве, поскольку эксперт не нарушал никакого субъективного права покупателя, то продавец и внесудебный эксперт, напротив, состоят в материальных правоотношениях друг с другом (гражданских правоотношениях, возникающих из договора возмездного оказания услуг в виде проведения несудебного экспертного исследования), между ними налицо спор о праве, ибо внесудебный эксперт нарушил право продавца на получение качественно оказанной услуги в виде проведения несудебного экспертного исследования надлежащим образом. Следовательно, и подход должен быть дифференцированным. Нет никаких оснований относить на продавца риск того, что выбранный им внесудебный эксперт составит экспертное заключение ненадлежащего качества, а потому продавец имеет право предъявить к эксперту самостоятельные имущественные требования, вытекающие из договора возмездного оказания услуг в виде проведения несудебного экспертного исследования.

Таким образом, приведенный пример с неоднозначностью толкования п. 5 ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей» убеждает в том, что в российском праве нет ни легальных, ни политико-правовых оснований для наделения внесудебных экспертов иммунитетом от предъявления иска со стороны лица, выступившего заказчиком экспертного исследования. Специфика выполняемой носителями специальных знаний функции может обосновывать закрепление иммунитета судебного эксперта, но не способна выступать причиной предоставления иммунитета внесудебному эксперту.

§2.3. Нежелательность внеинстанционного пересмотра уже разрешенного дела

Еще один аргумент, высказываемый в поддержку существования иммунитета эксперта от гражданско-правовой ответственности, состоит в том, что отсутствие иммунитета приведет к возможности предъявления множества побочных исков, при рассмотрении которых доказательственная ценность заключения эксперта проверялась бы раз за разом, а дело пересматривалось бы неоднократно по тем же обстоятельствам, минуя суд апелляционной инстанции. В деле *Rondel v Worsley* [1969] Lord Morris of Borth-y-Gest сказал, что было бы «нежелательно в интересах справедливого и эффективного отправления правосудия допускать систему, по которой, как некий побочный продукт после суда по иску и после жалобы или жалоб, можно было бы вести процесс за процессом, с возможностью бесконечной цепи процессов».⁵⁶

Lord Hope of Craighead в деле *Hall v. Simons* [2000], соглашаясь с недопустимостью побочного обжалования уголовных решений, в то же время признал, что существуют другие способы (не только предоставление иммунитета – примеч. автора) предотвратить побочные иски к обвинительным приговорам, а также гарантировать, что если осуждение оспаривается, то это происходит через апелляцию в уголовном апелляционном суде. Так, в деле *Hunter v Chief Constable of the West Midlands* [1982] было постановлено, что налицо злоупотребление процессом, когда сторона пытается пересмотреть ту же проблему, которая рассматривалась уголовным судом.⁵⁷

Однако квалификация предъявления самостоятельного иска осужденного к эксперту в качестве злоупотребления процессом не всегда спасает положение, ибо осуждение может быть отменено по иным основаниям. Возникает вопрос: если приговор был отменен судом по иным основаниям, не связанным с предъявлением

⁵⁶Цит. по *Arthur J.S Hall and Co. v. Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (дата обращения 11.02.2021).

⁵⁷*Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (дата обращения: 01.07.2019).

и удовлетворением отдельного иска осужденного к эксперту, вправе ли впоследствии оправданный обратиться с самостоятельным иском из небрежности к эксперту?⁵⁸ Говорить о злоупотреблении правом на предъявление иска здесь не приходится, ибо приговор был отменен по иным основаниям, поэтому налицо все основания для того, чтобы допустить предъявление подобного иска.⁵⁹

Таким образом, в уголовном процессе Великобритании посредством судебного толкования была выработана следующая позиция: сутяжнические иски, представляющие собой побочное (косвенное) оспаривание приговора суда, не будут приниматься ввиду злоупотребления правом, если только первоначально осужденный не сможет отменить своего обвинительного приговора в апелляции по другому основанию.⁶⁰

Проблема недопустимости побочных процессов очень остро стоит и в российском праве, имеются и определенные разъяснения Верховного суда РФ по этому поводу. Так, согласно п. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» в случае, когда сведения, по поводу которых возник спор, сообщены в ходе рассмотрения другого дела участвовавшими в нем лицами, а также свидетелями в отношении участвовавших в деле лиц, являлись доказательствами по этому делу и были оценены судом при вынесении решения, они не могут быть оспорены в порядке, предусмотренном ст. 152 ГК РФ, так как нормами ГПК РФ и УПК РФ установлен специальный порядок исследования и оценки данных доказательств. Такое требование, по существу, является требованием о повторной судебной оценке этих

⁵⁸ Заметим, что отмена приговора сама по себе вовсе не означает, что оправданный более не может требовать возмещения вреда. Особенно очевидно это становится в случае предъявления иска против адвоката. Так, например, небрежные действия или бездействие адвоката могли повлиять на продолжительность задержания. Кроме того, клиент мог потерять работу, репутацию и т.д., за что может захотеть получить компенсацию.

⁵⁹ Применительно к адвокатам, однако, это способно привести к парадоксальной ситуации: будучи уверенным в том, что самостоятельный иск к нему осужденный сможет предъявить исключительно в случае, если его приговор предварительно был отменен судом по иным основаниям, адвокат может быть незаинтересованным на уровне апелляции в помощи своему подзащитному при пересмотре дела. Такое толкование приводит к недопустимому искажению модели процессуального поведения адвоката.

⁶⁰ *Hunter v Chief Constable of the West Midlands Police & Ors* [1981] UKHL 13 (19 November 1981) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1981/13.html> (дата обращения: 25.03.2021).

сведений, включая переоценку доказательств по ранее рассмотренным делам».⁶¹ Иными словами, позиция Верховного суда сводится к недопустимости побочных процессов, в которых лицо, участвовавшее в деле и считающее, что в отношении него распространены сведения, не соответствующие действительности, стало бы опровергать вступившее в законную силу судебное решение, в котором доказательства были оценены судом как достоверные. Пусть неявным образом, но, по сути, указанные разъяснения закрепляют не что иное как иммунитет от судебного преследования (иммунитет от исков о клевете в процессе), предоставляемый именно в силу опасности возникновения побочных процессов.

Как представляется, наиболее ярко проблема недопустимости внеинстанционного пересмотра уже решенных дел проявляется в контексте уголовного судопроизводства. Вряд ли может вызывать сомнения тот факт, что интересы правосудия требуют, чтобы осужденный, желающий оспорить свой приговор, мог сделать это исключительно посредством подачи жалобы на приговор суда в рамках установленной законом процедуры обжалования. Заключенные, которым не удалось обжаловать приговор, не должны иметь право требовать пересмотра своего дела в ходе гражданского судопроизводства. С этих позиций можно попробовать обосновать точку зрения о том, что иммунитет эксперта от гражданско-правовой ответственности существует для того, чтобы не позволить осужденному через предъявление самостоятельного иска к эксперту оспорить приговор, минуя существующие процедуры обжалования.

Пойдем от обратного и представим себе, что осужденному в самостоятельном исковом процессе удастся доказать, что заключение эксперта не

⁶¹ Далее Верховный суд отмечает: «Если же такие сведения были распространены в ходе рассмотрения дела указанными выше лицами в отношении других лиц, не являющихся участниками судебного процесса, то эти лица, считающие такие сведения не соответствующими действительности и порочащими их, могут защитить свои права в порядке, предусмотренном статьей 152 ГК РФ». Тем самым проводится дифференциация в зависимости от того, распространены сведения, не соответствующие действительности, в отношении лиц, участвовавших в деле, или лиц, не участвовавших в первом процессе. Аналогичным образом, п. 17 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 г.) устанавливает, что не могут рассматриваться как не соответствующие действительности сведения, содержащиеся в процессуальных документах, для обжалования которых предусмотрен иной установленный законом судебный порядок.

отвечало предъявляемым требованиям к качеству, следствием чего является отказ в выплате вознаграждения эксперту. Не влечет ли эта констатация судом некачественности экспертного заключения необходимости пересмотра ранее вынесенного судом приговора, в основание которого было положено, среди прочего, оспариваемое заключение эксперта? Не вынуждены ли мы, допустив предъявление иска к эксперту, в дальнейшем будем ответить на вопрос, устоял бы приговор суда, если бы суд еще при рассмотрении уголовного дела пришел к выводу о некачественном исполнении экспертом возложенных на него обязанностей?

Попытаемся ответить на данные вопросы применительно к российской правовой системе. Первое, что обращает на себя внимание – это то, что согласно п. 1 ч. 3 ст. 413 УПК РФ вновь открывшимся обстоятельством, являющимся основанием для отмены вступившего в силу приговора суда и возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, является установленная вступившим в законную силу приговором суда заведомая ложность заключения эксперта, но никак не признание заключения эксперта некачественным в самостоятельном искомом процессе.⁶² Иными словами, в российском праве нет предусмотренного законом основания для пересмотра приговора при таких обстоятельствах. С другой стороны, если констатация судом некачественности заключения эксперта не влечет пересмотра приговора, то надо прийти к выводу, что в правовой системе могут сосуществовать два судебных решения с двумя разными, противоречащими друг другу, оценками заключения эксперта.⁶³ Причем неизвестно, был бы подсудимый оправдан, если бы суд при рассмотрении уголовного дела не поверил заключению эксперта, но в любом случае решение по уголовному делу пересмотрено быть не может.

⁶² Конечно, можно пытаться подвести признание заключение эксперта некачественным в ходе гражданского судопроизводства под иное новое обстоятельство по п.3 ч. 4 ст. 413 УПК. Обоснованность данного варианта толкования будет поставлена под сомнение далее, при ответе на вопрос, не является ли признание заключения эксперта некачественным в самостоятельном искомом процессе существенным для дела обстоятельством, служащим основанием для пересмотра решения в соответствии с ч.3 ст. 392 ГПК РФ, ч. 2 ст. 311 АПК РФ.

⁶³ Надо отметить, что такое понимание вполне вписывается в концепцию «формально-истинного» процесса.

Как обществу относиться к подобному положению вещей? Надо признать, что такая ситуация вносит противоречивость, неопределенность в правопорядок, а потому недопустима. Если лицо в ходе рассмотрения уголовного дела было признано судом виновным, то для всех без исключения целей в глазах общества данное лицо виновно, кроме случая, когда осуждение было отменено в результате обжалования в рамках установленной УПК РФ процедуры. С этой точки зрения нет никаких оснований для того, чтобы считать, что осужденный вправе требовать «пересмотра» своего дела в ходе гражданского судопроизводства, в том числе посредством предъявления иска к эксперту о некачественном выполнении последним своих обязательств при проведении судебной экспертизы.

Вместе с тем нельзя сводить все случаи предъявления осужденным самостоятельного иска к эксперту исключительно к ситуации, когда предъявление такого иска служит для осужденного средством «пересмотреть» ранее вынесенное судебное решение по уголовному делу. Осужденный может быть заинтересован в признании в самостоятельном исковом процессе заключения эксперта некачественным для того, чтобы суд уменьшил или отказал эксперту в выплате обусловленного вознаграждения, уплата которого в противном случае ложилась бы на осужденного (ч. 2 ст. 132 УПК РФ). Здесь необходимо различать два совершенно различных интереса обвиняемого. Во-первых, интерес лица, обвиненного в преступлении, заключающийся в праве на справедливый суд и праве нести соответствующее наказание только при наличии неоспоримых доказательств его вины. Данный интерес не носит экономического характера. Поведение эксперта для целей определения виновности обвиняемого и наказуемости деяния необходимо оценивать исключительно в рамках данного судебного разбирательства, ибо оно никак не связано с отдаленными экономическими последствиями исхода судебного разбирательства.

Во-вторых, может наличествовать интерес обвиняемого/осужденного/оправданного в возмещении понесенных издержек на оплату услуг эксперта, допустившего небрежность при выполнении возложенных на него обязанностей. Данный интерес носит сугубо экономический характер, а

потому и средство защиты должно быть адекватным характеру защищаемого интереса. С этой точки зрения жалоба в суд апелляционной инстанции на небрежность, допущенную экспертом, не является адекватным средством защиты в ситуации, когда интерес обвиняемого состоит в возмещении причиненных убытков. Небрежное же поведение эксперта при выполнении возложенных на него обязанностей имеет отдаленные от судебного разбирательства, в котором устанавливается наказуемость деяния и виновность лица, экономические последствия, а потому привлечение эксперта к гражданско-правовой ответственности за небрежное исполнение возложенных на него обязанностей требует предъявления самостоятельного иска.

В этом смысле нет оснований для того, чтобы во всех случаях отказывать осужденному в возможности предъявить самостоятельный иск к эксперту о допущенной небрежности при составлении экспертного заключения. Осужденный вправе доказывать, что составление некачественного заключения эксперта привело к вынесению ошибочного судебного решения исключительно в рамках предусмотренных УПК процедур обжалования судебного решения. Если же осужденный, предъявляя самостоятельный иск к эксперту, пытается доказать, что составление некачественного заключения эксперта привело к вынесению ошибочного судебного решения, то в принятии такого искового заявления должно быть отказано в связи с отсутствием предпосылок права на предъявление иска (поскольку дело подлежит рассмотрению в ином порядке, а именно путем инстанционного обжалования приговора). С этой точки зрения нет оснований для того, чтобы считать, что из-за недопустимости пересмотра во внеинстанционном порядке уже решенных дел необходимо предоставить эксперту иммунитет от иска.

Как представляется, все эти рассуждения равно применимы и к гражданским делам, только это не настолько выпукло проявляется, как в делах уголовных. Так, если заинтересованное лицо полагает, что принятие судом в качестве надлежащего доказательства некачественного заключения эксперта привело к вынесению ошибочного судебного решения по гражданскому делу, такое лицо должно обращаться с жалобой на судебное решение, а не предъявлять самостоятельный иск

к эксперту. Предъявление им иска к эксперту означает, что результатом констатации судом некачественности экспертного заключения будет уменьшение или отказ в выплате вознаграждения эксперту, а не пересмотр ранее вынесенного судебного решения. Рассуждая о риске предъявления побочных исков к гражданским решениям, Lord Steyn в деле Hall v Simons [2000] пришел к выводу о том, что принципы *res judicata*, эстоппеля и злоупотребления процессом, как они понимаются в частном праве, должны быть достаточны, чтобы справиться с этим риском.⁶⁴

Согласно положениям ч. 3 ст. 392 ГПК РФ, ч. 2 ст. 311 АПК РФ в качестве вновь открывшегося обстоятельства, наряду с заведомо ложным заключением эксперта, названо такое основание, как существенные для дела обстоятельства, которые не были и не могли быть известны заявителю (п.1 ч. 3 ст. 392 ГПК РФ, п. 1 ч. 2 ст. 311 АПК РФ). Потому возникает вопрос, не является ли признание заключения эксперта некачественным в самостоятельном исковом процессе существенным для дела обстоятельством, которое служит основанием для пересмотра судебного акта?⁶⁵ Надо признать, что положения п. 2 и п. 3 ч. 3 ст. 392 ГПК РФ во многом являются конкретизацией п.1 ч. 3 ст. 392 ГПК РФ: п.1 охватывает своим содержанием пп. 2 и 3. Даже если бы в законе не были специально выделены пп. 2 и 3, признание заключения эксперта заведомо ложным все равно являлось бы основанием для пересмотра решения по вновь открывшимся обстоятельствам. Вместе с тем законодатель посчитал необходимым отдельно выделить такое вновь открывшееся обстоятельство, как заведомо ложное заключение эксперта. Это свидетельствует о том, что вновь открывшимся обстоятельством является исключительно заведомо ложное заключение эксперта, но не признание заключения эксперта некачественным в порядке гражданского судопроизводства. Выделяя в качестве самостоятельного основания пересмотра

⁶⁴ Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (дата обращения: 25.03.2021).

⁶⁵ Аналогичный вопрос можно сформулировать применительно к уголовному судопроизводству: не является ли признание заключения эксперта некачественным в самостоятельном исковом процессе иным новым обстоятельством по п.3 ч.4 ст. 413 УПК РФ?

дела по вновь открывшимся обстоятельствам факт признания в установленном УПК РФ порядке заключения эксперта заведомо ложным, законодатель тем самым исключает все остальные основания его «упречности». При другом толковании отдельное выделение законодателем пп. 2 и 3, которые по своему содержанию полностью охватываются п. 1, утрачивает смысл, а закон вряд ли может истолковываться таким образом, чтобы отдельные законодательные положения были лишены всякого смысла.

Подчеркивая, что вновь открывшиеся обстоятельства, служащие основанием пересмотра дела по п. 1 ч. 3 ст. 392 ГПК РФ (пп. 1 ч. 2. ст. 311 АПК РФ), должны быть существенными, законодатель подразумевает, что в данном случае должны быть открыты такие факты, которые, если бы они были известны во время разбирательства дела, могли существенно повлиять на вывод суда о правах и обязанностях участвовавших в деле лиц. Разъясняя понятие существенного для дела обстоятельства, Высший Арбитражный Суд РФ в п. 5 Постановления Пленума от 30.06.2011 № 52 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам», также приходит к выводу, что «существенным для дела обстоятельством может быть признано вновь обнаруженное обстоятельство, которое не было и не могло быть известно заявителю, неоспоримо свидетельствующее о том, что если бы оно было известно, то это привело бы к принятию другого решения».⁶⁶ При этом следует согласиться с точкой зрения, высказанной в литературе, о том, что знание суда об обстоятельствах дела всегда имеет решающее значение, а потому очевидно, что необходимым условием для пересмотра дела, помимо неосведомленности заявителя о существовании вновь открывшегося обстоятельства на момент

⁶⁶Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2011 № 52 "О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам"[Электронный ресурс]//Доступ из справ. – правовой системы «КонсультантПлюс».

рассмотрения дела, является также и неосведомленность суда, который не знал и не мог знать в момент вынесения решения об этих обстоятельствах.⁶⁷

С этих позиций признание судом заключения эксперта некачественным также не подпадает под существенное для дела обстоятельство, которое не было и не могло быть известно заявителю, ибо суд, рассматривавший дело, уже давал оценку данному доказательству на основании своего внутреннего убеждения и в целом ряде случаев не мог не знать о несоответствии заключения эксперта предъявляемым требованиям. В одном деле суд мог прийти к выводу о том, что заключение эксперта не отвечало предъявляемым требованиям, а потому не может быть принято в качестве надлежащего доказательства. В другом деле суд в связи с возникшими сомнениями в правильности или обоснованности ранее данного заключения был вынужден назначить повторную экспертизу. В третьем деле суд мог заключить, что выводы эксперта противоречат всей совокупности установленных по делу обстоятельств, а потому не принять их при постановлении решения по делу. В подавляющем большинстве случаев некачественность заключения эксперта не может служить новым обстоятельством, которое не было известно суду (и заявителю) при рассмотрении первоначального дела. С этой точки зрения в большинстве случаев риска сосуществования двух противоречащих друг другу оценок, данных заключению эксперта, не возникает вовсе.

Кроме того, следует помнить, что суд оценивает все доказательства в совокупности на основании своего внутреннего убеждения (ч.1 ст. 67 ГПК РФ) и ни одно доказательство, в том числе заключение эксперта, не имеет для суда заранее установленной силы (ч. 2 ст. 67 ГПК РФ, ч.3 ст. 86 ГПК РФ). Если впоследствии заключение эксперта будет признано судом некачественным, это, как правило, не способно поставить под сомнение результат оценки доказательств, отраженный в первом судебном решении, ибо трудно представить себе ситуацию, когда суд выносит решение исключительно на основании заключения эксперта, в отсутствие иных доказательств. Таким образом, даже в том случае, когда истцу в

⁶⁷ Курс советского гражданского процессуального права: В двух томах / Ред. кол.: А. А. Мельников (отв. ред.) [и др.] М., 1981. Т. 2. С.311-312.

самостоятельном исковом процессе удалось доказать, что заключение эксперта является некачественным, при этом суд, ранее рассматривавший дело, не имел никаких претензий к качеству, достоверности и т.д. заключения эксперта, все равно нет оснований для пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам, ибо нет такого признака существенного для дела обстоятельства, как тот факт, что вновь обнаруженное обстоятельство должно «неоспоримо свидетельствовать о том, что если бы оно было известно, то это привело бы к принятию другого решения». Принципы оценки судом всех собранных по делу доказательств в совокупности, на основании внутреннего убеждения судьи, без предустановленной силы одного доказательства (в том числе заключения эксперта) перед другими мешают пересмотреть дело в случае признания заключения эксперта некачественным в самостоятельном исковом процессе, ибо нет оснований полагать, что данное обстоятельство могло существенным образом повлиять на решение суда.

Стоит отметить, что в деле *Hall v Simons* аргумент о нежелательности пересмотра уже решенных дел во внеинстанционном порядке, в отличие от дела *Jones v Kaney*, подвергся широкому обсуждению, но обсуждался применительно к необходимости сохранения иммунитета процессуального представителя от гражданско-правовой ответственности. В случае с оценкой поведения процессуального представителя ситуация сложнее, чем с оценкой заключения эксперта. В ситуации с признанием в самостоятельном исковом процессе некачественности заключения эксперта истцу не надо доказывать, что некачественное заключение эксперта оказало отрицательное влияние на исход процесса. Между тем в большинстве случаев иск о небрежности против адвоката может быть удовлетворен лишь в том случае, если истцу удастся доказать, что, если бы не небрежность, допущенная процессуальным представителем, он бы выиграл дело. Иными словами, при рассмотрении иска о небрежности к процессуальному представителю суду все равно придется так или иначе подспудно пересматривать вынесенное ранее решение суда. Несмотря на это, судьи в деле *Hall v Simons* все же пришли к необходимости отменить иммунитет адвоката от гражданско-

правовой ответственности. Тем более при рассмотрении дела *Jones v Kaney* у Палаты лордов не было оснований считать нежелательность пересмотра уже решенных дел во внеинстанционном порядке препятствием для допущения возможности предъявления иска к эксперту: судьи хотя и называли нежелательность внеинстанционного пересмотра дела в качестве аргумента, поддерживающего иммунитет, тем не менее не считали его ни изначальным, ни самым убедительным аргументом для обоснования существования иммунитета эксперта от гражданско-правовой ответственности. Однако примечательно то, что никто из судей этот аргумент так и не опроверг, что заставляет задуматься над тем, что в российском праве риск возникновения побочных процессов (внеинстанционного пересмотра дела) потенциально может рассматриваться как политико-правовой аргумент, обосновывающий идею о необходимости предоставления судебному эксперту в интересах беспрепятственного осуществления правосудия иммунитета от привлечения к имущественной ответственности.

§2.4. Составляет ли доктрина иммунитета нарушение ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод?

Ранее мы уже подчеркивали, что иммунитет эксперта является изъятием из основополагающего правила о том, что за каждым нарушением права должно следовать восстановление в правах. В этом смысле иммунитет эксперта от привлечения к гражданско-правовой ответственности находится в противоречии с правом на доступ к правосудию, гарантированным, в том числе, статьей 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее - Конвенция).⁶⁸ Примечательно, что отдельные судьи при рассмотрении дела *Jones v Kaney* прямо ссылались на то, что иммунитет эксперта от привлечения к гражданско-правовой ответственности находится в противоречии со ст. 6 Конвенции, а потому должен быть отменен.

⁶⁸Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04.11.1950).

Исследование вопроса о том, как доктрина иммунитета соотносится с правом доступа к правосудию, гарантированным Конвенцией, представляется крайне интересным потому, что тут мы выходим в область наднационального регулирования, где в известном смысле «встречаются» подходы государств, принадлежащих к англо-саксонской и континентальной правовым системам.

Прежде чем мы перейдем к исследованию данной проблемы, целесообразно предварить дальнейшие рассуждения ссылкой на Постановление Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) по делу «Голдер против Соединенного Королевства» (1975),⁶⁹ в котором Европейский Суд пришел к выводу о том, что право на справедливое судебное разбирательство, гарантированное п. 1. ст. 6 Европейской Конвенции, предполагает, имплицитно включает в свое содержание и право на доступ к правосудию. В противном случае, как указал Европейский Суд, «...было бы немислимо, чтобы статья 6 п. 1 содержала подробное описание предоставляемых сторонам процессуальных гарантий в гражданских делах и не защищала бы в первую очередь того, что дает возможность практически пользоваться такими гарантиями - доступа к суду. Такие характеристики процесса, как справедливость, публичность, динамизм, лишаются смысла, если нет самого судебного разбирательства». Таким образом, право доступа к правосудию является одним из неотъемлемых составляющих права на справедливое судебное разбирательство.

На первый взгляд, доктрина иммунитета находится в противоречии с правом на доступ к правосудию. Иммунитет представляет собой не что иное, как изъятие из права лица на доступ к правосудию, принимая во внимание то обстоятельство, что определенная категория ответчиков защищена иммунитетом, вследствие чего предъявление к ним отдельного гражданско-правового иска невозможно.

⁶⁹ В указанном деле осужденному, имевшему намерение инициировать разбирательство по гражданскому делу (иск о диффамации) против сотрудника тюрьмы, было отказано в разрешении проконсультироваться со своим адвокатом для обсуждения возможности предъявления соответствующего иска. ЕСПЧ установил, что, хотя в ст. 6 Европейской Конвенции прямо не указано право на обращение в суд, его защита вытекает из самого смысла данной статьи.

Между тем право на доступ к правосудию нельзя понимать как абсолютное право;⁷⁰ оно может подвергаться определенным ограничениям, которые должны преследовать законную цель и быть разумно соразмерными преследуемой цели.⁷¹ При этом указанные ограничения не могут ограничивать пользование этим правом таким образом или до такой степени, что сама его сущность оказывается затронутой.⁷² С этой точки зрения возникает потребность определить, преследует ли такое ограничение права на доступ к суду, как иммунитет, законную цель, и является ли данное ограничение соразмерным данной законной цели.

При этом надо понимать, что иммунитеты бывают разные,⁷³ следовательно, разными являются цели, оправдывающие существование того или иного иммунитета, которым пользуется та или иная группа лиц.

Интересно, что сам ЕСПЧ пытается провести границу между функциональным иммунитетом и структурным иммунитетом. Функциональный иммунитет защищает определенную категорию лиц от предъявления к ним иска в силу того, что осуществляемая данными лицами функция требует предоставления подобной защиты (например, иммунитет полиции, осуществляющей функцию по борьбе с преступностью и расследованию преступлений – *Osman v United Kingdom* (1998)⁷⁴ ; судейский иммунитет, предоставленный судьям для надлежащего исполнения функции по отправлению правосудия – дело «Сергей Зубарев против

⁷⁰ Постановление ЕСПЧ по делу «Голдер (Golder) против Соединенного Королевства» от 21 февраля 1975 г. (жалоба № 4451/70). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

⁷¹ К примеру, не вызывает сомнений оправданность разумного ограничения сроков (*Stubbings and Others v United Kingdom* (1996 г.) и установление процессуальных условий для подачи исков, как, например, необходимость подавать иск в соответствующий суд (*MPP Golub v Ukraine* (2005), а равно обоснованным ЕСПЧ признает ограничение на доступ в суд психически нездоровых лиц в целях защиты от несправедливых судебных преследований лиц, несущих за них ответственность (*Ashingdane v United Kingdom* (1985 г.).

⁷² Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004. С. 283.

⁷³ Для того чтобы понять все многообразие ситуаций, при которых та или иная группа лиц может наделяться в соответствии с национальным законодательством или международным правом иммунитетом, достаточно будет упомянуть об иммунитете государства и его официальных представителей (См. Мусин В.А. Избранное. М., 2014. С. 391-405), иммунитете международных организаций, иммунитете главы государства, членов Парламента (депутатский иммунитет); дипломатический, консульский иммунитет; свидетельский иммунитет; иммунитет государственных должностных лиц; судей; полиции, социальных служб, иммунитет военнослужащих воинских частей, дислоцирующихся за пределами государства и т.д.

⁷⁴ Постановление ЕСПЧ по делу «Осман (Osman) против Соединенного Королевства» от 28.10.1998 (жалоба № 23452/94). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

Российской Федерации» (2015)⁷⁵ и т.д.). Структурный иммунитет носит более общий характер, нежели функциональный, и защищает, в частности, иностранное посольство, международную организацию или иностранное государство от предъявления к ним исков гражданско-правового характера.⁷⁶ Как отмечается, функциональный иммунитет предпочтительней структурного с точки зрения соответствия Конвенции, ибо природа спора в большей степени, нежели правовой статус сторон спора, должна предопределять, может ли иммунитет быть обоснован.⁷⁷

Анализ практики ЕСПЧ по вопросу о том, нарушает ли функциональный иммунитет, защищающий ту или иную группу ответчиков, право на доступ к правосудию, гарантированное ст. 6 Конвенции, показывает, что Европейскому Суду по сей день так и не удалось выработать четкие критерии и подходы для однозначного и непротиворечивого разрешения данной проблемы. В деле *Osman v United Kingdom* (1998 г.)⁷⁸ заявителями был предъявлен иск против полиции о халатности, допущенной при расследовании дела по факту непредоставления должной защиты ребенку, раненному учителем, страдавшим маниакальной зависимостью, и его покойному отцу. Несмотря на то, что заявители установили все необходимые элементы обязанности особой осмотрительности со стороны полиции, апелляционный суд Великобритании применил доктрину иммунитета полиции, выработанную Палатой лордов в деле *Хилл против Главного констебля Западного Йоркшира*, и отказал в рассмотрении иска, указав, что полиция обладает иммунитетом от гражданских исков в связи с ее действиями или бездействием при осуществлении расследования и борьбе с преступностью. Власти Соединенного

⁷⁵ Постановление ЕСПЧ по делу "Сергей Зубарев (Sergey Zubarev) против Российской Федерации" от 05.02.2015 (жалоба № 5682/06) . – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 11.05.2020).

⁷⁶Позицию ЕСПЧ по вопросам структурного иммунитета можно проиллюстрировать следующей цитатой: «меры, принятые Высокой Договаривающейся Стороной, которые отражают общепризнанные нормы международного публичного права об иммунитете государств, в принципе не могут рассматриваться как наложение несоразмерного ограничения на право на обращение в суд, установленное пунктом 1 Статьи 6 Конвенции» (Постановление ЕСПЧ от 21.11. 2001 «Фогарти (Fogarty) против Соединенного Королевства»).

⁷⁷Vitkauskas D., Dikov G. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks. Strasbourg. 2012. P.31.

⁷⁸Постановление ЕСПЧ по делу «Осман (Osman) против Соединенного Королевства» от 28.10.1998 (жалоба № 23452/94) . – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

Королевства ссылались на то, что существование иммунитета полиции преследует правомерную цель, а именно соображения публичной политики, которые сводятся к тому, что подверженность полиции искам, вытекающим из халатности ее действий, имела бы результатом отвлечение значительного числа ее кадровых ресурсов от осуществления функции по борьбе с преступностью. Угроза ответственности за халатность привела бы к защитной или чрезмерно осмотрительной службе полиции, что создает реальную опасность того, что эффективность полицейской службы, направленной на благо общества в целом, может быть подорвана.

Кроме того, иск из халатности, поданный против полиции, имел бы нежелательный эффект повторного рассмотрения дел, производство по которым было прекращено, для определения того, надлежащим ли образом велось по ним производство.

ЕСПЧ согласился с властями Соединенного Королевства в том, что цель введения правила об иммунитете полиции, а значит и исключения из права на доступ к правосудию, может приниматься как правомерная по смыслу Конвенции, ибо иммунитет полиции установлен потому, что интересам общества в целом наилучшим образом соответствует полицейская служба, чья эффективность и результативность при борьбе с преступностью не ставятся под угрозу постоянным риском распространения деликтной ответственности за принимаемые ею стратегические и тактические решения. Между тем ЕСПЧ согласился с заявителями в том, что их дело удовлетворяло критерию отношений близости, который являлся необходимым для возложения обязанности особой осмотрительности, однако они были лишены возможности установления фактических обстоятельств их требований в состязательном процессе по причине применения правила об иммунитете, которое, более того, не делает различий между халатностью, приводящей к тривиальным последствиям, и халатностью, как в данном деле, результаты которой носили катастрофический характер. ЕСПЧ заключил, что несмотря на то, что правило об иммунитете полиции преследует правомерную цель, иммунитет полиции от исков о допущенной халатности

представляет собой несоразмерное ограничение права на обращение в суд, поскольку предполагает применение правила об иммунитете без дополнительного рассмотрения вопроса о наличии конкурирующих соображений публичного интереса, т.е. служит исключительно автоматическому предоставлению полного иммунитета полиции. Таким образом, ЕСПЧ в деле *Osman v United Kingdom* (1998 г.) признал нарушение пункта 1 статьи 6 Конвенции.

Однако в 2001 г. при рассмотрении дела со схожими обстоятельствами ЕСПЧ приходит к прямо противоположному выводу. В деле *Z. and Others v United Kingdom* (2001 г.)⁷⁹ заявителями был подан иск против муниципальных властей о допущенной небрежности, выразившейся в непринятии действенных мер по удалению детей из-под опеки жестоко обращавшихся с ними родителей, что привело к причинению детям значительного ущерба. Данный иск был отклонен национальным судом как не содержащий разумного основания для подачи иска.⁸⁰ ЕСПЧ пришел к выводу, что решение Палаты лордов об отсутствии обязанности по осуществлению опеки в деле заявителей как вопроса права не может быть охарактеризовано как правило об исключении ответственности или иммунитет, которые лишили заявителей права на обращение в суд. Как установил ЕСПЧ, Палата лордов рассмотрела вопрос о том, должна ли новая категория небрежности, то есть категория дел, в которых существование обязанности заботы ранее не было установлено, быть разработана судами при осуществлении ими их законотворческой деятельности в соответствии с общим правом. Рассмотрев баланс противостоящих соображений публичной политики, Палата лордов приняла решение не распространять ответственность из небрежности на новые сферы правоотношений. Сделав это, она ограничила круг ответственности согласно деликтному праву. При этом ЕСПЧ особо подчеркивает, что отсутствие у заявителей возможности подать иск к местным властям исходит не из иммунитета, а из «применения принципов, определяющих материальное право на иск в

⁷⁹ Постановление ЕСПЧ по делу «Z. и другие против Соединенного Королевства» от 10.05.2001 (жалоба № 29392/95). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

⁸⁰ Данная процедура включала в себя досудебное рассмотрение вопроса о том, существовал ли обоснованный в праве иск, с презюмированием того, что факты, изложенные заявителями, были верными.

национальном праве». Европейский Суд не согласился и с тем, что решение в действительности и на практике установило иммунитет ввиду его предположительно широкой всеохватывающей природы, указав, что данное решение касалось только одного аспекта исполнения местными властями полномочий и обязанностей и не может рассматриваться как произвольный отказ судам в юрисдикции по рассмотрению полного круга гражданских исков. Таким образом, в деле *Z. and Others v United Kingdom* (2001 г.) ЕСПЧ не увидел нарушения п. 1 ст. 6 Конвенции. Между тем понять, чем обусловлено кардинальное отступление от подхода ЕСПЧ в деле *Osman v United Kingdom* (1998 г.), крайне сложно. Особенно с учетом того, что непонятно, где проходит разграничительная линия между иммунитетом, исключающим ответственность, с одной стороны, и «применением принципов, определяющих материальное право на иск в национальном праве», с другой стороны.

Однако и в дальнейшем ЕСПЧ идет по пути, на наш взгляд, довольно искусственного разграничения иммунитета и «принципов, регулирующих материальное право на подачу иска в национальном законодательстве». Так, в Постановлении по делу «Маркович и другие против Италии» (2006)⁸¹ заявители жаловались на нарушение статьи 6 Конвенции, явившееся результатом вынесения Кассационным судом Италии решения о том, что национальные суды Италии не имели юрисдикции по рассмотрению их требования о компенсации вреда, причиненного в результате удара с воздуха, нанесенного силами НАТО. Кассационный суд Италии постановил, что деяния государства при ведении боевых действий не подлежат рассмотрению судами, так как через эти деяния осуществляются «политические» функции. Природа этих функций «исключает любое требование в отношении охраняемых ими интересов». ЕСПЧ при рассмотрении данного дела еще раз подчеркнул, что Европейский Суд не может создать путем толкования пункта 1 статьи 6 Конвенции материальное право, не имеющее правового основания в законодательстве соответствующего государства.

⁸¹ Постановление ЕСПЧ по делу «Маркович (Marković) и другие против Италии» от 14.12.2006 (жалоба № 1398/03). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

В этой связи Европейский Суд отметил, что Конвенция может в принципе не иметь применения к материальным ограничениям права, существующим в национальном законодательстве. В конечном итоге Европейский Суд счел, что решение Кассационного суда Италии в настоящем деле не могло быть приравнено к признанию иммунитета, но всего лишь указывало на пределы полномочий судов по рассмотрению внешнеполитических актов, таких, как военные операции. Европейский Суд пришел к выводу, что невозможность для заявителей подачи иска к государству была результатом не иммунитета, а принципов, регулирующих материальное право на подачу иска в национальном законодательстве, а потому не усмотрел нарушения п.1 ст. 6 Конвенции.

При рассмотрении дела Роч (Roche) против Соединенного Королевства (2005)⁸² содержательно аналогичные рассуждения в конечном итоге приводят Европейский Суд к выводу о неприменимости ст. 6 Конвенции к разрешению вопроса наличия/отсутствия неприкосновенности государства в связи с ответственностью за нанесение ущерба, заявленного бывшими добровольцами проводившихся в 1960-х годах медицинских исследований по факту появления у испытуемых побочных эффектов. В данном деле ЕСПЧ еще раз подчеркивает, что любое ограничение в национальном законодательстве должно оцениваться на предмет того, является ли данное ограничение процессуальным или материальным: «каким бы тонким данное различие ни было в конкретном случае, оно остается определяющим в вопросе применимости и, в соответствующем случае, в вопросе объема гарантии пункта 1 статьи 6 Конвенции».⁸³ Как указал ЕСПЧ, при определении фактической характеристики (процессуальной и материальной) применимого ограничения необходимо проведение подробного анализа внутригосударственного права, а также правоприменительной практики высших судов. При этом используемые термины (например, употребление понятия «иммунитет») не имеют решающего значения, ибо, к примеру, право

⁸² Постановление ЕСПЧ по делу «Роч (Roche) против Соединенного Королевства» от 19.10.2005 (жалоба № 32555/96). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс».

⁸³ Там же, § 119.

Великобритании различает иммунитет от привлечения к ответственности (материальная норма) и иммунитет от привлечения к суду (процессуальная норма).⁸⁴ Учитывая, что Европейский Суд не может создать путем толкования п. 1 ст. 6 Конвенции материальное право, которое не имеет правового основания в соответствующем государстве, вследствие чего его гарантии распространяются только на права, которые можно считать, по крайней мере, на спорных основаниях, признанными внутригосударственным правом, следует отметить, что в случае, если ограничение, предусмотренное национальным законодательством, является материально-правовым по своей правовой природе, п. 1 ст. 6 Конвенции либо неприменим⁸⁵ вовсе, либо право на доступ к правосудию, гарантированное п.1 ст. 6 Конвенции, не нарушено.⁸⁶

Таким образом, в подавляющем большинстве случаев иммунитеты, которыми согласно национальному законодательству защищена от предъявления к ним иска и от привлечения к ответственности определенная группа лиц, расцениваются именно как ограничения, имеющие материально-правовую, а не процессуальную природу, а потому наличие подобных иммунитетов, представляющих собой в известном смысле изъятие из права на доступ к правосудию, не нарушает требования ст. 6 Конвенции.⁸⁷

Парадоксально, но если вначале (Осман против Соединенного Королевства, *Z and others v United Kingdom*) ЕСПЧ пытался провести четкую границу между иммунитетом и отсутствием материального права на иск в национальном законодательстве, то в конечном итоге пришел к полной тождественности данных понятий. При этом в схожих, на наш взгляд, ситуациях предоставления правом национального государства функционального иммунитета, ЕСПЧ сделал как вывод о том, что иммунитет является несоразмерным ограничением права на доступ к

⁸⁴Там же, § 112.

⁸⁵ К такому выводу ЕСПЧ, в частности, пришел в деле Роч (Roche) против Соединенного Королевства.

⁸⁶ Постановление ЕСПЧ по делу Z. и другие против Соединенного Королевства, Постановление ЕСПЧ по делу Маркович и другие против Италии.

⁸⁷ Особняком стоит Постановление ЕСПЧ по делу *Osman v United Kingdom* (1998), в котором ЕСПЧ признал, что иммунитет полиции от иска о халатности, допущенной при проведении расследования, является несоразмерным ограничением права на доступ к суду, вследствие чего нарушает п.1ст. 6 Конвенции.

правосудию, так и о том, что иммунитет не нарушает п. 1 ст. 6 Конвенции, и более того, что ст. 6 Конвенции вообще неприменима к рассматриваемому вопросу.

Здесь можно попробовать провести довольно любопытную аналогию с римским правом. Как известно, для римского права было характерно параллельное сосуществование двух правовых систем: гражданской и преторской (*jus civile* и *jus honorarium*).⁸⁸ Характеризуя преторскую систему права, И.А. Покровский приводит рассуждения известного немецкого профессора Б. Виндшейда: «Для современного правосознания, говорит он, право есть нечто первоначальное, а иск – нечто последующее; право есть нечто производящее, а иск – нечто производное; правопорядок – есть система прав. Совершенно иначе с римской точки зрения: здесь на первом месте стоит иск, *actio*, право же является чем-то вторым и производным; для римлян не *actio* является последствием права, а напротив, право есть последствие и продукт *actio*».⁸⁹

Если присмотреться, все это очень похоже на корни той же идеи, которая лежит в основе введения таких понятий, как отсутствие материального права на предъявление иска, по терминологии ЕСПЧ, или иммунитет. Вроде бы существует право на предъявление иска из небрежности к органам полиции или муниципальным властям, однако осуществление этого права рассматривается как

⁸⁸Покровский И.А. История римского права. М., 2004. С. 165.

⁸⁹ Покровский И. А. Право и факт в римском праве. Часть 2, Генезис преторского права. Киев, 1902 С. 178. Интересен гипотетический пример И.А. Покровского, который правовед приводит для разъяснения сущности римского правопорядка. «Допустим, - размышляет ученый, - в нашем нынешнем государстве какая-нибудь местность в силу тех или других причин, например, вследствие крайнего раздражения рабочих против фабрикантов, находится в состоянии сильного беспорядка, волнений и т.п. Обычные меры администрации оказываются бессильными восстановить спокойствие, вследствие чего в эту местность назначается от правительства какой-нибудь чрезвычайный комиссар с почти неограниченными полномочиями. Ознакомившись с положением дел, комиссар этот видит, что спокойствие не может быть восстановлено иначе, как путем удовлетворения некоторых претензий рабочих и неудовлетворения некоторых – юридически вполне правильных – претензий фабрикантов. Положим, например, что по контрактам с рабочими фабриканты имеют право взыскивать с них за прогулы и пр. известные штрафы. Взыскание этих штрафов служит одной из причин волнений и беспорядков, и комиссар решает подобные взыскания приостановить. Изменить общую норму закона, в силу которой контракты должны быть исполняемы в точности, комиссар не может, но он может в каждом конкретном случае приостановить юридически вполне правильный иск фабриканта, находя осуществление этого иска в настоящее время противным интересам общественного порядка. ...Само право фабриканта на получение штрафной суммы не исчезает, но в данный момент это право остается *sine effectu*, является «голым правом». Предположим далее, что наш комиссар счел целесообразным о таком своем решении объявить публично: при таких-то условиях иска о взыскании штрафа не дам; в таком случае мы получили бы римский эдикт. ...Стал бы такой способ управления хроническим (возобновляющимся из года в год) – и мы получили бы в конце концов все типические черты римского юридического дуализма...» (Покровский И. А. Право и факт в римском праве. Часть 2, Генезис преторского права. - Киев, 1902 С. 200-201).

противоречащее интересам общественного порядка, а потому является не более чем правом *sine effectu*. Соображения публичной политики, интересы общественного порядка, интересы общества в целом требуют предоставления иммунитета.

ЕСПЧ в этой связи идет еще дальше и вовсе в духе римского права: раз суды не имеют юрисдикции по рассмотрению определенной категории дел, значит, нет и самого защищаемого материального внутригосударственного права. Это прямо возвращает нас к формуле Б. Виндшейда, согласно которой не иск дается потому, что существует право, а право возникает потому, что дается иск. С этих позиций деятельность суда, отказывающегося рассматривать дело ввиду иммунитета, которым защищен ответчик, действительно с известной долей условности можно сравнить с деятельностью римского претора. Однако (и это важно подчеркнуть) иммунитет предоставляется не потому, что отсутствует признаваемое внутригосударственным правом материальное право на предъявление иска, а потому, что указанное материальное право в силу тех или иных соображений публичной политики не подлежит осуществлению.

Ввиду большой противоречивости практики ЕСПЧ по вопросу о том, нарушает ли тот или иной функциональный иммунитет право на доступ к правосудию, гарантированное п.1 ст.6 Конвенции, трудно предугадать, какой вывод сделал бы Европейский Суд применительно к иммунитету эксперта. Тем не менее, уже сложившиеся общие подходы ЕСПЧ к иммунитету можно попробовать распространить на иммунитет, которым в силу национального законодательства может быть защищен эксперт.

Стоит заострить внимание на том, что иммунитет эксперта, без сомнений, представляет собой функциональный иммунитет. Функция эксперта заключается в предоставлении специальных знаний. При этом нельзя сбрасывать со счетов то обстоятельство, что эксперт, будучи носителем специальных знаний, предоставляет заказчику не более чем свое профессиональное мнение по рассматриваемому вопросу, причем мнение это может носить и вероятностный характер. Сама функция эксперта как носителя специальных знаний такова, что

требует предоставления иммунитета от предъявления к нему гражданско-правовых исков, ставящих под сомнение обоснованность и достоверность выраженного экспертом мнения. Это перекликается с теми делами, которые рассматривал ЕСПЧ.

Полиция выполняет функцию по борьбе с преступностью, потенциальная возможность предъявления к полиции исков из небрежности способна привести к невозможности выполнения той функции, для которой полиция существует. Деяния государства при ведении боевых действий не подлежат рассмотрению судами, так как через эти деяния осуществляются политические функции государства, которые реализуются дискреционно. Судейский иммунитет существует потому, что без него судья не мог бы выполнить свою функцию — осуществлять правосудие. Функция местных органов власти, имеющих обязанности по защите детей, также крайне деликатна: «Закон требует от местных властей принимать во внимание не только физическое благосостояние ребенка, но и преимущества, получаемые при сохранении атмосферы семьи ребенка... В деле о злоупотреблениях в отношении одного ребенка местные власти обвиняют в опрометчивом изъятии ребенка из семьи, в другом — в том, что ребенка не забрали у его матери».⁹⁰

Как видим, вопрос о необходимости защитить иммунитетом от гражданско-правовой ответственности возникает, как правило, в отношении лиц, которые в силу возложенной на них обществом или государством функции наделяются дискреционными полномочиями (простирающимися, разумеется, до определенных границ) для исполнения своего функционального предназначения. Иммунитет в этом смысле преследует цель поддержания эффективности деятельности той или иной службы или должностного лица, выполняющего общественно важную функцию. Функция эксперта как носителя специальных знаний также требует определенной дискреции, ибо эксперт предоставляет свое профессиональное мнение, которое может носить, в том числе и вероятностный характер. Там, где появляется такая категория, как «профессиональное мнение», уже есть своего рода

⁹⁰ Постановление ЕСПЧ от 10.05.2001 "Дело "Z. и другие против Соединенного Королевства", § 46.

дискреция. А там, где есть дискреционные полномочия, возникает постановка вопроса о том, требует ли реализация той или иной общественно значимой функции предоставления субъекту, осуществляющему эту функцию, иммунитета от ответственности. И здесь снова начинают обсуждаться все те же аргументы «за» и «против», обосновывающие, требуют ли соображения публичной политики предоставления иммунитета.

Первая глава настоящего исследования, посвященная поиску политико-правовых оснований, которые могут лежать в основе закрепления иммунитета эксперта от имущественной ответственности, позволяет сформулировать следующие выводы, которые будут являться отправной точкой дальнейшего исследования проблематики имущественной ответственности судебного эксперта:

1. Иммунитет судебного эксперта от имущественной ответственности представляет собой правовой режим, заключающийся в запрете привлечения судебного эксперта к имущественной ответственности за ненадлежащее исполнение функций, связанных с проведением экспертного исследования. Как показал анализ доктрины иммунитета эксперта в странах общего права, политико-правовыми основаниями закрепления иммунитета потенциально могут являться:

а) интересы правосудия, выражающиеся в том, что отсутствие иммунитета от привлечения к имущественной ответственности приводило бы к «отвращающему эффекту», который оказывал бы на участников процесса, в частности экспертов, риск исков из поведения в процессе: осуществление правосудия было бы невозможным без наличия презумпции того, что эксперт выполняет возложенные на него законом функции надлежащим образом, не опасаясь быть подвергнутым каким-либо претензиям со стороны недовольных участников процесса.

б) публичная политика, выражающаяся в том, что отсутствие иммунитета приведет к возможности предъявления множества побочных исков, при рассмотрении которых доказательственная ценность заключения эксперта проверялась бы раз за разом, а дело пересматривалось бы неоднократно по тем же обстоятельствам, минуя суд апелляционной инстанции;

в) проблема «разделенной лояльности», которая заключается в противопоставлении двух видов обязанностей эксперта: обязанностей перед судом и обязанностей перед клиентом. Иммунитет эксперта основывается на положении о том, что эксперт имеет «высший долг» перед судом, а в случае, если иммунитета от ответственности перед клиентом не будет, есть опасность, что эксперт не будет исполнять его.

2. Основным аргументом против предоставления судебному эксперту иммунитета от привлечения к гражданско-правовой ответственности является идея о том, что иммунитет находится в объективном конфликте с положением о том, что за каждым нарушением права должно следовать восстановление в правах.

3. В 2011 г. решением Палаты лордов по делу *Jones v Kaney* иммунитет эксперта от гражданско-правовой ответственности за проявленную небрежность был отменен. Палата лордов пришла к выводу, что аргументы, в течение более четырехсот лет поддерживавшие существование иммунитета эксперта, более не оправдывают общественную политику, исключаящую гражданско-правовую ответственность эксперта перед своим клиентом за проявленную небрежность. Это решение во многом было обусловлено общим вектором английского права на усиление ответственности за небрежность.

Примечательно, однако, что отмена иммунитета эксперта в Великобритании и США не затронула иммунитет, который продолжает защищать независимого эксперта.

4. В отечественной доктрине проблематика иммунитета судебного эксперта от ответственности никогда не обсуждалась, на законодательном уровне иммунитет не закреплен, однако правоприменительная практика, не позволяющая суду принять резолюцию об уменьшении размера/отказе в выплате вознаграждения судебному эксперту в случае составления им некачественного экспертного заключения, свидетельствует о том, что де-факто судебные эксперты пользуются иммунитетом от привлечения к имущественной ответственности.

5. В качестве политико-правового обоснования действия иммунитета судебного эксперта от привлечения к имущественной ответственности в

российском праве потенциально может выступить, во-первых, идея о том, что осуществление правосудия было бы невозможным без наличия презумпции того, что судебный эксперт выполняет возложенные на него законом функции, предполагающие дискрецию при выражении своего профессионального мнения, надлежащим образом, не опасаясь быть подвергнутым каким-либо претензиям со стороны недовольных участников процесса; во-вторых, крайне нежелательный для интересов отправления правосудия риск внеинстанционного пересмотра дела.

6. В российском праве нет ни легальных, ни политико-правовых оснований для наделения внесудебных экспертов иммунитетом от предъявления иска со стороны лица, выступившего заказчиком экспертного исследования. Специфика выполняемой носителями специальных знаний функции может обосновывать закрепление иммунитета судебного эксперта, но не способна выступить причиной предоставления иммунитета внесудебному эксперту.

Не предпреляя здесь окончательного вывода о том, должен ли в российском праве действовать иммунитет судебного эксперта от привлечения к имущественной ответственности, заострим внимание на одном немаловажном обстоятельстве. Как уже было подчеркнуто, иммунитет эксперта в Великобритании был отменен потому, что со временем стало приходить осознание того обстоятельства, что приоритет должен быть отдан не необходимости защитить функцию, выполняемую экспертом перед судом, а констатации, что эксперт, также как и представитель (барристер), принимает на себя обязанности по представлению интересов клиента по договору с клиентом за вознаграждение, вследствие чего должен нести ответственность за проявленную небрежность как любой другой исполнитель по договору оказания услуг (выполнения работ).

И с этой точки зрения применительно к российской правовой системе на идею об иммунитете судебного эксперта от привлечения к имущественной ответственности можно посмотреть двояко.

Во-первых, не может не возникнуть вопрос о том, способны ли в принципе какие-либо политико-правовые основания поставить под сомнение действие

основополагающего правила о том, что любое причинение вреда, в том числе вреда, причиненного судебным экспертом, является противоправным, а причиненный вред подлежит возмещению в полном объеме (принцип генерального деликта)? Иными словами это тот же вопрос, который стоял и в Великобритании при обсуждении необходимости отмены иммунитета эксперта, – чему в современных условиях должен быть отдан приоритет: идее о том, что интересы правосудия требуют, чтобы судебный эксперт представлял суду свое профессиональное мнение, не боясь быть подвергнутым претензиям со стороны недовольных участников процесса, а также, чтобы был исключен риск внеинстанционного пересмотра дела, или же основополагающему правилу о том, что любой причиненный вред подлежит возмещению? Приблизиться к ответу на данный вопрос можно лишь определив сущность тех объектов, которым судебный эксперт потенциально может причинить вред, чему посвящена третья глава диссертации. Поэтому к ответам на фундаментальные для настоящего исследования вопросы о том, подлежит ли возмещению вреда, причиненный судебным экспертом, в чем специфика такого вреда, является ли возмещение вреда, причиненного действиями судебного эксперта исключением из действия принципа генерального деликта, мы вернемся позднее.

Во-вторых, в российской правовой системе, в отличие от Великобритании, действует исключительно независимый эксперт, связанный процессуальными правоотношениями с судом, но не сторонами рассматриваемого дела. Отмена иммунитета в Великобритании не затронула иммунитет независимого эксперта. С этих позиций, на первый взгляд и в российском праве, где действует исключительно независимый эксперт, должен действовать иммунитет судебного эксперта. Да, нет никаких оснований для наделения внесудебного эксперта иммунитетом от привлечения к гражданско-правовой ответственности, но интересы правосудия требуют предоставления иммунитета судебному эксперту. С другой стороны, если в Великобритании иммунитет эксперта был произведен от общепризнанного иммунитета свидетелей, разновидностью которого в странах общего права традиционно признается эксперт (*expert witness*), то в российском

праве такие аналогии неуместны, а потому, если иммунитет и должен защищать судебного эксперта, то он должен основываться на иных принципах. Это показывает, что мы не сможем прийти к обоснованному выводу о том, должен ли в российском правовом порядке действовать иммунитет судебного эксперта, а если должен, то каковы его основания и пределы, не обратившись к анализу существа правоотношений, связывающих суд, эксперта и лиц, участвующих в деле, по российскому праву. Без учета специфики указанных правоотношений, без определения их правовой природы невозможно ответить на вопрос о том, должен ли судебный эксперт нести гражданско-правовую ответственность за составление некачественного экспертного заключения, как с позиций возможности суда отказать эксперту в выплате причитающегося вознаграждения, так и с позиций тех требований, который могут предъявить стороны дела, пострадавшие от ненадлежащего исполнения экспертом возложенных на него обязанностей. Начать же разговор о природе правоотношений, связывающих суд и эксперта, следует с определения того, имеет ли эксперт по российскому праву самостоятельное имущественное притязание к суду об оплате проведенного им экспертного исследования, чему и посвящена следующая глава диссертации.

Таким образом, наше исследование было бы отнюдь неполным, если бы при поиске ответа на вопрос о том, должен ли судебный эксперт в рамках российской правовой системы пользоваться иммунитетом от привлечения к имущественной ответственности, мы ограничились бы исключительно исследованием вопросов применимости к российскому праву различных политико-правовых аргументов, способных оправдать существование иммунитета. Без исследования существа имущественного притязания эксперта к суду об оплате, а также природы правоотношений, связывающих суд, эксперта и лиц, участвующих в деле, чему посвящена следующая глава исследования, а также без обращения к сущности тех принадлежащих сторонам дела благ, которым эксперт потенциально может причинить вред, чему посвящена третья глава диссертации, ответ на вопрос о том, обосновано ли существование в российском праве иммунитета судебного эксперта

от привлечения к гражданско-правовой ответственности, был бы не только преждевременным, но и невозможным.

Глава 2. Правоотношение между судом и экспертом в системе гражданских процессуальных правоотношений

§ 1. К вопросу о феномене имущественных процессуальных правоотношений, связывающих суд и судебного эксперта

Имеет ли судебный эксперт по российскому праву самостоятельное имущественное притязание к суду об оплате оказанных им услуг по проведению экспертного исследования? Или правоотношения, связывающие суд и эксперта, лишены какой-либо имущественной составляющей, а потому такого притязания у судебного эксперта нет и быть не может? Поиску ответов на данные вопросы посвящена настоящая глава.⁹¹

В доктрине гражданского процессуального права не раз обращалось внимание на значительное своеобразие правоотношений, складывающихся в рамках правовой связи «суд-эксперт», в сравнении с остальными гражданскими процессуальными правоотношениями, обусловленное служебно-вспомогательной ролью, которую играет в гражданском судопроизводстве эксперт как лицо, содействующее осуществлению правосудия. Недаром, к примеру, Н.Б. Зейдер подчеркивал, что «эксперты являются лишь субъектами вспомогательных правоотношений с судом, которые необходимы для существования гражданского процессуального отношения».⁹²

Будучи субъектами вспомогательных, организационных правоотношений, эксперты, как указывал В.Н. Щеглов, «участвуют в процессе для выполнения обязанности, возложенной на них законом и ставшей конкретной в связи с их вступлением в дело. Этой юридической обязанности соответствует субъективное право суда. Так, эксперт, назначенный судом, обязан явиться по вызову и дать объективное заключение по поставленным ему вопросам».⁹³

⁹¹ Затонова Д.Ю. К вопросу о феномене имущественных процессуальных правоотношений, связывающих суд и судебного эксперта // Арбитражный и гражданский процесс. 2020. № 3. С. 10 - 15.

⁹² Зейдер Н.Б. Гражданские процессуальные правоотношения. Саратов, 1965. С.34.

⁹³ Щеглов В.Н. Гражданское процессуальное правоотношение. М.,1966. С.58.

Самостоятельный блок гражданских процессуальных правоотношений строится у М.А. Рожковой «на праве государственного суда требовать содействия определенных лиц при рассмотрении им юридического дела (свидетели, эксперты, переводчики и проч.) и корреспондирующей этому праву обязанности упомянутых лиц осуществлять соответствующую деятельность».⁹⁴ Автор подчеркивает, что лица, **привлекаемые для содействия правосудию**, являются **обязанными лицами** (выделено мною – Д.З.), которые в соответствии с требованиями процессуального законодательства должны добросовестно и своевременно исполнять возложенные на них функции: давать показания, представлять экспертные заключения, осуществлять перевод и т.д.

Однако нельзя не отметить, что лица, содействующие осуществлению правосудия, являются обязанными лицами во всяком случае не ранее того, как их привлекли в установленном порядке для содействия правосудию. В этом смысле представляется оправданным задаться вопросом: в какой момент правоотношение между экспертом и судом считается возникшим?

В литературе возобладала точка зрения, согласно которой правоотношение между судом и экспертом возникает с момента вынесения судом определения о назначении экспертизы.⁹⁵ Поэтому на вопрос о том, какой юридический факт лежит в основании возникновения процессуальных правоотношений между судом и экспертом, подавляющее большинство исследователей ответит, что в качестве такового следует рассматривать процессуальное действие суда – определение о назначении экспертизы. На первый взгляд, это утверждение представляется абсолютно верным, а решение вопроса – не допускающим иной трактовки. Вместе с тем при решении вопроса об основании возникновения процессуального правоотношения между судом и экспертом представляется неверным игнорировать

⁹⁴ Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения. М., 2009. С. 105. [Электронный ресурс] URL: http://rozhkova.com/books_text/UFISOGLASH.pdf (дата обращения: 25.03.2021). С.71.

⁹⁵ Курс советского гражданского процессуального права: Теоретические основы правосудия по гражданским делам. В 2-х томах. Т. 1 / Абова Т.Е., Гуреев П.П., Добровольский А.А., Мельников А.А., и др.; М., 1981. С. 335.

положения ГПК РФ, АПК РФ, КАС РФ, посвященные вопросам уплаты эксперту вознаграждения за выполненную по поручению суда работу.

Так, в соответствии с ч. 3 ст. 95 ГПК РФ, ч. 2 ст. 107 АПК РФ, ч.3 ст. 108 КАС РФ эксперты получают вознаграждение за работу, выполненную ими по поручению суда, если эта работа не входит в круг их служебных обязанностей как работников государственных судебно-экспертных учреждений. При этом и ч. 3 ст. 95 ГПК РФ, и абзац 2 ч. 2. ст. 107 АПК РФ, и ч. 3 ст. 108 КАС РФ устанавливают, что размер вознаграждения эксперту «определяется судом по согласованию с лицами, участвующими в деле, и **по соглашению с экспертом**» (выделено мною – Д.З.).

С учетом того, что законодатель прямо использует слова «по соглашению», логично предположить, что речь идет о договоре между экспертом и судом, в котором определяется размер вознаграждения эксперта. Так, М.К. Треушников, комментируя положение ч. 3 ст. 95 ГПК РФ, также приходит к выводу о том, что «размер вознаграждения определяется на договорных началах с экспертом».⁹⁶ Н.Г. Елисеев рассматривает «соглашение о размере вознаграждения эксперта» (ч.3. ст. 95 ГПК РФ, предл. 2 ч. 2 ст. 107 АПК РФ) в качестве примера «договорного регулирования отношений, связанных с осуществлением правосудия».⁹⁷

Однако в литературе встречается и иная позиция. М.А. Рожкова, к примеру, приходит к выводу о том, что «соглашение» по ст. 107 АПК РФ следует рассматривать в качестве «согласия эксперта в отношении определенного судом размера вознаграждения, которое представляет собой непереносимое условие для возложения публичной обязанности по уплате этого вознаграждения на лицо, заявившее соответствующее ходатайство».⁹⁸

С этим следует согласиться: можно ли понудить эксперта проводить экспертизу в случае, когда установленный судом размер вознаграждения эксперта не устраивает последнего? К примеру, эксперт оценивает свои услуги по

⁹⁶ Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С.202.

⁹⁷ Елисеев Н.Г. Процессуальный договор. М., 2015. С.18.

⁹⁸ Рожкова М.А. Материальные и процессуальные соглашения, поименованные в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации// Хозяйство и право. 2004. № 1. С.81.

проведению судебной экспертизы в 150 тыс. руб., а суд готов предложить эксперту лишь 100 тыс. руб. Может ли суд обязать эксперта выполнить исследование, указав, что эксперт получит вознаграждение в размере 100 тыс. руб.? На данный вопрос должен быть дан отрицательный ответ, ибо эксперт появляется в деле не в силу одной лишь публично-правовой обязанности перед судом (как, например, свидетель), а еще и потому, что получает за проведенное исследование вознаграждение, размер которого должен быть согласован с ним, а не установлен односторонне обязывающей волей суда.

Лишним подтверждением данного обстоятельства является тот факт, что, хотя согласно ст. 87 ГПК РСФСР 1964 г. эксперты получали вознаграждение за работу, выполненную ими по поручению суда, если эта работа не входила в круг их служебных обязанностей, однако ГПК РСФСР не содержал фразы, аналогичной положениям ныне действующих процессуальных кодексов о том, что размер такого вознаграждения определяется судом по согласованию с лицами, участвующими в деле, и по соглашению с экспертом⁹⁹. Более того, в соответствии с п.7 Инструкции о порядке и размерах возмещения расходов и выплаты вознаграждения свидетелям, потерпевшим, экспертам, переводчикам и понятым в связи с вызовом к лицу, производящему дознание, следователю, прокурору или в суд, утвержденной Постановлением Совета Министров РСФСР от 19.04.1965 № 485, размер вознаграждения эксперта был фиксированным и составлял по общему правилу от 40 до 60 копеек за 1 час работы.

Лишь в Постановлении Совета Министров РСФСР от 14 июля 1990 г. № 245 «Об утверждении инструкции о порядке и размерах возмещения расходов и

⁹⁹ В советское время хотя и не было оснований говорить о существовании единообразного подхода к решению вопросов о стоимости различных видов экспертиз и порядке взыскания расходов, понесенных в связи с производством экспертиз, как правило, специализированные экспертные учреждения проводили экспертизы для судов, прокуратуры и органов милиции бесплатно. Так, например, в соответствии с «Положением о научно-исследовательской лаборатории Министерства юстиции Союзной республики», утвержденным 09.06.1951 Министерством юстиции СССР и «Инструкцией о производстве государственной криминалистической экспертизы в НИКЛ МЮ РСФСР», утвержденной 26.04.1958 Министерством юстиции РСФСР, экспертизы для судов, органов расследования и милиции производятся лабораториями бесплатно. Вместе с тем с осужденных по уголовным делам и со сторон по гражданским делам плата за производство экспертиз подлежит взысканию (как судебные издержки). Стоимость экспертиз исчисляется на основании справок лабораторий, составляемых в соответствии с расценками, утвержденными Министерством юстиции РСФСР.

выплаты вознаграждения лицам в связи с их вызовом в органы дознания, предварительного следствия, прокуратуру или в суд (кроме Конституционного Суда Российской Федерации и арбитражного суда)», пришедшем на смену Постановлению Совета министров РСФСР от 19.04.1965 № 485, было установлено, что выплата вознаграждения нештатным экспертам производится согласно заключенному договору. Подобное изменение законодательного регулирования лишний раз подчеркивает, что современные реалии в области регулирования правоотношений с участием судебного эксперта существенным образом отличаются от советских, что нельзя не принимать во внимание.

Согласно ч. 3 ст. 95 ГПК РФ, ч. 2 ст. 107 АПК РФ, ч.3 ст. 108 КАС РФ эксперты получают вознаграждение за работу, выполненную ими по поручению суда, если эта работа не входит в круг их служебных обязанностей как работников государственных судебно-экспертных учреждений. Но даже в случае, если конкретный эксперт не получает вознаграждение в связи с тем, что данная работа входит в круг его служебных обязанностей как работника государственного судебно-экспертного учреждения, это не означает, что обозначенное вознаграждение не будет перечислено государственному судебно-экспертному учреждению. Так, в соответствии со ст. 37 ФЗ от 31.05.2001 № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»¹⁰⁰ (далее – Закон об экспертной деятельности) государственные судебно-экспертные учреждения вправе проводить на договорной основе экспертные исследования для граждан и юридических лиц, взимать плату за производство судебных экспертиз по гражданским и арбитражным делам, делам об административных правонарушениях.

Комментируя ст. 37 Закона об экспертной деятельности, Пленум ВАС пришел к выводу, что государственное судебно-экспертное учреждение вправе взимать плату за проводимую в рамках арбитражного дела экспертизу в случае, когда экспертиза назначена судом по ходатайству или с согласия лиц, участвующих

¹⁰⁰ Федеральный закон от 31.05.2001 № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»/СЗ РФ. 2001.№ 23. Ст. 2291.

в деле. При назначении экспертизы по инициативе суда указанная плата не взимается. При проведении назначенной по инициативе суда экспертизы в негосударственной экспертной организации либо лицом, обладающим специальными знаниями, но не являющимся работником экспертного учреждения (организации), выплата вознаграждения производится за счет средств федерального бюджета.¹⁰¹ Таким образом, есть только один случай, при котором ни эксперт, ни экспертное учреждение не получают вознаграждение за выполненную по поручению суда работу: когда экспертиза была назначена по инициативе суда, а ее проведение было поручено государственному судебному-экспертному учреждению, и при этом данная работа входила в круг служебных обязанностей эксперта как работника государственного судебного-экспертного учреждения. Во всех остальных случаях (а их подавляющее большинство) эксперт (экспертное учреждение) получает вознаграждение за работу, выполненную им по поручению суда.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что по действующему законодательству (в отличие от ситуации в советское время) экспертная деятельность является разновидностью деятельности, приносящей доход. Если с тезисом о том, что экспертная деятельность является разновидностью предпринимательской деятельности можно спорить,¹⁰² то трудно в современных реалиях не согласиться с тезисом о том, что экспертная деятельность является деятельностью доходной.

Коль скоро экспертная деятельность представляет собой разновидность доходной деятельности, становится понятно, что безвозмездно или за вознаграждение, размер которого его не устраивает, эксперт работать не будет. Этот тезис прекрасно иллюстрирует ситуация, зачастую складывающаяся на практике, при которой стороны уклоняются от внесения денежных средств на

¹⁰¹ П. 21 Постановления Пленума ВАС РФ № 23 от 04.04.2014 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»//Вестник ВАС РФ. 2014. № 6.

¹⁰² Хотя в настоящее время (по крайней мере до момента принятия Государственной Думой законопроекта «О судебной экспертной деятельности в Российской Федерации» в том виде, в котором он существует на данный момент), судебная экспертиза может проводиться негосударственными экспертными организациями, в качестве которых могут выступать коммерческие организации.

оплату труда эксперта, хотя заключение эксперта необходимо для правильного разрешения дела. В этом случае в материалах дела имеется определение суда о назначении экспертизы, однако экспертиза не проводится в связи с отсутствием средств на оплату труда эксперта. Если бы основанием возникновения процессуальных правоотношений между судом и экспертом являлось только определение о назначении экспертизы, то недостаточность средств на депозитном счете суда для оплаты труда эксперта не приводила бы к фактическому «замиранию» процесса из-за невозможности проведения экспертизы.

Согласно ч. 2 ст. 108 АПК РФ в случае, если в установленный арбитражным судом срок на депозитный счет арбитражного суда не были внесены денежные суммы, подлежащие выплате экспертам, арбитражный суд вправе отклонить ходатайство о назначении экспертизы, если дело может быть рассмотрено и решение принято на основании других представленных сторонами доказательств.

Следует отметить, что после внесения изменений в ч. 2 ст. 85 ГПК РФ Федеральным законом от 28.06.2009 № 124-ФЗ данный вопрос решается неодинаково в ГПК РФ и АПК РФ. Так, согласно абз. 2 ч. 2 ст. 85 ГПК РФ эксперт (экспертное учреждение) не вправе отказаться от проведения экспертизы по мотиву отсутствия предоплаты. В случае отказа стороны от предварительной оплаты экспертизы эксперт или судебно-экспертное учреждение обязаны провести назначенную судом экспертизу и вместе с заявлением о возмещении понесенных расходов направить заключение эксперта в суд с документами, подтверждающими расходы на проведение экспертизы, для решения судом вопроса о возмещении этих расходов соответствующей стороной с учетом положений ч. 1 ст. 96 и ст. 98 ГПК РФ.

Не добавляет ясности и ч. 6 ст. 110 АПК РФ, в соответствии с которой неоплаченные или не полностью оплаченные расходы на проведение экспертизы подлежат взысканию в пользу эксперта или государственного судебно-экспертного учреждения с лиц, участвующих в деле, пропорционально размеру удовлетворенных исковых требований. Это означает, что денежные средства будут

взыскиваться все равно через депозит суда или возможно взыскание напрямую с лиц, участвующих в деле?

Постановление Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» (далее – Постановление Пленума № 23) дает основания для того, чтобы согласиться с последним вариантом толкования. Пункт 27 указанного Постановления устанавливает, что в случае «если вопрос об оплате понесенных экспертом в связи с производством экспертизы расходов не разрешен судом, в том числе на основании ч. 6 ст. 110 АПК РФ, эксперт (экспертное учреждение, организация) вправе обратиться с заявлением об оплате расходов на проведение экспертизы. Суд рассматривает такое заявление по правилам, предусмотренным ст. 112 АПК».

Таким образом, ч. 6 ст. 110 АПК РФ перекладывает обязанность по уплате вознаграждения эксперту с суда на лиц, участвующих в деле, тем самым допуская наличие самостоятельных правоотношений (по крайней мере, в исполнительном производстве) между экспертом и лицами, участвующими в деле. Отметим, что это противоречит догме гражданского процессуального права, в соответствии с которой никаких правоотношений, не опосредованных участием суда, между лицами, участвующими в деле, и экспертом быть не может. Ч. 6 ст. 110 АПК РФ дает нам пример обратного: суд как бы «сбрасывает» с себя обязанность по выплате эксперту вознаграждения, перекладывая весь риск того, что эксперт может не получить обусловленное вознаграждение (в силу, например, неплатежеспособности проигравшей стороны дела) на самого эксперта. Именно поэтому формулировки ч. 6 ст. 110 АПК РФ представляются недопустимыми. Риска того, что эксперт не получит обусловленного вознаграждения, существовать не должно, так как обязанность по выплате эксперту вознаграждения лежит на суде. В этом смысле риск неплатежеспособности проигравшей стороны должен лежать на государстве, но никак не на эксперте.

В этой связи обратим внимание на то, как вопрос последствий непоступления денежных средств на депозитный счет суда для оплаты услуг эксперта решался в ныне утратившем силу Постановлении Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 № 66 «О

некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»¹⁰³ (далее – Постановление Пленума № 66), п. 15 которого гласил: «Если дело не может быть рассмотрено и решение принято на основании других представленных сторонами доказательств (ч. 2 ст. 108 АПК РФ), выплата денежных средств эксперту (экспертному учреждению, организации) производится за счет федерального бюджета применительно к ч. 3 ст. 109 АПК РФ. Решение о взыскании в доход федерального бюджета подлежащих выплате эксперту сумм с лица, не исполнившего указанную обязанность по депонированию, может быть принято в судебном заседании, в котором оглашено заключение эксперта, путем направления в соответствии с ч. 3 ст. 319 АПК РФ исполнительного листа в налоговый орган по месту нахождения такого лица». Перед нами пример намного более адекватного регулирования, при котором риск неплатежеспособности проигравшей стороны лежит на государстве, а не на эксперте. Ныне действующее Постановление Пленума № 23 заменило это, надо признать, весьма разумное положение следующим указанием: «Если дело не может быть рассмотрено и решение принято на основании других представленных сторонами доказательств (ч. 2 статьи 108 АПК РФ), суд вправе назначить экспертизу при согласии эксперта (экспертного учреждения, организации), учитывая, что оплата экспертизы в таком случае будет производиться в порядке, предусмотренном ч. 6 ст. 110 Кодекса». Выходит, что согласие эксперта служит основанием переложения риска неплатежеспособности проигравшей стороны на эксперта.

Справедливости ради отметим, что по общему правилу эксперт не может знать, перечислила ли сторона в депозит суда средства для оплаты экспертного исследования, ибо повода и права задавать такие вопросы суду у эксперта нет, а вознаграждение ему перечисляется уже после выполнения им экспертного исследования, и в этом отношении действующая редакция ч. 2 ст. 85 ГПК РФ,

¹⁰³ Постановление Пленума ВАС РФ от 20.12.2006 № 66 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»// Вестник ВАС РФ. 2007. № 2. (Документ утратил силу в связи с изданием Постановления Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 23).

которая лишает эксперта (экспертное учреждение) права отказаться от проведения экспертизы по мотиву отсутствия средств на депозитном счете суда, «висит в воздухе». Более адекватным и соответствующим сути состязательного построения процесса является регулирование данного вопроса в ч. 2 ст. 108 АПК РФ. Что касается ч. 6 ст. 110 АПК РФ, а также абз. 2 п. 22 Постановления Пленума № 23, то само допущение риска неполучения экспертом причитающегося вознаграждения, в том числе по причине неплатежеспособности лица, заявившего ходатайство о производстве экспертизы, и превращение эксперта во взыскателя этих средств по исполнительному листу, хотя бы и с его согласия, вызывает сомнения. Правильным являлось решение вопроса в п. 15 утратившего силу Постановления Пленума № 66.

Завершим на этом краткий анализ правового регулирования порядка выплаты эксперту вознаграждения и последствий невнесения сторонами необходимых для этого средств в депозит суда и вернемся к вопросу о природе соглашения между судом и экспертом о размере вознаграждения эксперта. Проблематика процессуальных соглашений в последние годы стала предметом интенсивных исследований¹⁰⁴. Их допустимость обсуждалась и в литературе советского периода.¹⁰⁵

Не раскрывая эту дискуссию детально, согласимся с В.В. Ярковым, полагающим, что «процессуальные действия лиц, участвующих в деле, могут отражать в себе различную степень их согласованности. Чаще всего они являются результатом реализации субъектами процессуальных отношений своих прав и исполнения обязанностей, выражая волю одной стороны. В ряде случаев процессуальные действия лиц, участвующих в деле, представляют собой более высокую степень согласованности. А именно выражают волю не одной стороны, а обеих одновременно».¹⁰⁶

¹⁰⁴ Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения. М., 2009. С. 105. [Электронный ресурс] URL: http://rozhkova.com/books_text/UFISOGLASH.pdf (дата обращения: 25.03.2021).

¹⁰⁵ Щеглов В.Н. Гражданское процессуальное правоотношение. М., 1966. С. 72-73.

¹⁰⁶ Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М., 2012. С. 50-51.

Отметим, что обсуждаемые в литературе процессуальные соглашения (пророгационные, соглашения по фактическим обстоятельствам дела, соглашения по вопросам о судебных расходах и пр.) являются соглашениями между лицами, участвующими в деле. Исследуемый же нами аспект проблемы иной: может ли иметь место двустороннее встречное волеизъявление, образующее сделку, между судом, с одной стороны, и иным субъектом процесса, с другой стороны. На первый взгляд, отрицательный ответ на данный вопрос представляется довольно очевидным, особенно с учетом того, что неотъемлемый признак гражданских процессуальных правоотношений состоит в том, что процесс – суть властеотношение, как отмечал Е.А. Нефедьев.¹⁰⁷ Гражданские процессуальные правоотношения носят публично-правовой характер, в отличие от гражданских материальных правоотношений, относящихся к сфере частного права и регулирующих отношения между равноправными субъектами гражданского оборота.

По всей видимости, подобного рода соображения приводят М.А. Рожкову к мысли о том, что «действующее процессуальное законодательство не предусматривает возможности совершения сторонами процессуального правоотношения – государственным судом и участвующими в деле лицами – действий, выражающих взаимно направленную волю и образующих единый волевой акт (сделку)»¹⁰⁸. Своего рода следствие из этого тезиса можно найти у В.Н. Щеглова, который полагал: «...Отсутствие соглашений в составе фактов, влекущих возникновение гражданско-процессуальных правоотношений, обуславливает то, что содержание субъективных прав и обязанностей суда и всех других участников гражданского процесса определяется только законом»¹⁰⁹. С позиций советского законодательства тезис В.Н. Щеглова об отсутствии соглашений в ряду юридических фактов процессуального права абсолютно верен и вряд ли может

¹⁰⁷ Нефедьев Е.А. К учению о сущности гражданского процесса. Казань, 1891. С.175-176. Следует, однако, отметить, что Е.А. Нефедьев вкладывал в понятие «властеотношение» несколько иное содержание в сравнении с тем, как мы понимаем этот термин сейчас. Противопоставляя властеотношение правоотношению, Е.А. Нефедьев считал, что в процессе мы имеем дело не с правоотношением, а с деятельностью, в которой применяется власть, т.е. с властеотношением.

¹⁰⁸ Рожкова М.А. Указ. соч. С. 105.

¹⁰⁹ Щеглов В.Н. Гражданское процессуальное правоотношение. М.,1966. С. 73.

быть подвергнут сомнению. В частности, в советское время, как мы выяснили, не было никаких оснований говорить о соглашении между экспертом и судом о размере вознаграждения, поскольку размер вознаграждения был фиксированным. Однако изменение законодательства, отражающее современные реалии, требует переосмысления роли соглашения о размере вознаграждения эксперта в ряду юридических фактов процессуального права.

Комментируемые положения процессуального законодательства приводят к выводу, что основанием возникновения правоотношений между судом и экспертом является не только определение суда о назначении экспертизы, но и соглашение между судом и экспертом, определяющее содержание прав и обязанностей эксперта и суда в их «имущественной составляющей». Конечно, обязанность эксперта представить суду экспертное заключение возникает с момента вынесения определения о назначении экспертизы, но в основании возникновения этой обязанности лежат два юридических факта: 1) соглашение между экспертом и судом о размере вознаграждения эксперта; 2) определение суда о назначении экспертизы. Причем последнее – определение суда – может быть вынесено при условии наличия первого – соглашения суда и эксперта. Вышеизложенное дает основания для вывода о том, что эксперт является не только субъектом процессуальных отношений «суд-эксперт», но и субъектом отношений имущественных по своему содержанию, находящихся за рамками собственно процессуальных отношений в их традиционном понимании.

Правоотношение между судом и экспертом строится на праве суда требовать представления суду экспертного заключения, составленного в соответствии с требованиями законодательства, и корреспондирующей этому праву обязанности эксперта представить указанное заключение. Отвечает ли обозначенное правоотношение признакам любого гражданского процессуального правоотношения? Да, безусловно. Это правоотношение, одним из участников которого является суд, выступающий в качестве властного органа по отношению к подвластному субъекту (эксперту). Правоотношение это носит, как и все гражданские процессуальные правоотношения, неимущественный характер.

Однако исчерпывается ли содержание прав и обязанностей в рамках правовой связи «суд-эксперт» исключительно субъективным правом суда требовать представления экспертного заключения и обязанностью эксперта представить указанное заключение? Как минимум, существует еще право эксперта на получение обусловленного вознаграждения за составленное экспертное заключение и корреспондирующая этому праву обязанность суда выплатить его.

Как справедливо подчеркивал М.А. Гурвич, существенной чертой служебно-вспомогательных процессуальных правоотношений, в том числе правоотношений с участием эксперта, в соответствии с их назначением является нейтральность позиции их субъектов в отношении того или иного разрешения спора, отсутствие у них интереса в удовлетворении спорных требований или отказе в них и тем самым волевой направленности на защиту иска или возражений против иска.¹¹⁰ В отношении того или иного разрешения спора у эксперта, действительно, нет и не может быть интереса, он беспристрастен, нейтрален, однако не может не возникнуть вопрос: существует ли у эксперта собственный интерес, заключающийся в том, чтобы получить вознаграждение за выполненную работу?

А далее возникает вопрос о том, что собой представляет такое притязание, как право эксперта требовать выплаты обусловленного вознаграждения за выполненную работу?

На первый взгляд, это, разумеется, субъективное право, ибо этому праву корреспондирует обязанность суда выплатить вознаграждение. Интересно, что сам М.А. Гурвич, отстаивавший идею существования особой категории субъективных прав – прав на одностороннее волеизъявление, которым противостоят не обязанности других лиц, а их связанность, - относил служебно-вспомогательные правоотношения с участием эксперта к числу правоотношений, имеющих предоставительно-обязывающий характер.¹¹¹

Однако тут мы и наталкиваемся на целый ряд проблем. Во-первых, обязанность выплатить эксперту обусловленное вознаграждение лежит на суде

¹¹⁰ Гурвич М.А. Избранные труды. Краснодар, 2006. Т.2 С. 49.

¹¹¹ Гурвич М.А. Указ. соч. С. 49.

лишь «формально юридически», ибо «фактическими» же плательщиками являются стороны рассматриваемого дела (первоначально - лицо, заявившее ходатайство о проведении экспертизы, а в конечном итоге – проигравшая сторона).

Во-вторых, как правило, нарушение обязанности влечет определенное правовое последствие в виде применения мер государственного принуждения и тем самым ответственность перед тем, кому принадлежит соответствующее право.¹¹² Однако существует ли у эксперта право на санкцию исполнения судом его обязанности по выплате эксперту обусловленного вознаграждения? Если, конечно, не считать, что само право на обжалование решения суда и возможность его отмены вышестоящим судом является воплощением ответственности суда, то остается только согласиться с М.А. Гурвичем и прийти к выводу о том, что в точном содержании ответственности суда перед лицами, участвующими в деле, не существует.¹¹³ М.Л. Гальперин отмечает в этой связи: «Суд как орган государственной власти не может быть подвергнут юридической ответственности, так как не может быть признан субъектом гражданского процессуального нарушения».¹¹⁴

В судебной практике можно найти примеры, когда апелляционную, кассационную, надзорную жалобу на решение суда подает эксперт (экспертное учреждение).^{115, 116} При этом у судов не возникло сомнений в необходимости

¹¹² Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М, 1974. С. 243; Гурвич М.А. Избранные труды. Краснодар, 2006. Т.2. С. 31.

¹¹³ Гурвич М.А. Там же. С. 32.

¹¹⁴ Гальперин М.Л. Ответственность в гражданском судопроизводстве: актуальные вопросы теории и процессуальной политики. М., 2011. С.109-110.

¹¹⁵ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 14.05.2019 № 16-КГ19-3, Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.01.2012 по делу № А60-34104/2010, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 25.06.2015 по делу № А56-10324/2014, Постановление Президиума ВАС РФ от 05.04. 2011 № 15659/10 по делу № А08-8887/2009-30. // Доступ из справ. - правовой системы «Консультант-Плюс».

¹¹⁶ Интересно, что ст. 531 Устава гражданского судопроизводства прямо предусматривала, что жалобы сведущих людей на определение суда относительно вознаграждения не допускаются. Между тем В.Л. Исаченко, к примеру, толкуя данную норму, указывал, что жалобы экспертов не допускаются лишь в ситуации, когда эксперт находит недостаточным присужденное ему вознаграждение, ибо «только определение размера вознаграждения предоставлено усмотрению суда, а не право присудить или не присудить таковое... Коль скоро эксперту отказывается по той или другой причине в присуждении ему вознаграждения, он не лишен права обжаловать такой отказ. Равным образом, он не должен быть лишен права обжалования и в таких случаях, когда суд определит размер ниже *minimum*'а, установленного ст. 860 Устава, так как в этом случае суд выходит из пределов предоставленного ему права, следовательно, впадает в произвол, который ни в каком случае не может быть допуском» (Исаченко В. Л. Гражданский процесс: Практический комментарий на вторую книгу Устава гражданского судопроизводства. Том 2, 1910. С. 892).

принять данные жалобы к рассмотрению. Между тем ни эксперт, ни тем более экспертное учреждение лицами, участвующим в деле, не являются. Эксперт – лицо, содействующее осуществлению правосудия. Но почему тогда эксперт наделяется правом обжалования судебного решения?¹¹⁷

В проекте Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»¹¹⁸ было предусмотрено право эксперта обжаловать судебное решение. Так, в п. 28 проекта читаем: «...При несогласии эксперта с судебным актом, в котором разрешен вопрос о выплате эксперту вознаграждения и (или) о возмещении ему расходов, понесенных им в связи с явкой в суд (определение суда, в том числе вынесенное в порядке ст. 112 АПК РФ, судебный акт, которым заканчивается рассмотрение дела по существу), эксперт (экспертное учреждение, организация) вправе в силу положений ст. 4, ч. 3 ст. 16, ст. 42 АПК РФ обжаловать такой акт в указанной части». Ссылка на ст. 42 АПК РФ, вероятно, призвана была подчеркнуть, что эксперт относится к числу лиц, не участвовавших в деле, о правах и обязанностях которых арбитражный суд принял судебный акт, и которые вправе обжаловать этот судебный акт, а также оспорить его в порядке надзора. Таким образом, из лица, содействующего осуществлению правосудия, т.е. лица беспристрастного, незаинтересованного, равноудаленного от сторон, эксперт превращается в лицо, имеющее самостоятельный имущественный интерес в исходе дела.

Анализ п. 24 и п. 28 проекта Постановления Пленума ВАС РФ приводит к выводу о том, что отказ в выплате вознаграждения в ситуации, когда эксперт не может защищать себя в суде первой инстанции (ибо не обладает правами лица, участвующего в деле, и даже может отсутствовать в судебном заседании), допустим, однако эксперт как субъект имущественного притязания впервые

¹¹⁷ В уголовном судопроизводстве право эксперта приносить жалобы на решения, ограничивающие его права, установлено законодательно (ч. 3 ст. 57 УПК РФ).

¹¹⁸ Проект Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» был размещен на официальном сайте Высшего Арбитражного Суда РФ (обсуждение состоялось на заседании Президиума ВАС РФ 06.03.2014).

появляется в суде вышестоящей инстанции, ибо наделен правом обжаловать судебный акт, затрагивающий его права. Между тем процессуальная форма рассмотрения жалобы не предназначена для разрешения споров о праве – последнее требует исключительно исковой формы защиты.¹¹⁹ В свою очередь отказ в выплате эксперту вознаграждения означает возникновение спора о праве, ибо речь идет о защите имущественного интереса исполнителя услуги, и если этот интерес может стать предметом судебного спора (а если иммунитет эксперта от имущественной ответственности не имеет права на существование, то его притязание на получение оплаты должно иметь судебную защиту), то такой спор должен рассматриваться сначала судом первой инстанции, а отнюдь не «начинаться» в суде второй инстанции.

Притязание эксперта, представляющее собой право требования выплаты обусловленного вознаграждения за составленное экспертное заключение, несомненно, носит имущественный характер, а потому и правоотношение между судом и экспертом, складывающееся по поводу выплаты вознаграждения, имеет имущественное содержание. Вписывается ли это правоотношение в систему гражданских процессуальных правоотношений? С одной стороны, гражданское процессуальное право не призвано регулировать имущественные отношения. С другой стороны, не может не возникнуть вопрос, как тогда охарактеризовать природу данного, имущественного по своему содержанию, правоотношения по выплате эксперту обусловленного вознаграждения?

Тут уместно будет привести следующие рассуждения Н.А. Чечиной. Автор анализирует правоотношения, возникающие между субъектами процессуальной деятельности (за исключением суда), которые носят непроцессуальный (материально-правой) характер. К примеру, отношения между истцом и ответчиком – это отношения между субъектами предполагаемого спорного материально-правового отношения. Объем прав и обязанностей сторон по отношению друг к другу закрепляется нормами материального, а не

¹¹⁹ Шварц М.З. О правовой природе иска об освобождении имущества от ареста (или еще раз о феномене противопоставимости судебных актов)//Арбитражные споры. 2015. № 3. С. 97.

процессуального права. При этом, как подчеркивает Н.А. Чечина, «процессуальные нормы не могут ни заменить, ни дополнить правила, определяющие объем правомочий и обязанностей субъектов материально-правовых отношений».¹²⁰ Аналогичным образом материально-правовые отношения связывают сторон и третьих лиц с самостоятельными требованиями, сторон и третьих лиц без самостоятельных требований, представителя и представляемого. Однако, подводит итог Н.А. Чечина, кроме приведенных примеров, «никакие иные правовые отношения между лицами, участвующими в процессе, помимо суда в период судебной деятельности не возникают. Все остальные участники процесса имеют отношения только с судом, права и обязанности каждого из них соответствуют правам и обязанностям суда. Так, например, свидетели, переводчики, эксперты имеют права и обязанности только по отношению к суду и не имеют их друг к другу, а также по отношению к сторонам или третьим лицам».¹²¹

Иными словами, Н.А. Чечина полагает, что никаких материально-правовых отношений с участием эксперта быть не может. Могут иметь место исключительно процессуальные правоотношения в рамках правовой связи «суд-эксперт». Но как тогда быть с отношениями по выплате эксперту вознаграждения? Тогда мы должны прийти к выводу, что процессуальные правоотношения могут включать в себя и некий имущественный элемент, т.е. существуют процессуальные имущественные правоотношения?

Сама Н.А. Чечина отвечает на данный вопрос следующим образом. «Обязанность сторон, - пишет она, - оплатить участие в деле свидетеля или производство экспертизы не создает непосредственных процессуальных отношений между свидетелем (экспертом) и стороной (третьим лицом). ...Право на получение вознаграждения свидетелем и экспертом соответствует не обязанностям сторон, а обязанностям суда».¹²² Очевидно, что в данном случае автор делает акцент на обязательном участии суда в процессуальном

¹²⁰ Чечина Н.А. Гражданские процессуальные отношения. Л., 1962. С. 31.

¹²¹ Чечина Н.А. Указ.соч. С. 36.

¹²² Там же.

правоотношении. Но если право на получение вознаграждения соответствует обязанности суда выплатить его, то не является ли это косвенным признанием того, что имущественное по своему содержанию правоотношение по выплате эксперту обусловленного вознаграждения входит, по мнению автора, в систему гражданских процессуальных правоотношений? С этой точки зрения можно признать, что в своих рассуждениях Н.А. Чечина имплицитно допускает существование в этой системе процессуальных правоотношений с имущественным содержанием.¹²³

Действительно ли существуют имущественные процессуальные правоотношения или надо признать, что имущественные по своему содержанию правоотношения, складывающиеся между судом и экспертом по поводу выплаты последнему вознаграждения за составление экспертного заключения, не вписываются в систему гражданских процессуальных правоотношений и имеют иную, непроцессуальную природу?

Вновь вернемся к соглашению о размере вознаграждения эксперта, речь о котором идет в ч. 3. ст. 95 ГПК РФ, абз. 2 ч. 2. ст. 107 АПК РФ, ч.3 ст. 108 КАС РФ и попробуем посмотреть на него с гражданско-правовых позиций. В этих целях предположим, что отношения «суд-эксперт» носят обычный договорный характер. Для начала отметим, что в материальном праве понятие «соглашение» используется, как правило, для обозначения договоренностей, обслуживающих договорные отношения (например, соглашение о неустойке, соглашение о курсе валюты для исчисления размера платежа).¹²⁴ Таким образом, соглашение о размере

¹²³ Не исключает имущественного характера отдельных гражданских процессуальных правоотношений и А.Г. Столяров, который пишет: «Отношения по поводу распределения судебных расходов представляют собой особый вид гражданских процессуальных отношений: они складываются между лицами, участвующими в деле, основаны на их равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности и имеют имущественно-стоимостной характер» (Столяров А.Г. Судебные расходы как элемент состава гражданской процессуальной ответственности: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юрид. Наук, 12.00.15. СПб., 2004. С.14.). Автор указывал, что с гражданскими процессуальными правоотношениями правоотношения по распределению судебных расходов роднит субъектный состав (лица, участвующие в деле) и источники регулирования (нормы процессуального закона), а с гражданскими материальными правоотношениями - имущественный характер и частно-правовой метод регулирования. Вместе с тем А.Г. Столяров приходит к выводу, что в целом правоотношения по распределению судебных расходов могут быть охарактеризованы как процессуальные правоотношения, поскольку складываются исключительно при осуществлении процессуальной деятельности. Иными словами, А.Г. Столяров, хотя и допускает существование в системе гражданских процессуальных правоотношений отдельных правоотношений, имеющих имущественное содержание, однако, к сожалению, уходит от анализа специфики указанных правоотношений, объявляя их «в целом» относящимися к процессуальным правоотношениям.

¹²⁴ Елисеев Н.Г. Процессуальный договор. М., 2015. С.26.

вознаграждения эксперта также представляет собой договоренность, являющуюся одним из условий сделки, служащей основанием возникновения договорного обязательства. Нас в дальнейшем будет интересовать не соглашение о размере вознаграждения эксперта как одно из условий сделки, а сама «сделка», служащая основанием возникновения договорного обязательства, т.е. договор о проведении экспертного исследования. Попробуем определить правовую природу данного договора.

На первый взгляд, с учетом, безусловно, имущественного характера регулируемых отношений договор о проведении экспертного исследования следует отнести к числу гражданско-правовых договоров. Ряд исследователей¹²⁵ квалифицирует правоотношения, складывающиеся между экспертом и судом, как отношения по возмездному оказанию услуг (иногда – выполнению работ). В частности, А.А. Мохов пишет: «Применительно к услугам сведущего лица в качестве исполнителя услуги выступает лицо, обладающее специальными знаниями и навыками (привлекаемое в качестве эксперта), а в качестве заказчика – суд, который по собственной инициативе или ходатайству стороны (сторон) назначает экспертизу».¹²⁶ С.В. Лазарев идет в своих рассуждениях дальше: «Эти отношения (между судом и экспертной организацией) сходны с отношениями по выполнению работ или оказанию услуг, в связи с чем, на первый взгляд, вполне оправданной выглядит возможность устранения недостатков экспертного заключения, уменьшения или отказа от выплаты вознаграждения путем применения гражданско-правовых средств».¹²⁷

Действительно, в отношениях между судом и экспертом, складывающихся по поводу выплаты последнему причитающегося вознаграждения, содержательно очень много общего с правоотношениями из договора оказания услуг (выполнения

¹²⁵ См., например, Мохов А.А. К вопросу о квалификации услуг, оказываемых экспертами и специалистами // Эксперт-криминалист. 2006. № 3. С. 11.; Лазарев С.В. Вопросы независимости эксперта и качества экспертного заключения в арбитражном процессе // Вестник ВАС РФ. 2012. № 8. С. 65.

¹²⁶ Мохов А.А. К вопросу о квалификации услуг, оказываемых экспертами и специалистами // Эксперт-криминалист. 2006. № 3. С. 11.

¹²⁷ Лазарев С.В. Вопросы независимости эксперта и качества экспертного заключения в арбитражном процессе // Вестник ВАС РФ. 2012. № 8. С. 65.

работ). Они имущественный характер, в качестве основания возникновения указанных правоотношений выступает гражданско-правовой договор. Эксперт (экспертное учреждение), как правило, на возмездной основе привлекается для оказания определенной услуги, состоящей в проведении экспертного исследования с использованием своих специальных знаний и предоставлении определенного результата своей деятельности – заключения эксперта. Заказчик же услуги (в лице суда) обязуется оплатить услуги, оказываемые исполнителем (экспертом). Логичным следствием данной конструкции является тезис о том, что услуги должны оказываться исполнителем (т.е. экспертом) качественно, а некачественное оказание услуг влечет за собой применение к эксперту соответствующих мер гражданско-правовой ответственности. Поэтому в случае представления в суд экспертного заключения, не отвечающего предъявляемым требованиям к качеству, суд, выступая в качестве заказчика экспертного исследования, вправе уменьшить или вовсе отказать эксперту в выплате вознаграждения.

Однако нельзя не заметить, что данной конструкции могут быть противопоставлены, как минимум, следующие возражения. Во-первых, в качестве сторон гражданско-правового договора выступают равноправные субъекты, на равных началах выступающие в гражданском обороте. «Договор» же о проведении экспертного исследования «заключается» между судом и экспертом, т.е. субъектами неравноправными. Суд является органом правосудия, который обладает властными полномочиями, распространяющимися на всех других участников судебного процесса, в том числе на эксперта, который занимает подчиненное положение по отношению к суду. К.В. Карашев в связи с этим заключает: «указанные отношения нельзя относить к гражданско-правовым и рассматривать по модели подрядных, поскольку они возникают и существуют в публичной сфере при отправлении правосудия».¹²⁸

¹²⁸ Практика рассмотрения коммерческих споров: анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации/ под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. Выпуск 6. М., 2008 //Доступ из справ.- правовой системы «Консультант-Плюс».

С другой стороны, в части регулирования имущественной составляющей возникающих правоотношений нет оснований говорить о неравноправных отношениях суда и эксперта. Эксперт и суд свободны в заключении «договора»; эксперт вправе отказаться от его заключения; направляя в ответ на запрос суда информацию о возможности проведения экспертизы, сроках и цене экспертного исследования, экспертное учреждение направляет своего рода «оферту», которую суд впоследствии может «акцептовать»; налицо согласование воли суда и эксперта и т.д. О неравноправных правоотношениях между судом и экспертом можно говорить только тогда, когда эксперт уже привлечен для содействия правосудию, что произойдет не ранее того, как будет урегулирована имущественная составляющая правоотношений между экспертом и судом.

Во-вторых, как известно, гражданско-правовой договор непосредственно рассчитан на регулирование поведения только его сторон – для тех, кто не является сторонами договора, он может создать права, но не обязанности (п. 3 ст. 308 ГК РФ).¹²⁹ В ситуации же с договором о проведении экспертного исследования, могут нам возразить, обязанность по уплате вознаграждения эксперта лишь формально юридически лежит на суде, экономически указанную обязанность несут стороны рассматриваемого дела, не состоящие в договорных правоотношениях с экспертом, т.е. третьи лица по отношению к правоотношению, связывающему суд и эксперта, – договор о проведении экспертного исследования создает для третьего лица не права, а обязанности; право требовать от эксперта исполнения его обязанностей из договора о проведении экспертного исследования принадлежит суду, а не третьему лицу, да и непонятно, кто является тем третьим лицом, в чью пользу якобы заключен договор: истец, ответчик или они оба. Данные соображения не позволяют рассматривать договор о проведении экспертного исследования в качестве разновидности договора в пользу третьего лица.

Представляется, что значение имеет именно то обстоятельство, на кого возложена обязанность по выплате вознаграждения эксперту формально

¹²⁹ Брагинский, М. И. Витрянский, В. В. Договорное право. Книга первая, Общие положения. М., 2011. С. 13.

юридически, т.е. кто связан правоотношением с экспертом. Тот факт, что экономически расходы по оплате услуг эксперта возложены на стороны дела, свидетельствует лишь о том, что стороны возмещают затраты на проведение экспертизы, так как именно они своим спором востребуют деятельность эксперта; при этом ни в каких правоотношениях с экспертом стороны не находятся – любые их взаимоотношения с экспертом опосредованы участием суда. Недаром закон подчеркивает, что вознаграждение эксперту должно выплачиваться с депозитного счета суда.¹³⁰

Наконец, в-третьих, если считать, что отношения между судом и экспертом по поводу уплаты последнему причитающегося вознаграждения возникают на основании договора о проведении экспертного исследования, имеющего гражданско-правовую природу, то закономерным будет вывод о том, что к указанным правоотношениям должны применяться нормы, включенные в общую часть ГК РФ, в общую часть обязательственного права, а также в главы, посвященные соответствующему договору (гл. 39 «Возмездное оказание услуг»; гл. 37 «Подряд»). Однако, как только мы зададимся вопросом, применимы ли к данным отношениям эти гражданско-правовые нормы, мы убедимся, что многие из них к данным отношениям неприменимы вовсе. К примеру, по мнению С.В. Лазарева,¹³¹ вряд ли можно вести речь о том, что эксперт вправе потребовать уплаты % по ст. 395 ГК РФ за несвоевременную выплату вознаграждения или что эксперт может взыскать убытки за непорочное исполнение в срок обусловленного вознаграждения. Нет оснований применять нормы и о просрочке исполнения.¹³²

Но, с другой стороны, к выводу о неприменении норм о просрочке исполнения, о невозможности взыскания с суда % по 395 ст. и пр. мы приходим как раз потому, что не видим имущественной составляющей в комплексе правоотношений, складывающихся между судом и экспертом. Тот факт, что содержательно правоотношения между судом и экспертом из договора о

¹³⁰ За исключением ситуации применения ч. 6 ст. 110 АПК РФ, которая была подвергнута нами критике.

¹³¹ Лазарев С.В. Вопросы независимости эксперта и качества экспертного заключения в арбитражном процессе// Вестник ВАС РФ. 2012. № 8. С.65.

проведении экспертного исследования ничем не отличаются от правоотношений из договора оказания услуг, свидетельствует о том, что имеются экономические предпосылки для субсидиарного применения к указанным правоотношениям гражданско-правовых норм о просрочке исполнения, взыскании % по ст. 395 ГК РФ и т.д.¹³³ Соответственно, этот аргумент в принципе некорректен: по обозначенной, в частности, С.В. Лазаревым, логике, возможность применения к правоотношению гражданско-правовых норм свидетельствует о том, что правоотношение является гражданско-правовым по своей природе. Но должно быть ровным счетом наоборот: вначале мы определяем природу правоотношения, устанавливаем, что оно является гражданско-правовым, следствием чего является возможность применения к указанному правоотношению гражданско-правовых норм. Более того, отдельные гражданско-правовые нормы могут быть, действительно, неприменимы к указанному правоотношению, и в этом как раз и будет заключаться его специфика, как правоотношения имущественного по своему содержанию, но возникающего и развивающегося «внутри» процессуальных правоотношений между судом и экспертом.

Вместе с тем материально-правовой (имущественный) элемент правоотношений между судом и экспертом испытывает на себе столь сильное влияние процессуального элемента, что если и можно пытаться провести четкую границу между собственно процессуальными правоотношениями и отношениями материально-правовыми, то трудно окончательно отделить материальную составляющую этих отношений и охарактеризовать как подпадающую под гражданско-правовые нормы в чистом виде, без «примеси» процессуального элемента. Конечно, наличие соглашения по вопросу о размере вознаграждения не превращает отношения «суд-эксперт» в стандартную обязательственно-правовую договорную связь, а вышеизложенные допущения мы сделали, повторимся, исключительно целью всестороннего анализа природы этих отношений.

¹³³ В Концепции единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 № 124(1)) содержится следующее предложение: «По оплате труда эксперта возможно установить правила, аналогичные предусмотренным статьей 709 ГК РФ».

Тем более нет оснований для отнесения договора между судом и экспертом о проведении экспертного исследования к числу публично-правовых (административных) договоров. Во-первых, суд, хотя и обладает властными полномочиями, все же не относится к числу субъектов управления, субъектов административной власти. Во-вторых, нет оснований рассматривать заключение договора о проведении экспертного исследования в качестве правовой формы реализации исполнительной власти, а целью заключения данного договора считать регулирование управленческих отношений. В-третьих, отсутствуют аргументы и для вывода о том, что договор о проведении экспертного исследования регулируется административно-правовыми нормами, а не гражданско-правовыми.

Можно ли отнести соглашение о размере вознаграждения эксперта к числу процессуальных договоров (соглашений), исследования о правовой природе которых в последнее время получили довольно широкое распространение?¹³⁴ Н.Г. Елисеев определяет процессуальный договор как «соглашение, непосредственно изменяющее процессуальную ситуацию или устанавливающее определенную модель поведения сторон в существующем или возможном судебном производстве».¹³⁵ М.А. Рожкова в этой связи пишет: «...в некоторых случаях закон предоставляет сторонам возможность совместным актом, соединяющим сонаправленную волю двух спорящих сторон, т.е. путем заключения ими процессуального соглашения, достичь упомянутой цели (ускорение и упрощение судебного процесса)».¹³⁶ Уже из этих высказываний уважаемых авторов становится понятно, что процессуальные договоры (соглашения) заключаются между сторонами рассматриваемого дела, но никак не между участником процесса, с одной стороны, и судом, с другой стороны. С этих позиций, на первый взгляд,

¹³⁴ См., например, Елисеев Н. Г. Процессуальный договор. М., 2015. – 368 с.; Курочкин С.А. Частные и публичные начала в цивилистическом процессе. М., 2012 - 560 с.; Рожкова М.А. Теория процессуального договора и сделки, направленные на защиту прав // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. № 6. С.184-208.

¹³⁵ Елисеев Н. Г. Процессуальный договор. М., 2015. С.42.

¹³⁶ Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения. М., 2009. С. 127 [Электронный ресурс] URL: http://rozhkova.com/books_text/UFISOGLASH.pdf (дата обращения: 25.03.2021).

представляется, что соглашение о размере вознаграждения эксперта нельзя отнести к числу процессуальных договоров (соглашений).

Правда, при таком подходе остается непонятным, в каком смысле тогда Н.Г. Елисеев приводит соглашение о размере вознаграждения эксперта (ч.3. ст. 95 ГПК РФ, предл. 2 ч. 2 ст. 107 АПК РФ) в качестве примера «договорного регулирования отношений, связанных с осуществлением правосудия».¹³⁷

Вместе с тем, если соглашения, не опосредованные участием суда, являются процессуальными, коль скоро они совершаются в процессе или при возможности процесса, то тем более соглашения с участием суда должны рассматриваться в качестве процессуальных. Между прочим, такое понимание в большей степени отвечает догме процессуального права, согласно которой процессуальное правоотношение представляет собой юридическое отношение, возникающее только между судом, с одной стороны, и другими участниками процесса, с другой стороны. Признание же соглашений, заключенных в процессе, но не опосредованных участием суда, процессуальными, противоречит указанному постулату и приводит к противоречивому выводу, что процессуальные соглашения не являются юридическими фактами, влекущими возникновение, изменение, прекращение гражданских процессуальных правоотношений.

И в этом смысле налицо все основания для отнесения соглашения о проведении экспертного исследования между экспертом и судом к числу процессуальных соглашений со специфическим имущественным содержанием, хотя, повторимся, такое понимание требует определенного переосмысления сущности процессуальных соглашений.

При этом имущественное по своему содержанию правоотношение по выплате эксперту обусловленного вознаграждения, возникающее из процессуального соглашения между судом и экспертом, входит в систему гражданских процессуальных правоотношений, т.е. существуют не только

¹³⁷ Елисеев Н. Г. Процессуальный договор. М., 2015. С.18.

процессуальные соглашения с имущественным содержанием, но и имущественные процессуальные правоотношения.

Интересно отметить, что в немецкой доктрине высказывается мнение о существовании общего договорного права, которое хотя и воплощено в нормах ГГУ, однако, как совокупность общих правовых идей действует во всех отраслях права, поскольку в них допускается договорное регулирование отношений.¹³⁸ Видимо, следует признать, что в определенной степени данная идея применима и к отечественному праву, в том числе к гражданскому процессуальному праву, тем более, что в правоотношениях по поводу выплаты эксперту причитающегося вознаграждения и ГПК РФ, и АПК РФ прямо предусматривают договорное регулирование.

Правоотношения, складывающиеся между судом и экспертом, имеют амбивалентную природу. Это комплекс правоотношений, включающий в себя как процессуальные правоотношения «в чистом виде», так и материальные по своему содержанию правоотношения, но реализующиеся в рамках процессуальной деятельности и приобретающие в связи с этим определенное своеобразие. Властные полномочия суда реализуются исключительно в процессуальных правоотношениях, когда суд выступает в качестве органа правосудия. В данных отношениях эксперт является подвластным субъектом, обязанным подчиняться односторонней воле суда. Однако этим содержание отношений в рамках правовой связи «суд-эксперт» не исчерпывается, ибо существует имущественная составляющая указанных отношений, игнорировать которую представляется недопустимым. Правоотношения, складывающиеся между судом и экспертом по поводу выплаты последнему обусловленного вознаграждения за составление экспертного заключения, являются имущественными по своему характеру.

Как представляется, имущественные правоотношения между экспертом и судом носят во многом «служебный» характер по отношению к «главному», имеющему «чисто» процессуальную природу, правоотношению между судом и

¹³⁸ Елисеев Н. Г. Процессуальный договор. М., 2015. С. 35.

экспертом, в котором суд наделен властными полномочиями, а эксперт обязан подчиняться воле суда. Данные «служебные» отношения существуют постольку, поскольку они обеспечивают участие эксперта в «главном» процессуальном правоотношении. Они возникают одновременно с возникновением гражданских процессуальных правоотношений между судом и экспертом, основанных на власти и подчинении, и в то же время выступают условием, предпосылкой возникновения последних в том смысле, что, прежде чем вынести определение о назначении экспертизы, суд должен договориться с экспертом о ее стоимости, заключить некий «договор», который, однако, вступит в силу только в момент вынесения указанного определения.

При этом если в процессуальном правоотношении суд действует исключительно как властный субъект, в «служебном» правоотношении, являющимся имущественным по своему содержанию, его властные полномочия уходят на второй план. Будучи органом, осуществляющим функции по руководству процессом, суд наделен также правомочием вступать в «служебные» правоотношения имущественного характера для выполнения этой функции и, в конечном итоге, функции по осуществлению правосудия.

Таким образом, в рамках правовой связи «суд-эксперт» мы наблюдаем взаимопроникновение процессуальных и материально-правовых элементов. Возникает своеобразная матрешка: мы видим только ее внешнюю часть, а именно процессуальные правоотношения, связывающие суд и эксперта, в которых проявляется односторонняя власть суда; невидимой остается имущественная (материально-правовая) составляющая указанных правоотношений, которая в значительной степени растворяется в односторонне-властных процессуальных правоотношениях между судом и экспертом, но тем не менее без этой трудно различимой части, имеющей значительное своеобразие, не могут возникнуть процессуальные правоотношения между судом и экспертом. Можно сказать, что правоотношения между судом и экспертом возникают на основе сложного юридического состава, который включает в себя: 1) «соглашение» о проведении экспертного исследования, призванное регулировать имущественную

составляющую указанных правоотношений, и 2) определение о назначении экспертизы, которое будет регулировать собственно процессуальные правоотношения в рамках правовой связи «суд-эксперт».

§ 2. Резолюция суда об отказе в выплате/уменьшении причитающегося эксперту вознаграждения

Природа складывающихся между судом и экспертом правоотношений, их амбивалентный процессуально-материальный характер требуют отдельно остановиться на вопросе о способах защиты прав и интересов эксперта, который лицом, участвующим в деле, не является, но права и обязанности которого являются предметом резолюции суда о выплате/отказе в выплате или уменьшении согласованного вознаграждения.

Отказывая в выплате вознаграждения эксперту или уменьшая его размер, суд тем самым «возбуждает» новый самостоятельный спор о праве с экспертом, имеющий своих субъектов, свое собственное содержание и основания возникновения. В этом смысле процесс начинает превращаться не в состязание сторон (истца и ответчика) перед лицом суда, а в состязание эксперта со сторонами или даже в состязание эксперта с самим судом, что искажает предмет деятельности суда и установленные законом модели процессуального поведения. Отказ суда в выплате причитающегося эксперту по договору вознаграждения или уменьшение его размера потенциально могут представлять собой нарушение: 1) субъективного права эксперта на получение вознаграждения по соглашению о проведении экспертного исследования; 2) деловой репутации эксперта, который может быть заинтересован в том, чтобы отстоять доброкачественность проведенного им экспертного исследования.

Как отмечено в предыдущем параграфе, отказывая в выплате вознаграждения эксперту или уменьшая его размер, суд тем самым потенциально нарушает субъективное право эксперта на получение оплаты за выполненную работу, по сути, без привлечения его к участию в деле, ибо его процессуальный статус лица,

содействующего осуществлению правосудия, не позволяет ему защищаться в процессе и отстаивать это право. Принимая во внимание то обстоятельство, что вызов эксперта в судебное заседание является правом, а не обязанностью суда,¹³⁹ эксперт может вообще не знать о ходе судебного разбирательства и о том, что выполненное им заключение признано судом ненадлежащим доказательством. Даже в ситуации, когда эксперт присутствует в судебном заседании, в котором суд принимает решение об отказе в выплате причитающегося эксперту вознаграждения, правами лица, участвующего в деле, эксперт не обладает, а потому не может в полной мере отстоять достоверность, доброкачественность составленного им заключения.

Если разрешение вопроса о том, как соотносится доктрина иммунитета эксперта от привлечения к имущественной ответственности со ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, представляется, как мы уже успели убедиться, не столь однозначным, то абсолютно очевидно, что отказ в выплате эксперту причитающегося по договору вознаграждения без предоставления ему возможности отстоять доброкачественность составленного им заключения, представляет собой нарушение п.1 ст. 6 Европейской конвенции.

Резолюция суда об отказе в выплате/уменьшении причитающегося вознаграждения по существу ставит эксперта в положение ответчика, которому надо предоставить адекватные его статусу средства защиты его прав и законных интересов, чего закон, однако, не делает. Существенным образом меняется роль эксперта: из лица беспристрастного, содействующего осуществлению правосудия, незаинтересованного в том или ином исходе спора, эксперт превращается в лицо, имеющее самостоятельный, причем имущественный интерес в исходе мини-дела, имеющего его (интерес в получении вознаграждения) своим предметом. Меняется и предмет деятельности суда: наряду с разрешением спора о праве между истцом и

¹³⁹ Вызов эксперта в судебное заседание не может рассматриваться как средство восполнения противоречий и неясностей в экспертном заключении, которое предоставляется эксперту для того, чтобы он смог отстоять доброкачественность составленного им заключения, поскольку вызов эксперта является правом, а не обязанностью суда. Так, абз.2 ч. 3 ст. 86 АПК РФ гласит: «По ходатайству лица, участвующего в деле, или по инициативе арбитражного суда эксперт **может быть** вызван в судебное заседание» (выделено мною – Д.З.).

ответчиком суд начинает разрешать самостоятельный спор о праве с экспертом, который словно «упаковывается» в исковую форму процесса, предметом которого является разрешение исключительно первого спора о праве.

Какие средства защиты своих прав и законных интересов может использовать эксперт, чьи права стали предметом судебной резолюции об отказе в выплате/уменьшении причитающегося ему вознаграждения? Заявление о возмещении понесенных экспертом расходов, рассматриваемое по правилам ст. 112 АПК РФ, подавать не имеет смысла, так как оно рассчитано на ситуации, когда судом не был решен этот вопрос, в нашем же случае он судом разрешен был, но с отрицательным для эксперта исходом.

Эксперту ничего не остается, кроме как подать жалобу на акт суда. Так и появляются в практике судов общей юрисдикции и арбитражных судов апелляционные, кассационные и надзорные жалобы экспертов, сам факт рассмотрения судами которых концептуально меняет подходы к определению роли судебного эксперта: за экспертом признается самостоятельный имущественный интерес; судебное решение может рассматриваться как акт, нарушающий права и законные интересы эксперта.

Далее можно сказать, что все судебные акты, в которых суд отказывает эксперту в выплате причитающегося ему вознаграждения или уменьшает его размер, должны быть отменены, ибо принятие судом решения о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, относится к числу безусловных оснований к отмене судебного решения (п.4 ч.4 ст. 330 ГПК РФ, п.4 ч.4 ст. 270 АПК РФ, п.4 ч.1 ст. 310 КАС РФ). Как отмечено выше, эксперт даже в случае его фактического присутствия в зале судебного заседания при принятии судом резолюции об отказе в выплате вознаграждения/об уменьшении его размера не обладает правами лица, участвующего в деле, и не может в полной мере отстаивать доброкачественность заключения и тем самым свои имущественные права.

Основываясь на приведенных рассуждениях, можно прийти к промежуточному выводу, что суд при принятии судебного решения не вправе

отказать эксперту в выплате обусловленного вознаграждения, а равно уменьшить его размер, ибо в противном случае суд «возбудил» бы новый спор о праве с экспертом, без привлечения его к участию в деле, а значит, не позволил бы ему отстаивать его право на получение вознаграждения за выполненную работу.

Может ли суд вынести резолюцию об отказе в выплате/уменьшении размера вознаграждения эксперта «внутри» процесса при условии обязательного привлечения эксперта к участию в деле и наделения его правами лица, участвующего в деле?

Ранее мы пришли к выводу, что правоотношения в рамках правовой связи «суд-эксперт» включают в себя, наряду с правоотношениями исключительно процессуальными, основанными на власти-подчинении, также отношения имущественные, которые содержательно мало чем отличаются от правоотношений, возникающих из договора возмездного оказания услуг. По договору возмездного оказания услуг, если исполнитель оказывает услугу ненадлежащего качества, заказчик вправе потребовать соразмерного уменьшения установленной договором цены, а в случае наличия существенных и неустранимых недостатков, вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных ему убытков.

Так и в случае с соглашением о проведении экспертного исследования между судом и экспертом: если эксперт некачественно проводит экспертное исследование, суд должен иметь право уменьшить размер причитающегося ему вознаграждения; при наличии существенных недостатков в заключении эксперта – отказать в его выплате.

Резолюцию об отказе в выплате вознаграждения/уменьшении его размера суд принимает как заказчик экспертного исследования, реагирующий на некачественность оказанной услуги. Предоставление ему такого полномочия, представляется вполне логичным, поскольку именно суд, рассматривающий дело, оценивает заключение эксперта, в том числе на предмет его качества, следовательно, может сделать обоснованный вывод о судьбе права на вознаграждение по результатам этой оценки.

Более того, такое решение диктует нам и принцип процессуальной экономии, ибо предполагает, что никакого отдельного процесса с иным составом суда, который будет рассматривать вопрос об уменьшении или об отказе в выплате эксперту вознаграждения, не потребуется. Исчезают и проблемы, возникающие при побочном оспаривании, а именно опасность внеинстанционного пересмотра дела по тем же обстоятельствам ввиду признания в самостоятельном исковом процессе заключения эксперта качественным. Нет риска сосуществования двух противоречащих друг другу судебных решений с различной оценкой, данной одному и тому же экспертному заключению.

Однако этот вариант требует установления действенного механизма, призванного обеспечить гарантии прав судебного эксперта, затронутых судебной резолюцией об отказе в выплате/уменьшении причитающегося вознаграждения, и заинтересованного, помимо этого, в защите своей деловой репутации.

Следовательно, хотя суд, рассматривающий дело, при наличии соответствующих оснований и вправе вынести резолюцию об отказе в выплате/уменьшении причитающегося эксперту вознаграждения, на законодательном уровне должна быть установлена обязанность суда привлечь эксперта к участию в деле с наделением его правами и обязанностями лица, участвующего в деле, с предоставлением эксперту возможности отстоять доброкачественность проведенного им экспертного исследования. В случае несогласия с резолюцией суда эксперт вправе обжаловать ее в вышестоящий суд как лицо, участвующее в деле. По истечении предусмотренного законом срока обжалования обсуждаемой резолюции денежные средства с депозитного счета суда (или их часть) подлежат возврату лицу, внесшему их.

Необходимо, однако, отметить, что не всякий факт признания заключения эксперта ненадлежащим доказательством или факт отказа суда основывать на заключении эксперта свои выводы автоматически приводит к констатации, что вознаграждение эксперта должно быть уменьшено или, тем более, в выплате вознаграждения эксперту должно быть отказано.

В частности, если процессуальное нарушение допущено судом, а не экспертом, это не может являться основанием для уменьшения размера вознаграждения эксперта (например, определение о назначении экспертизы не содержало указания на предупреждение эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, что приводит к недопустимости доказательства). Такая дефектная с процессуальной точки зрения экспертиза должна оплачиваться за счет федерального бюджета, поскольку ни эксперт, ни стороны дела не должны нести отрицательные последствия судебной ошибки.

Кроме того, вывод эксперта может противоречить установленной по делу совокупности обстоятельств, вследствие чего суд может отказаться основывать на заключении эксперта свои выводы, однако это опять же не способно служить основанием отказа в выплате эксперту причитающегося вознаграждения.

Равным образом, сам по себе факт назначения судом повторной экспертизы отнюдь не всегда свидетельствует о том, что эксперт небрежно выполнил свои обязанности по составлению первоначальной экспертизы.

В подавляющем большинстве случаев это будет действительно так, но все же не всегда повторная экспертиза направлена на отрицание первоначальной. Суд мог назначить повторную экспертизу потому, например, что, выводы эксперта не согласуются с иной установленной судом совокупностью обстоятельств по делу (ибо заключение эксперта не имеет для суда заранее установленной силы), а потому для устранения возникших сомнений в правильности или обоснованности ранее данного заключения суду требуется иное экспертное мнение.

Судебная практика также дает нам примеры, иллюстрирующие тезис о том, что отнюдь не всегда повторная экспертиза обусловлена необходимостью исправить недостатки работы эксперта, проводившего первоначальную экспертизу. Так, из Постановления Арбитражного суда Дальневосточного округа от 25 февраля 2015 г. № Ф03-251/2015 следует, что повторная экспертиза была назначена не из-за недостатков первоначальной, а по причине наличия сомнений у одной из сторон в обоснованности первоначальной экспертизы.

В этой связи необходимо различать две ситуации: (1) факт назначения судом повторной экспертизы может сопровождаться отрицанием первоначальной экспертизы и констатацией некачественности проделанной экспертом работы, следовательно, в этой ситуации обоснованной является постановка вопроса об ответственности эксперта в виде уменьшения/отказа в выплате эксперту вознаграждения; (2) факт назначения судом повторной экспертизы может не предполагать отрицание первоначальной экспертизы, а потому право эксперта, выполнившего первоначальную экспертизу, на получение причитающегося вознаграждения подвергнуто сомнению быть не может.

Соответственно, дифференцированным должен быть и подход к ответу на вопрос о том, на кого должны быть возложены расходы на проведение первоначальной и повторной экспертиз. Если необходимость в проведении повторной экспертизы явилась результатом небрежного исполнения экспертом своих обязанностей по проведению экспертного исследования, то суд должен принять резолюцию об уменьшении/отказе в выплате эксперту вознаграждения, а денежные средства, оставшиеся на депозитном счете суда, должны быть впоследствии перечислены эксперту (экспертному учреждению), который проведет повторную экспертизу.

Иная ситуация складывается, если суд вынужден был назначить повторную экспертизу в связи с признанием заключения первоначальной экспертизы недопустимым доказательством, что явилось следствием процессуальных ошибок, допущенных судом, тогда как эксперт надлежащим образом выполнил экспертное исследование. В этом случае обусловленное вознаграждение должно быть перечислено эксперту, а расходы на проведение повторной экспертизы должны быть возложены на федеральный бюджет, поскольку ни стороны, ни эксперт не должны нести негативные последствия процессуальных нарушений, допущенных судом.

С.В. Лазарев, обращая внимание на то, что в силу ст. 109 АПК РФ вознаграждение эксперту выплачивается по выполнении им своих обязанностей, а оценка заключения эксперта судом по существу до вынесения итогового судебного

акта недопустима (ст. 71 АПК РФ), приходит к выводу, что, получив некачественное заключение эксперта, суд должен произвести выплату вознаграждения в полном объеме.¹⁴⁰ Позволим себе не согласиться с данной аргументацией. Оценка заключения эксперта (подчеркнем – как доказательства) судом по существу до вынесения итогового судебного акта, действительно, недопустима. Однако суд до вынесения итогового судебного акта вправе оценить, качественно или некачественно выполнена экспертом порученная ему работа. В том числе с целью устранения недостатков экспертного исследования эксперт может и должен быть вызван в судебное заседание. Кроме того, именно в результате установления дефектности или неполноты первоначальной экспертизы суд может назначить повторную или дополнительную экспертизу. По результатам рассмотрения вопроса относительно качества проведенной экспертом работы, в рамках этого своеобразного правоприменительного цикла суд и может вынести определение об отказе в выплате/уменьшении причитающегося эксперту вознаграждения. В этом смысле вопрос о том, получит эксперт вознаграждение или нет (при наличии существенных недостатков в его работе), будет решен по выполнению экспертом своих обязанностей, как того требует закон.

По результатам изучения политико-правовых аргументов, высказывавшихся в странах общего права в поддержку доктрины иммунитета судебного эксперта от предъявления к нему каких-либо имущественных притязаний, мы в предыдущей главе исследования сделали предположение о том, что в российском праве если что и может обосновывать предоставление судебному эксперту иммунитета, так это интересы осуществления правосудия, заключающиеся в том, что эксперт должен иметь возможность исполнить свое функциональное предназначение путем предоставления суду своего профессионального мнения, не боясь быть подвергнутым имущественным претензиям со стороны недовольных участников процесса. Анализ природы правоотношений, связывающих суд и судебного эксперта, предпринятый нами в рамках данной главы, приводит к выводу о том, что

¹⁴⁰ Лазарев С.В. Вопросы независимости эксперта и качества экспертного заключения в арбитражном процессе //Вестник ВАС РФ. 2012. № 8. С.63.

указанный выше аргумент не может служить обоснованием исключения гражданско-правовой ответственности эксперта перед судом в виде отказа в выплате/уменьшении размера причитающегося эксперту вознаграждения как реакции на ненадлежащее исполнение экспертом обязанностей, существующих перед судом. Это связано с тем, что в данном случае речь идет не о претензиях недовольных исходом процесса участников дела, предъявляющих требования к судебному эксперту, а о претензиях суда, который, безусловно, вправе как орган, осуществляющий общее руководство процессом и выступающий «заказчиком» экспертного исследования, отреагировать на ненадлежащее исполнение экспертом возложенных на него обязанностей. Такое решение отвечает интересам осуществления правосудия намного в большей степени, чем полный иммунитет эксперта от привлечения к имущественной ответственности, который приводил бы к невозможности суда наказать за недобросовестные действия судебного эксперта, уклоняющегося от надлежащего исполнения возложенных на него обязанностей.

В случае принятия судом резолюции об отказе в выплате/уменьшении размера причитающегося эксперту вознаграждения не возникает и риска внеинстанционного пересмотра дела, который также может потенциально обосновывать предоставление судебному эксперту иммунитета от привлечения к имущественной ответственности, ибо указанная резолюция выносится не в отдельном процессе, а в рамках первоначального процесса – после того, как эксперт представит свое заключение суду, соответственно, возможность пересмотреть решение по делу в другом процессе (процессе по иску к эксперту о взыскании с него полученного вознаграждения) в результате вынесения такой судебной резолюции объективно исключается.

Подчеркнем: отказ в выплате причитающегося эксперту вознаграждения (а равно уменьшение суммы вознаграждения) можно рассматривать в качестве «ограниченной» формы гражданско-правовой ответственности эксперта в виде этих неблагоприятных последствий.¹⁴¹

¹⁴¹ Стоит отметить, что мы согласны с теми авторами, которые определяют юридическую ответственность как меру государственного принуждения, применяемую в связи с совершением лицом правонарушения, которая выражается

Имеются основания для вывода о том, что данная «ограниченная» форма гражданско-правовой ответственности может быть противопоставлена гражданско-правовой ответственности в «широком» смысле, т.е. ответственности, основанной на принципе полного возмещения причиненного ущерба. В этом измерении возникает вопрос о пределах гражданско-правовой ответственности эксперта: должен ли судебный эксперт нести обязанность возмещения причиненного ущерба в полном объеме или имущественная ответственность эксперта может быть только ограниченной (например, в виде лишения права на причитающееся по договору вознаграждение).

Данная проблема имеет и иную грань. Если вопрос об отказе эксперту в выплате обусловленного вознаграждения (а равно об уменьшении размера вознаграждения) решается судом «внутри процесса», то вопрос о привлечении эксперта к гражданско-правовой ответственности, основанной на принципах полного возмещения причиненного ущерба, может являться исключительно предметом рассмотрения отдельного иска, предъявленного к эксперту.

В настоящей главе рассматривается вопрос об «ограниченной» форме ответственности эксперта, в рамках которой реализуется «охранительное притязание» суда, и которая, по сути, представляет собой ответственность «договорную»: суд, которого с экспертом связывает «соглашение» о проведении экспертного исследования, как заказчик экспертного исследования, реагирующий на некачественность оказанной услуги, вправе вынести резолюцию об отказе в выплате/уменьшении размера вознаграждения эксперта. Эта «договорная» форма

в неблагоприятных последствиях личного или имущественного характера для такого лица (Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 1/ под ред. А.П. Сергеева. М., 2013. С. 940.). Отрицательные последствия для правонарушителя, проистекающие из факта совершенного им правонарушения, составляют необходимый элемент всякой меры правовой ответственности и могут выражаться либо в замене неисполненной обязанности новой обязанностью, либо в присоединении к нарушенной обязанности новой, дополнительной обязанности, либо в лишении права, из которого вытекала нарушенная обязанность (Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., 1955. С. 14.). В рассматриваемой нами ситуации речь идет об отрицательных последствиях, выразившихся в лишении эксперта права на получение причитающегося вознаграждения за проведение экспертного исследования. Однако в литературе встречаются и иные позиции относительно правовой природы юридической ответственности. Например, С.Н. Братусь и О.Э. Лейст сущность ответственности усматривали в реализации санкции нормы права, а основное назначение ответственности видели в государственном принуждении к реальному исполнению обязанностей, а не в возложении добавочных обязанностей на лицо, совершившее правонарушение. (Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 130.; Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М., 1981. С. 82-89.).

ответственности является следствием неисполнения экспертом обязанности по представлению качественного экспертного заключения, существующей по отношению к суду.

Однако неисполнение экспертом его «договорной» обязанности по отношению к суду причиняет также вред сторонам судебного разбирательства, которые хотя и не состоят с экспертом в относительном правоотношении, но могут понести самые разнообразные убытки в результате подобного поведения эксперта.

Таким образом, если в данной главе речь шла об «охранительных притязаниях» суда, т.е. способах реагирования суда на некачественность экспертного исследования в виде возможности вынесения резолюции об отказе в выплате/уменьшении причитающегося эксперту вознаграждения, то следующая глава исследования посвящена «охранительным притязаниям» сторон дела, которые, вне зависимости от той или иной позиции суда, во-первых, не желают оплачивать услуги эксперта, которые фактически не были оказаны или были оказаны некачественно; во-вторых, могли претерпеть самые разнообразные убытки, вызванные небрежным исполнением судебным экспертом услуг по проведению экспертного исследования.

При этом под «охранительными притязаниями» сторон дела мы подразумеваем обсуждение вопроса о возможности предъявления заинтересованной стороной самостоятельного деликтного иска к эксперту, вытекающего из неисполнения судебным экспертом его обязанности по представлению суду экспертного заключения, отвечающего предъявляемым требованиям, что является умалением тех или иных охраняемых правом благ, принадлежащих сторонам дела. Анализу феномена деликтной ответственности судебного эксперта перед сторонами дела посвящена следующая глава.

Глава 3. К вопросу о деликтной ответственности судебного эксперта

§1. Процессуальное действие как основание деликтной ответственности на примере деликтов, совершаемых судебным экспертом

Наше исследование было бы отнюдь не полным, если бы мы в своих рассуждениях остановились исключительно на вопросах о способах реагирования суда на ненадлежащее исполнение судебным экспертом возложенных на него обязанностей в виде вынесения резолюции об отказе/уменьшении размера вознаграждения эксперта, ибо очевидно, что таковое причиняет вред сторонам судебного разбирательства, который может выражаться далеко не только в расходах на оплату услуг эксперта, но и в умалении иных признаваемых законом благ. В этой связи в рамках настоящей главы будет осуществлен анализ видов охраняемых правом благ, принадлежащих сторонам дела, которым судебный эксперт потенциально может причинить вред, что позволит нам, во-первых, определить специфические черты деликтов, за совершение которых эксперт может быть привлечен к гражданско-правовой ответственности; во-вторых, приблизиться к ответу на вопрос о том, является ли деликтная ответственность эксперта исключением из принципа генерального деликта.

Однако прежде чем мы перейдем к анализу возможных деликтов, совершаемых судебным экспертом, с позиций специфики умаляемых им благ, нельзя не задаться вопросом о том, может ли действие лица в процессе (процессуальное действие) в принципе рассматриваться как вредоносное (именно с материально-правовой точки зрения) и служить основанием возникновения деликтного обязательства?

Подавляющее большинство ученых ответит на этот вопрос отрицательно. Так, общепринятой является идея автономного существования материального и процессуального права, которая обусловлена принципиальными различиями между материальным и процессуальным правоотношениями.

Гражданское процессуальное нарушение выражается в неисполнении тех или иных гражданских процессуальных прав и обязанностей и рассматривается как юридический факт, влекущий гражданскую процессуальную ответственность.¹⁴² Конечно, гражданское процессуальное правонарушение может выступать основанием для применения таких форм гражданско-процессуальной ответственности, которые связаны с умалением имущественной сферы правонарушителя (например, отнесение судебных расходов на лицо, совершившее процессуальное правонарушение). Однако это не изменяет общего правила, согласно которому процессуальные правонарушения не порождают гражданско-правовую ответственность.¹⁴³

Обязательство из деликта традиционно рассматривается в доктрине не иначе как материально-правовое отношение, основанием которого являются факты, имевшие место до и вне процесса.¹⁴⁴

Нас же в рамках данной работы интересует вопрос о том, может ли деликтное обязательство возникнуть в ситуации, когда негативные для имущественной сферы лица последствия стали следствием процессуального поведения того или иного участника судебного разбирательства.

Иными словами, это вопрос о том, может ли действие субъекта процесса, оставаясь юридическим фактом процессуального права, одновременно выступать юридическим фактом материального права, направленным на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей? Не предпреляя окончательного ответа, здесь отметим лишь, что затронутая нами проблема является частным случаем совершенно неизученной, многогранной и крайне интересной темы, посвященной вопросам материально-правового значения процессуального поведения.¹⁴⁵

¹⁴² Зайцев И.М. Гражданская процессуальная ответственность//Государство и право.1999. №7. С. 93.; Чечина Н.А. Категория ответственности в советском гражданском процессуальном праве//Вестник Ленинградского университета. 1982. № 17. С.71-78.

¹⁴³ Данный тезис безусловен, поскольку и действующее законодательство знает примеры возмещения вреда, причиненного процессуальной деятельностью – например, гл. 18 УПК РФ.

¹⁴⁴ Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983. С. 9-13.

¹⁴⁵ Имеется в виду процессуальное поведение, выражающееся в процессуальных действиях нераспорядительного характера (т.е. в действиях, которые нельзя квалифицировать по ст. 39 ГПК РФ, ст.49 АПК РФ, поскольку тот факт,

В основе идеи о возможности причинения процессуальной деятельностью материально-правового вреда лежит принцип генерального деликта. С позиций действия принципа генерального деликта, который находит свое воплощение в ст. 1064 ГК РФ, всякий вред, в том числе вред, причиненный процессуальной деятельностью, подлежит возмещению, поскольку любое причинение вреда предполагается противоправным. Принцип генерального деликта можно воспринимать как универсальное положение о возмещении вреда, которое характеризуется предельной абстрактностью.

Общепризнанным в доктрине гражданского права является то обстоятельство, что обязательство из причинения вреда возникает при наличии следующих элементов фактического состава: 1) противоправность поведения (действия или бездействия) причинителя вреда; 2) вред на стороне потерпевшего; 3) причинная связь между противоправным поведением причинителя вреда и вредом, нанесенным потерпевшему; 4) вина причинителя вреда.¹⁴⁶ При этом в ряде случаев обязательство из причинения вреда может возникнуть в отсутствие таких элементов, как вина и противоправность (например, возмещение вреда, причиненного правомерными действиями; возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности и т.д.). Также общепризнанно, что при отсутствии вреда и причинной связи между поведением и вредом обязательство из причинения вреда возникнуть не может. Так, М.М. Агарков писал о том, что «вред и причинная связь между вредом и поведением причинителя вреда являются всегда и без исключения элементом фактического состава, порождающего обязательство возместить вред».¹⁴⁷ Иными словами, как минимум, в отсутствие вреда деликтное обязательство возникнуть не может. Нет вреда – нечего и возмещать.¹⁴⁸

что процессуальные действия по ст. 39 ГПК РФ, ст.49 АПК РФ имеют материально-правовое значение, никаких сомнений, разумеется, не вызывает).

¹⁴⁶ Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т.1. М., 2002. С.407.; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – 2-е изд. – М.: Статут, 2005. С.705.; Иоффе О.С. Избранные труды: в 4 т. Т. III. Обязательственное право. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. С. 766-767. Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951. С.6.

¹⁴⁷ Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т.1. – М., 2002. С.425.

¹⁴⁸ Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983. С. 58.

Как указывала Е.А. Флейшиц, «вредом называется уничтожение или умаление охраняемого правом блага. Такими благами являются разнообразные материальные вещи, а также нематериальные блага». ¹⁴⁹ Во всех случаях причинения вреда имеются в виду те неблагоприятные, отрицательные последствия, которые наступают при нарушении или ущемлении принадлежащих потерпевшему имущественных или личных неимущественных прав и благ. В таком широком понимании вред – это всякое умаление охраняемого правом блага. ¹⁵⁰

Иными словами, вред обнаруживается там, где установлены два обстоятельства: факт существования охраняемого правом блага и факт его умаления (уничтожения).

Таким образом, для того чтобы определить, может ли процессуальное действие причинить вред, необходимо установить, во-первых, охраняемое правом благо, которому причиняется вред, во-вторых, факт его уничтожения или умаления.

В дальнейшем, принимая во внимание цели и задачи настоящего исследования, мы сосредоточимся на поиске ответа на вопрос о том, может ли деятельность эксперта (субъекта специальных знаний) в процессе рассматриваться как вредоносная с гражданско-правовой точки зрения и выступать основанием возникновения деликтного обязательства?

Для этого мы на примере отдельных деликтов, которые может совершить судебный эксперт, проанализируем, каким именно ценностям (благам) в каждом конкретном случае причиняется вред, в чем заключаются специфические черты указанных случаев причинения судебным экспертом вреда и может ли причинение судебным экспертом вреда в рамках процессуальной деятельности выступать основанием возникновения деликтного обязательства.

¹⁴⁹ Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951 С.20

¹⁵⁰ Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983. С. 58.

Мыслимы, по крайней мере, следующие деликты, которые может совершить судебный эксперт:¹⁵¹

- А) повреждение или уничтожение объекта экспертного исследования;
- Б) деликт, возникший в результате дачи экспертом заведомо ложного заключения или заведомо ложных показаний;
- В) деликт, выразившийся в затягивании рассмотрения дела;
- Г) составление экспертом в результате допущенной небрежности некачественного заключения.

Рассмотрим каждый из них подробнее.

§ 1.1. Уничтожение (повреждение) экспертом объекта экспертного исследования

Согласно ст. 16 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» эксперт не вправе уничтожать объекты исследований либо существенно изменять их свойства без разрешения органа или лица, назначивших судебную экспертизу (аналогичное положение содержится в п. 3 ч. 4 ст. 57 УПК РФ).

Предположим, что в результате допущенной судебным экспертом ошибки происходит уничтожение объекта экспертного исследования, что делает невозможным дальнейшее проведение экспертизы. Возникает вопрос: могут ли стороны дела привлечь к деликтной ответственности судебного эксперта, неправомерные действия которого привели к уничтожению объекта экспертного исследования? Как представляется, для приближения к ответу на данный вопрос необходимо выяснить, каким именно ценностям в каждом конкретном случае причинен ущерб.

При решении вопроса о последствиях гибели или существенного повреждения объекта экспертного исследования в результате небрежных действий

¹⁵¹ Затонова Д.Ю. К вопросу о деликтной ответственности судебного эксперта // Арбитражные споры. 2017. № 3. С. 111 - 121.

судебного эксперта необходимо учесть, как минимум, два обстоятельства. Во-первых, будучи материальным объектом, объект экспертного исследования в ряде случаев может представлять собой имущественную ценность для лица, которому он принадлежал, что заставляет поставить вопрос о деликтном возмещении имущественного вреда. Во-вторых, если уничтожение объекта экспертного исследования исключило проведение экспертизы и соответственно установление с использованием специальных знаний искомого факта, возникает вопрос о допустимости возложения на эксперта обязанности по возмещению убытков, вызванных невозможностью доказать этот факт. Иными словами, возникает вопрос о том, может ли проигравшая дело сторона привлечь судебного эксперта к деликтной ответственности за убытки, вызванные утратой шанса (loss of chance) на выигрыш процесса.

Первая ситуация в полной мере охватывается понятием вреда как основания деликтной ответственности, поскольку представляет собой неблагоприятные для субъекта имущественные последствия, возникшие в результате повреждения или уничтожения принадлежащего ему имущества. Следовательно, гибель объекта экспертного исследования влечет необходимость привлечь эксперта к деликтной ответственности в размере причиненного им ущерба (т.е. стоимости погибшего предмета), что в полной мере отвечает основополагающей идее о том, что вред, причиненный личности или имуществу, подлежит возмещению в полном объеме лицом, его причинившим.

Вторая ситуация не так однозначна, поскольку речи о каком-либо «материализованном» вреде в данном случае идти не может. С позиций классических воззрений представляется абсолютно верным тезис о том, что возникновение деликтного обязательства в отсутствие вреда принципиально невозможно. Но неужели, если в результате уничтожения экспертом объекта экспертного исследования невозможно более провести экспертизу, подлежит возмещению лишь реальный ущерб, выразившийся в уничтожении объекта экспертного исследования как материального носителя? В редких случаях объект экспертного исследования может представлять какую-то ценность, тогда как

непреодолимое препятствие к установлению искомого факта в результате таких действий эксперта, очевидно, способно привести к значительным убыткам для сторон спора, которые, правда, не подпадают под понятие вреда как условия возникновения деликтного обязательства.¹⁵²

Какому охраняемому правом благу причиняется вред в случае, когда в результате допущенной экспертом ошибки невозможным становится установление требующего специальных знаний факта, входящего в предмет доказывания? Рискнем предположить, что в данном случае вред, причиненный судебным экспертом, выражается в умалении права на защиту.

Как указывала Е.А Флейшиц, характеризуя деликтные обязательства, подлежащий возмещению вред должен быть наличным, должно происходить убытие имущества потерпевшего.¹⁵³ Между тем, когда речь идет о повреждении вещи, экономическая убыль является видимой; с умалением субъективного права все намного сложнее, экономическая убыль не столь очевидна, однако это не означает, что такой специфический вред не должен быть возмещен.

Каждое субъективное гражданское право существует для того, чтобы доставлять человеку какое-либо имущественное или неимущественное благо, служащее удовлетворению его потребностей. С представлением о благе неразрывно связано понятие интереса. Определив субъективные права как «юридически защищенные интересы», Р. Иеринг указал в качестве неотъемлемого признака субъективного права наличие возможности у субъекта интереса

¹⁵² Эту проблематику осознавали еще римские юристы. Так, Ульпиан в 41-й книге «Комментариев к Сабину» указывал: «Тот, кто похищает документы или расписки, отвечает за кражу в размере стоимости не только самих табличек, но и того, что составляло интерес, относящийся к оценке той суммы, которая в этих документах содержится...». Надо отметить, что далее римские юристы шли еще дальше и ставили вопрос следующим образом: «...если кто-нибудь, имея другие доказательства и банковское письмо, претерпел кражу расписки, то должна ли сумма расписки быть оценена в двойном размере? И неужели нет, как будто нет никакого интереса? Насколько же это важно, если он может доказать наличие долга иным образом, как если бы документ был записан на двух таблицах? Ведь очевидно, что он ничего не теряет, если будет так, что кредитор остается в безопасности благодаря другой, сохранившейся, расписке» (D.47.2.27. Дигесты Юстиниана. Перевод с латинского. Т. 7: Полутом 1: Кн. 45 - 47 - М.: Статут, 2005. С. 378-443). Таким образом, если имелись другие доказательства уплаты денег, помимо уничтоженной или украденной расписки, то сумма возмещения ограничивалась размером стоимости таблички; если же уничтоженная расписка являлась единственным доказательством существования долга, помимо возмещения стоимости украденной таблички, истец может предъявить «иск о краже в отношении того, что представляет интерес» (пользуясь терминологией римского права).

¹⁵³ Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М.,1951. С.25.

защищать его.¹⁵⁴ Следовательно, если субъект права утрачивает возможность защищать принадлежащее ему право, происходит нарушение субъективного права.

Распространенной в доктрине является позиция о том, что субъективное гражданское право состоит из трех элементов: права на собственные действия, права требовать определенного поведения от обязанных лиц, права на защиту. Так, В.П. Грибанов рассматривает право на защиту в его материально-правовом значении как одно из правомочий самого субъективного гражданского права, представляющего собой возможность применения в отношении правонарушителя мер принудительного воздействия.¹⁵⁵ При этом, по мнению исследователя, содержание права на защиту определяется требованием управомоченного лица к правонарушителю или лицу, оспаривающему интерес, а равно требованием к юрисдикционному органу. Содержанием права на защиту является требование, состоящее из двух видов возможностей: материально-правовых и процессуальных. Материально-правовая составляющая права на защиту представляет собой право на иск в материальном смысле, то есть право не только на предъявление, но и на удовлетворение иска.

Примечательно, что подобного рода рассуждения можно встретить у римских юристов. В книге девятой Дигестов Юстиниана встречаем следующие рассуждения Павла: «Если я заявляю, что у меня уничтожили мою собственноручную расписку, где под текстом условия была указана сумма денег, которую мне должны при определенном условии, и я способен подтвердить это свидетельством тех, кто мог даже отсутствовать в момент выполнения условия, то я должен выиграть дело по закону Аквилія, если смогу убедить судью в справедливости моих слов».¹⁵⁶ Расписка с точки зрения ее доказательственного значения является доказательством существования долга, и если она была

¹⁵⁴ Иеринг. Интерес и право. Ярославль, 1880. С.68. О понятии субъективного права в трудах Р. Иеринга см.: Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Общая часть. (1911) М., 2003. С.382-384.

¹⁵⁵ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972 С. 154-155.

¹⁵⁶ Комментарий к Аквиліеву закону (D.9.2.40). Дигесты Юстиниана. Перевод с латинского. Т. 2: Кн. 5 - 11. - М., 2002. С.390-436.

уничтожена, то вред был причинен именно праву на защиту, то есть праву получить удовлетворение заявленного иска (праву на иск в материальном смысле).

Некоторые авторы, наоборот, рассматривают право на защиту в качестве самостоятельного охранительного субъективного гражданского права.¹⁵⁷ По мнению Е.А. Крашенинникова, содержание права на защиту в общем виде включает две конкретные охранительные возможности: применения охранительных мер самим управомоченным и притязания к правонарушителю.¹⁵⁸

Таким образом, если под правом на защиту понимать самостоятельное субъективное право, то вред, причиненный ему, будет выражаться в умалении данного субъективного права; если считать, что право на защиту входит в состав любого субъективного гражданского права в качестве одного из его элементов, то надо допустить возможность причинения вреда субъективному праву путем умаления правомочия защищать его.

Надо отметить, что в литературе такой подход не встречается: исследователи, как правило, не относят умаление права на защиту к случаям причинения вреда субъективному праву. Так, Д.И. Мейер писал: «Под нарушением права разумеется юридическое действие, направленное со стороны его автора к стеснению другого лица в осуществлении права. Говоря о нарушении права, мы представляем себе право целостью, нарушение же права – повреждением этой целости. Но так как право составляет достояние отвлеченного субъекта – право, как понятие, принадлежит лицу, как юридическому существу, то собственно, о вещественном нарушении права не может быть и речи: если я имею право требовать 1000 руб. по займу и должник не платит, то все-таки мое право существует; следовательно, право так крепко, что, собственно говоря, не может быть речи о его повреждении, разрушении. Но осуществление права может встретить препятствия со стороны какого-либо другого лица, не имеющего на то прав».¹⁵⁹ По мнению Е.А. Флейшиц,

¹⁵⁷ Крашенинников Е.А. Структура субъективного права и права на защиту//Проблема защиты прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1979. Вып 4. С. 73-82. Мотовиловкер Е.Я. Теория регулятивного и охранительного права. Воронеж, 1990. С. 57-60.; Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Л, 1968. С. 25.

¹⁵⁸ Крашенинников Е.А. Структура субъективного права и права на защиту//Проблема защиты прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1979. Вып 4. С. 80.

¹⁵⁹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Т.1. М., 1997. С. 213.

нарушение субъективного права может выразиться в воспрепятствовании осуществлению этого права или в совершении действий, вызывающих прекращение права.¹⁶⁰

Полагаем, что под нарушением субъективного права следует также понимать воспрепятствование осуществлению правомочия на защиту данного субъективного права. Ситуация с уничтожением экспертом объекта экспертного исследования, в результате чего дальнейшее производство экспертизы становится невозможным – лучшая иллюстрация данного тезиса.

Каждому субъективному праву противостоит обязанность определенного контрсубъекта. Возникает вопрос: обязанность какого субъекта корреспондирует субъективному праву на защиту? Право на защиту субъекту гарантирует государство в лице суда (ч.1 ст. 45 Конституции РФ). Это заставляет задуматься над тем, не стоит ли рассматривать уничтожение судебным экспертом объекта экспертного исследования не только в качестве деликта, совершенного экспертом, но также в качестве деликта государства в лице суда, которое в конечном итоге и является «обязанным» лицом, не сумевшим обеспечить лицу реализацию права на защиту субъективного права? При таком подходе убытки, возникшие из-за небрежного исполнения экспертом своих обязанностей, должны быть отнесены на государство, которое затем вправе предъявить регрессный иск непосредственно к эксперту. Однако в контексте де-факто действующего иммунитета государства за вред, причиненный при отправлении правосудия, подобная конструкция вряд ли возможна. Более того, с позиций целесообразности нет необходимости в построении столь многоступенчатой, опосредованной фигурой государства системы возмещения вреда, поскольку это лишь усложнит и без того непростую сущность правоотношений, связывающих суд и эксперта.

Общепризнанной в отечественной литературе является точка зрения, согласно которой деликтные обязательства возникают в результате нарушения абсолютных прав, будь то имущественные права (например, право собственности)

¹⁶⁰ Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951 С.25.

или личные нематериальные блага (жизнь, здоровье, телесная неприкосновенность, честь, достоинство, деловая репутация и т.д.). Деликтные обязательства возникают, если потерпевший и причинитель вреда не состоят между собой в договорных отношениях, а если и состоят, то причиненный вред является результатом действий, не связанных с нарушением существующих договорных обязательств. Поэтому деликтные обязательства возникают не при нарушении относительных прав, а по общему правилу при нарушении абсолютных прав, в результате которых у потерпевшего возникает имущественный или неимущественный (моральный) вред.¹⁶¹ Таким образом, деликтное право призвано защищать абсолютные права. Такова наиболее распространенная позиция в доктрине относительно сущности деликтных обязательств.¹⁶² С этих позиций возмещение убытков, причиненных небрежностью судебного эксперта и выражающихся в нарушении права лица на защиту субъективного права, не вполне вписывается в конструкцию деликтного обязательства, поскольку речь не идет о нарушении экспертом какого-либо абсолютного права потерпевшего. Подобные интересы скорее защищаются средствами договорного права, нежели деликтного.

Однако вдумчивый анализ ст. 1064 ГК РФ показывает, что позиция ученых, отстаивающих идею о том, что деликтные обязательства возникают исключительно в результате нарушения абсолютных прав, находится в противоречии с буквальным

¹⁶¹ Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 3/ под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2007. С.4.; Белов В. А. Гражданское право. Общая и Особенная часть: Учебник. М, 2003. С. 864. Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 3/ под ред. А.П. Сергеева. М., 2011. С. 8-9., Гражданское право: учебник / под ред. О.Н. Садикова. М., 2007. Т2. С. 446., Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983. С. 27.

¹⁶² Отметим, что в литературе последних лет наметилась тенденция, совершенно справедливо ставящая под сомнение данный традиционный взгляд (Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота. - М., 2005. С. 60., Гутников О. В. Деликтная ответственность за нарушение относительных прав: перспективы развития в российском праве [Электронный ресурс] // Закон. - 2017. - № 1. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021), Сеницын С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав [Электронный ресурс] // Вестник гражданского права. - 2015. - № 1. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021). Возрос и интерес к трудам дореволюционных и советских исследователей, которые отстаивали тезис о том, что защите с помощью норм деликтного права подлежат также имущественные (относительные) права (Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Том I. Введение и Общая часть. СПб., 1901. С. 582.; Райхер В.К. Абсолютные и относительные права: К проблеме деления хозяйственных прав. Л., 1928. С.295.). Тот факт, что признание абсолютной защиты относительных прав является одной из тенденций развития гражданского права, подтверждается также содержанием модельных правовых актов – см. п. 3 ст. 2:102 Принципов европейского деликтного права (Principles of European tort law: text and commentary// European Group on Tort Law. – Vienna, 2005. P. 258.).

истолкованием закона.

Согласно п. 6 ч. 1 ст. 8 ГК РФ основанием возникновения гражданских прав и обязанностей является причинение вреда другому лицу. Ст. 1064 ГК РФ также говорит о том, что «вред, причиненный личности или имуществу..., подлежит возмещению». Нигде в кодексе не сказано при этом, что основанием возникновения деликтного обязательства является причинение вреда другому лицу, явившееся следствием нарушения его абсолютных прав. Более того, употребление термина «имущество» в ст. 1064 ГК РФ неизбежно наводит на мысль о том, что данную норму следует истолковать в системе с положением, предусмотренным ст. 128 ГК РФ, где под «имуществом» понимают, среди прочего, имущественные права.¹⁶³ В этом смысле нет оснований для того, чтобы толковать ст. 1064 ГК РФ ограничительно и считать основанием возникновения деликтного обязательства причинение вреда лишь абсолютным имущественным правам (таким, как право собственности).

Позицию о том, что имущественные права также подлежат защите с помощью норм деликтного права высказывал еще известный дореволюционный цивилист К.Н. Анненков.¹⁶⁴

В настоящее время подобного подхода придерживаются законодатели многих европейских государств, в частности, Германии и Франции¹⁶⁵. Более того, признание абсолютной защиты относительных прав является одной из тенденций развития гражданского права, что подтверждается и текстом модельных правовых актов¹⁶⁶.

Примечательно и то, что случаи деликтной ответственности за нарушение относительных прав известны современному российскому правопорядку. Так,

¹⁶³ На необходимость расширительного толкования понятия «имущество» в норме, устанавливающей основы деликтного возмещения вреда, обратил внимание еще В.К. Райхер. (Райхер В.К. Абсолютные и относительные права: К проблеме деления хозяйственных прав. Л., 1928. С. 300.)

¹⁶⁴ Анненков К. Н. Система русского гражданского права. Том I. Введение и Общая часть. СПб., 1910. С. 582.

¹⁶⁵ Сеницын С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав [Электронный ресурс] // Вестник гражданского права. - 2015. - № 1. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс»

¹⁶⁶ Указание на то, что имущественные и личные неимущественные права подлежат широкой защите были включены в текст п. 3 ст. 2:102 Принципов европейского деликтного права (Principles of European tort law : text and commentary. P. 258.).

концепция абсолютной защиты относительных прав была использована Высшим Арбитражным Судом РФ в п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31.05.2011 № 145 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о возмещении вреда, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами». К Российской Федерации были предъявлены иски о возмещении имущественного вреда, причиненного неправомерными действиями судебного пристава-исполнителя в ходе исполнительного производства. Основанием для удовлетворения иска послужило то, что в результате не соответствующих закону «Об исполнительном производстве» действий сотрудников ФССП правам кредиторов был нанесен вред, состоящий в утрате возможности взыскания долга за счёт имущества должника.

Г.Ф. Шершеневич понимал под гражданским правонарушением недозволенное действие, нарушающее чужое субъективное право причинением имущественного вреда. При этом цивилист особо подчеркивал, что «недостаточно действия, нарушающего нормы объективного права, - необходимо еще нарушение субъективного права. Без этого условия правонарушение может иметь какие-либо иные последствия, но не обязанность возмещения вреда».¹⁶⁷ В этом же духе рассуждает и В.В. Витрянский: «...условие противоправности относится не к действиям (бездействию) должника, а к самому нарушению субъективных гражданских прав... Таким образом, противоправность допущенного нарушения субъективного гражданского права относится к числу необходимых условий гражданско-правовой ответственности».¹⁶⁸

Иного мнения придерживается Ю.Б. Фогельсон, который приводит следующий пример: водитель нарушил правила дорожного движения, в результате ДТП был причинен вред автомашине другого лица. Объективная противоправность действий нарушителя налицо, ибо он не исполнил своей обязанности по соблюдению правил дорожного движения. «Однако нельзя сказать, - подчеркивает Ю.Б. Фогельсон, - что виновник ДТП не исполнил какой-то своей гражданской

¹⁶⁷ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С.509.

¹⁶⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2011. С.714 -715.

обязанности перед потерпевшим и нарушил его субъективное право», поскольку «...сама обязанность по соблюдению правил дорожного движения – не гражданско-правовая, а административная и установлена она в интересах не частного лица, а общества в целом».¹⁶⁹ Как видим, Ю.Б. Фогельсон полагает, что для возникновения деликтного обязательства достаточно, чтобы вред был причинен в результате неисполнения причинителем вреда любой своей обязанности, а не только в результате неисполнения правовой обязанности именно перед потерпевшим посредством нарушения какого-либо субъективного права потерпевшего. Из этого следует, с одной стороны, что для возникновения деликтного обязательства достаточно просто причинения вреда, т.е. объективной противоправности поведения.¹⁷⁰ С другой стороны, это означает, что деликтное обязательство может возникнуть и как следствие причинения вреда в результате неисполнения обязанности не перед потерпевшим, а перед иным лицом. Это непосредственно подводит нас к мысли о том, что обязательство по возмещению вреда может возникнуть вследствие причинения вреда третьему лицу в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения причинителем вреда обязанности из относительного правоотношения перед своим контрагентом. Но может ли неисполнение обязанности из относительного правоотношения причинять вред третьему лицу?

Господствующий взгляд в доктрине состоит в том, что абсолютные (вещные) права имеют «внешнее» действие (против неограниченного круга третьих лиц, против всех), тогда как относительные (обязательственные) права имеют лишь «внутреннее» действие (между сторонами).

¹⁶⁹ Фогельсон Ю.Б. Избранные вопросы общей теории обязательств: Курс лекций. М., 2001. С.143-144. Хотя Ю.Б.Фогельсону можно и возразить, указав, что пассивной обязанностью всех третьих лиц по отношению к лицу управомоченному является обязанность воздерживаться от причинения вреда собственности, которую и нарушает виновник ДТП, причиняя вред автомобилю, принадлежащему потерпевшему.

¹⁷⁰ К аналогичному выводу приходит и А.О. Рыбалов, который полагает, что положительное право не содержит такого условия возникновения деликтного правоотношения, как причинение вреда путем неисполнения обязанности именно из абсолютного правоотношения. Автор приводит в качестве иллюстрации данного тезиса пример с причинением вреда бездействием обязанного лица (Рыбалов А.О. Проблемы классификации гражданских правоотношений: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, 12.00.03. - СПб., 2007. С.190.).

В.К. Райхер поставил под сомнение этот традиционный взгляд, обратившись к проблеме «внешнего», «отраженного» действия относительных прав. Относительное правоотношение, по мнению В.К. Райхера, «не замыкается в своем действии исключительно рамками взаимоотношений между его непосредственными участниками (субъектами данного правоотношения), но имеет значительно более широкую «сферу влияния», действует, в той или иной мере, и по адресу всех «третьих», «прочих» лиц. Но – в отличие от прав абсолютных – это действие относительных прав на «третьих» лиц является не прямым, непосредственным, а косвенным, посредственным, «отраженным»¹⁷¹. Действие обязательственного права против всех «третьих» лиц В.К. Райхер видел в том, что обязательственное право (так же, как и вещное) может быть нарушено любым третьим лицом (а не только должником), а потому должно защищаться и против нарушений со стороны третьих лиц.¹⁷²

М.М. Агарков в этой связи указывал на необходимость строго различать два разных правоотношения: а) между кредитором и должником (оно может быть нарушено только должником); б) между кредитором и всяким и каждым (оно может быть нарушено всяким и каждым). В первом случае мы будем иметь обязательственное правоотношение, во втором – особое абсолютное право.¹⁷³

¹⁷¹ Райхер В.К. Абсолютные и относительные права: К проблеме деления хозяйственных прав. Л., 1928. С. 295. Ученый полагал, что к числу тех элементов «внешнего действия», которые свойственны лишь некоторым видам обязательственных прав, принадлежат: 1) право следования, 2) преимущественный (в частности, перед залоговыми правами) характер, 3) право старшинства. К числу же элементов «внешнего действия», присущих, как общее правило, всем обязательственным правам В.К. Райхер относил: 1) действие обязательственного права против других кредиторов того же должника; 2) действие обязательственного права против всех «третьих» лиц. (Райхер В.К. Абсолютные и относительные права: К проблеме деления хозяйственных прав. Л., 1928. С. 298.)

¹⁷² В качестве примера отраженного действия обязательственных прав на третьих лиц и деликтного нарушения их последними ученый приводил следующие ситуации: 1) продавец индивидуально-определенной вещи просрочил передачу ее покупателю; он несет риск ее гибели, уже не будучи собственником; в это время третье лицо деликтным образом уничтожает вещь; здесь нанесен удар не вещно-правовой, а обязательно-правовой позиции продавца: уничтожено обязательство покупателя уплатить и, следовательно, право продавца требовать уплаты покупной цены; 2) покупатель вещи, определенной родовыми признаками, просрочил принятие предложенного ему продавцом экземпляра; он несет риск гибели этого экземпляра, еще не став собственником его; деликтное уничтожение этого экземпляра третьим лицом причиняет здесь урон не вещно-правовой, а обязательно-правовой позиции покупателя: уничтожено обязательство продавца передать, а следовательно, и право покупателя требовать передачи имущества, хотя осталось в силе обязательство его уплатить покупную цену. В.К. Райхер полагал, что кроме деликтных воздействий третьих лиц на чужие обязательственные права, возможны и воздействия не-деликтного характера, от коих тоже существует защита (например, право оспаривания кредитором сделок, заключенных его должником с третьими лицами). (Райхер В.К. Абсолютные и относительные права: К проблеме деления хозяйственных прав. Л., 1928. С. 300-302.)

¹⁷³ Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Т.1. М., 2002. С.201.

О.С. Иоффе, соглашаясь с В.К. Райхером в том, что принцип всеобщей охраны отнюдь не составляет отличительной особенности вещных прав и присущ всякому правоотношению как общественному отношению, независимо от того, является ли оно по своей структуре абсолютным или относительным, вещным или обязательственным, уточнял при этом, что обязательственные права приобретают значение для третьих лиц не только в силу принципа их всеобщей защиты, но также вследствие отраженного действия, которое они оказывают на права и правовые возможности третьих лиц. «Таким образом, – подводит итог О.С. Иоффе, – на всех третьих лиц может быть возложена только пассивная функция, являющаяся следствием всеобщей защиты субъективных прав, тогда как на контрагента по обязательству может быть возложена и пассивная и активная функции... Возложение пассивной обязанности на всех других лиц в относительных правах есть результат не только наличия прав на стороне управомоченного, но и наличия обязанностей на стороне его контрагента. Третьи лица не должны препятствовать осуществлению его права и исполнению обязанности его контрагентом; но возлагаемая на них обязанность имеет второстепенное значение для управомоченного, по сравнению со значением, которое для него имеет обязанность его контрагента».¹⁷⁴

Е.А. Флейшиц также признавала, что «в целом ряде случаев третье лицо в состоянии своим действием нарушить обязательственное право или даже вызвать его прекращение. В таких случаях должен быть возмещен вред, причиненный нарушением или прекращением права».¹⁷⁵

Сходной является и позиция В.В. Байбака, который, рассуждая об абсолютном характере защиты права на требование, полагал, что наряду с классической относительной защитой требования кредитора, которая реализуется, например, посредством применения мер договорной ответственности к неисправному должнику, существует и абсолютная защита права на требование,

¹⁷⁴ Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 618-619.

¹⁷⁵ Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М., 1951. С. 37.

которая обеспечивается, в частности, мерами деликтной ответственности, применяемыми при любом постороннем посягательстве на требование.¹⁷⁶

Как видим, вышеупомянутые исследователи, говоря об «отраженном» действии обязательственного правоотношения на третьих лиц, имеют в виду главным образом обязанность третьих лиц воздерживаться от совершения действий, препятствующих осуществлению прав и исполнению обязанностей сторонами обязательственного правоотношения.

Пытаясь провести демаркационную линию между деликтной и договорной ответственностью, Е.А. Флейшиц отмечала: «... в случаях, когда между лицом, об ответственности которого идет речь, и потерпевшим существует обязательство, возникшее из договора, из административного акта планирования или из иного, предусмотренного законом основания, надо чтобы противоправное действие, которым причинен вред, не было неисполнением такого обязательства. ...Причем под деликтом понимается причиняющее имущественный вред противоправное действие, не представляющее собой неисполнения обязательства».¹⁷⁷

Рассматриваемая нами в рамках настоящего параграфа ситуация согласуется с вышеуказанным тезисом Е.А. Флейшиц. Под деликтом может пониматься также причиняющее стороне судебного разбирательства вред, выражающийся в умалении права на защиту, противоправное действие судебного эксперта, которое одновременно является неисполнением обязательства, имеющегося у эксперта перед судом, а не перед стороной. Иными словами, неисполнение судебным экспертом обязанностей перед судом причиняет вред стороне судебного разбирательства, являющейся третьим лицом по отношению к правоотношению, связывающему суд и эксперта.

Это верно еще и с точки зрения цели проведения судебной экспертизы: да, безусловно, эксперт связан процессуальными правоотношениями с судом, однако экспертиза проводится не ради суда, а ради сторон дела в конечном итоге, которые

¹⁷⁶ Байбак В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота. М., 2005. С. 60.

¹⁷⁷ Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения. М., 1951. С.6.

заинтересованы в установлении посредством производства экспертизы искомого факта, без чего не может быть реализовано их право на судебную защиту.

Таким образом, противоправное действие эксперта, выразившееся в повреждении или уничтожении объекта экспертного исследования, в результате чего невозможно установить искомый факт с использованием специальных знаний, характеризуется тем, что (1) причиненные экспертом убытки заключаются в умалении права на судебную защиту и не подпадают под понятие «материализованного» вреда как условия деликтной ответственности; 2) они не являются следствием нарушения абсолютных прав потерпевшего; 3) рассматриваемая ситуация специфична тем, что находится на стыке ответственности из относительных отношений и деликтной ответственности, поскольку неисполнение или ненадлежащее исполнение судебным экспертом возложенных на него обязанностей, проистекающих из правоотношения с судом, причиняет тот или иной вред третьему лицу (стороне судебного разбирательства).

§ 1.2. Дача экспертом заведомо ложного заключения или заведомо ложных показаний как основание возмещения причиненного вреда

Представляется, что беспристрастность, независимость судебного эксперта следует рассматривать в качестве одной из составляющей права на справедливое судебное разбирательство (ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, ст. 46 Конституции РФ).

Надо признать, что из буквального текста ст. 6 Европейской конвенции это не следует: речь идет о беспристрастности и независимости суда, но не эксперта. Однако если проанализировать практику ЕСПЧ по отдельным делам, становится понятно, что право на справедливое публичное разбирательство не может быть гарантировано при отсутствии обеспечения беспристрастности и независимости эксперта, участвующего в рассмотрении дела.

Согласно подходам ЕСПЧ отсутствие беспристрастности со стороны эксперта вместе с его положением и ролью в судебном разбирательстве может склонить чашу весов в процессе в пользу одной из сторон в ущерб другой, в

нарушение принципа равенства сторон (например, дело *Sara Lind Eggertsdottir v Island*, §53). В деле *Mantovanelli v France* тот факт, что заявители не смогли эффективно выразить свое мнение о выводах, содержащихся в заключении эксперта, которое являлось основным доказательством, привел к нарушению п. 1 ст. 6 Конвенции. В деле *Augusto v France* отказ в раскрытии заключения назначенного врача о наличии медицинских оснований для получения социального обеспечения заявителем, которое, вероятно, оказало решающее влияние на судебное решение, нарушил п. 1 ст. 6 Конвенции, хотя это заключение не являлось обязательным для судьи в соответствии с законом.

При этом ЕСПЧ в целом ряде решений особо подчеркивает, что эксперт может занять преимущественное положение в судебном разбирательстве и оказывать значительное влияние на судебную оценку (см., например, *Yvon v France*, § 37). Без привлечения в процесс в необходимых случаях сведущих лиц, а также правильного исследования и оценки результатов проведенных по делу экспертиз справедливое судебное разбирательство, а значит, и обеспечение права на судебную защиту будут невозможны.

Таким образом, право на разбирательство дела независимым и беспристрастным судом включает в себя в том числе право на независимого и беспристрастного эксперта. В этом смысле составление судебным экспертом заведомо ложного заключения однозначно свидетельствует о нарушении права на справедливое судебное разбирательство.

Имеются также основания для вывода о том, что дача экспертом заведомо ложного заключения или заведомо ложных показаний представляет собой умаление субъективного права на защиту, речь о котором шла в предыдущем параграфе, – оно оказывается «заблокированным» на время, пока не будет установлена заведомая ложность заключения.

В литературе применительно к анализу ст. 307 УК РФ указывается, что общественная опасность заведомо ложного заключения или заведомо ложных показаний эксперта выражается в том, что эти действия могут привести к принятию

ошибочных процессуальных решений органами, осуществляющими правосудие, нарушить права и интересы граждан, участвующих в судопроизводстве.¹⁷⁸

В случае причинения вреда судебным экспертом, составившим заведомо ложное экспертное заключение (что подтверждено вступившим в законную силу приговором суда), потерпевший (ст. 42 УПК РФ) по правилам о деликтах вправе требовать от эксперта возмещения причиненного преступлением вреда, в том числе вреда имущественного.

При этом в соответствии с п. 3 ст. 1083 ГК РФ наличие умысла причинителя вреда исключает саму постановку вопроса о возможности уменьшения размера возмещения. Поскольку состав преступления, предусмотренного ст. 307 УК РФ, предполагает прямой умысел эксперта, нет никаких оснований отступить от принципа полного возмещения причиненного вреда, ибо речь идет не просто о допущенной небрежности при составлении заключения, а об умышленном причинении вреда.

С этой точки зрения к эксперту, давшему заведомо ложное заключение, может быть предъявлен самостоятельный деликтный иск, вытекающий, к примеру, из невозможности осуществить поворот исполнения судебного решения.

Эти убытки, которые, впрочем, как и в примере с небрежным уничтожением объекта экспертного исследования и невозможностью проведения повторной экспертизы, вряд ли можно отнести к «материализованному» вреду, возникшему в результате нарушения абсолютного права потерпевшего, следует в полном объеме возложить на эксперта, поскольку он умышленно пошел на составление заведомо ложного заключения.

Должно ли государство отвечать за вред, причиненный судебным экспертом, давшим заведомо ложное заключение? Является ли причинение судебным экспертом вреда «составляющей» вреда, причиненного при отправлении правосудия?

¹⁷⁸ Уголовное право России. Особенная часть / Под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, А.И. Бойцова. – СПб, 2010. С.1390.

Согласно ст. 53 Конституции РФ каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц. Развивают данное конституционное положение ст.ст. 1069, 1070 ГК РФ, Постановление Конституционного Суда РФ от 25.01.2001 № 1-П.

По смыслу обозначенных норм вред, причиненный участнику процесса, возмещается не должностными лицами, в причинной связи с действиями которых этот вред образовался, и не органами государства, на службе в которых названные должностные лица состоят, а государством, причем независимо от вины должностных лиц. При этом вред, причиненный при осуществлении правосудия, возмещается в случае, если вина судьи установлена приговором суда, вступившим в законную силу (п.2 ст. 1070 ГК РФ). Из последнего правила есть, по крайней мере, два исключения.

Первое исключение – это положение п. 1 ст. 1070 ГК РФ, согласно которому в случаях, прямо поименованных в законе, ответственность государства за вред, причиненный нарушениями судей, наступает независимо от установления вины конкретного судьи (в том числе незаконное осуждение, незаконное привлечение к уголовной ответственности, незаконное применение в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде).

Второе исключение было выработано практикой КС РФ, который в Постановлении КС РФ от 25 января 2001 г. № 1-П истолковал словосочетание «акты правосудия», содержащееся в п. 2 ст. 1070 ГК РФ, разделив все судебные акты на две группы: (1) судебные акты, разрешающие дело по существу, где суд определяет действительное материально-правовое положение сторон, то есть акты правосудия, и (2) судебные акты, которые хотя и принимаются в гражданском судопроизводстве, но которыми дела не разрешаются по существу и материально-правовое положение сторон не определяется, то есть акты, решающие процессуальные вопросы. Как указывает КС РФ, общее правило п. 2 ст. 1070 ГК РФ, согласно которому государство возмещает вред во всех случаях, когда он причинен преступным деянием судьи, подтвержденным приговором суда,

применяется к актам правосудия, но не к актам, решающим процессуальные вопросы. Применительно к последним КС РФ пришел к выводу, что положение о вине судьи, установленной приговором суда, не может служить препятствием для возмещения вреда, причиненного действиями (или бездействием) судьи в ходе осуществления гражданского судопроизводства, в случае если он издает незаконный акт (или проявляет противоправное бездействие) по вопросам, определяющим не материально - правовое (решение спора по существу), а процессуально-правовое положение сторон. В таких случаях, в том числе в случае противоправного деяния судьи, не выраженного в судебном акте (нарушение разумных сроков судебного разбирательства, иное грубое нарушение процедуры), его вина может быть установлена не только приговором суда, но и иным судебным решением. При этом не действует положение о презумпции вины причинителя вреда, предусмотренное п. 2 ст. 1064 ГК РФ. Применительно к категории судебных актов, решающих процессуально-правовые вопросы, КС РФ указал, что основания и порядок возмещения государством вреда, причиненного такими актами, подлежит законодательному регулированию. Примечательно, что адресованные законодателю требования КС РФ о реформировании п. 2 ст. 1070 ГК РФ до сих пор остались не исполненными, за исключением установления оснований и порядка возмещения вреда, причиненного неразумными сроками судебного разбирательства путем принятия ФЗ от 30.04.2010 № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» (далее – ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок»).

Вышеуказанное свидетельствует о том, что в силу действующего законодательства гражданско-правовая ответственность государства за вред, причиненный при осуществлении правосудия, ограничивается исключительно возмещением (при ряде условий, о которых речь шла ранее) вреда, причиненного судьей. Гражданско-правовая ответственность государства за действия иных лиц, в той или иной степени вовлеченных в процесс исполнения государственных функций по осуществлению правосудия, не может быть безграничной, у нее

имеются объективные границы, за пределами которых находится ответственность судебного эксперта, давшего заведомо ложное заключение, который не является ни служащим, ни должностным лицом органа судебной власти, а потому государство не несет ответственности за его неправомерные действия.

§ 1.3. Затыгивание экспертом сроков рассмотрения дела

Может ли с судебного эксперта в пользу стороны дела быть взыскана компенсация за фактическую потерю времени в случае, если будет установлено, что судебный эксперт затыгивал сроки рассмотрения и систематически противодействовал правильному и своевременному рассмотрению дела, чем причинил вред не только правосудию, но и стороне спора?

Право на разумный срок судебного разбирательства является составляющей права на справедливое публичное разбирательство (ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

Рассматривая вопрос о соблюдении разумного срока судебного разбирательства, ЕСПЧ неоднократно отмечал, что основная ответственность за задержку судебного разбирательства в связи с проведением экспертизы возлагается на государство, поскольку именно в обязанности национальных судов входит обеспечение того, чтобы избежать необоснованных задержек судебного разбирательства из-за несвоевременного проведения экспертиз по делу. Суды могут и должны использовать инструменты, определенные внутригосударственным законодательством, для осуществления контроля над судебным производством. Соответственно, судебные органы несут наибольшую ответственность за задержки в получении заключения эксперта.

ЕСПЧ в целом ряде дел усматривал нарушение п.1 ст. 6 Конвенции в связи с чрезмерной длительностью судебного разбирательства в ситуациях несвоевременного назначения экспертиз и выбора экспертных организаций или учреждений, чрезмерной продолжительности проведения экспертиз, отсутствием каких-либо строгих сроков их проведения и соответствующего контроля суда,

несвоевременного представления экспертам необходимых материалов и документов для сравнительного исследования и т.д. (см. Постановления ЕСПЧ по делам «Капуано против Италии», «Поспех против РФ», «Марченко против РФ», «Рольгезер и др. против РФ», «Саламатина против РФ», «Волович против РФ», «Глазков против РФ», «Кесьян против РФ»).

Тезис ЕСПЧ о том, что основная ответственность за задержку, вызванную экспертизами, полностью лежит на государстве, не поколебал и довод властей РФ о том, что задержка в производстве экспертизы была вызвана «неоплатой сторонами» соответствующих услуг экспертов (Постановление ЕСПЧ по делу «Поспех против РФ», «Рольгезер и др. против РФ»).

Данный подход ЕСПЧ опять же позволяет нам поставить вопрос о том, может ли деликт, совершенный экспертом, чьи нарушения при производстве экспертизы повлекли необоснованные задержки судебного разбирательства, рассматриваться как деликт государства в лице суда, которое не смогло гарантировать участнику процесса право на разумный срок судебного разбирательства, хотя обладало для этого всеми возможными средствами.

В целях реализации положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод в части обеспечения права на разумный срок судебного разбирательства был принят ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок». Федеральным законом от 30.04.2010 № 69-ФЗ УПК РФ, ГПК РФ, АПК РФ были дополнены статьей 6.1., посвященной вопросам разумного срока судопроизводства.

Согласно п. 3 ст. 1 ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок» присуждение компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок не зависит от наличия либо отсутствия вины суда, органов уголовного преследования, органов, на которые возложены обязанности по исполнению судебных актов, иных государственных органов, органов местного самоуправления и их должностных лиц.

Компенсация за нарушение права на судопроизводство в разумный срок присуждается за счет средств федерального бюджета (п. 2 ст. 4 указанного ФЗ).

При этом присуждение компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок не препятствует возмещению вреда в соответствии со ст.ст. 1069, 1070 ГК РФ.

В соответствии с п. 6 ст. 1 ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок» органы, уполномоченные от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования на исполнение решений суда, арбитражного суда о присуждении компенсации за нарушение права на исполнение судебного акта в разумный срок, имеют право предъявить регрессное требование к органу или должностному лицу, по вине которого допущено такое нарушение.

Учитывая, что принятие ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок» во многом явилось реакцией на ряд принятых против Российской Федерации Постановлений ЕСПЧ, в которых суд констатировал нарушение права на справедливое судебное разбирательство в связи с нарушением права на разумный срок разбирательства по делу, представляется, что положения указанного закона не должны восприниматься в отрыве от идеи ЕСПЧ о том, что необоснованная задержка судебного разбирательства в связи с проведением экспертизы составляет деликт государства в лице суда, уполномоченные органы которого, выплатив компенсацию, могут предъявить регрессное требование к эксперту.

Обратимся также к нормам о компенсации за фактическую потерю времени, которая взыскивается со стороны, злоупотребляющей своими процессуальными правами, в пользу другой стороны (ст. 99 ГПК РФ, ч. 2 ст. 111 АПК РФ). Несмотря на то, что ст. 94 ГПК РФ прямо относит компенсацию за фактическую потерю времени по ст. 99 ГПК РФ к издержкам, связанным с рассмотрением дела, подавляющее большинство ученых едины во мнении о том, что компенсация за фактическую потерю времени представляет собой компенсационную форму ответственности, существо которой заключается в возмещении убытков, возникших у лица вследствие недобросовестности другой стороны спора. Иными словами, это специфическое деликтное возмещение, санкция за недобросовестное

процессуальное поведение.¹⁷⁹ Спрашивается, почему можно¹⁸⁰ взыскать убытки со стороны дела, допускающей злоупотребления при реализации своих процессуальных прав, но нельзя потребовать возмещения убытков с эксперта, не исполняющего возложенных на него обязанностей, затягивающего процесс, действия которого приводят к срыву судебного заседания, воспрепятствованию рассмотрению дела и принятию законного и обоснованного судебного акта? Разумных объяснений этому найти не удастся.

Если допустить взыскание компенсации за потерю времени в связи с недобросовестными действиями эксперта, она по существу будет представлять собой некий аналог вынесения английскими судами приказов о бесполезных расходах (*wasted costs orders*).¹⁸¹ Возмещение бесполезных расходов представляет собой ограниченную форму имущественной ответственности эксперта, которая была введена в результате расширительного истолкования судом в деле *Phillips v Symes* ст. 51 Закона о высших судах 1981 г., которая предусматривает дискреционные полномочия суда при вынесении приказа о возмещении бесполезных расходов.

В отечественной правовой системе, как мы убедились, требовать компенсации за фактическую потерю времени/компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок можно лишь со стороны дела, допускающей злоупотребления при реализации своих процессуальных прав, либо с государства соответственно. В этой связи такая компенсационная форма ответственности, как возмещение бесполезных расходов с представителя (солиситора или барристера), которая в результате судебного толкования была распространена и на экспертов, представляет значительный интерес, поэтому позволим себе остановиться на ее анализе подробнее.

¹⁷⁹ Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб, 2005. С. 156-157.; Шакарян М.С. Субъекты советского гражданского процессуального права. М., 1970. С. 146.; Грель Я.В. Злоупотребления сторон процессуальными правами в гражданском и арбитражном процессе: автореф. дис. ... к. ю. н. Новосибирск, 2006. С. 22.

¹⁸⁰ В данном случае нас интересует сама законодательная конструкция, а потому за пределами нашего внимания остаются все сложности применения ст. 99 ГПК РФ, которые на практике приводят к тому, что данная норма продолжает оставаться «мертворожденной».

По Закону Великобритании о высших судах 1981 г. (ст. 51(6)) суд вправе возложить уплату бесполезных расходов на законного или иного представителя. Это может принять одну из двух возможных форм: 1) отказ суда от взыскания судебных расходов со стороны и приказ законному или иному представителю возместить судебные расходы своего клиента; и/или 2) приказ законному или иному представителю возместить судебные расходы противоположной стороны. Иными словами, сторона может требовать возмещения бесполезных расходов как с представителей противоположной стороны, так и со своих собственных представителей. Действия или бездействие поверенного, которые привели к судебным расходам, могут быть предметом рассмотрения дела о возмещении бесполезных расходов, включая как поведение представителя в суде, так и работу с бумагами, имевшую место до судебного разбирательства. Чтобы был вынесен приказ о бесполезных расходах, должна быть установлена причинная связь между поведением законного или иного представителя и возникшими бесполезными расходами.

Следует отметить, что суд также может по собственной инициативе поставить вопрос о возмещении бесполезных расходов. При этом полномочия судьи вынести приказ о бесполезных расходах в отношении представителя стороны являются компенсационными по своей природе.

Примеры поведения, которое может явиться основанием вынесения приказа о бесполезных расходах: неявка в суд по требованию суда, неисполнение указаний суда, небрежно допущенная ошибка в процессуальных бумагах, неэффективное представление дела в ходе судебного заседания ввиду плохой подготовки, настаивание на поддержании иска после того, как он стал безнадежным (к примеру, посредством неизучения материалов, раскрытых другой стороной).

Приказы о бесполезных расходах рассматриваются в порядке упрощенного (суммарного) производства. Требование о возмещении бесполезных расходов по общему правилу отнесено к компетенции судьи, рассмотревшего дело, в рамках которого образовались бесполезные расходы. Отступление от этого правила возможно в ограниченном числе случаев, например, когда судья не имеет

возможности рассматривать данное требование или когда стороны согласились на рассмотрение дела другим судьей. Тот факт, что судья при рассмотрении дела уже раскритиковал поведение лица, в отношении которого, возможно, будет вынесен приказ о возмещении бесполезных расходов, не свидетельствует о пристрастности судьи и невозможности на этом основании рассматривать требование о возмещении бесполезных расходов.

В судебной практике акцентируется внимание на том, что суды должны с осторожностью относиться к вынесению приказов о бесполезных расходах и, где это возможно, ставить вопрос о применении иных санкций дисциплинарного характера. В частности, суды должны проявлять бдительность с тем, чтобы гарантировать, что требования о возмещении бесполезных расходов не превратятся в еще одну форму «создания» побочного спора. Требования о возмещении бесполезных расходов должны быть сохранены для исключительных дел, в которых сторона пострадала от неоправданного поведения представителя (дело *Ridehalgh v Horsefield*). Они должны быть ограничены вопросами, поддающимися краткому изложению, основанному на согласованных фактах или после краткого расследования. Сложного, затратного по времени рассмотрения дела следует избегать. Компенсировать потери стороны, пострадавшей от рук представителя, – вот тот интерес, который должен быть в первую очередь принят во внимание.

В литературе при анализе института бесполезных расходов подчеркивается, что приказ о бесполезных расходах может быть выдан исключительно в ситуации, когда суд предоставил лицу, в отношении которого был вынесен такой приказ, возможность защищаться, отстаивать свое мнение, представить суду аргументы, причины, по которым приказ о бесполезных расходах не должен быть вынесен. При этом представителю должна быть предоставлена ясная информация о том, в чем состоит его нарушение, для того чтобы он имел возможность защититься.

Как отметил Лорд Вульф в деле *Wall v Lefever* [1998], подача апелляционных жалоб на приказы о бесполезных расходах (или об отказе в возмещении бесполезных расходов) не должна допускаться, ибо рассмотрение таких жалоб

создаст «подчиненные» споры, судебное рассмотрение которых будет столь же сложным и дорогим, как и рассмотрение первоначального спора.¹⁸²

В литературе довольно часто можно встретить критику института бесполезных расходов. Автор одной из статей¹⁸³ указывает, что институт бесполезных расходов находится как бы между двумя конкурирующими принципами, которые в свою очередь являются выражением двух общезначимых публичных интересов. С одной стороны, публичный интерес состоит в том, что юристы должны быть избавлены от страха возникновения личной ответственности перед своими клиентами и их оппонентами. И именно с этой точки зрения, приказы о бесполезных расходах не должны применяться без предоставления лицу, в отношении которого они выносятся, возможности защищаться, а взыскание бесполезных расходов не должно превращаться в некую дополнительную форму возмещения судебных расходов, иначе не взыскиваемых в соответствии с законом. С другой стороны, публичный интерес состоит также и в том, что сторонам не должен быть причинен имущественный ущерб из-за неоправданного поведения их собственных юристов или юристов оппонента. «Взвешивая» эти 2 интереса, Hugh Evans (автор статьи) приходит к выводу, что первый интерес является более значимым, а потому заключает, что институт бесполезных расходов как некое средство борьбы за второй интерес не должно превращаться в нечто, в большей степени причиняющее вред, чем само игнорирование этого второго интереса.

В чем состоят недостатки института *wasted costs orders*, по мнению практикующих юристов?

Во-первых, несмотря на то, что дела о возмещении бесполезных расходов рассматриваются в порядке упрощенного (суммарного) производства, с точки зрения затраченного времени и стоимости процесса — это производство на практике оказывается непропорциональным. Стоимость рассмотрения вопроса о

¹⁸² Однако это не касается апелляционных жалоб, поданных в ситуации, когда лицу, в отношении которого был вынесен приказ о бесполезных расходах, не была предоставлена возможность защищаться. Так, в деле *Gill v Humanware Europe plc* [2010] приказ о бесполезных расходах был вынесен против барристера со стороны ответчика без предоставления барристеру возможности выступить с устным заявлением. При таких обстоятельствах апелляционный суд допустил жалобу барристера на приказ о бесполезных расходах.

¹⁸³ Hugh Evans. *Wasted Costs Jurisdiction*//*The modern Law Review*, Vol.64, Issue 1 (January 2001), pp. 51-62.

возмещении бесполезных расходов зачастую намного превышает саму сумму возмещения. Приводятся примеры, когда слушание по делу длилось 5 дней, а рассмотрение требования о возмещении бесполезных расходов, возникших по этому делу, заняло 7 дней. Известен случай, когда рассмотрение вопроса о возмещении бесполезных расходов длилось 14 дней и стоило сторонам свыше 150 тыс. фунтов, т.е. больше, чем обычные судебные расходы по делу и намного больше, чем величина расходов, которые были признаны судом бесполезными. Чтобы достичь пропорциональности, суд в деле *Ridehalgh v Horsefield* (1994) установил, что слушание по делу о возмещении бесполезных расходов должно исчисляться часами, а не днями. При этом никакого сложного рассмотрения дела быть не должно, производство должно быть максимально упрощенным.

Во-вторых, по Закону о высших судах 1981 г, как уже отмечалось, судья может по собственной инициативе возбудить рассмотрение вопроса о возмещении бесполезных расходов, из чего следует, что это обстоятельство находится вне контроля стороны. Тем самым истцовая сторона неизбежно будет поставлена перед необходимостью нести расходы на рассмотрение вопроса о возмещении бесполезных расходов, что, в особенности с учетом непропорциональности «понесенных» и «возмещаемых» расходов, вряд ли справедливо. В деле *Ridehalgh v Horsefield* (1994) на этот счет содержится рекомендация, которая состоит в том, что суды не должны спешить инициировать рассмотрение вопроса о возмещении бесполезных расходов.

В-третьих, один и тот же судья и инициирует рассмотрение вопроса о возмещении бесполезных расходов, и приходит к выводу по его окончании, что несправедливо по отношению к лицу, в отношении которого будет вынесен приказ о возмещении бесполезных расходов. Такое решение представляется вполне обоснованным с позиций как желания сократить возможные расходы по делу, так и с точки зрения того, что судья, принимавший участие в рассмотрении дела, лучше всех сможет оценить поведение юриста. Однако в результате имеет место отсутствие беспристрастности, что вовсе не отвечает интересам ответчика-юриста.

В-четвертых, рассмотрение требований о возмещении бесполезных расходов неизбежно сопровождается трудностями процедурного характера. В частности, как подчеркивают практикующие юристы, в такого рода делах чрезвычайно сложно доказать небрежность, допущенную адвокатом (труднее, чем в «обычных» делах). Тут уместно будет привести рассуждения Lord Bingham of Cornhill в деле *Ridehalgh v. Horsefield* (1994): «...Ошибки неизбежно будут, будут действия, которые, в результате, были не очень умны. Но адвокатство - это более искусство, чем наука. Нельзя его свести к формулам. Люди различаются по стилю и подходу. Только в случае, когда с учетом всего этого поведение адвоката в суде просто абсолютно необоснованно, можно вынести решение о присуждении бесполезных расходов».¹⁸⁴

В-пятых, в ситуации, когда заявление о возмещении бесполезных расходов подается против юриста противоположной стороны, права ответчика-юриста могут быть нарушены в результате того, что он не может адекватно отстаивать свою позицию, ибо не вправе объяснить, что произошло, поскольку его общение с клиентом защищается привилегией, а клиент может не пожелать отказываться от привилегии. Решение этой проблемы во многом было найдено с введением в действие нормы CPR 48.7 (3), предусматривающей право суда определять, что документы, пользующиеся привилегией, должны быть раскрыты. Между тем в литературе указывается на сомнительность подобного решения, ибо привилегия – фундаментальный принцип английского материального права.

Наконец, самый фундаментальный дефект института бесполезных расходов, по мнению Hugh Evans, заключается в том, что данный институт находится в противоречии с адвокатским иммунитетом. Сама возможность взыскания с представителя бесполезных расходов означает, что представители (как солиситоры, так и барристеры) несут ответственность за небрежность в процессе. Конечно, это ограниченная форма ответственности, поскольку ограничена только присуждением бесполезных расходов, но с существованием этой формы

¹⁸⁴ Цитата по делу *Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (дата обращения: 25.03.2021).

ответственности сложно (а то и невозможно) подтвердить действие адвокатского иммунитета от ответственности за небрежность. С отменой адвокатского иммунитета в деле *Hall v Simons* этот аргумент вроде бы теряет свою актуальность. Как подчеркивал Lord Hoffmann в деле *Hall v Simons*, существование института бесполезных расходов есть эмпирическое доказательство для проверки предположения о том, что ответственность адвокатов за небрежность, допущенную в процессе, будет иметь негативный эффект на то, как адвокаты исполняют свой долг перед судом. «Нет сомнений, - подчеркивает судья, - что юрисдикция привела к множеству проблем, в частности, относительно применения ее справедливо и экономно. Но я не нашел указаний на то, что она изменила стандарт адвокатов к худшему».¹⁸⁵

Подробное обоснование того, почему стало возможным вынесение приказа о возмещении бесполезных расходов в отношении эксперта, содержится на стр. 25 настоящего исследования, поэтому позволим себе не останавливаться здесь на его воспроизведении. Отметим лишь, что суд в деле *Phillips v Symes* пришел к выводу, что эксперты могут нести ответственность за «бесполезные расходы», если они небрежно или с грубой неосторожностью выполняли свои обязанности перед судом.¹⁸⁶

В завершении этой части исследования подчеркнем, что какую бы модель возмещения вреда, причиненного неправомерными действиями судебного эксперта, приведшими к нарушению права сторон на рассмотрение дела судом в разумный срок, не избрал в дальнейшем законодатель – притязание к государству за необеспечение быстрого процесса (с возможностью регресса к эксперту) или непосредственное притязание к эксперту¹⁸⁷ – общим для обоих вариантов остается

¹⁸⁵ Цитата по делу *Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (дата обращения: 25.03.2021).

¹⁸⁶ Andrews N. Liability of expert witnesses for wasted costs in civil proceedings/ N. Andrews // *Cambridge Law Journal*, 2005. Volume 64. Part 3. P. 567.

¹⁸⁷ На наш взгляд, неоправданная задержка рассмотрения дела из-за неправомерных действий эксперта составляет деликт государства в лице суда, обязанностью которого является обеспечение права на судопроизводство в разумный срок. Следствием присуждения компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок является право регресса к эксперту, по вине которого допущено такое нарушение. Правда, такой подход требует расширительного толкования положений ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок».

специфика причиняемого экспертом вреда, которая обусловлена тем, что (1) именно неисполнение судебным экспертом обязанностей перед судом, выразившееся в необоснованном затягивании рассмотрения дела, причиняет убытки сторонам; (2) в данной ситуации опять же нет ни нарушения абсолютного права потерпевшего (если таковым не считать право стороны на рассмотрение дела в разумный срок), ни какого-либо «овеществленного» вреда. Но основания освободить эксперта от обязанности возмещать данный вред отсутствуют.

§ 1.4. Составление некачественного экспертного заключения в результате допущенной небрежности

Во второй главе настоящего исследования акцент был сделан на том, что судебный эксперт несет обязанность по составлению экспертного заключения, отвечающего предъявляемым требованиям к качеству, главным образом, перед судом, что предопределено особым процессуальным статусом эксперта, который является своего рода «службой правосудия», характером публично-правовых отношений, связывающим суд и эксперта, а также тем обстоятельством, что эксперт добровольно, в результате согласования стоимости его услуг, принял на себя обязанность проведения экспертного исследования.

Между тем с учетом того, что экономически расходы по уплате эксперту вознаграждения несут стороны рассматриваемого дела, именно они имеют материально-правовой интерес в признании заключения эксперта некачественным и вынесении судом резолюции об отказе в выплате/уменьшении причитающегося эксперту вознаграждения. Суд собственного материально-правового интереса в уменьшении/отказе в выплате вознаграждения, разумеется, не имеет и априори иметь не может.

В этой связи возникает вопрос: несет ли судебный эксперт ответственность перед сторонами дела за некачественно составленное в результате допущенной небрежности экспертное заключение? Представляется, что обозначенная нами

проблематика является актуальной как для решения вопросов об ответственности судебных, так и внесудебных экспертов, поэтому позволим себе сформулировать вопрос более широко: существует ли ответственность субъекта специальных знаний (как судебного, так и внесудебного эксперта) перед третьими лицами (т.е. не перед заказчиком экспертизы) и какова природа данной ответственности?

Допустим, юридическое лицо обращается к банку, бухгалтеру, оценщику, архитектору или иному носителю специальных знаний с просьбой выразить свое профессиональное мнение и представить заключение по поводу финансового состояния того или иного юридического лица или стоимости принадлежащего ему имущества, а предоставленная информация оказывается ошибочной в результате допущенной субъектом специальных знаний небрежности. Возникает вопрос: вправе ли третье лицо (не то, которое запрашивало информацию), полагавшееся на данную информацию и понесшее в связи с этим убытки, возместить их за счет носителя специальных знаний, допустившего небрежность?¹⁸⁸

Проблема заключается в том, что напрямую в данной ситуации нет места ни для договорной, ни для деликтной ответственности. О договорной ответственности речи не может идти, потому что третье лицо и носителя специальных знаний не связывают договорные правоотношения. Деликтная ответственность также под большим вопросом уже хотя бы потому, что основанием возникновения ответственности носителя специальных знаний выступает не причинение третьему лицу вреда в какой-либо объективированной форме, а причинение финансовых потерь. Более того, при рассмотрении вопроса о гражданско-правовой ответственности субъекта специальных знаний перед третьим лицом мы, как

¹⁸⁸ Кстати, с 1 июня 2015 г. в ГК РФ появилась ст. 431.2 о заверениях об обстоятельствах, согласно п.1 которой сторона, которая при заключении договора либо до или после его заключения дала другой стороне недостоверные заверения об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения (в том числе относящихся к предмету договора, полномочиям на его заключение, соответствию договора применимому к нему праву, наличию необходимых лицензий и разрешений, своему финансовому состоянию либо относящихся к третьему лицу), обязана возместить другой стороне по ее требованию убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или уплатить предусмотренную договором неустойку. Предусмотренная настоящей статьей ответственность наступает, если сторона, предоставившая недостоверные заверения, исходила из того, что другая сторона будет полагаться на них, или имела разумные основания исходить из такого предположения. Появление в ГК РФ ст. 431.2 заставляет задуматься над следующим вопросом: может ли наступать ответственность за предоставление недостоверных заверений об обстоятельствах, если такие заверения предоставлены не стороне договора, а третьему лицу, положившемуся на недобросовестную информацию и понесшему в связи с этим финансовые потери?

правило, сталкиваемся со следующей фактической ситуацией: А и Б (носителя специальных знаний) связывает договор, нарушение которого причиняет убытки С (третье лицо по отношению к заключенному между А и Б договору). Нетрудно заметить, что в данной ситуации происходит в известном смысле смешение договорного и деликтного права: ответчик (носитель специальных знаний) небрежно исполнил лежащие на нем обязанности по договору со своим контрагентом, что причинило вред экономическим интересам истца (третьего лица).

Интересно, что еще римские юристы выделяли весьма специфическую разновидность договора поручения (*mandatum*): *mandatum tua gratia* (поручение в интересах поверенного), которая представляла собой поручение, в исполнении которого заинтересован исключительно сам мандатарий (поверенный) (напр., А поручает В купить акции не для себя, а для самого В).¹⁸⁹ Вскоре подавляющее большинство римских юристов, как свидетельствуют источники, стали считать, что выделение поручения в интересах мандатария излишне, «ибо то, что нужно сделать тебе в собственном интересе, ты должен делать по собственному решению, а не по моему поручению»¹⁹⁰ (принцип автономии воли). *Mandatum tua gratia* стали сводить к простому совету (*consilium*), который, как специально подчеркивали римские юристы, по общему правилу никакого юридического значения не имел. «Совет, по общему правилу, не порождает обязательственных отношений между давшим и послушавшимся совета», «дающий совет не имеет воли обязать себя или другого»; «совет никого не обязывает, а потому не имеет обязательной силы».¹⁹¹ С этой точки зрения у лица, послушавшегося чужого совета, по общему правилу нет и права на иск: «...Следовательно, если бы я, зная, что ты имеешь дома свободные деньги, склонил и убедил тебя отдать их в рост, то ты против меня не можешь пользоваться иском о поручении, хотя бы ты дал их взаймы тому, с кого взыскать

¹⁸⁹ Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С.378.

¹⁹⁰ Римское частное право: учебник / Под редакцией И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 1948. С. 510.

¹⁹¹ Римское частное право: учебник / Под редакцией И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 1948. С. 510.; Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М., 2003. С.379; Барон Ю. Система римского гражданского права. СПб, 2005. С.765.

ты будешь не в состоянии. Равным образом, если я склоню тебя купить какую-нибудь вещь, хотя бы купить для тебя эту вещь было невыгодно, то все-таки я не буду ответственным по иску о поручении».¹⁹² Исключение из правила о том, что совет не порождает никаких юридических последствий, допускалось лишь: 1) в случае проявления советчиком *dolus malus*, т.е. дачи заведомо неправильного совета с целью причинить ущерб другому лицу;¹⁹³ 2) когда лицо по особому договору (договору гарантии) принимает на себя последствия исполнения совета¹⁹⁴ (напр., А советует В купить акции с обязательством отвечать за тот убыток, который может быть причинен В, если он последует данному ему совету), или если он поступал в качестве эксперта.¹⁹⁵

По сути, аналогичное положение содержится в § 675 (2) Германского Гражданского Уложения: «Лицо, которое дает другому лицу совет или рекомендацию, при сохранении ответственности, вытекающей из договора, недозволенного действия или иного законодательного положения, не обязано возмещать ущерб, вызванный следованием этому совету или рекомендации».¹⁹⁶

С этой точки зрения дача иному лицу совета, рекомендации в отсутствие договорных отношений между лицом, дающим совет, и лицом, следующим данному совету, а также в отсутствие юридической обязанности давать подобный совет, по общему правилу не приводит к обязанности возмещать ущерб в случае, если данный совет или рекомендация окажется ошибочным. Это вполне соотносится с основополагающим принципом гражданского права – принципом автономии воли.

Однако в нашей ситуации речь идет не столько о даче совета, рекомендации, сколько о выражении своего профессионального мнения посредством дачи совета или рекомендации, что не может делаться безответственно. Обратимся к положению VI.-2:207 Модельных правил европейского частного права (DCFR):

¹⁹² Гарридо М.Х.Г. Римское частное право: казусы, иски, институты. М., 2005. С. 571.-572.

¹⁹³ Римское частное право: учебник / Под редакцией И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 1948. С. 510.

¹⁹⁴ Барон. Ю. Система римского гражданского права. СПб, 2005. С.765.

¹⁹⁵ Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М.,2003. С. 379.

¹⁹⁶ Гражданское уложение Германии / Науч. ред. А.Л. Маковский М., 2006. С.204.

«Вред вследствие доверия неправильному совету или недостоверной информации», которое гласит: «Вред, причиненный лицу вследствие принятия решения на основе разумного доверия неправильному совету или недостоверной информации, является юридически значимым вредом, если: (а) совет или информация исходят от лица, выступающего в качестве профессионала или в рамках торговой деятельности; и (б) предоставляющее совет или информацию лицо знало или, как можно разумно предполагать, могло знать, что реципиент примет решение, полагаясь на его совет или полученную информацию».¹⁹⁷ Таким образом, Модельные правила европейского частного права не исключают ответственности перед третьим лицом, полагавшимся на мнение профессионала, впоследствии оказавшееся ошибочным, в ситуации, когда предоставляющее информацию лицо знало или могло знать, что третье лицо примет решение, полагаясь на его совет или рекомендацию. Стоит особо подчеркнуть, что ответственность эта по DCFR является деликтной.

В Германии, напротив, ответственность субъекта специальных знаний перед третьим лицом, разумно полагавшимся на выраженное профессионалом мнение, которое в силу допущенной небрежности оказалось ошибочным, что привело к убыткам на стороне третьего лица, носит, как это ни парадоксально, не деликтный, а договорный (квазидоговорный) характер. Объясняется это во многом системой построения деликтного права в Германии.

Согласно § 823 (1) ГГУ лицо, которое умышленно или в результате неосторожности противоправно причинит вред жизни или здоровью, посягнет на свободу, собственность или иное право другого лица, обязано возместить потерпевшему причиненный вред. Тем самым ГГУ предусматривает ответственность за вред, причиненный противоправными и виновными действиями только тем защищаемым законом ценностям другого лица, которые перечислены в тексте данного параграфа, а именно: жизни, здоровью, свободе, собственности или

¹⁹⁷ Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; Науч. Ред. Н.Ю. Рассказова. М., 2013. С.553.

любому «иному принадлежащему ему праву».¹⁹⁸ При этом кредиторское право требования как таковое не является «иным правом» в смысле § 823 абз. 1 ГГУ.¹⁹⁹ Возмещение вреда, причиненного имущественным интересам, можно потребовать лишь в том случае, если следствием этого действия станет дальнейшее нарушение перечисленных в этой норме защищаемых законом благ. Если же в результате виновных действий другого лица потерпевшему будут причинены чисто экономические убытки (*pure economic loss*)²⁰⁰, которые не повлекут за собой вреда его личности, собственности или же одному из принадлежащих ему прочих прав, он не сможет предъявить иск на основании § 823 абз. 1 ГГУ.²⁰¹ Приведем пример. Предположим, экскаватор строительной фирмы повредил кабель высокого напряжения, проложенный в месте проведения ею земляных работ, и, как следствие этого, находящиеся в другом месте предприятия лишаются электричества. Будет ли строительная фирма нести деликтную ответственность по § 823 абз. 1 ГГУ? Ответ зависит от того, какова природа вреда, причиненного прекращением электроснабжения. Если из-за этого не работало оборудование, что привело лишь к уменьшению производимой продукции, предприятие не может требовать возмещения убытков у строительной фирмы, поскольку ее виновные действия причинили чисто экономические убытки. И наоборот, если отключение электричества явилось причиной нарушения процесса выведения бройлерных цыплят в инкубаторе птицефабрики в результате снижения температуры, то налицо «причинение вреда собственности». И строительная фирма обязана будет возместить не только стоимость невылупившихся цыплят, но и все прочие

¹⁹⁸ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Том 2. М., 1998. С. 363-364.

¹⁹⁹ Как указывается в литературе, все перечисленные в абз. 1 § 823 ГГУ права носят исключительный (жизнь, свобода) или абсолютный характер (право собственности). В этом смысле с позиций систематического подхода и «иные права» должны обладать абсолютным или исключительным характером (Шмагин А. Основы немецкой методики толкования права// Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 257).

²⁰⁰ Широкое распространение в западной доктрине получила мысль о том, что убытки, возникающие в связи с предоставлением носителем специальных знаний (например, аудиторы, оценщики) недостоверной или ошибочной информации, относятся к особой категории «чисто экономических убытков» (*pure economic loss*), которые не являются следствием причинения «физического» ущерба лицу или его собственности, либо иным нарушением его прав, вследствие чего во многих зарубежных правовых системах закономерно является вывод о том, что экономические потери возмещены быть не могут или, по крайней мере, объем возмещения должен быть существенно ограничен. К подробному анализу доктрины чисто экономических убытков мы приступим позднее.

²⁰¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 366.

экономические убытки.²⁰²

Таким образом, по немецкому праву чисто экономические убытки по правилам о деликтах возмещению не подлежат,²⁰³ что мешает квалифицировать в качестве деликтных требования третьего лица к носителю специальных знаний о возмещении убытков в связи с «некачественностью» предоставленной информации.

Во многом с целью устранить пробелы в деликтном праве в Германии используется конструкция договоров с защитным эффектом для третьих лиц. Так, в 1930 г. Верховный имперский суд рассмотрел дело, обстоятельства которого сводились к следующему.²⁰⁴ Квартиросъемщик заключил договор с компанией о починке газовой плиты. После ремонта газовая плита взорвалась в результате небрежности, допущенной инженером компании, вследствие чего пострадала горничная, нанятая квартиросъемщиком для уборки квартиры. Суд удовлетворил иск горничной из договора к компании о возмещении убытков, так как предполагается, что в договоре между компанией и квартиросъемщиком «содержится и договор о защите интересов третьего лица». Данный договор не является договором в пользу третьего лица, так как истица не могла требовать от компании выполнения обязательств по починке газовой плиты. Но вместе с тем договор между компанией и квартиросъемщиком порождает в качестве последствий «договор о защите интересов третьих лиц», ибо в обязанности компании входит добросовестное и тщательное исполнение взятых на себя обязательств, что включает, в том числе, и ответственность компании перед истицей.

Современная судебная практика Германии признает за третьими лицами право требования из договора не только в случаях, когда третье лицо требует возместить убытки в связи с телесными повреждениями и материальным ущербом, но и в ситуации нанесения ему «чисто имущественного ущерба». При этом в качестве

²⁰² Там же.

²⁰³ За исключением ситуации, когда чисто экономические убытки взыскиваются наряду с реальным ущербом.

²⁰⁴ Там же. С. 186.

типичного примера как раз приводится ситуация с защитными последствиями действия договора об экспертизе, которые могут распространяться на третьих лиц в случае, если носитель специальных знаний знал или должен был знать, что третье лицо получит информацию, будет полагаться на данную информацию, а также предпринимать соответствующие действия, опираясь на эту информацию и доверяя полученным сведениям.²⁰⁵

В связи с реформой обязательственного права Германии договор с защитным эффектом для третьих лиц получил свое легальное закрепление в ГГУ. Абз. 2 § 241 ГГУ гласит: «В соответствии с содержанием обязательства каждая из сторон может быть обязана учитывать права, правовые блага и интересы другой стороны». В силу п. 3 § 311 ГГУ обязательство, содержащее обязанности согласно абз. 2 § 241, может также возникнуть в отношении лиц, которые сами не должны стать сторонами в договоре. Такое обязательство возникает, в частности, когда третье лицо пользуется особым доверием и таким образом оказывает значительное влияние на предварительные переговоры или на заключение договора.²⁰⁶

Примечательно, однако, что немецкое право дает нам пример дифференцированного подхода к вопросу имущественной ответственности внесудебного эксперта и эксперта, назначенного судом. Если ответственность внесудебного эксперта по немецкому праву строится на квазидоговорных началах, то ответственность назначенного судом эксперта, напротив, является деликтной. Так, в 2002 г. в ГГУ были внесены изменения, в результате которых на основании § 839а ГГУ назначенные судом эксперты стали нести гражданско-правовую ответственность перед сторонами дела за вред, возникший в результате представления ошибочного экспертного мнения.²⁰⁷ Абз. 1 § 839а ГГУ гласит: «Если

²⁰⁵ Фогельсон Ю.Б., Ефремова М.Д. Договоры в пользу третьего лица. Опыт недогматического исследования: монография. М., 2014. С. 63-64.

²⁰⁶ Гражданское уложение Германии: вводный закон к Гражданскому уложению: пер. с нем. / введ., сост. В. Бергманн ; науч. ред. Т. Ф. Яковлева. -М., 2015. С. 87.

²⁰⁷ До этого момента никаких специальных правил относительно ответственности назначенных судом экспертов в ГГУ не содержалось. Примечательно, что немецкая судебная практика последовательно отвергала возможность сторон дела предъявить к назначенному судом эксперту иск из договорных или квазидоговорных отношений. Иск из договорных отношений сторона дела не могла предъявить к эксперту потому, что между ней и экспертом нет заключенного договора. Не находила немецкая судебная практика и оснований для того, чтобы рассматривать отношения между сторонами дела и экспертом в качестве квазидоговорных, ибо всячески подчеркивалось, что отношения между судом и экспертом регулируются исключительно на основании приказа суда, а не на основании

назначенный судом эксперт умышленно или по грубой неосторожности представит неправильное заключение, он обязан возместить вред, причиненный стороне судебного разбирательства судебным решением, основанным на его заключении». В соответствии с абз. 2 § 839а к указанной статье применяется соответственно абз. 3 § 839, согласно которому «обязанность возмещения не возникает, если для предотвращения вреда потерпевший умышленно или вследствие неосторожности не оспорил решение».²⁰⁸

Обращает на себя внимание сразу несколько обстоятельств. Во-первых, законодатель расширил пределы ответственности судебного эксперта, ибо § 839а ГГУ заложил основу также для возмещения чисто экономических убытков. Во-вторых, судебный эксперт несет ответственность, предусмотренную § 839а ГГУ, как в случае, если выступает в гражданском судопроизводстве, так и при проведении экспертизы в ходе уголовного судопроизводства. В-третьих, судебный эксперт несет ответственность в случае умысла или грубой неосторожности. Незначительная небрежность, допущенная экспертом, не может выступать основанием для привлечения к ответственности.²⁰⁹

В Великобритании для привлечения носителя специальных знаний (как судебного, так и внесудебного эксперта) к гражданско-правовой ответственности

иных гражданско-правовых средств, использование которых могло бы позволить в некоторой степени распространить на стороны дела некоторые обязательства эксперта по отношению к суду. Так, немецкие суды отказались рассматривать назначение судебного эксперта судом в качестве обстоятельства, предоставляющего «защитный эффект» сторонам судебного разбирательства (Markesinis B.S., Unberath H. *The German Law of Torts. A comparative treatise*, 4th edition, 2002. P. 898).

²⁰⁸ Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению; пер. с нем. В. Бергманн, Науч. ред. Т.Ф. Яковлева. М., 2015. С. 296. Норму, установленную абз. 3 § 839 ГГУ, принято рассматривать в качестве ограничения ответственности должностного лица ввиду учета вины потерпевшего. (непринятие потерпевшим мер по предотвращению вреда средствами правовой защиты). В рамках действия нормы абз. 3 § 839 ГГУ учитывается принцип первоочередности (приоритета) первичной правовой защиты (т.е. административно-правовых исков, направленных против властного акта) перед вторичной, каковой является ответственность государства за действия должностных лиц. (Блакенегель А., Калинина И. Возмещение вреда, причиненного неправомерными действиями в ФРГ: от личной ответственности государственного служащего к ответственности государства через черный ход // Законодательство и экономика. М., 2005, № 12. С. 78-91).

²⁰⁹ Интересно в этой связи, как в литературе определяют грубую неосторожность (*gross negligence*). Считается, что эксперт действовал с грубой неосторожностью, когда его поведение очевидно ниже стандарта, ожидаемого от эксперта: эксперт пересек границу между «это могло случиться» и «это не должно было произойти ни при каких обстоятельствах». Примерами ситуаций, когда немецкой судебной практикой признается, что эксперт действовал с грубой неосторожностью можно назвать дело, в котором эксперт дает заключение, хотя понимает, что не имеет соответствующей квалификации, а также дело, в котором эксперт дает заключение без проведения визуального осмотра, хотя это требуется исходя из существа экспертизы. (Thiede T. *Civil Liability of Court-Appointed Experts in German Law // European Review of Private Law* 4-2013 [1081–1090], P. 1087).

используется особый деликтный иск – иск из небрежности (*negligence*). К условиям удовлетворения иска из небрежности относятся: 1) обязанность причинителя вреда соблюдать необходимые меры предосторожности, осмотрительности (*duty of care*) в интересах круга лиц, к которым принадлежит потерпевший; 2) нарушение причинителем вреда своей обязанности соблюдать должную осмотрительность; 3) возникший вред (личности или имуществу) должен быть следствием небрежности, допущенной причинителем вреда.²¹⁰ Таким образом, в странах общего права для констатации ответственности за причинение непреднамеренного вреда необходимо не только доказать наличие небрежности в действиях ответчика, но и то, что небрежность явилась причиной нарушения им особой обязанности соблюдать меры предосторожности (*duty of care*) в отношении данного потерпевшего.²¹¹ Тот факт, что эксперта и сторону, нанявшую эксперта, связывают договорные отношения, как это ни парадоксально, приводит отнюдь не к констатации, что эксперт несет договорную ответственность перед нанявшей его стороной, а, напротив, к выводу о том, что ответственность эксперта будет деликтной, факт же заключения договора свидетельствует о наличии у эксперта обязанности проявлять заботу и осмотрительность (*duty of care*) в отношении своего контрагента, что служит основанием для предъявления иска из небрежности.

Интересно, что в этой связи долгое время даже в XX в. считалось, что производитель некачественной продукции не несет деликтной ответственности перед потребителями, поскольку он несет обязанность соблюдать необходимые меры предосторожности, осмотрительности (*duty of care*) исключительно перед покупателем продукции (своим контрагентом), но никак не перед третьими лицами, к которым относили потребителей продукции, с которыми договоров нет.

Однако постепенно данный принцип начал смягчаться. В решении по делу *Hedley Byrne Co., Ltd. v Heller Partners, Ltd.* (1964) Палата лордов пришла к выводу о том, что лица, профессионально занимающиеся сообщением деловой

²¹⁰ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Том 2. М., 1998. С. 377.

²¹¹ Там же. С. 380.

информации и дающие рекомендации и экспертные оценки в сфере бизнеса, причем делающие то и другое общепризнанным способом, подлежат обязательству соблюдать необходимую добросовестность в отношении тех лиц, которые (как им известно или должно быть ими заранее с учетом разумной необходимости предусмотрено) эту информацию, рекомендации и экспертные оценки получают, будут полагаться на их точность и правильность и так или иначе воспользуются ими.²¹²

Таковы основные подходы к регулированию вопроса гражданско-правовой ответственности носителя специальных знаний (понимаемого предельно широко: к субъекту специальных знаний относится и оценщик недвижимости, полагаясь на заключение которого, банк выдает кредит заемщику; и аудитор, полагаясь на отчет которого о финансовом состоянии компании, контрагент заключает сделку с компанией, и адвокат, причинивший вред третьему лицу в результате допущенной небрежности и т.д.) перед третьим лицом. Если страны англосаксонского права и DCFR идут по пути конструирования специального состава правонарушения в рамках деликтной ответственности субъекта специальных знаний перед третьим лицом, то немецкая судебная практика выработала довольно специфическую конструкцию договоров с защитным эффектом для третьих лиц, своего рода

²¹² Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Том 2. М., 1998. С. 384. В судебной практике Великобритании можно встретить следующие примеры привлечения субъекта специальных знаний к гражданско-правовой ответственности перед третьим лицом:

- Банк, сообщивший по небрежности в ответ на запрос неточную информацию о платежеспособности одного из своих клиентов, обязан возместить вред запросившему эти сведения, поскольку при данных обстоятельствах банк должен был знать, что запрашивающий, доверяя правильности полученных от банка данных, предоставит кредит его клиенту. (*Hedley Byrne Co., Ltd. v. Heller Partners, Ltd.* (1964);

- Истец запросил стройбанк о предоставлении ему ипотечной ссуды для финансирования намеченной им покупки дома и при этом заявил о своем согласии оплатить за свой счет работу эксперта по выявлению возможности дома служить обеспечением этой ссуды. После того как эксперт дал положительное заключение, стройбанк известил истца, что у него нет возражений против предоставления ссуды. Из этого истец сделал вывод, что стоимость дома соответствует действительности, и заключил договор о его покупке. Вскоре выяснилось, что эксперт подошел безответственно к исполнению своих обязанностей и что дом находится в аварийном состоянии. Истец потребовал от него возмещения ущерба. Суд иск удовлетворил, так как эксперту была хорошо известна сложившаяся практика предоставления ипотечных ссуд и потому он знал или должен был знать, что не только банк, но и истец доверяют правильности его заключения и что оно послужит основанием для совершения сделки – договора о покупке дома (*Smith v Eric Buch* (1990));

- Ответственность адвокатов, которых клиенты уполномочивают составить или изменить завещание в пользу определенных третьих лиц. Суды приходили к выводу о том, что адвокат должен возместить убытки третьему лицу, если он по небрежности промедлил со своевременным составлением завещания или составил его также по небрежности с нарушением требований, предъявляемых к форме, и после смерти клиента выяснилось, что оно недействительно в отношении третьих лиц (*White v Jones* (1995)). (Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 386).

юридическую фикцию, которая помогает третьему лицу возместить убытки, причиненные вследствие доверия недостоверной информации, предоставленной внесудебным носителем специальных знаний, не по нормам о деликтной ответственности, а по нормам о договорах. Ответственность же судебного эксперта по немецкому праву является деликтной.

Примечательно, что при кажущейся противоположности подходов немецких и английских юристов к вопросам ответственности носителей специальных знаний, в данных подходах наблюдается больше сходств, нежели отличий. Используя различные правовые конструкции, немецкие и английские исследователи, в сущности, одинаково пытаются решить проблему определения круга лиц, в отношении которых субъект специальных знаний обязан проявлять заботу, а значит, несет ответственность. Кстати, это обстоятельство побуждает многих исследователей проблем, связанных с возмещением чисто экономических убытков, уходить от привязки к договорной или деликтной квалификации комплекса складывающихся правоотношений в область экономических категорий, которые, по их мнению, имеют больший потенциал для формулирования четких, внутренне непротиворечивых выводов в проблеме возмещения чисто экономических убытков, причиненных субъектами специальных знаний.

Возвращаясь к вопросу об ответственности судебного эксперта перед сторонами дела за составление некачественного экспертного заключения по российскому праву, отметим следующее. Представляется, что судебный эксперт, несмотря на то, что он является независимым субъектом процесса, которого связывает правоотношение исключительно с судом, но не со сторонами рассматриваемого дела, все же обязан предпринимать меры заботы, осмотрительности об интересах сторон дела. Эта обязанность заботы об интересах сторон дела сводится к обязанности эксперта представить качественное экспертное заключение, существующей не только по отношению к суду, но и по отношению к сторонам рассматриваемого дела.

Эксперт, составивший в результате допущенной небрежности некачественное заключение, потенциально может причинить ущерб следующим

благам: (1) праву стороны дела на получение экспертного мнения, отвечающего предъявляемым законом требованиям к качеству; (2) праву на судебную защиту, которого проигравшая сторона лишилась в результате некачественного экспертного заключения (как в случае с уничтожением объекта экспертного исследования).

В первом случае речь идет о возмещении ущерба проигравшей стороны в виде понесенных расходов на проведение экспертизы (реальный ущерб), которые не были возмещены ввиду того, что суд, признав заключение некачественным, тем не менее не принял – по тем или иным причинам – резолюции об отказе в выплате/уменьшении размера вознаграждения эксперта.

Здесь потенциально можно говорить о двух возможных средствах защиты прав проигравшей стороны: подача жалобы на судебный акт, содержащий резолюцию о выплате эксперту вознаграждения в полном объеме; предъявление самостоятельного иска к эксперту о возмещении необоснованно понесенных расходов на проведение экспертизы.

С одной стороны, возможность обжалования заинтересованной стороной резолюции о судебных расходах не вызывает никаких сомнений с учетом содержания ст. 112 АПК РФ, ст. 104 ГПК РФ. Кроме того, при таком варианте не возникает риска внеинстанционного пересмотра дела в связи с некачественностью экспертизы.

Однако по общему правилу²¹³ денежные суммы, причитающиеся эксперту, выплачиваются сразу после выполнения им своих обязанностей по проведению экспертизы (ч.1 ст.109 АПК РФ, ч.1 ст. 97 ГПК РФ).²¹⁴ Из этого следует, что к

²¹³ Исключением являются положения ч. 6 ст. 110 АПК РФ. Иллюстрация применения указанной нормы содержится в п. 24 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе», который предусматривает, что в исключительных случаях, когда по объективным причинам эксперт не может заранее рассчитать затраты на проведение экспертизы, суд при назначении экспертизы может определить предварительный размер вознаграждения эксперта. При этом по выполнении экспертом своих обязанностей денежные суммы в размере предварительного размера вознаграждения выплачиваются с депозитного счета суда, дополнительные суммы с учетом ч. 6 ст.110 АПК РФ подлежат взысканию в пользу эксперта (экспертного учреждения, организации) с участвующих в деле лиц в порядке распределения судебных расходов.

²¹⁴ В соответствии с п. 26 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» перечисление денежных средств эксперту (экспертному учреждению, организации) производится с депозитного счета суда или за счет средств федерального бюджета финансовой службой суда на основании судебного акта, в резолютивной части

моменту вынесения судебного решения (а именно тогда будет определена проигравшая сторона, на которую будет возложена обязанность возмещения судебных расходов, в том числе расходов на экспертизу), денежные средства в подавляющем большинстве случаев уже будут перечислены судебному эксперту с депозитного счета суда. Здесь и возникает вопрос о том, может ли проигравшая сторона подачей жалобы на резолюцию о судебных расходах предъявить требование к эксперту о возврате неосновательно перечисленных ему денежных средств? Представляется, что адекватным средством защиты проигравшей стороны (равно как и средством обеспечения прав и законных интересов эксперта) в такой ситуации может быть предъявление самостоятельного иска о присуждении эксперта к возврату необоснованно полученной суммы вознаграждения, поскольку своей жалобой она, по сути, «возбуждает» новый спор о праве с экспертом, тогда как разрешение спора о праве требует исключительно исковой формы защиты. Процессуальная форма рассмотрения жалобы не предназначена для разрешения споров о праве.²¹⁵

Отметим, что условием удовлетворения самостоятельного деликтного иска о возмещении расходов, необоснованно понесенных проигравшей стороной из-за некачественно проведенного экспертного исследования, должна быть предварительная констатация судом этой «некачественности». Иными словами, иск к эксперту может быть удовлетворен исключительно в ситуации, когда в рамках первоначального процесса экспертное заключение было отвергнуто как негодное, однако по тем или иным причинам суд не лишил эксперта вознаграждения, в связи с чем сторона хочет взыскать реальный ущерб в самостоятельном процессе. Это связано с тем, что данные убытки возникают у проигравшей стороны в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения экспертом обязанностей, существующих по отношению к суду. Если суд не отверг заключение эксперта как ненадлежащее доказательство (причем именно в силу

которого судья указывает размер причитающихся эксперту денежных сумм. Суд выносит такой акт по окончании судебного заседания, в котором исследовалось заключение эксперта.

²¹⁵ Шварц М.З. О правовой природе иска об освобождении имущества от ареста (или еще раз о феномене противопоставимости судебных актов)//Арбитражные споры. 2015. № 3. С. 97.

недостатков экспертного заключения, за которые отвечает эксперт), значит, не было установлено неисполнение обязанностей эксперта перед судом, что исключает возможность для проигравшей стороны взыскать убытки в рамках самостоятельного процесса.

Таким образом, из всех сконструированных нами ранее деликтов, которые потенциально может совершить судебный эксперт, в трех случаях речь может идти о возмещении заинтересованной стороне реального ущерба, причиненного действиями судебного эксперта: 1) в случае уничтожения или существенного повреждения объекта экспертного исследования, представлявшего собой имущественную ценность для заинтересованного лица (§ 1.1 гл. 3); 2) в случае причинения заинтересованной стороне имущественного вреда в результате составления экспертом заведомо ложного заключения (§ 1.2 гл. 3); 3) в случае составления экспертом в результате допущенной небрежности некачественного заключения, что причинило проигравшей дело стороне убытки в виде необоснованно понесенных расходов на проведение экспертизы (§ 1.4 гл. 3).

Во всех перечисленных ситуациях мы имеем дело с весьма любопытной конструкцией: неисполнение или ненадлежащее исполнение судебным экспертом (которое может быть как умышленным при даче заведомо ложного заключения, так и совершенным с грубой неосторожностью при составлении некачественного экспертного заключения ввиду допущенной небрежности) возложенных на него обязанностей, проистекающих из относительного правоотношения с судом, причиняет тот или иной вред третьему лицу (стороне судебного разбирательства). Так, А («заказчик» экспертного исследования в лице суда) и Б (носитель специальных знаний в лице судебного эксперта) связывает «соглашение», нарушение которого причиняет убытки С (третье лицо по отношению к заключенному между А и Б «договору» в лице стороны дела, которой причинен вред).

Причиненные сторонам дела судебным экспертом убытки в виде реального ущерба и упущенной выгоды, с нашей точки зрения, могут и должны возмещаться с использованием механизмов деликтной ответственности.

Здесь не может не возникнуть вопрос о том, не является ли препятствием для привлечения эксперта к деликтной ответственности перед сторонами дела идея о том, что интересы правосудия требуют, чтобы судебный эксперт мог исполнить свое функциональное предназначение путем предоставления суду профессионального мнения, не боясь быть подвергнутым имущественным претензиям со стороны недовольных участников процесса, т.е. та идея, которая, как мы выяснили ранее, потенциально может служить обоснованием иммунитета судебного эксперта в российском праве? Поскольку все рассмотренные нами ранее деликты, которые может совершить судебный эксперт, объединяет то, что вред, причиненный стороне судебного разбирательства, является следствием неисполнения или ненадлежащего исполнения судебным экспертом возложенных на него обязанностей, проистекающих из процессуального правоотношения с судом, нет никакого конфликта между интересами осуществления правосудия и частно-правовыми интересами третьих лиц, заинтересованных в возмещении причиненного им вреда, существование которого требовало бы предоставления иммунитета судебному эксперту. Напротив, заинтересованные лица имеют право на предъявление деликтного иска лишь в условиях, когда судебный эксперт не исполнил или исполнил ненадлежащим образом свои обязанности перед судом по представлению суду надлежащего экспертного заключения.

Не является препятствием для привлечения судебного эксперта к деликтной ответственности в указанных выше случаях и риск возникновения побочных процессов, который может лежать в основе закрепления иммунитета судебного эксперта от привлечения к имущественной ответственности. В силу уничтожения или существенного повреждения объекта экспертного исследования эксперт либо не смог провести экспертизу, вследствие чего суд не давал оценку экспертному заключению, либо провел, но интерес стороны заключается не в пересмотре решения, а в возмещении вреда в виде утраты объекта экспертного исследования как материального объекта, представляющего имущественную ценность. В случае причинения заинтересованному лицу вреда в результате дачи экспертом заведомо ложного заключения проблемы внеинстанционного пересмотра дела не возникает,

поскольку заведомо ложное заключение эксперта, установленное вступившим в законную силу приговором суда, в силу закона является вновь открывшимся обстоятельством, являющимся основанием для пересмотра вступившего в законную силу судебного акта. Условием предъявления иска к эксперту о взыскании понесенных расходов на проведение некачественной судебной экспертизы должна быть предварительная констатация судом некачественности экспертного заключения, в силу чего риска возникновения побочных процессов также не возникает.

Однако в ряде случаев, как показано выше, речь идет о причинении судебным экспертом весьма специфических убытков, которые, как мы убедимся в ходе дальнейшего изложения, можно отнести к специфической категории «чисто экономических убытков», вопрос о возможности и пределах возмещения которых будет проанализирован позднее. Это касается, во-первых, убытков, причиненных судебным экспертом в результате повреждения или уничтожения объекта экспертного исследования, в силу чего утрачена возможность проведения экспертизы, что представляет собой нарушение права на судебную защиту (§ 1.1 гл. 3); во-вторых, убытков, возникших в результате составления экспертом в результате допущенной небрежности некачественного заключения, что может являться умалением права на защиту, если взыскиваются убытки, связанные с утратой шанса на выигрыш процесса (§ 1.4 гл. 3).

§ 2. К вопросу о пределах деликтной ответственности судебного эксперта

Дела, в которых убытки возникают в связи с предоставлением носителем специальных знаний (будь то бухгалтер, аудитор, адвокат, эксперт в ходе гражданского или уголовного судопроизводства и т.д.)²¹⁶ недостоверной или ошибочной информации, специфичны тем, что результатом небрежных действий носителя специальных знаний является причинение не «физического» (материального) ущерба, а «чисто экономических убытков». Существование доктрины «чисто экономических убытков» (pure economic loss) признается в немецком праве, а также в праве стран англо-саксонской правовой системы.²¹⁷ Однако примечательно, что по сей день не сложилось однозначного определения данного понятия. В известном немецком учебнике по деликтному праву под чисто экономическими убытками понимают «ухудшение чьего-либо экономического положения (утрата дохода, уменьшение ценности имущества и прочее), которое происходит не прямо в результате причинения вреда лицу или повреждения определенного имущества».²¹⁸

Чисто экономические убытки следует отличать от так называемых косвенных (или вторичных, последующих) убытков (consequential damages), которые всегда являются следствием причинения физического (материального) вреда и, в отличие от чисто экономических убытков, подлежат возмещению.²¹⁹ Еще по римскому праву истец мог требовать от судьи учета не только реального ущерба (damnum emergens), но и упущенной выгоды (lucrum cessans).²²⁰ Есть основания для вывода

²¹⁶ Следует отметить, что в данном контексте категория «носитель специальных знаний» (или «субъект специальных знаний») понимается максимально широко: под ним понимается не только судебный эксперт, но и всякое лицо, на профессиональной основе занимающееся сообщением деловой информации, которое дает рекомендации и экспертные оценки в сфере бизнеса (например, оценщик, аудитор, адвокат и т.д.).

²¹⁷ Dari-Mattiacci G., Schäfer H.-B. The Core of Pure Economic Loss// International Review of Law and Economics 27 (2007) 8–28 [Electronic resource]. – URL: https://www.researchgate.net/publication/222647031_The_core_of_pure_economic_loss (дата обращения: 25.03.2021); Туктаров Ю.Е. Чисто экономические убытки// Убытки и практика их возмещения. М., 2006. С. 138 – 168; Фон Бар К. Ответственность за предоставление информации и выражение мнения, причинившие «чистые экономические убытки» третьим сторонам// Частное право. 1997. С. 129.

²¹⁸ Цитата по Туктаров Ю.Е. Чисто экономические убытки// Убытки и практика их возмещения. М., 2006. С. 139.

²¹⁹ Bussani M., Palmer V.V. Pure economic loss in Europe. Cambridge, 2003 P. 5-8. [Electronic resource]. – URL: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002031345.pdf> (дата обращения: 25.03.2021).

²²⁰ Римское частное право: учебник / Под редакцией И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 1948. С. 377.

о том, что национальные правопорядки многих стран, принадлежащих как к континентальной правовой системе, так и к системе стран общего права, рассматривают упущенную выгоду в качестве косвенных убытков, являющихся следствием причинения материального вреда.²²¹ Опираясь на анализ литературы, посвященной возмещению убытков в различных правопорядках, можно прийти к выводу о существовании следующих видов убытков: реального ущерба, упущенной выгоды (косвенных убытков) и чисто экономических убытков.

Таким образом, чисто экономические убытки можно определить как финансовые потери, которые, как правило, не являются следствием причинения «физического» (материального) ущерба лицу или его собственности, либо иным нарушением его абсолютных прав.²²² Как видим, попытка дать определение понятию «чисто экономические убытки» заканчивается перечислением тех признаков, которых данное понятие не включает, что само по себе во многом уничтожает ценность подобного определения. Поэтому целесообразно привести примеры дел, разрешаемых иностранными судами с применением доктрины чисто экономических убытков.²²³

Типичной иллюстрацией дела, в котором речь идет о возмещении чисто экономических потерь, можно назвать следующий случай. Предположим, работник строительной фирмы во время проведения работ по строительству дороги общего пользования в результате допущенной небрежности повреждает кабель и тем самым выводит из строя всю систему электроснабжения фабрики С, в результате чего фабрика С терпит чисто экономические убытки из-за невозможности продолжать выпуск продукции. Или, к примеру, утечка нефти приводит к чисто

²²¹ Van Dunné J. Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A comparatist's view of the Civil Law-Common Law split on compensation of non-physical damage in Tort Law // *European Review of Private Law*, 4, 1999. [Electronic resource]. – URL: http://www.esl.eur.nl/fileadmin/ASSETS/frg/onderzoek/Emeriti/Dunne/Artikelen/engels/JvD_Website_Articles_English_Tab_3_1999.pdf (дата обращения: 25.03.2021).

²²² Dari-Mattiacci G., Schafer H.-B. The Core of Pure Economic Loss // *International Review of Law and Economics* 27 (2007) 8–28 [Electronic resource]. – URL: https://www.researchgate.net/publication/222647031_The_core_of_pure_economic_loss (дата обращения: 25.03.2021)

²²³ Для того чтобы понять все многообразие возможных ситуаций возникновения чисто экономических убытков целесообразно обратиться к Bussani M., Palmer V.V. *Pure economic loss in Europe*. Cambridge, 2003 P. 10-14. [Electronic resource]. – URL: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002031345.pdf> (дата обращения: 25.03.2021).

экономическим убыткам гостиниц, расположенных возле загрязненного берега из-за оттока туристов. Или более оригинальный пример: в результате ДТП игрок футбольной команды повреждает ногу и не может играть в течение 3-х месяцев, в результате чего футбольный клуб терпит убытки. Вправе ли в подобной ситуации футбольный клуб предъявить иск о возмещении чисто экономических убытков к виновнику ДТП? Как видим, подобных примеров с самым различным содержанием может быть множество.

Самостоятельной категорией дел, связанных с возмещением чисто экономических убытков, являются, как мы уже сказали, дела, связанные с убытками, возникшими в результате предоставления носителем специальных знаний недостоверной или ошибочной информации. К примеру, художественная галерея нанимает эксперта, который в результате допущенной небрежности объявляет поддельную картину подлинной. Покупатель картины, обнаружив подделку, терпит чисто экономические убытки. Может ли он взыскать их с эксперта? Или аудитор А во исполнение своих обязанностей по договору с фирмой Б подготовил аудиторское заключение, полагаясь на которое С приобрело 90 % акций компании, в отношении которой проводился аудит, по значительно завышенной цене, поскольку в аудиторском заключении имелись неточности, допущенные исключительно по небрежности аудитора. Может ли С предъявить самостоятельный иск к А о возмещении чисто экономических убытков? Или, к примеру, адвокат не предпринимает действий по своевременному выполнению просьбы клиента о составлении завещания, в результате чего клиент умирает, не оставив завещания. Вправе ли лицо, которому завещатель хотел передать свое имущество, но не смог ввиду допущенной адвокатом небрежности, предъявить иск о возмещении чисто экономических убытков?²²⁴

Упомянутые дела объединяет, во-первых, то, что ни в одном из них не идет речи о причинении «физического» вреда какому-либо материальному объекту, принадлежащему пострадавшему лицу. Во-вторых, причиненный ущерб не связан

²²⁴ Перед необходимостью разрешения такого вопроса был поставлен суд в деле *White v Jones* (1995) 2 AC 207.

с нарушением какого-либо абсолютного права потерпевшего. Наконец, в-третьих, ни в одном из обозначенных случаев пострадавшая сторона не была связана договорными отношениями с делинквентом, которые позволяли бы требовать компенсации экономических убытков, явившихся результатом нарушения договора.

Следует отметить, что акцент на разграничении материального (физического) ущерба и чисто экономических убытков в иностранных правовых порядках делается потому, что в целом ряде случаев чисто экономические убытки не подлежат возмещению либо размер присуждаемого возмещения значительно ограничен. Этому обстоятельству можно дать несколько объяснений.

Во-первых, возмещение чисто экономических убытков потенциально способно привести к предъявлению неконтролируемого потока исков, что способно парализовать деятельность всей судебной системы. Предположим, допущенная ответчиком небрежность приводит к закрытию оживленного шоссе, в результате чего чисто экономические убытки терпят тысячи лиц. Если предположить, что все пострадавшие предъявят иски в суд, это в конечном итоге приведет к административному хаосу.²²⁵ Таким образом, признание чисто экономических убытков подлежащими взысканию фактически будет означать открытие «шлюзов», которое способно вызвать наводнение и крах всей системы правосудия.²²⁶

Во-вторых, необходимость возмещения чисто экономических убытков в полном объеме возлагает на делинквента непомерное бремя ответственности, что потенциально способно привести к банкротству делинквента, а значит, ставит под угрозу существование целого ряда общественно значимых профессий и родов занятий.

В-третьих, чисто экономические убытки отличаются от иных убытков тем, что представляют собой финансовые потери потерпевшего лица, которые зачастую

²²⁵ Bussani M., Palmer V.V. Pure economic loss in Europe. Cambridge, 2003 P. 16. [Electronic resource]. – URL: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002031345.pdf> (дата обращения: 25.03.2021).

²²⁶ Цит. по Туктаров Ю.Е. Чисто экономические убытки // Убытки и практика их возмещения. М., 2006. С. 147.

могут не являться одновременно социальными потерями (потерями общества в целом), а потому либо вовсе не подлежат возмещению, либо размер возмещения должен быть ограничен и равен сумме социальных потерь. Поясним последнюю мысль на примере. Если в результате деликта сгорел дом, ценность «основных фондов» общества уменьшилась на стоимость сгоревшего дома. Ущерб, причиненный собственнику сгоревшего дома, в этом случае равен ущербу, понесенному обществу в целом (социальным потерям). При этом сумма компенсации при наличии факта доказанной небрежности делинквента и причинно-следственной связи будет равна сумме социальных потерь.²²⁷ Этого равенства ущерба частного субъекта (собственника дома), социальных потерь и суммы компенсации не существует в случаях причинения чисто экономических убытков. Приведем пример. Допустим, А планирует купить дом, принадлежащий С, и нанимает оценщика В для проведения оценки рыночной стоимости понравившегося ему дома. Оценщик В выполняет свою работу небрежно, в результате чего стоимость дома оказывается значительно завышенной. В итоге А, полагаясь на заключение оценщика, покупает дом по завышенной цене. Это приводит к двум эффектам: 1) убыткам покупателя А; 2) прибыли продавца С, размер которой эквивалентен убыткам А. Небрежность, допущенная оценщиком, приводит к убыткам частного субъекта (покупателя дома А). Однако социальные потери в данном случае будут равны 0, так как наряду с убытками покупателя А имеется прибыль продавца С. Если убытки, возникшие в результате причинения материального вреда, влекут разрушение ценности «основных фондов» общества, то чисто экономические убытки, как правило, выражаются в перераспределении материальных ценностей, их перемещении от одного частного субъекта к другому (в нашем примере от А к С). В связи с этим частные убытки потерпевшего в случае причинения чисто экономических убытков больше социальных потерь, которые, несмотря на наличие убытков частного субъекта, нейтрализуются наличием прибыли 3-го лица. Будучи изложена здесь в крайне обобщенном и упрощенном

²²⁷ Schafer H.-B Liability of Experts and the Boundary between Tort and Contract // Theoretical Inquiries in Law 3.2. (2002). P. 457.

виде, данная теория (исходя из которой ограничение суммы возмещения чисто экономических убытков преследует одну главную цель – достижение экономической эффективности) обязана своим возникновением английскому исследователю У. Бишопу (W. Bishop), который попытался привнести экономический взгляд на проблему возмещения чисто экономических убытков.²²⁸ У. Бишоп выводит следующую формулу: социальные потери = потери частного субъекта – (минус) прибыль 3-го лица. При перераспределении материальных ценностей социальные потери равны 0. Если делинквент вынужден будет компенсировать в полном объеме чисто экономические убытки пострадавшего частного субъекта в условиях отсутствия возможности получить возмещение от 3-го лица, получившего прибыль, результатом, по мнению У. Бишопа, будет непропорционально высокий уровень должной осмотрительности, требуемый от потенциального делинквента, а его необходимо исключить.

После приведенных рассуждений обобщающего свойства позволим себе в дальнейшем говорить исключительно о делах, в которых убытки возникают в связи с небрежным предоставлением носителем специальных знаний недостоверной или ошибочной информации, как одной из категорий дел, связанных с причинением чисто экономических убытков.

В сфере ответственности за небрежное предоставление носителем специальных знаний информации, как ни в какой другой, отчетливо проявляется необходимость принимать во внимание принятый в том или ином правовом порядке уровень (стандарт) должной заботы и осмотрительности, требуемый от носителя специальных знаний. Если стандарт этот определен точно, тогда, как указывается в литературе,²²⁹ проблем нет: сверхкомпенсация не приведет к неоправданно высокому уровню должной осмотрительности, ибо носитель специальных знаний (он же потенциальный делинквент) будет точно знать стандарт заботы и

²²⁸ Bishop W. Economic loss in tort// Oxford Journal of Legal Studies, 1982. [Electronic resource]. – URL: http://arch.neicon.ru/xmlui/bitstream/handle/123456789/3672507/OxfordJournalofLegalStudiesoxjlsj_2_1_2-1-1.pdf?sequence=1 (дата обращения: 25.03.2021).

²²⁹ Например, Dari-Mattiacci G., Schafer H.-B. The Core of Pure Economic Loss// International Review of Law and Economics 27 (2007) 8–28 [Electronic resource]. – URL: https://www.researchgate.net/publication/222647031_The_core_of_pure_economic_loss (дата обращения: 25.03.2021).

осмотрительности, требуемый для того, чтобы избежать необходимости компенсировать причиненный ущерб.

Однако в подавляющем большинстве случаев стандарт заботы и осмотрительности невозможно определить с требуемой точностью. В точности, априорно он не известен ни судам, ни потенциальному делинквенту. В таких условиях носителю специальных знаний приходится на свой страх и риск выбирать из нескольких возможных стандартов тот стандарт, которого он будет придерживаться. При этом на нем лежит риск того, что выбранный им стандарт окажется ниже стандарта, определенного в конечном итоге судом, ибо только в ходе судебного разбирательства, когда стороны дела представят суду всю фактическую информацию по делу, требуемый стандарт заботы и осмотрительности будет установлен. Находясь под риском выбора ненадлежащего стандарта заботы и осмотрительности, а значит, и под риском необходимости возместить причиненный ущерб, носитель специальных знаний вынужден придерживаться более высокого стандарта заботы и осмотрительности. В результате образуется повышенный стандарт заботы и осмотрительности. Как следствие, растут расходы носителя специальных знаний на поддержание этого повышенного стандарта. Это, в свою очередь, находит отражение в стоимости услуг носителя специальных знаний. Тут следует отметить, что если в случае допущенной небрежности требовать от носителя специальных знаний полного возмещения причиненных чисто экономических убытков, это приведет к крайне высокому уровню заботы и осмотрительности, требуемому от носителя специальных знаний, что не отвечает интересам общества. Полное же исключение компенсации чисто экономических убытков приведет к уменьшению стимулов для носителей специальных знаний исполнять свои обязанности, проявляя должную заботу и осмотрительность. Пониженный стандарт заботы и осмотрительности

будет в долгосрочной перспективе приводить ко все более частым случаям причинения чисто экономических убытков.²³⁰

Вернемся к нашему примеру с оценщиком, который дает неверное заключение о стоимости дома. По теории У. Бишопа социальные потери в обозначенном случае будут равны 0, так как происходит лишь перемещение материальных ценностей от А к С (наряду с убытками покупателя А имеется прибыль продавца С). Однако это автоматически не приводит к выводу о том, что чисто экономические убытки покупателя А, причиненные оценщиком, не подлежат возмещению. Все дело в том, что цена договора с оценщиком может включать в себя защиту от подобного перемещения материальных ценностей. Разумно предположить, что покупатель А нанял эксперта для того, чтобы избежать заключения сделки, о которой он может впоследствии пожалеть. Нанимая эксперта, покупатель вправе ожидать, что носитель специальных знаний проявит при исполнении своих обязанностей должный уровень осмотрительности и заботы, будет отвечать стандартам своей профессии, действуя таким образом, чтобы минимизировать риск и возможные потери своего клиента. Собственно, покупатель платит оценщику не за что иное, как за проявление оценщиком требуемого уровня заботы и осмотрительности с тем, чтобы минимизировать потенциальный риск неудачной инвестиции. Покупатель платит за защиту от риска неудачной инвестиции, т.е. за защиту от перераспределения блага от А в пользу С. А если так, то оценщик должен нести ответственность перед А, поскольку это входило в цену договора, несмотря на отсутствие в данном случае социальных потерь.

Подобное решение кажется довольно очевидным и, скорее всего, будет одинаковым для различных правопорядков постольку, поскольку покупателя А и оценщика В связывают договорные отношения. Однако ситуация меняется, как только мы допустим, что компенсации чисто экономических убытков будет

²³⁰ Bishop W. Economic loss in tort// Oxford Journal of Legal Studies, 1982. [Electronic resource]. – URL: http://arch.neicon.ru/xmlui/bitstream/handle/123456789/3672507/OxfordJournalofLegalStudiesoxjlsj_2_1_2-1-1.pdf?sequence=1 (дата обращения: 25.03.2021).

требовать не сторона договора, а 3-е лицо, не связанное с экспертом договорными правоотношениями. Предположим, что А по каким-то причинам отказывается от заключения сделки, но передает заключение оценщика своему другу D, который, полагаясь на данное заключение, покупает дом по завышенной цене и терпит убытки. Сможет ли D получить возмещение причиненных ему чисто экономических убытков с оценщика В? Или договор с экспертом заключает не покупатель А, а продавец С. Покупатель А, будучи 3-м лицом по отношению к договору между В и С, полагается на заключение оценщика и покупает дом, вследствие чего терпит убытки. В литературе существует позиция, согласно которой защита должна быть распространена и на потерпевших 3-х лиц, не являющихся сторонами договора, если цена защиты не увеличивается с изменением потерпевшей стороны.²³¹ Нарушение тождества потерпевшей стороны не приведет к увеличению риска ответственности эксперта, так как вред может быть причинен только один раз. «Риск ответственности» эксперта, если условно можно так выразиться, полностью «включен» в стоимость договора. Тот факт, что эксперт может быть признан ответственным перед большим кругом лиц, а не только перед лицом, с которым его связывают договорные правоотношения, никак не должен менять стоимость его риска. В этой связи принципиально важным является то обстоятельство, было ли заключение оценщика составлено специально в целях заключения будущей сделки.

Обратимся к приведенному ранее примеру с аудитором А, во исполнение своих обязанностей по договору с фирмой Б подготовившему аудиторское заключение, полагаясь на которое С приобрело 90 % акций компании, выступившей объектом аудита, по значительно завышенной цене, поскольку в аудиторском заключении имелись неточности, допущенные исключительно по небрежности аудитора. Может ли С предъявить самостоятельный иск к А о возмещении чисто экономических убытков?

²³¹ Например, Dari-Mattiacci G., Schafer H.-B. The Core of Pure Economic Loss// International Review of Law and Economics 27 (2007). P. 13-14. [Electronic resource]. – URL: https://www.researchgate.net/publication/222647031_The_core_of_pure_economic_loss (дата обращения: 25.03.2021)

Ответ на данный вопрос будет зависеть от того, для каких целей проводился аудит. Представим, что аудит проводился для внутренних целей компании, а не для целей заключения в будущем сделки по продаже активов компании. Аудиторское заключение не было предназначено для передачи потенциальному покупателю акций компании. Руководство компании не имело желания платить за защиту от перемещения материальных ценностей, вследствие чего такая защита не входила в цену договора с аудитором. С этой точки зрения ответственность аудитора перед 3-м лицом в данной ситуации либо полностью должна быть исключена, либо подлежит существенному ограничению. В противном случае аудитор будет вынужден находиться под постоянным риском ответственности перед неопределенным кругом 3-х лиц, вследствие чего увеличится как стоимость страхования его профессиональной ответственности, так и сумма его вознаграждения по договору о проведении аудита. Руководство компании вынуждено будет платить несоразмерно высокую цену за услуги аудитора, тогда как 3-е лицо неоправданно будет получать выгоду из договора, стороной которого оно не является, при том что не заплатило ничего за предоставление защиты от возможного перемещения материальных ценностей, приводящего к чисто экономическим убыткам.

Приведенные рассуждения отражают экономический взгляд на проблематику возмещения чисто экономических убытков, возникших вследствие предоставления информации или выражения мнения субъектом специальных знаний. Юридическое же содержание указанной проблематики производно от той юридической квалификации, которую мы дадим комплексу складывающихся правоотношений, а именно: признаем ли мы деликтную или договорную (квазидоговорную) основу для возмещения чисто экономических убытков, которые терпит 3-е лицо, полагающееся на неправильную рекомендацию, совет или заключение лица, обладающего специальными знаниями в той или иной области. Иными словами, в своем юридическом содержании вопрос о гражданско-правовой ответственности носителя специальных знаний – это вопрос о том, где проходит граница между деликтным и договорным правом.

Охватывает ли содержание ст. 1064 ГК РФ возмещение чисто экономических убытков?

С одной стороны, принцип генерального деликта можно воспринимать как универсальное положение о возмещении всякого вреда, которое характеризуется предельной абстрактностью. В этом смысле любой вред (при условии, что налицо иные условия привлечения к деликтной ответственности) подлежит возмещению, включая вред, причиненный носителем специальных знаний (экспертом).

Однако как только мы сравним положения ст. 1064 ГК РФ с аналогичным положением Французского Гражданского кодекса (далее – ФГК), мы убедимся, что ФГК содержит намного более широкую формулировку, раскрывающую принцип генерального деликта, нежели ГК РФ. Так, ст. 1382 Гражданского кодекса Франции гласит: «какое бы то ни было действие человека, которое причиняет другому ущерб, обязывает того, по вине которого ущерб произошел, к его возмещению».²³² Если по ФГК возмещению подлежит любой причиненный ущерб, включая возмещение чисто экономических убытков, то по ГК РФ возмещается лишь «вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица».

Выше мы привели положения параграфа 823 ГГУ, который предусматривает ответственность за вред, причиненный противоправными и виновными действиями, только тем защищаемым законом ценностям другого лица, которые перечислены в его тексте, а именно: жизни, здоровью, свободе, собственности или любому «иному принадлежащему ему праву», и отметили, что субъективное право не является «иным правом» в смысле § 823 абз. 1 ГГУ.

Статья 1064 ГК РФ в этом смысле занимает промежуточную позицию между аналогичными положениями французского и немецкого законодательства.

Соответственно, можно заметить и два противоположных подхода – назовем их условно «договорной» и «деликтной» – сложившихся в отечественной

²³² Французский гражданский кодекс/перевод с франц. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковской. СПб., 2004. С. 745.

литературе применительно к разрешению феномена возмещения чисто экономических убытков.²³³

За расширительное толкование категории «вред» по ст. 1064 ГК и включение в нее в том числе чисто экономических потерь ратует Д.Е. Богданов, который считает, что ст. 1064 ГК РФ намного ближе к французскому подходу, нежели к немецкому и не должна толковаться ограничительно.²³⁴

Противоположной позиции придерживается И.В. Бекленищева. Деликтное право, по ее мнению, «может начать свое действие только в тех случаях, когда лицу причинен реальный ущерб. В связи с причинением такого ущерба компенсации, естественно, могут подлежать и неполученные доходы (упущенная выгода). Между тем деликтное право традиционно неприменимо там, где упущенная выгода возникает вне связи с реальным ущербом (защита подобных интересов всегда была прерогативой договорного права). Итак, поскольку нет вреда, то нет и деликта».²³⁵ Другими словами, И.В. Бекленищева полагает, что для возникновения деликтного притязания необходимо констатировать факт причинения реального ущерба, т.е. физического (материального) вреда, которого нет в случае причинения чисто экономических убытков. Деликтный иск, по ее мнению, нельзя предъявить потому, что убытки, понесенные третьими лицами, выражены не в умалении наличного их имущества, а лишь в неполучении желаемых доходов. Традиционно считается, что интерес лица в восстановлении такого умаления в имуществе подлежит защите

²³³ Надо сказать, что некоторые авторы вовсе отказываются исследовать вопрос о возмещении чисто экономических убытков по отечественному праву, считая концепцию чисто экономических убытков малопродуктивной. «Обозначенные этими непривычными для гражданского права терминами ситуации, - пишет О.Н. Садиков, имея в виду различные случаи возникновения в иностранных правовых системах чисто экономических убытков, - не требуют введения необычной экономико-технической терминологии и могут успешно разрешаться в рамках традиционных категорий гражданского права, основными из которых являются правонарушение, причинная связь, реальный ущерб и упущенная выгода» (Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009. С. 33-34.). Однако нельзя не отметить, что судебная практика последних лет все чаще сталкивается с необходимостью разрешения дел, очень близких по существу тем, которые в западных правовых системах разрешаются судами с использованием доктрины возмещения чисто экономических убытков (например, Определение Верховного суда РФ от 11.05.2018 по делу № 306-ЭС17-18368, Определение Верховного Суда РФ от 22.05.2017 по делу № 303-ЭС16-19319). При таких обстоятельствах исследования в области изучения феномена возмещения чисто экономических убытков неизбежно будут крайне востребованными, причем очевидно, что они предполагают необходимость дать юридическую квалификацию новой категории «чисто экономических убытков», которая не может быть сведена к «традиционным» категориям отечественного гражданского права.

²³⁴ Богданов Д.Е. Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиций справедливости: сравнительно-правовой аспект: монография. М., 2015. С.302.

²³⁵ Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 77.

средствами договорных обязательств. Другими словами, защите подлежит лишь интерес того лица, у которого его наличие обусловлено существованием договорных отношений, требование из которых может быть предъявлено только к контрагенту. Придерживаясь ограничительного толкования ст. 1064 ГК РФ и полагая, что чисто экономические убытки не могут возмещаться в соответствии с отечественным деликтным правом, И.В. Бекленищева предлагает использовать конструкцию договора с охранительным эффектом по отношению к третьим лицам: «договор, заключенный аудиторской компанией и ее клиентом, является договором, которым аудиторская компания принимает на себя абсолютную обязанность по отношению ко всем третьим лицам не нарушать прав и интересов последних».²³⁶

Нетрудно заметить, что разногласия Д.Е. Богданова и И.В. Бекленищевой перекликаются с различиями во французском и немецком подходах применительно к разрешению проблемы возмещения чисто экономических убытков. Анализ отечественной доктрины, как мы успели убедиться, позволяет подыскать аргументы для обоснования любого варианта толкования ст. 1064 ГК РФ в свете проблематики возмещения чисто экономических убытков. Каково же мнения по обозначенному вопросу придерживаемся мы?

Как представляется, есть все основания для того, чтобы присоединиться к тем исследователям, которые полагают, что чисто экономические убытки, если и могут быть возмещены, то с использованием средств отечественного деликтного права. О.С. Иоффе писал: «внедоговорная ответственность осуществляется путем установления между сторонами особого обязательства – по возмещению причиненного вреда... Напротив, договорная ответственность особого обязательства не порождает и осуществляется путем присоединения к существующему между сторонами обязательству новой обязанности нарушителя (по возмещению убытков, уплате штрафов и т.п.)».²³⁷ Принимая во внимание данное различие между договорной и деликтной ответственностью, надо отметить,

²³⁶ Бекленищева И.В. Там же.

²³⁷ Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый гражданский кодекс РСФСР. Л., 1965. С.231.

что между третьим лицом, которому были причинены чисто экономические убытки, с одной стороны, и причинителем вреда, с другой стороны, до факта причинения вреда не существовало никакого обязательства. Особое обязательство возникает только после причинения вреда и является ничем иным как обязательством по возмещению причиненного вреда. Из того обстоятельства, что деликтное обязательство перед третьим лицом возникает из факта нарушения договорного обязательства, никоим образом не следует, что данное обязательство приобретает договорный характер, а потому нет смысла заимствовать из немецкого права квазидоговорные конструкции, ссылаясь на узкие рамки отечественного деликтного права по аналогии с немецким правом. Скорее обсуждаемая конструкция является лишним основанием для пересмотра устоявшегося в литературе тезиса о том, что деликтное обязательство имеет своей целью возмещение имущественных потерь, ставших следствием нарушения только абсолютных прав, но не прав относительных.

Субъект специальных знаний, вступая в правоотношения с заказчиком по договору о проведении экспертного исследования, принимает на себя обязанность по осуществлению заботы об интересах 3-х лиц – потенциальных адресатов результата его работы, независимо от наличия договорных отношений с последними. Обязанность эта существует перед теми третьими лицами, в отношении которых в момент заключения договора субъект специальных знаний знал или мог обоснованно предполагать, что они примут то или иное решение, основываясь на полученной от субъекта специальных знаний (или содержащейся в его заключении) информации. Нарушение обязанности по осуществлению заботы об интересах 3-х лиц является основанием возникновения деликтного обязательства.

Абсолютную обязанность по отношению ко всем третьим лицам не нарушать прав и интересов последних, имеющую публично-правовую природу, выводит и И.В. Бекленищева,²³⁸ только делает она это с целью имплементировать в

²³⁸ Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С.77-78.

российский правопорядок немецкую конструкцию договора с защитным эффектом для третьих лиц. Мы, напротив, склонны прийти к выводам: (1) что обязанность эта не носит абсолютного характера, поскольку существует не в отношении всех третьих лиц, а в отношении лишь определенной категории третьих лиц, которые приняли решение, полагаясь на вывод субъекта специальных знаний, о чем последний знал или должен был знать в момент заключения договора о проведении экспертного исследования; (2) нарушение этой обязанности является основанием для возникновения деликтного обязательства между исполнителем по договору (субъектом специальных знаний) и третьим лицом.

Вышесказанное справедливо для разрешения вопроса о привлечении к имущественной ответственности перед третьими лицами как судебного, так и внесудебного эксперта. Но если для решения вопроса об ответственности внесудебного эксперта большое значение будет иметь толкование условий договора, предшествующего заключению договора поведения сторон, исследование того обстоятельства, заложил ли носитель специальных знаний в цену договора риск привлечения к ответственности не только перед контрагентом, но и перед иными третьими лицами-адресатами проведенного им исследования и пр., то есть анализ всех тех факторов, которые позволят ответить на вопрос о том, для каких целей субъект специальных знаний проводил исследование, и, следовательно, кто относится к кругу тех третьих лиц, которые смогут впоследствии предъявить к носителю специальных знаний самостоятельный иск, то в ситуации с судебным экспертом ситуация абсолютно однозначна: стороны дела во всех случаях имеют основания полагаться на результаты судебной экспертизы, а судебный эксперт всегда должен разумно предполагать, что результат проведенного им исследования может отразиться на правах и обязанностях участников процесса.

Объясняется такое решение тем, что, если в ситуации с судебным экспертом круг третьих лиц, которые могут полагаться на его профессиональное мнение, известен эксперту и является ограниченным, то в случае с внесудебными экспертами мы потенциально имеем дело с намного более обширным кругом

третьих лиц, которые могли полагаться на мнение субъекта специальных знаний и понести в связи с его ошибочной позицией финансовые потери.

Кроме того, заказчик экспертного заключения в составе цены всегда имплицитно платит за гарантию качества экспертного мнения, а носитель специальных знаний, в свою очередь, включает в цену своих услуг риск привлечения его к ответственности в случае, если выраженное им мнение окажется ошибочным. Поскольку расходы на проведение судебной экспертизы возложены на стороны дела, можно сказать, что они платят за предоставление судебным экспертом гарантии качества экспертного заключения, а потому оправданным будет являться регулирование, при котором стороны дела смогут возместить свои убытки в случае предоставления им некачественных услуг. Тем более, что убытки перед сторонами дела в любом случае носят предвидимый характер для судебного эксперта. В случае же с внесудебными экспертами в той или иной области специальных знаний природа оказываемых ими услуг потенциально допускает использование предоставленной ими информации неопределенным кругом третьих лиц, которые не платили за предоставление гарантии качества экспертного заключения, за нее заплатил только заказчик экспертного исследования или третьи лица (причем ограниченный круг третьих лиц), которым заказчик передал результат проведенного экспертного исследования за отдельное вознаграждение или должен был передать по условиям договора о проведении экспертного исследования. Несправедливо и крайне опасно для правопорядка было бы возлагать на внесудебного эксперта бремя несения ответственности за чисто экономические убытки всех третьих лиц, которые, полагаясь на его заключение, при этом а) не участвовали в оплате его услуг; б) не являлись непосредственными или подразумеваемыми адресатами составленного им заключения.

Пограничная ситуация возникнет в случае, если представленное участником процесса заключение досудебного эксперта оценивается в ходе судебного разбирательства. Здесь опять же определяющим моментом должно являться то обстоятельство, знал ли или должен ли был досудебный эксперт знать, что его заключение будет впоследствии использовано в суде. Если знал или должен был

знать, то внесудебный эксперт должен нести имущественную ответственность за возможные убытки не только перед заказчиком экспертного исследования, но и перед сторонами дела, в которое было представлено заключение, оказавшееся некачественным.

Вернемся к ответу на вопрос о том, должны ли подлежать возмещению с позиций российского права и если да, то в каких пределах, убытки, причиненные судебным экспертом, которые мы отнесли к категории чисто экономических убытков, а именно: 1) убытки, возникшие в результате повреждения или уничтожения объекта экспертного исследования, в силу чего утрачена возможность проведения экспертизы, что представляет собой нарушение права на судебную защиту (§ 1.1 гл. 3); 2) убытки, возникшие в результате составления экспертом в результате допущенной небрежности некачественного заключения, что может являться умалением права на защиту, если взыскиваются убытки, связанные с утратой шанса на выигрыш процесса (§ 1.4 гл. 3).

С одной стороны, первую категорию убытков можно отнести не собственно к чисто экономическим убыткам, а к косвенным убыткам, являющихся следствием причинения материального вреда, т.е. к упущенной выгоде, поскольку умаление права на судебную защиту происходит вследствие уничтожения объекта экспертного исследования, представляющего собой имущественную ценность для лица, которому он принадлежал, т.е. вследствие причинения реального ущерба. С этой точки зрения не вызывает сомнений, что упущенная выгода, равно как и реальный ущерб, причиненный судебным экспертом, должны подлежать возмещению в полном объеме.

С другой стороны, отнесение убытков, вызванных повреждением или уничтожением объекта экспертного исследования, в силу чего утрачена возможность проведения экспертизы, к упущенной выгоде было бы в известной степени упрощением, поскольку, во-первых, имущественная ценность объекта экспертного исследования в подавляющем числе случаев будет крайне незначительной в сравнении с последовавшим умалением права на судебную защиту, и потому при определении природы таких убытков вряд ли должно иметь

определяющее значение то, что умалению права на судебную защиту предшествовало уничтожение объекта экспертного исследования как материального носителя информации; во-вторых, далеко не во всех случаях потребность во взыскании чисто экономических убытков в виде умаления права на защиту возникнет именно у той стороны дела, для которой объект экспертного исследования представлял какую-то имущественную ценность.

В этой связи убытки, причиненные повреждением или уничтожением объекта экспертного исследования, в результате чего более невозможно установить искомый факт с использованием специальных знаний, относятся к категории чисто экономических убытков, поскольку: (1) заключаются не в причинении «материализованного» вреда, а в умалении права на судебную защиту; (2) не являются следствием нарушения абсолютных прав потерпевшего; (3) возникают у стороны судебного разбирательства вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения судебным экспертом возложенных на него обязанностей, проистекающих из правоотношения с судом.

Указанные убытки должны возмещаться в полном объеме, поскольку их возмещение не нарушает ни один из принципов, лежащих в основе идеи об иммунитете эксперта от привлечения к имущественной ответственности, ибо, во-первых, их возмещение не препятствует реализации возложенной на эксперта функции, так как вред третьим лицам причинили действия, которые одновременно являются неисполнением обязанностей перед судом; во-вторых, их возмещение не создает риска внеинстанционного пересмотра дела, потому что в связи с уничтожением или повреждением объекта экспертного исследования эксперт либо не смог представить экспертное заключение, а значит, суд не давал ему оценку, либо представил, но невозможно провести иную экспертизу, способную опровергнуть выводы первоначальной экспертизы.

Иная ситуация возникает в случае возмещения убытков, возникших в результате составления экспертом в результате допущенной небрежности некачественного заключения, что может являться умалением права на защиту, если взыскиваются убытки, связанные с утратой шанса на выигрыш процесса.

Взыскание этих убытков предполагает, что самостоятельный иск к эксперту может быть удовлетворен, несмотря на то, что в первоначальном процессе суд принял экспертное заключение и вынес, основываясь на нем, решение, однако проигравшей дело стороне в побочном процессе удалось доказать, что экспертное заключение являлось негодным, и она должна была выиграть дело. В таком случае утрата проигравшей стороной шанса на выигрыш процесса также может быть квалифицирована как чисто экономические убытки, которые она хочет взыскать с судебного эксперта.

Представляется, однако, что возможность взыскания в такой ситуации чисто экономических убытков с эксперта должна быть пресечена, ибо, в отличие от ранее рассмотренных нами ситуаций, убытки, которые потенциально могут быть причинены стороне судебного разбирательства некачественным заключением, не является следствием неисполнения обязанностей судебного эксперта перед судом. Если не было установлено неисполнение экспертом обязанностей перед судом (которое может констатировать лишь сам суд),²³⁹ заинтересованная сторона должна быть лишена возможности бесконечно пересматривать результат оценки экспертного заключения, иное приводило бы к весьма нежелательному риску внеинстанционного пересмотра дела, а также препятствовало бы эксперту исполнять возложенную на него функцию, не боясь быть подвергнутым имущественным претензиям со стороны недовольных участников процесса, что не соответствовало бы интересам осуществления правосудия.

Таким образом, иммунитет должен защищать судебного эксперта тогда, когда суд (как первой инстанции, так и вышестоящих инстанций) посчитал, что экспертное заключение выполнено надлежащим образом. Если суд поставил выполненную экспертом работу под сомнение, к примеру, назначив повторную экспертизу в связи с недостатками первоначальной, допущенными по вине

²³⁹ Такая констатация может исходить не только от суда первой инстанции, но и от судов вышестоящих инстанций. Например, суд первой инстанции мог не ставить под сомнение заключение эксперта и вынести, основываясь на нем решение, однако суд апелляционной инстанции мог не согласиться с этой оценкой и признать, что экспертное заключение не должно было быть принято в качестве надлежащего доказательства в связи с недостатками, за которые отвечает эксперт.

эксперта; указав на многочисленные недостатки экспертного заключения, в силу чего отказался принять экспертное заключение в качестве надлежащего доказательства и т.п., это потенциально может являться основанием как для постановки вопроса об отказе в выплате/уменьшении размера вознаграждения со стороны суда, так и основанием для предъявления деликтного иска стороной дела, понесшей те или иные убытки в результате ненадлежащего исполнения судебным экспертом возложенных на него обязанностей.

Подводя итог, отметим, что действие в российской правовой системе принципа генерального деликта означает, во-первых, что имеются все предпосылки для возмещения потерпевшему от действий судебного эксперта участнику процесса не только убытков в виде реального ущерба и упущенной выгоды, но также в ряде случаев убытков в виде чисто экономических потерь; во-вторых, чисто экономические потери, также, как и иные виды убытков, причиненные судебным экспертом, подлежат возмещению в полном объеме. Своего рода «ограничителем» деликтной ответственности, предотвращающим риск непомерной ответственности эксперта, выступает тот факт, что судебный эксперт может привлекаться к деликтной ответственности лишь в случае установления его виновности в форме умысла или грубой неосторожности, а также причинно-следственной связи между деликтом и возникновением у потерпевшего вреда или экономических потерь. Таким образом, *de lege lata* нет оснований для вывода о том, что деликтная ответственность судебного эксперта перед сторонами дела должна носить ограниченный характер.

Однако условием удовлетворения самостоятельного деликтного иска заинтересованного лица к судебному эксперту должна выступать предварительная констатация судом ненадлежащего исполнения экспертом возложенных на него обязанностей. В отсутствие такой судебной констатации такой иск к судебному эксперту не может быть удовлетворен, поскольку интересы осуществления правосудия требуют предоставления судебному эксперту в такой ситуации иммунитета от привлечения к гражданско-правовой ответственности.

Заключение

Иммунитет судебного эксперта от имущественной ответственности представляет собой правовой режим, заключающийся в запрете привлечения судебного эксперта к имущественной ответственности за ненадлежащее исполнение функций, связанных с проведением экспертного исследования.

В отечественной доктрине проблематика иммунитета судебного эксперта от ответственности никогда не обсуждалась, на законодательном уровне иммунитет не закреплен, однако правоприменительная практика, не позволяющая суду принять резолюцию об уменьшении размера/отказе в выплате вознаграждения судебному эксперту в случае составления им некачественного экспертного заключения, свидетельствует о том, что де-факто судебные эксперты пользуются иммунитетом от привлечения к имущественной ответственности.

В качестве политико-правового обоснования действия иммунитета судебного эксперта от привлечения к имущественной ответственности в российском праве потенциально может выступать, во-первых, идея о том, что осуществление правосудия было бы невозможным без наличия презумпции того, что судебный эксперт выполняет возложенные на него законом функции, предполагающие дискрецию при выражении своего профессионального мнения, надлежащим образом, не опасаясь быть подвергнутым каким-либо претензиям со стороны недовольных участников процесса; во-вторых, крайне нежелательный для интересов отправления правосудия риск внеинстанционного пересмотра дела.

Противостоит идее об иммунитете эксперта от привлечения к гражданско-правовой ответственности принцип генерального деликта, в соответствии с которым любой вред, в том числе вред, причиненный экспертом, подлежит возмещению.

В российском праве нет ни легальных, ни политико-правовых оснований для наделения внесудебных экспертов иммунитетом от предъявления иска со стороны лица, выступившего заказчиком экспертного исследования. Специфика выполняемой носителями специальных знаний функции может обосновывать

закрепление иммунитета судебного эксперта, но не способна выступить причиной предоставления иммунитета внесудебному эксперту.

Для определения того, чему в российском правопорядке должен быть отдан приоритет: необходимости защитить функцию, выполняемую судебным экспертом, что требует предоставления иммунитета, или же основополагающему правилу о том, что за каждым нарушением права должно следовать восстановление в правах, что предопределяет возможность привлечения эксперта к гражданско-правовой ответственности, мы проанализировали как правовую природу складывающихся между судом и экспертом правоотношений, так и круг охраняемых правом благ, которым судебный эксперт потенциально может причинить вред. Это позволило прийти к следующим выводам.

Правоотношения между судом и экспертом возникают на основе сложного юридического состава, включающего: (1) определение о назначении судебной экспертизы, регулирующего собственно процессуальные правоотношения в рамках правовой связи «суд-эксперт», основанные на власти и подчинении; (2) соглашение о проведении экспертного исследования, которое представляет собой процессуальное соглашение, призванное регулировать имущественные аспекты правоотношений между судом и экспертом. Выявленная специфика правоотношений, связывающих суд и эксперта, позволяет прийти к выводу о том, что в системе гражданских процессуальных правоотношений должно быть признано существование гражданских процессуальных правоотношений с имущественным содержанием.

Суд, которого с экспертом связывает соглашение о проведении экспертного исследования, как заказчик экспертного исследования, реагирующий на некачественность оказанной услуги, вправе вынести резолюцию об отказе в выплате/уменьшении размера вознаграждения эксперта при условии обязательного привлечения эксперта к участию в деле и наделения его правами третьего лица без самостоятельных требований для представления ему возможности отстоять доброкачественность составленного им экспертного заключения. Эта форма ответственности является следствием неисполнения экспертом существующей по

отношению к суду обязанности по представлению качественного экспертного заключения.

Судебный эксперт не должен иметь иммунитета от применения к нему судом, рассматривающим дело и оценивающим результат проведенной им работы, мер ограниченной гражданско-правовой ответственности в виде отказа в выплате/уменьшении размера причитающегося эксперту вознаграждения как реакции на ненадлежащее исполнение экспертом обязанностей, существующих по отношению к суду. Признание возможности отказа в выплате/уменьшения размера причитающегося эксперту вознаграждения отвечает интересам осуществления правосудия намного в большей степени, чем полный иммунитет эксперта от привлечения к имущественной ответственности, который не позволяет суду пресечь недобросовестные действия судебного эксперта, уклоняющегося от надлежащего исполнения возложенных на него обязанностей.

Неисполнение судебным экспертом его обязанностей перед судом потенциально может причинять сторонам судебного разбирательства не только вред, выражающийся в реальном ущербе и упущенной выгоде, но и чисто экономические убытки, которые подлежат возмещению в полном объеме при условии установления вины эксперта в в форме умысла или грубой неосторожности, а также причинно-следственной связи между деликтом и возникновением у потерпевшего вреда или экономических потерь. Такие убытки могут взыскиваться путем предъявления заинтересованным лицом самостоятельного деликтного иска к судебному эксперту. Условием удовлетворения такого иска должна выступать предварительная – в деле, в котором производство экспертизы назначено судом – констатация судом ненадлежащего исполнения экспертом возложенных на него обязанностей.

В отсутствие судебной констатации, подтверждающей неисполнение или ненадлежащее исполнение экспертом обязанностей перед судом, заинтересованная сторона должна быть лишена возможности бесконечно пересматривать результат оценки экспертного заключения, иное приводило бы к нежелательному риску внеинстанционного пересмотра дела, а также препятствовало бы эксперту

исполнять возложенную на него функцию, заключающуюся в представлении суду своего профессионального мнения, не боясь быть подвергнутым имущественным претензиям со стороны недовольных участников процесса, что не соответствовало бы интересам осуществления правосудия.

Таким образом, иммунитет защищает судебного эксперта тогда, когда суд (как первой инстанции, так и вышестоящих инстанций) посчитал, что экспертное заключение выполнено надлежащим образом. Если суд поставил выполненную экспертом работу под сомнение, к примеру, назначив повторную экспертизу в связи с недостатками первоначальной, допущенными по вине эксперта; указав на многочисленные недостатки экспертного заключения, в силу чего отказался принять экспертное заключение в качестве надлежащего доказательства и т.п., это потенциально может являться основанием как для постановки вопроса об отказе в выплате/уменьшении размера вознаграждения со стороны суда, так и основанием для предъявления деликтного иска стороной дела, понесшей те или иные убытки в результате ненадлежащего исполнения судебным экспертом возложенных на него обязанностей.

Библиографический список

1. Международные акты

1.1. Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04.11.1950)// Собрание законодательства РФ. - 2001. -№2. - ст. 163.

2. Нормативно-правовые акты РФ

2.1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ, от 14.03.2020 N 1-ФКЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 25.03.2021).

2.2. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 №138-ФЗ //Собрание законодательства РФ. - 18.11.2002. - №46. - ст. 4532.

2.3. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 №95-ФЗ //Собрание законодательства РФ. - 29.07.2002. -№30. -ст. 3012.

2.4. Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 №21-ФЗ//Собрание законодательства РФ. - 09.03.2015. – №10. - ст. 1391.

2.5. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 №174-ФЗ // Собрание законодательства РФ. -24.12.2001. -№52 (ч. I). - ст. 4921.

2.6. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ// Собрание законодательства РФ. -05.12.1994. - №32. -ст. 3301.

2.7. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 №14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. - 29.01.1996. - №5. - ст. 410.

2.8. Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 №190-ФЗ // Собрание законодательства РФ. -03.01.2005. –№1 (часть 1). - ст. 16.

2.9. Закон РФ от 07.02.1992 №2300-1 «О защите прав потребителей»//Собрание законодательства РФ. - 15.01.1996. - №3. - ст. 140.

2.10. Федеральный закон от 25.04.2002 №40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»//Собрание законодательства РФ. - 06.05.2002. - №18. - ст. 1720.

2.11. Федеральный закон от 25.06.2002 №73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации»//«Собрание законодательства РФ». - 01.07.2002. - №26. - ст. 2519.

2.12. Федеральный закон от 29.07.1998 №135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»//Собрание законодательства РФ. - 03.08.1998. - №31. - ст. 3813.

2.13. Федеральный закон от 02.10.2007 №229-ФЗ «Об исполнительном производстве»//Собрание законодательства РФ. - 08.10.2007. - № 41.- ст. 4849.

2.14. Федеральный закон от 31.05.2002 №63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»//Собрание законодательства РФ. -10.06.2002. - №23. - ст. 2102.

2.15. Федеральный закон «О внесении изменения в статью 7 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 03.12.2007 №320-ФЗ //Собрание законодательства РФ. - 10.12.2007. - №50. - ст. 6233.

2.16. Федеральный закон от 31.05.2001 №73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (ред. от 08.03.2015)//Собрание законодательства РФ. - 04.06.2001. - №23. - ст. 2291.

2.17. Федеральный закон от 30.04.2010 №68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»//Собрание законодательства РФ. - 03.05.2010. - №18. - ст. 2144.

3. Недействующие нормативные правовые акты

3.1. Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1964г. (утв. ВС РСФСР 11.06.1964) // Ведомости ВС РСФСР. -1964. -№24. -ст. 407. (утратил силу).

3.2. Постановление Совета Министров РСФСР от 19.04.1965 №485 «Об утверждении Инструкции о порядке и размерах возмещения расходов и выплаты вознаграждения свидетелям, потерпевшим, экспертам, переводчикам и понятым в связи с вызовом к лицу, производящему дознание, следователю, прокурору или в суд». - СП РСФСР. – 1965. - №7. - ст. 31. (утратило силу).

3.3. Постановление Совета Министров РСФСР от 14.07.1990 №245 «Об утверждении Инструкции о порядке и размерах возмещения расходов и выплаты вознаграждения лицам в связи с их вызовом в органы дознания, предварительного следствия, прокуратуру или в суд»// СП РСФСР. -1990. - №18. - ст. 132. (утратило силу).

4. Проекты нормативных правовых актов

4.1. Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 № 124(1)). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

5. Иностраные нормативные акты

5.1. Закон Великобритании о высших судах 1981 г. (Senior Court Act 1981) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/coNoteNotes> (дата обращения: 25.03.2021).

5.2. Правила гражданского судопроизводства Англии 1998 г., (The Civil Procedure Rules 1998) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.statutelaw.gov.uk/> (дата обращения: 25.03.2021).

5.3. Федеральные правила о доказательствах США (Federal Rules of Evidence) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf> (дата обращения: 25.03.2021).

5.4. Гражданское уложение Германии: введ. Закон к Гражд. Уложению; пер. с нем. / введ., сост. В. Бергманн ; науч. ред. А.Л. Маковский // М.: Волтерс Клувер, 2006. - 816 с.

5.5. Гражданское уложение Германии: вводный закон к Гражданскому уложению; пер. с нем. / введ., сост. В. Бергманн ; науч. ред. Т. Ф. Яковлева // М.: Инфотропик Медиа, 2015. – 888 с.

5.6. Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; науч. ред. Н.Ю. Рассказова // М.: Статут, 2013. - 989 с.

5.7. Французский гражданский кодекс/ науч. редактор Д.Г. Лавров, перевод с франц. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковской // СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. -1101 с.

6. Книги

6.1. Анненков, К.Н. Система русского гражданского права. Том I. Введение и Общая часть/ К.Н. Анненков. - СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1910. - 709 с.

6.2. Агарков, М.М. Избранные труды по гражданскому праву: в 2-х т. Т. 1 / М.М. Агарков. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. - 490 с.

6.3. Байбак, В.В. Обязательственное требование как объект гражданского оборота / В.В. Байбак - М.: Статут, 2005. – 220 с.

6.4. Барон, Ю. Система римского гражданского права: в 6 кн. / Ю.Барон. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2005. – 1102 с.

6.5. Бекленищева, И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И.В. Бекленищева. - М.: Статут, 2006. - 204 с.

6.6. Белов, В.А. Гражданское право. Общая и Особенная часть: учебник / В.А. Белов. – М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003. - 960 с.

6.7. Богданов, Д.Е. Эволюция гражданско-правовой ответственности с позиций справедливости: сравнительно-правовой аспект: монография. / Д.Е. Богданов. - М.: Проспект, 2016. - 304 с.

6.8. Брагинский, М.И, Витрянский, В.В. Договорное право. Книга 1. Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – 3-е изд-е. - М.: Статут, 2011. – 847 с.

- 6.9. Братусь, С.Н. Юридическая ответственность и законность: Очерк теории / С.Н. Братусь. – М.: Юрид. Лит., 1976. – 216 с.
- 6.10. Васьковский, Е.В. Учебник гражданского процесса/Е.В. Васьковский. - М.: Изд. бр. Башкамовых, 1914. - 372 с.
- 6.11. Гальперин, М.Л. Ответственность в гражданском судопроизводстве: актуальные вопросы теории и процессуальной политики/ М.Л. Гальперин. -М.: Волтерс Клувер, 2011. – 256 с.
- 6.12. Гамбаров, Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая / Ю.С. Гамбаров - СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1911. –793 с.
- 6.13. Гарридо, М.Х.Г. Римское частное право: казусы, иски, институты/ М.Х.Г. Гарридо; перевод с испанского; отв. ред. Л.Л. Кофанов. - М.: Статут, 2005. - 812 с.
- 6.14. Гражданское право: учебник для вузов: в 3-х т. Т.1: Общая часть / под ред. А. П. Сергеева. - М.: ПГ-Пресс, 2013. - 1008 с.
- 6.15. Гражданское право: учебник: в 3-х т. Т. 3/ под ред. А.П. Сергеева. - М.: РГ-Пресс, 2011. - 800 с.
- 6.16. Гражданское право: учебник: в 3-х т. Т. 3/ под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. - М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. — 784 с.
- 6.17. Гражданское право: учебник: в 2-х т. Т. 2 / под ред. О.Н. Садикова. М.: Контакт, ИНФРА-М, 2007. – 608 с.
- 6.18. Грибанов, В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав/ В.П. Грибанов. - М.: Изд-во Моск. ун-та, 1972. - 284 с.
- 6.19. Гримм, Д.Д. Лекции по догме римского права / Д.Д. Гримм; под ред. В.А. Томсинова. - М.: Зерцало, 2003. – 496 с.
- 6.20. Гурвич, М.А. Избранные труды: в 2-х т. Т. 2./ М.А. Гурвич; ред. Т.Е. Абова и др. – Краснодар: Совет. Кубань, 2006. – 544 с.
- 6.21. Де Сальвиа, М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. / М. Сальвиа. - СПб.: Юрид. Центр Пресс, 2004. – 1072 с.

6.22. Дигесты Юстиниана. Перевод с латинского. Т. 2: Кн. 5 - 11 / отв. ред.: Л.Л. Кофанов; редкол.: А.В. Копылов (науч. ред.), Е.В. Кулагина, А.Д. Рудоквас, В.А. Савельев (науч. ред.), Е.А. Суханов (науч. ред.), В.А. Томсинов - М.: Статут, 2002. - 622 с.

6.23. Дигесты Юстиниана. Перевод с латинского. Т. 7: Полутом 1: Кн. 45 - 47 / науч. ред.: В.Г. Ульянищев; редкол.: В.С. Ем, А.А. Иванов, А.В. Копылов, Л.Л. Кофанов (отв.ред.), Е.В. Кулагина, А.Д. Рудоквас, В.А. Савельев, Е.А. Суханов (науч. ред.) - М.: Статут, 2005. - 552 с.

6.24. Елисеев, Н. Г. Процессуальный договор/Н.Г. Елисеев - М.: Статут, 2015. – 368 с.

6.25. Жеруолис, И. Сущность советского гражданского процесса/ И.Жеруолис; редкол.: А. Булота, С. Вансявичюс, И. Жеруолис, А. Жюрлис (отв. ред.), Е Пальскис. - Вильнюс: Минтис, 1969. – 204 с.

6.26. Зейдер, Н.Б. Гражданские процессуальные правоотношения / Н.Б. Зейдер. –Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1965. - 74 с.

6.27. Иеринг, Р. Интерес и право / Р. Иеринг; Пер.: А. Борзенко. – Ярославль: Тип. Губ. зем. Управы, 1880. - 300 с.

6.28. Иоффе, О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» / О.С. Иоффе; редкол.: В.С. Ем, Н.В. Козлова, С.М. Корнеев, Е.В. Кулагина, П.А. Панкратов, Е.А. Суханов (предисл.). -М.: Статут, 2000. - 777 с.

6.29. Иоффе, О.С. Избранные труды: в 4-х т. Т. 3. Обязательственное право / О.С. Иоффе. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 837 с.

6.30. Иоффе О.С., Толстой Ю.К. Новый гражданский кодекс РСФСР / О.С. Иоффе, Ю.К. Толстой. - Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. – 447 с.

6.31. Иоффе, О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву/ О.С. Иоффе; отв. ред. А.К. Юрченко. - Л.: Изд-во ЛГУ, 1955. – 310 с.

6.32. Исаченко, В.Л. Гражданский процесс: Практический комментарий на вторую книгу Устава гражданского судопроизводства. Том 2 / В.Л. Исаченко. – 2-е изд., испр. и доп. – С-Петербург: Типография М. Меркушева, 1910. -1038 с.

6.33. Крашенинников, Е.А. Структура субъективного права и права на защиту/Е.А. Крашенинников//Проблема защиты прав и советское гражданское судопроизводство. - Ярославль, 1979. - Вып 4.

6.34. Кудрявцева, Е.В. Гражданское судопроизводство Англии: монография / Е.В. Кудрявцева. – М.: Городец, 2008. – 319 с.

6.35. Курочкин, С.А. Частные и публичные начала в цивилистическом процессе / С.А. Курочкин; науч. ред. В.В. Ярков. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 560 с.

6.36. Курс советского гражданского процессуального права: Теоретические основы правосудия по гражданским делам. В 2-х томах. Т. 1 / Т.Е. Абова, П.П. Гуреев, А.А. Добровольский, А.А. Мельников и др. - М.: Наука, 1981. - 464 с.

6.37. Курс советского гражданского процессуального права: В двух томах, Т. 2. / ред. кол.: А. А. Мельников (отв. ред.) и др. - М.: Наука, 1981. – 510 с.

6.38. Лейст, О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву: Теоретические проблемы / О.Э. Лейст. - М.: Изд-во Московского государственного университета, 1981. - 240 с.

6.39. Мейер, Д.И. Русское гражданское право. Т.1 / Д.И. Мейер. - М.: Статут. - 1997. - 799 с.

6.40. Мотовиловкер, Е.Я. Теория регулятивного и охранительного права / Е.Я. Мотовиловкер; науч. ред. О.Я. Баев. - Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1990. - 136 с.

6.41. Мусин, В.А. Избранное / В. А. Мусин. - СПб.: Редакция журнала «Третейский суд». - М.: Статут, 2014. - 455 с.

6.42. Нефедьев, Е.А. К учению о сущности гражданского процесса / Е.А. Нефедьев. – Казань: Типография Императорского Ун-та, 1891. - 230 с.

6.43. Победоносцев, К.П. Судебное руководство: Сборник правил, положений и примеров, извлеченных из теории и практики гражданского

судопроизводства с полным указателем к судебным и распорядительным решениям по сему предмету Касационных Департаментов Сената/ К.П. Победоносцев; Российская академия правосудия. – М.: Статут: РАП, 2004. – 431 с.

6.44. Побирченко, И.Г. Хозяйственная юрисдикция: Общее учение / И.Г. Побирченко. - Киев, 1973. – 252 с.

6.45. Покровский, И. А. Право и факт в римском праве. Часть 2, Генезис преторского права / И.А. Покровский. – Киев: Типография Императорского Ун-та Св. Владимира, 1902. – 209 с.

6.46. Покровский, И.А. История римского права / И.А. Покровский; Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. Кафедра гражданского права юридического факультета. -М.: Статут, 2004. - 540 с.

6.47. Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / А.А. Арифудин, Л.В. Белоусов, О.В. Бойков и др.; под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. - М.: Статут, 2008. - Вып. 6. - 283 с.

6.48. Решетникова, И.В. Доказательственное право Англии и США/ И.В. Решетникова. - Екатеринбург: Изд-во УРГЮА, 1997. – 240 с.

6.49. Римское частное право: учебник / Под редакцией И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. - М., 1948. – 608 с.

6.50. Рожкова, М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения [Электронный ресурс] / М.А. Рожкова. - М.: Статут, 2009. – 332 с. - Режим доступа: http://rozhkova.com/books_text/UFISOGLASH.html (дата обращения: 25.03.2021).

6.51. Садиков, О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации / О.Н. Садиков. - М.: Статут, 2009. – 221 с.

6.52. Сахнова, Т.В. Экспертиза в суде по гражданским делам: Учебно-практическое пособие / Т.В. Сахнова. - М.: БЕК, 1997. – 266 с.

6.53. Смирнов, В.Т., Собчак, А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве / В.Т. Смирнов, А.А. Собчак. - Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1983. - 152 с.

- 6.54. Треушников, М.К. Судебные доказательства / М. К. Треушников. -3-е изд., испр. и доп. - М.: Городец, 2004. - 272 с.
- 6.55. Туктаров, Ю.Е. Чисто экономические убытки / Ю.Е. Туктаров //Убытки и практика их возмещения. - М.: Статут, 2006. С. 138 – 168.
- 6.56. Уголовное право России. Особенная часть / под ред. Н.М.Кропачева, Б.В.Волженкина, А.И. Бойцова. – СПб, 2010. - 1623 с.
- 6.57. Флейшиц, Е.А. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения / Е.А. Флейшиц. - М.: Госюриздат, 1951. – 240 с.
- 6.58. Фогельсон, Ю.Б. Избранные вопросы общей теории обязательств: Курс лекций / Ю.Б. Фогельсон. - М.: Юристъ, 2001. – 191 с.
- 6.59. Фогельсон, Ю.Б., Ефремова, М.Д. Договоры в пользу третьего лица. Опыт недогматического исследования: монография / Ю.Б. Фогельсон, М.Д. Ефремова. - М.: Норма, Инфра-М, 2014. – 192 с.
- 6.60. Халфина, Р.О. Общее учение о правоотношении /Р. О. Халфина; Академия наук СССР. Институт государства и права. - М.: Юрид. лит.,1974. -351 с.
- 6.61. Цвайгерт, К., Кётц, Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х томах. Том 2 / К. Цвайгерт, Х. Кётц. - М.: Междунар. отношения, 1998. - 512 с.
- 6.62. Чечина, Н.А. Гражданские процессуальные отношения / Н.А. Чечина. - Л.: Изд-во Ленингр. гос. ун-та, 1962. – 68 с.
- 6.63. Чечот, Д.М. Субъективное право и формы его защиты. - Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1968. - 72 с.
- 6.64. Шакарян, М.С. Субъекты советского гражданского процессуального права/ М. С. Шакарян; Министерство высшего и среднего специального образования СССР, Всесоюзный юридический заочный институт, Кафедра гражданского процесса. - М.,1970. - 214 с.
- 6.65. Шершеневич, Г.Ф. Курс гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. - Тула: Автограф, 2001. – 719 с.
- 6.66. Щеглов, В.Н. Гражданское процессуальное правоотношение / В.Н. Щеглов. -М.: Юрид. лит., 1966. - 168 с.

6.67. Эндрюс, Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Н.Эндрюс; пер. с англ. М.Ю. Маслова; под ред. Р.М. Ходыкина; Кембриджский университет. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 544 с.

6.68. Юдельсон, К.С. Советский гражданский процесс/ К.С. Юдельсон. - М.: Госюриздат, 1956. – 439 с.

6.69. Юдин, А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве /А. В. Юдин. - СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та; Изд-во юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005. - 360 с.

6.70. Ярков, В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе / В. В. Ярков. - М.: Инфотропик Медиа, 2012. - 608 с.

6.71. Bussani, M., Palmer, V.V. Pure economic loss in Europe. [Электронный ресурс] / M. Bussani, V.V. Palmer. - Cambridge, 2003. - P. 5-8. – Режим доступа: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002031345.pdf> (дата обращения: 25.03.2021).

6.72. Markesinis, B.S., Unberath, H. The German Law of Torts. A comparative treatise / B.S. Markesinis, H. Unberath. - Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002. - 4th edition. – 1000 p.

6.73. Vitkauskas, D., Dikov, G. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks / D.Vitkauskas, G. Dikov. - Strasbourg: Council of Europe, 2012 – 113 p.

7. Статьи

7.1. Блакенагель, А., Калинина, И. Возмещение вреда, причиненного неправомерными действиями в ФРГ: от личной ответственности государственного служащего к ответственности государства через черный ход / А. Блакенагель, И. Калинина // Законодательство и экономика. – 2005. - №12. - С. 78-91.

7.2. Гутников, О. В. Деликтная ответственность за нарушение относительных прав: перспективы развития в российском праве [Электронный ресурс] / О.В. Гутников // Закон. - 2017. - №1. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

7.3. Зайцев, И.М. Гражданская процессуальная ответственность / И.М. Зайцев // Государство и право. - 1999. - №7. - С. 93-96.

7.4. Затонова, Д.Ю. К вопросу об иммунитете эксперта от привлечения к гражданско-правовой ответственности/ Д.Ю. Затонова// Вестник гражданского процесса. - 2017. - № 3. - С. 221-255.

7.5. Затонова, Д.Ю. К вопросу о деликтной ответственности судебного эксперта /Д.Ю. Затонова // Арбитражные споры. - 2017. - № 3. - С. 111 - 121.

7.6. Затонова, Д.Ю. К вопросу о феномене имущественных процессуальных правоотношений, связывающих суд и судебного эксперта / Д.Ю. Затонова// Арбитражный и гражданский процесс. - 2020. - № 3. - С. 10 - 15.

7.7. Затонова, Д.Ю. Имущественная ответственность судебного эксперта (постановка проблемы)/ Д.Ю. Затонова //Право и политика. - 2020. - № 4. - С. 1-17. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=32512 (дата обращения: 25.03.2021).

7.8. Затонова, Д.Ю. Судебный эксперт подготовил некачественное экспертное заключение. Удастся ли снизить его вознаграждение/Д.Ю. Затонова// Арбитражная практика для юристов. - 2017.- № 5(21). С. 58-69.

7.9. Лазарев, С.В. Вопросы независимости эксперта и качества экспертного заключения в арбитражном процессе / С.В. Лазарев // Вестник ВАС РФ. - 2012. - №8. - С. 58-69.

7.10. Мохов, А.А. К вопросу о квалификации услуг, оказываемых экспертами и специалистами / А.А. Мохов// Эксперт-криминалист. - 2006. - №3. - С. 9-13.

7.11. Райхер, В.К. Абсолютные и относительные права: К проблеме деления хозяйственных прав / В.К. Райхер // Известия экономического факультета Ленинградского политехнического института. – 1928. - Вып. I (XXV). - С. 273—306.

7.12. Рожкова, М.А. Материальные и процессуальные соглашения, поименованные в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации / М.А. Рожкова // Хозяйство и право. - 2004. - №1. - С. 75-87.

7.13. Рожкова, М.А. Теория процессуального договора и сделки, направленные на защиту прав / М.А. Рожкова // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. - 2007. - №6. - С.184-208.

7.14. Сеницын, С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав [Электронный ресурс] / С.А. Сеницын // Вестник гражданского права. - 2015. - №1. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

7.15. Фон Бар, К. Ответственность за предоставление информации и выражение мнения, причинившие «чистые экономические убытки» третьим сторонам / К. Фон Бар // Правоведение. – 1997. - № 2. - С. 128 – 147.

7.16. Чечина, Н.А. Категория ответственности в советском гражданском процессуальном праве / Н.А. Чечина // Вестник Ленинградского университета. - 1982. - №17. - С.71-78.

7.17. Шварц, М.З. О правовой природе иска об освобождении имущества от ареста (или еще раз о феномене противопоставимости судебных актов) / М.З. Шварц // Арбитражные споры. - 2015. - №3. - С. 96 - 106.

7.18. Шмагин, А. Основы немецкой методики толкования права / А. Шмагин // Вестник гражданского права. - 2012. - №4. - С. 247-284.

7.19. Andrews, N. Liability of expert witnesses for wasted costs in civil proceedings/ N. Andrews // Cambridge Law Journal. - 2005. - Volume 64. - Part 3. - pp. 566-568.

7.20. Bishop, W. Economic loss in tort / W. Bishop // Oxford Journal of Legal Studies. 1982. – Volume 2. - Issue 1. – P. 1-29 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://arch.№eico№.ru/xmlui/bitstream/ha№dle/123456789/3672507/OxfordJo№alofLegalStudiesoxjlsj_2_1_2-1-1.pdf?seque№ce=1 (дата обращения: 25.03.2021).

7.21. Dari-Mattiacci, G., Schafer, H.-B. The Core of Pure Economic Loss [Электронный ресурс] / G. Dari-Mattiacci, H.-B. Schafer // International Review of Law and Economics. – 2007. – 27. – P. 8–28. – Режим доступа: https://www.researchgate.net/publication/222647031_The_core_of_pure_economic_loss (дата обращения: 25.03.2021).

7.22. Evans, H. Wasted Costs Jurisdiction / H. Evans // The modern Law Review. – 2001. - Vol.64. - Issue 1. - P. 51-62.

7.23. Jurs, A. The Rationale for Expert Immunity or Liability Exposure in Case Law Since Briscoe: Reasserting Immunity Protection for Friendly Expert Witnesses [Электронный ресурс] / A. Jurs // University of Memphis Law Review. – 2008. – Режим доступа:

http://www.academia.edu/15584512/The_Rationale_for_Expert_Immunity_or_Liability_Exposure_in_Case_Law_Since_Briscoe_Reasserting_Immunity_Protection_for_Friendly_Expert_Witnesses (дата обращения: 25.03.2021).

7.24. McCahey, J. P. Should experts receive witness immunity? /John P. McCahey//Commercial and Business Litigation. - Fall 2006. – P. 10-12.

7.25. Principles of European tort law: text and commentary// European Group on Tort Law. – Vienna: Springer. - 2005.

7.26. Schafer, H.-B. Liability of Experts and the Boundary between Tort and Contract / H.-B. Schafer // Theoretical Inquiries in Law. - 2002. – № 3 (2). - P. 453-473.

7.27. Thiede, T. Civil Liability of Court-Appointed Experts in German Law /T. Thiede // European Review of Private Law. - 2013. – № 4. - P. 1081–1090.

7.28. Timmerbeil, S. The Role of Expert Witnesses in German and U.S. Civil Litigation / S. Timmerbeil //Annual Survey of International & Comparative Law. - 2003. - Vol. 9. - Iss. 1. - Article 8. - P.163-187.

7.29. Van Dunné, J. Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A comparatist's view of the Civil Law-Common Law split on compensation of non-physical damage in Tort Law / J. Van Dunné // European Review of Private Law. - 1999. – № 4 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.esl.eur.nl/fileadmin/ASSETS/frg/onderzoek/Emeriti/Dunné/Artikele>

[/eNogels/JvD_Website_Articles_ENglish_Tab_3_1999.pdf](#) (дата обращения: 25.03.2021).

8. Авторефераты диссертаций

8.1. Грель, Я.В. Злоупотребления сторон процессуальными правами в гражданском и арбитражном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Грель Яков Валерьевич. - Новосибирск, 2006. – 26 с.

8.2. Зейдер, Н.Б. Судебное решение в советском гражданском процессе: автореферат дис. ... докт. юрид. наук / Н.Б. Зейдер. - М., 1955. – 32 с.

8.3. Рыбалов, А.О. Проблемы классификации гражданских правоотношений: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А.О. Рыбалов. - СПб., 2007. – 221 с.

8.4. Столяров, А.Г. Судебные расходы как элемент состава гражданской процессуальной ответственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. - СПб., 2004. – 16 с.

9. Материалы судебной практики

9.1. Постановление ЕСПЧ по делу «Голдер (Golder) против Соединенного Королевства» от 21 февраля 1975 г. (жалоба № 4451/70). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.2. Постановление ЕСПЧ по делу «Осман (Osman) против Соединенного Королевства» от 28.10.1998 г. (жалоба № 23452/94) . – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.3. Постановление ЕСПЧ по делу «Z. и другие против Соединенного Королевства» от 10.05.2001 (жалоба № 29392/95). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.4. Постановление ЕСПЧ по делу «Маркович (Marković) и другие против Италии» от 14.12.2006 (жалоба № 1398/03). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.5. Постановление ЕСПЧ по делу «Фогарти (Fogarty) против Соединенного Королевства» от 21.11.2001 (жалоба № 37112/97) . – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.6. Постановление ЕСПЧ по делу «Роч (Roche) против Соединенного Королевства» от 19.10.2005 (жалоба № 32555/96). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.7. Постановление ЕСПЧ по делу «Сергей Зубарев (Sergey Zubarev) против Российской Федерации» от 05.02.2015 (жалоба № 5682/06). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.8. Постановление ЕСПЧ по делу «Капуано (Caruano) против Италии» от 25.06.1987. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.9. Постановление ЕСПЧ по делу «Поспех (Pospek) против Российской Федерации» от 02.05.2013 (жалоба № 31948/05). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.10. Постановление ЕСПЧ по делу «Марченко (Marchenko) против Российской Федерации» от 05.10.2006 (жалоба № 29510/04). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.11. Постановление ЕСПЧ по делу «Рольгезер (Rolgezer) и другие против Российской Федерации» от 29.04.2008 (жалоба № 9941/0). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.12. Постановление ЕСПЧ по делу «Саламатина (Salamatina) против Российской Федерации» от 01.03.2007 (жалоба № 38015/03). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.13. Постановление ЕСПЧ по делу «Кесьян (Kesyan) против Российской Федерации» от 19.10.2006 (жалоба № 36496/02). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.14. Постановление ЕСПЧ по делу «Волович (Volovich) против Российской Федерации» от 05.10.2006 (жалоба № 10374/02). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.15. Постановление ЕСПЧ по делу «Глазков (Glazkov) против Российской Федерации» от 12.10.2006 (жалоба № 10929/03). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.16. Постановление ЕСПЧ по делу «Сара Линд Эггертсдоттир (Sara Lind Eggertsdottir) против Исландии» от 05.06.2007 (жалоба № 31930/04). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.17. Постановление ЕСПЧ по делу «Мантованелли (Mantovanelli) против Франции» от 18.03.1997. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.18. Постановление ЕСПЧ по делу «Огюсто (Augusto) против Франции» от 11.01.2007 (жалоба № 71665/01). - Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.19. Постановление ЕСПЧ по делу «Ивон (Yvon) против Франции» от 24.04.2003 (жалоба №44962/98). - Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.20. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»// «Вестник ВАС РФ». - №6. - июнь 2014.

9.21. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2011 № 52 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам»//Вестник ВАС РФ. – 2011. – № 9. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.22. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20.12.2006 № 66 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»// «Вестник ВАС РФ». – № 2. – февраль 2007 (утратило силу).

9.23. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц». – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.24. Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 г.). – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.25. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 31.05.2011 №145 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о возмещении вреда, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами». – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.26. Проект Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»//Был размещен на официальном сайте Высшего Арбитражного Суда РФ (обсуждение состоялось на заседании Президиума ВАС РФ 06.03.2014).

9.27. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 14.05.2019 №16-КГ19-3. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.28. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 08.06.2017 № 307-ЭС17-6277 по делу № А56-41347/2014. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.29. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 11.05.2018 по делу № 306-ЭС17-18368. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.30. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 22.05.2017 по делу № 303-ЭС16-19319. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.31. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05.04.2011 №15659/10 по делу №А08-8887/2009-30. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.32. Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 24.02.2014 № ВАС-974/14 по делу №А41-28688/09. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.33. Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 09.04.2012 № ВАС-1869/12. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.34. Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.05.2008 № 6534/08 по делу № А43-3308/200725-99. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.35. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 25.06.2015 по делу №А56-10324/2014. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.36. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 27.09.2016 по делу №А56-7186/2014. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.37. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 13.02.2017 по делу №А56-41347/2014. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.38. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 21.03.2017 по делу №А56-2097/2015. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.39. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27.11.2013 по делу № А40-125091/11-144-1138. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.40. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27.11.2017 № Ф05-17273/2017 по делу № А40-185715/2016. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.41. Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 25.10.2011 № А33-5881/2010. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.42. Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 24.11.2016 по делу № А33-11257/2012. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.43. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 13.12.2012 по делу №А32-1805/2011. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.44. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 18.10.2013 № Ф09-10108/13 по делу № А60-49554/2012. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.45. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 25.02.2015 №Ф03-251/2015 по делу № А73-4790/2013. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.46. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.06.2011 по делу №А53-919/2011. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.47. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.03.2012 №15АП-11935/2011 по делу №А53-13180/2011. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.48. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.11.2010 №15АП-10776/2010 по делу №А01-1071/2006-8. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.49. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.11.2014 по делу №А21-7983/2013. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.50. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.12.2016 №13АП-29227/2016 по делу №А56-2097/2015. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.51. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 21.02.2017 №13АП-34558/2016 по делу №А56-40272/2014. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.52. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.01.2012 по делу №А60-34104/2010. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.53. Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.04.2013 по делу №А72-1498/2010. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.54. Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 03.07.2017 по делу № А41-86858/15. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.55. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 04.12.2017 по делу № А40-48998/16. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.56. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.11.2017 по делу № А40-71101/16. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

9.57. Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 17.01.2018 по делу № А59-2988/2015. – Доступ из справочно-правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения: 25.03.2021).

10. Материалы судебной практики иностранных государств

10.1 Jones v Kaney [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (дата обращения: 25.03.2021).

10.2 Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (дата обращения: 25.03.2021).

10.3 Stanton & Anor v Callaghan & Ors [1998] EWCA Civ 1176 (8 July 1998) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1998/1176.html> (дата обращения: 25.03.2021).

10.4 General Medical Council v Meadow [2006] EWCA Civ 1390 (26 October 2006) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1390.html> (дата обращения: 25.03.2021).

10.5 Phillips & Ors v Symes & Ors [2004] EWHC 2329 (Ch) (20 October 2004) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2004/2329.html> (дата обращения: 25.03.2021).

10.6 Hunter v Chief Constable of the West Midlands Police & Ors [1981] UKHL 13 (19 November 1981) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1981/13.html> (дата обращения: 25.03.2021).

SAINT-PETERSBURG STATE UNIVERSITY

Manuscript copyright

Zatonova Darya Yurievna

Civil liability of the court expert

Specialty 12.00.15 –
Civil proceeding; arbitration proceeding

Dissertation for a degree of candidate of legal sciences
Translation from Russian

Academic supervisor:
candidate of legal sciences,
professor
M.Z. Schwartz

Saint-Petersburg
2021

Table of contents

Introduction	217
Chapter 1. Definition of the problem. Immunity of the court expert from imposition of the material liability.....	227
§ 1. Tendencies of development of law and enforcement practice pertaining to the issues of material liability of the court expert.....	227
§ 2. Political and legal grounds for preservation of expert’s immunity from being held materially liable.....	242
§2.1. Argument on «averting effect»	244
§ 2.2. Argument on “divided loyalty”	255
§2.3. Undesirability of re-consideration of the case which has been already settled	264
§2.4. Does the doctrine on immunity constitute violation of article 6 of the European Convention on rights and main freedoms of a human being?	274
Chapter 2. Legal relationship between the court and the court expert in the system of civil procedural legal relationship	289
§ 1. On the issue of phenomenon of proprietary procedural legal relations binding the court and the court expert.....	289
§ 2. Court resolution pertaining to refusal of or decrease in payment of remuneration due to be paid to an expert	314
Chapter 3. Regarding the tort liability of the court expert.....	324
§1. Procedural action as basis for a tort liability as exemplified by torts conducted by the court expert.....	324
§ 1.1. Destruction (damage) of an expertise by the court expert.....	327
§ 1.2. Provision by expert of a knowingly false opinion or a knowingly false evidence as a ground for compensation of the caused damage	339
§ 1.3. Delay of an examination period of the case by the court expert	343

§ 1.4. Drafting of unsatisfactory expert opinion as a result of gross negligence...	353
§ 2. On the issue of limits of tort (delict) liability of the court expert.....	368
Conclusion.....	386
Bibliography	390

Introduction

The actuality of the topic of PhD Dissertation

This present work is devoted to finding an answer to a question as to whether the court expert must bear a civil and legal liability for compiling an expert opinion which does not comply with the requirements of the pertinent legislation (hereinafter an expert opinion which does not correspond to the requirements of law shall be referred to as “inappropriate” or “defective expert opinion/evidence”), or whether nature of its relations with the court, procedural status and a function performed by the expert provide the latter with immunity from being held materially liable.

An analysis of court practice shows that in a vast majority of cases the courts conclude that, notwithstanding a defective nature of the expert opinion prepared by the court expert, a remuneration agreed upon to be paid to an expert upon an appointment of court expertise, shall not be subject to decrease, moreover a full refusal of its payment. In addition, an independent action on reimbursement of expenses caused to the court expert by a party to the court proceeding shall not be subject to satisfaction. The court practice is based on the fact that an acknowledgement of an expert opinion as improper evidence and appointment with this regard of repeated court expertise does not exclude that the expenses incurred in connection with carrying out of initial court expertise shall be attributed to the parties.

The similar approaches of the court practices witness that *de-facto* in the modern Russian civil and arbitration proceeding, the court experts avail themselves of immunity from being held materially liable, although, problematics of immunity of the court expert has never been discussed in the national doctrine before. At the legislative level immunity of the court expert is not attached and, moreover, the principle of the general tort is valid, in compliance with which any harm, including the one caused by the court expert, is due to be compensated in full scope.

This makes research of causes for such actual provision of immunity from being held civilly and legally liable to a court expert essential; and discovery of those theoretical and practical arguments, which surreptitiously - in the conditions of absence of doctrinal

works and normative acts - are included in the basis of decisions adopted by the Russian courts under this question. In order to find answers to the indicated questions, it seems necessary to refer to the experience of those countries where during many years the court experts have been protected by immunity from advancing of any sort of proprietary claims to them. First of all, we refer to Great Britain, where a thoroughly developed doctrine regarding the court expert's immunity from being held materially liable has existed during more than 400 years (until 2011 when the immunity of court expert was annulled).

The analysis of arguments expressed both in favour of and against the doctrine on the immunity of the court expert (by all means, taking into consideration all difference in the lawful regulation of a status of the court expert in the Russian Federation from one side, and Great Britain - from the other side) will allow answering a fundamental question regarding the fact as to whether a court expert in compliance with the Russian law must use the immunity from being held materially liable and why, and if he must, what shall be the validity boundaries of the indicated immunity?

A solution to this key problem raised herein requires that the various issues and relations associated with this problem (and, to a certain extent, pre-determining the solution thereof) and also having received a due reflection in the Russian science of civil proceeding, i.e. issues regarding the nature of relations between the court and the expert, in particular, an issue whether a court expert in compliance with the Russian law has an independent material/proprietary right to the court and, possibly, to one of the parties to the court proceeding on payment for the conducted expertise; or whether the legal relations arising out of the appointment of court expertise are deprived of any material component and, therefore, eliminate any possibility of expert's right towards the court. In due turn, an answer found to this question shall allow developing a system of methods for the reaction of the court regarding a defectiveness of an expert opinion and methods of protection of proprietary rights and interests of an expert, whose rights and obligations constitute a subject of a relevant court resolution on payment/refusal to pay or a decrease in an amount of an agreed remuneration.

Failure to fulfil and/or improper fulfilment by the court expert of an obligation with regard to the court and pertaining to the compilation of an expert opinion may potentially

cause harm to the parties of the court proceeding which, although not being part of the relative legal relations with an expert, but may bear various losses as a result of such expert's behavior. With this respect, yet another issue which is closely connected with the one stated above is the nature of benefits owned by the parties and being under a potential threat of damages caused by the expert; specific features of torts for which the court expert may be held civilly and legally liable as well as methods of protection of rights and lawful interests of the parties to the case, first of all, reluctant to pay for barely rendered services or bad quality of services of the expert, secondly, losses incurred in connection with such torts.

Only a complex and thorough investigation of the afore-said problems allow concluding whether a court expert must bear a material liability for improper fulfilment of his/her duties on compiling the expert opinion; which is the nature of such liability, its measures, grounds and limits.

Lack of scientific works concerning this problem and an increasing necessity of court practice in legal means of responding to improper fulfilment and/or failure to fulfil its duties by the court expert represents the actuality of topic of this thesis.

The extent of prior research of the topic of the thesis

The range of problems of proprietary liability of the court expert associated with an improper fulfilment of functions on the conduction of legal expertise constitutes novelty for the Russian law doctrine. If such problems of the court and expert activities in various types of judicial proceedings as reasons explaining the use of special knowledge; order of appointment and conduction of relevant court expertise and peculiarities of performance of some types of expert examination; assessment of authenticity of expert's opinion; procedural status of the expert; his/her procedural liability and other had often been the subject of consideration in the works of pre-revolutionary, soviet and contemporary Russian lawyers, while researches devoted to the issues of material liability of the court expert are completely absent in the Russian law doctrine.

An **object of research** is some public relations, which occur in connection with compiling of an expert opinion by the court expert, which has been qualified by the court as proof not consistent with the requirements of law.

A **subject of research** is the civil, civil proceeding and arbitration procedural law, legislation on court and expert activity as well as practice of courts of general jurisdiction and arbitration courts, practice of the European Court on human rights as well as foreign legislation and court practice.

Purpose and objectives of research – This current thesis aims to find out and establish a lawful nature, grounds, measures and limits of material liability of the court expert for compiling an expert opinion which is not consistent with the norms and requirements both towards the court and the parties to the case.

The above-mentioned purpose of research has predetermined the precise working objectives of work:

- To establish a lawful nature of legal relations emerging between the court expert, the court and the parties to the case within the process of appointment and conduction of the court expertise;

- To examine an issue on the fact whether from a political and legal point of view an actual existence of immunity of a court expert from being held materially liable may be grounded in the Russian court practice;

- To establish how does de-facto existing immunity of the court expert from being held materially liable in the Russian law associate with a principle of general tort and a right of access to justice;

- To determine which of the following should be given a priority under the Russian law: - an idea on the fact that the interests of justice demand that a court expert provides his/her professional opinion to the court without a fear of being exposed to various claims from the side of unsatisfied participants to the proceeding and also to exclude a risk of out-of-

court reconsideration of the case, or a fundamental rule concerning the fact that any caused harm is subject to compensation;

-To establish the features of the liability of out-of-court experts who have been aware of or were supposed to know that their opinion would be further used in the court proceeding;

-To answer a question on the fact whether the court expert in compliance with the Russian law has an independent proprietary claim towards the court concerning the payment of services rendered by him/her with respect to the conduction of an expertise;

-To identify the methods of court's reaction to a defectiveness of the expert opinion and methods of protection of rights and interests of the expert whose rights and interests constitute a subject of court's resolution on payment of/refusal to pay or decrease of the agreed upon remuneration;

-To establish an essence of benefits owned by the parties to the case which can be potentially harmed by an expert, and identify the specific features of torts for committing which a court expert may be held civilly and legally liable;

-To answer a question as to whether an independent tort claim of the interested party (defendant or a plaintiff) towards the court expert may be satisfied and under which conditions;

-To establish if the proprietary liability of the court expert should be of a restricted nature or if the court expert shall be obligated to compensate the losses caused by him/her in full scope.

The methodological basis for research are general scientific methods (analysis, synthesis, comparison, generalization, analogy) and methods of private-scientific perception (formal-logical, historic and lawful, formally judicial, comparative legal, systematic and complex analysis, method of legal modelling).

The works of the following scientists of law representing the different legal sciences were used **as the theoretical basis of research**, taking into account the character of the lawful relations being analyzed herein, among which are K.M. Annenkov, M.M. Agarkov, I.V. Beklenischeva; S.N. Bratus', E.V. Vas'kovskiy; M.L. Gal'perin, M.A. Gurvich, N.G. Eliseev; I. Zheruolis, N.B. Zeider, O.S. Ioffe, V.L. Isachenko, E.A. Krashennnikov, S.V. Lazarev, D.I. Meier; V.A. Musin, E.A. Nefed'ev, K.N. Pobedonostsev, I.A. Pokrovskiy, V.K. Reicher, I.V. Reshetnikova, M.A. Rozhkova, A.O. Rybakov, T.V. Sachnova, V.T. Smirnov, A.A. Sobchak, Y.K. Tolstoy, M.K. Treushnikov, Y.E. Tuktarov, E.A. Fleishits, M.A. Chechina, D.V. Chechot, M.S. Shakaryan; G.F. Shershenevich, M.Z. Schwarts, V.N. Scheglov, K.S. Yudel'son, A.V. Yudin, V.V. Yarkov and others.

An **empirical base of research** constituted the materials of court practice of the Russian Federation (courts of general jurisdiction and arbitration courts), materials of court practice of the European Union on human rights and foreign court practice.

A scientific novelty of the thesis lies in a complex research and examination of the issues regarding: (a) if a court expert should bear a material liability in case of a defective expert opinion of whether he/she is protected by an immunity from being held materially liable; (b) if the court expert uses his/her immunity, then how this can be grounded; (c) if a court expert is bound to bear a material liability for an improper fulfillment of his/her duties associated with conduction of an expertise, then what would be the nature of such liability, its grounds and limits, and towards whom exactly he/she would be liable. For the first time in the national literature, this work/paper in detail investigates a phenomenon of material liability of the court expert for having compiled a defective legal opinion, which is not accepted by the court as an evidence to the case, neither towards the court nor the parties to the case which have been harmed as a result of an undue and improper fulfillment by the court expert of the duties imposed on him/her.

The key conclusions demonstrating a scientific novelty of the research are reflected in the following **provisions to be submitted for a defense**:

1. The court expert shall be a subject of material liability for the harm caused by an improper fulfillment of his/her duties in connection with a conduction of an expert opinion to the parties taking part in the case in compliance with the principle general tort. Neither a function of provision of professional opinion, presupposing a discretion when it is expressed; nor presumption of due fulfillment of duties by a court expert; nor a necessity to procure an expert with freedom of expressing his/her professional opinion without a fear of being exposed to material claims from the side of the unsatisfied participants of the proceeding, nor a risk of the out-of-court reconsideration of the case which is extremely undesirable for the interests of justice, may serve ground for providing the court expert with an immunity from being held materially liable.

2. The system of civil procedural legal relations should recognize an existence of civil procedural legal relations having material/proprietary content – which is the legal relation binding the court and court expert whereby the court is obligated, and the court expert is entitled to demand payment for a fulfilled expertise. The legal relations between the court and the court expert arise on the basis of a complex juridical composition, including: (a) a ruling on appointment of a court expertise regulating the mere procedural legal relations within the framework of a legal bond “court-expert” based on power and subordination; (b) an agreement on carrying out an expertise which represents by itself a procedural agreement governing the proprietary aspects of legal relations between the court and the expert.

3. The measures of material liability of the court expert are (a) a refusal to pay/decrease of the amount of remuneration to the court expert; (b) recovery of damage (actual damage, lost profit) and/or pure economic loss caused by an improper fulfillment of the expert opinion.

4. A necessity to guarantee a court protection of proprietary rights of an expert upon arising grounds for refusal to pay/decrease an amount of remuneration justifies that during the settlement of this issue he/she is entitled with an entire complex of procedural rights of a person participating in the case: an issue concerning a refusal to pay/decrease of an

amount of remuneration shall be subject to consideration during the court hearing with participation of the court expert in order to provide the latter with a possibility of disputing/defending a *bona-fide* nature of the expert opinion compiled by him/her.

5. A non-fulfillment by the court expert of his/her duties towards the court may potentially cause harm to the parties of the corresponding court proceeding expressed as real damage and as lost profit or as pure economic loss which shall be subject to compensation in full scope upon occurrence of the following conditions: (a) guilt of the court expert in the form of intent or a gross negligence; (b) cause and effect relation between the actions taken by the court expert and emerging of harm or economic loss with the injured party; (c) preliminary establishment by the court of an improper fulfillment by the expert of his/her duties in the case where an appointment of a relevant court expertise has been made by the court.

In absence of a court statement (establishment) confirming a non-fulfillment or improper fulfillment by the court expert of his/her duties towards the court, an interested party must be deprived of a possibility (within a process under the claim on compensation of harm caused by the expert) to re-consider a result of assessment of the expert opinion. Otherwise, it would end up in an undesirable risk of an out-of-court reconsideration of the case and would also create obstacles for the court expert in executing his/her duty involving provision of his/her professional opinion to the court without a fear of being exposed by the material claims from the side of the unsatisfied participants to the proceeding, which would not comply with the interests of exercise of justice.

6. The Russian law does not provide for either legal or political and lawful grounds for granting the out-of-court experts with immunity from advancing a claim on compensation of harm and/or pure economic loss caused by an improper fulfillment of legal expertise not only by the customer of legal opinion but also by the parties who have been its direct and implicated addresses. If the out-of-court expert was aware or must have been aware of the fact that the legal opinion prepared by him/her was to be subsequently used during the court proceeding, he would have to bear a material liability

for any feasible damages and towards the parties of the case, in which the expert opinion, that has turned out to be defective, was presented.

An academic significance of this PhD dissertation is expressed in the fact that its conclusions may be used as a basis for further research of the nature of the procedural legal relations, procedural status of the expert, prerequisites and limits of proprietary immunities in the basis of which lies a procedural function, may be used further upon development of model of constructing a material liability of the court expert for compiling a defective legal opinion, which has been rejected by court as a an evidence conforming with the requirements of law.

Practical significance of the research. The approaches developed in the research create a conceptual basis for solving various practical problems emerging in connection with a necessity to provide answers to the questions concerning the fact whether the court may, because of the defectiveness of the legal opinion prepared by the court expert, refuse to pay or decrease an amount of remuneration due to be paid to the expert; and also on the issues of methods and procedural forms of protection of rights and lawful interests of both the court expert and the parties to the case which suffered a certain harm as a consequence of an improperly prepared legal opinion. The carried out research reflects the problems of the pertinent legal regulation of and court practice and, therefore, the conclusions contained therein may be used when making a choice with regard to the directions of reforms of the procedural and civil-procedural legislation as well as the legislation governing the court and expert activity.

The provisions and materials of the dissertation research may serve basis for preparing of various educational courses on the following disciplines “Civil process”, “Arbitration process”, special courses “Theory and practice of the court expertise”.

The evaluation of results of the research. The PhD thesis has been prepared at the department of the Civil Process of the law faculty of the State University of Saint-Petersburg where it has been discussed accordingly.

The key provisions of the dissertation thesis have been stated in the published scientific articles, speeches at scientific – practical conferences, used by the author of dissertation during conduction of practical lessons under the course of civil and procedural law.

Structure of the dissertation is defined by the goals of research and by a necessity of the complex study of the problems concerning the proprietary liability of the court expert. The dissertation consists of the introduction, three chapters comprised of 14 paragraphs, conclusion and the reference list.

Chapter 1. Definition of the problem. Immunity of the court expert from imposition of the material liability

§ 1. Tendencies of development of law and enforcement practice pertaining to the issues of material liability of the court expert

A controversy of the current court practice caused an acute necessity to give a qualified definition of the whole complex of legal relations emerging in connection with payment of remuneration to a court expert (expert company) who/which compiled an incompetent expert opinion.²⁴⁰ In particular, the following question has come up: if court makes a conclusion on incompetency of the expert opinion, and as a result thereof refuses to acknowledge the expert opinion as a due evidence under the case, could a remuneration of the expert be reduced and is it possible that, in the event of certain circumstances, a refusal to pay a remuneration to an expert might follow?

Ironically, but based on the analysis of a court practice, one is forced to answer this question negatively: notwithstanding that the court acknowledges an incompliance of the expert opinion with the requirements of the legislation, in the vast majority of cases the courts concluded, that a remuneration to the court expert may be diminished in no way (moreover, a refusal to pay a remuneration will be possible).²⁴¹

²⁴⁰ Under a defective expert opinion we comprehend a collective concept including entirely different from the procedural point of view situations of defective nature of an expert opinion, when: 1) an expert opinion has not been made or has been made not on all questions raised by an expert; 2) an expert opinion does not comply with the formal criterion presented to the evidence (a procedural order of appointment or conduction of an expert has been breached: for example, an expert has not been warned about criminal liability for provision of knowingly false expert opinion, upon conduction of an expertise the procedural rights of the participants of the court hearing were violated, an expert has independently carried out the collection of materials for a court hearing, the third parties have been involved into conduction of an expertise and etc.) – if interpreted into a procedural language, this represents an inadmissibility of a an expert opinion; 3) an expert has applied incorrect scientific methods or there are some non-removable discrepancies and inaccuracies contained in an expert opinion (i.e. the quality of an expert opinion suffers) – in categories of the procedural law we speak about unreliability of an expert opinion; 4) an expert has made a probable but not categorical conclusion pertaining to the circumstances of the case. The list of these situations may be continued even further which is not necessary. We would like to underline a conventional character of the definition used by us “defective expert opinion” which does not come down to just one group of defects committed upon drafting the expert opinion (whether it is its inadmissibility, inaccuracy and etc.). As we will be convinced during the court of further description, an issue on liability of a court expert may be and must be discussed separately. However, in order to find out and comprehend all of the differences, at the first sight it should be necessary to question broadly as to why we address the problem of liability of an expert for compiling a defective expert opinion.

²⁴¹ Please refer to the Ruling of Presidium of the Supreme Arbitration Court RF dated 05.04.2011 № 15659/10 under the case № A08-8887/2009-30, Ruling of the Supreme Arbitration Court of North-West as of 25.06.2015 under the case № A56-10324/2014, Ruling of FAS MO as dated 27.11.2013 under the case № A40-125091/11-144-1138; Ruling of FAS VSO as of 25.10.2011 № A33-5881/2010, Ruling of the 13th Arbitration Appeal Court as of 21.11.2014 under the case № A21-7983/2013, Ruling of the 15th Arbitration Appeal Court as of 09.06.2011 under the case № A53-919/2011// Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”

Yet in 2006 in Clause 16 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 20.12.2006 No. 66 “Pertaining to the certain issues of practice of the application by the arbitration courts of the legislation on expertise” the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation formulated its legal position as follows: «If the court expert has conducted a research in full scope, but, however, failed to answer the questions due to the reasons outside of his control, a remuneration due to be paid to him, may not be reduced”²⁴².

It should be admitted, that the formulation of this legal position has not decreased the amount of practical issues as such. Should an amount of remuneration due to be paid to the court expert, if the expert has failed to carry out the research in full scope or, if the expert has failed to answer the questions addressed to him because of the circumstances out of his control, be reduced? May the court resolve to refuse to pay remuneration to the court expert? If yes, under which conditions? All these issues, unfortunately, are still quite ambiguous.²⁴³ The Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation as of 04.04.2014 No. 23 “Pertaining to the certain issues of practice of the application by the arbitration courts of the legislation on expertise” does not provide answers to these questions either.²⁴⁴

It is quite interesting, that clause 24 of the draft Resolution of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation “Pertaining to the certain issues of practice of the application by the arbitration courts of the legislation on expertise”²⁴⁵ had

²⁴² Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 20.12.2006 No. 66 “Pertaining to the certain issues of practice of the application by the arbitration courts of the legislation on expertise” (no longer valid) // Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.

²⁴³ Zatonova D.Yu. The forensic expert prepared a low-quality expert opinion. Will it be possible to reduce his remuneration // Arbitration practice for lawyers. 2017. No. 5 (21). P. 58-69.

²⁴⁴ Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 04.04.2014 No. 23 “Pertaining to the certain issues of practice of the application by the arbitration courts of the legislation on expertise” // Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”. Clause 25 of the indicated Ruling of Supreme Arbitration Court states as follows: «If an expert has not responded to all questions raised or conducted a legal expertise not in full scope because of the fact that it became impossible to carry out a further expertise and drafting a conclusion (for example, the objects of research are unfit and insufficient for provision of conclusion and expert has been denied in any additional information; there is no necessity to continue a conduction of expertise), an expert (expert company, organization) shall be paid the cost of actual research conducted by an expert taking into account the grounded provision of calculation of expenses by the latter”. Thus, the Plenum of VAS in its Ruling No. 23 also does not give an answer to a question whether to decrease a remuneration of an expert or to refuse to pay it at all in the situation when the defects of an expert opinion are caused solely due to the fault of an expert and not due to certain objective reasons being beyond his control.

²⁴⁵ Draft of Ruling of the Plenum of VAS RF “On certain issues of practice of application by the arbitration courts of the law on expertise” has been published at the official site of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation (discussion thereof took place at the meeting of Presidium of VAS RF as of 06.03.2014). It should be noted that on 04.04.2014 the Ruling

directly envisaged a possibility of refusal to pay remuneration to the court expert. It was stated as follows: «If a court expert during the conduction of expertise has made some material violations, based on the requirements to the expert opinion established in compliance with Article 86 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation (for example, the expert opinion lacks contents and results of research with an indication of the applied methods; estimation of the results of research; grounds for research with an indication of applied methods), and these violations cannot be eliminated by means of summoning a court expert in court for provision of explanations, and as a result of such violations an expert opinion may not be recognized as a permitted evidence, no remuneration will be paid to a court expert”.

Fundamentally, recognition of potential possibility for refusal to pay remuneration to a court expert who drafted an “unsatisfactory” expert opinion, may only be treated with joy, since, as we have been convinced already, a vast majority of courts in practice do not recognize a possibility of refusal to pay remuneration to a court expert. However, if we analyze the examples given in a draft as illustration of material breach upon conduction of a court expertise, and which are able to entail a refusal of remuneration payment to a court expert (expert opinion lacks contents and results of research with an indication of the applied methods, estimation of results of the research; grounds for conclusions as to the raised questions), one gets an impression that expert shall be denied of remuneration only if it turns out that a research has not taken any place actually. It is deemed that the regulation contained in paragraph 7, 8 part 2 of article 86 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation must be interpreted in such a way that if the court expert opinion lacks contents and results of the research with an indication of applied methods as well as estimation of research results, conclusions on the raised issues and their grounds, such expert opinion cannot be simply regarded as an expert opinion in the essence of Article 86 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation. And

of Plenum of VAS RF No. 23 “Pertaining to certain issues of practice of application by the arbitration courts of the law on expertise” was adopted. It is quite peculiar, that some clauses of this draft Ruling being criticized herein were not included into the final version of the Ruling of Plenum of VAS RF. At the same time certain positions reflected in this draft Ruling of Plenum of RF represent a significant interest for this thesis and, notwithstanding the fact that they have not been included into the final text of Ruling passed by Plenum of VAS RF, they reflect certain tendencies of legal practice and, therefore, will be analyzed accordingly.

if there is no expert opinion that meets the requirements established by law, then, by all means, there are no grounds for payment remuneration to an expert. In the meantime the problem seems to be much more serious: should a remuneration be paid to the expert, if the expert opinion contains contents and results of research, estimation and grounds of conclusions, but, upon judgment of court, all of the above is of such “poor” quality that it does not allow the court to treat such expert opinion as a due and appropriate evidence under the case. Unfortunately, the draft Resolution of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation has failed to provide an answer to this question.

Court practice is extremely controversial. Some of the courts occupy the position pursuant to which the court does not provide for a possibility of refusal to pay remuneration for results of a conducted court expertise²⁴⁶ Thus, in the Regulation of the Seventeenth Arbitration Appeal court one can read: «...submission of the expert opinion to the arbitration court which has appointed an expertise, means that an expert has conducted a relevant research which is subject to payment”.²⁴⁷ In other words, an expert opinion is not assessed from the point of view of “quality”: as soon as the expert submits an expert opinion to court, even if such an expert opinion is compiled with violation of the whole scope of norms of pertinent legislation, it will be deemed that the expert has carried out a research, which, notwithstanding its “quality” will be subject to payment.

The above-said approach reaches its apotheosis in the Resolution of Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation dated April 5, 2011 No. 15659/10. In accordance with the materials of the case considered by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation, the court of first instance came to conclusion that the expert opinion submitted by the company “NPP “Kontakt” does not comply with the requirements stated in the court resolution on appointment of a commission constructive-technical expertise, it was provided and signed by the experts not mentioned in the said opinion as well as by persons not have been duly warned by court on criminal liability

²⁴⁶ For example, refer to the Ruling of the 15th Arbitration Appeal Court as of 21.03.2012 № 15АП-11935/2011 under the case № А53-13180/2011, the Ruling of the 17th Arbitration Appeal Court as of 26.01.2012 under the case № А60-34104/2010 // Available in the computer legal research system “Consultant plus”

²⁴⁷ Ruling of the 17th Arbitration Appeal Court as of 26.01.2012 under the case № А60-34104/2010. // Available in the computer legal research system “Consultant plus”

for making an intentionally false statement”.²⁴⁸ In the meantime the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, without assessing in essence the conclusion on impossibility of an expert opinion, comes to an extremely opinionated conclusion, paradoxical in its nature: «payment of remuneration to an expert does not depend on compliance or incompliance thereof with the requirements advanced by court”. Furthermore, this legal position taken by the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation is universally binding and subject to application upon consideration of analogous cases by the arbitration courts.²⁴⁹

It should be noted, that taking into account the circumstance of this case, the faults of the expert opinion that did not allow to consider it as an evidence of case, had been caused not by a defective fulfillment by expert of his/her duties, but by certain procedural violations committed by court (lack of warning of a court expert about occurrence of criminal liability for intentional provision of false statement and etc.). This is precisely why the Presidium of the Supreme Arbitration Court has with all fairness stated that “negative consequences of procedural decisions admitted by the court of first instance may not be imposed on third parties including an expert (expert organization)”. A different matter is that to the same extent it would be unfair to impose the consequences of the procedural violations committed by court on the parties to the case (plaintiff and

²⁴⁸ Ruling of Presidium VAS RF of 05.04.2011 № 15659/10 under the case № A08-8887/2009-30. // Available in the legal research system “Consultant plus”

²⁴⁹ References to the following legal position of Presidium VAS can be met in a number of court acts. Please, for example, refer to the Ruling of FAS SKO dated 13.12.2012 under the case № A32-1805/2011, Ruling of the 15th Arbitration Appel Court as of 25.11.2010 № 15АП-10776/2010 under the case № A01-1071/2006-8, Ruling of the 13th Arbitration Appeal Court as of 21.02.2017 № 13АП-34558/2016 under the case № A56-40272/2014; Ruling of FAS SZO as of 13.02. 2017 under the case № A56-41347/2014, Ruling of FAS SZO as of 27.09.2016 under the case № A56-7186/2014; Ruling of FAS VSO as of 24.11.2016 under the case № A33-11257/2012, Ruling FAS MO as of 27.11.2013 under the case № A40-125091/11-144-1138, Ruling FAS MO as of 27.11.2017 № F05-17273/2017 under the case № A40-185715/2016, Ruling of the 10th Arbitration Appeal Court as of 03.07.2017 under the case № A41-86858/15; Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation as of 08.06.2017 № 307-ЭС17-6277 under the case № A56-41347/2014 // Available in the legal research system – “Consultant Plus”. Meanwhile it should be noted that this legal position of the Presidium of VAS was formulated in relation to settlement of the particular case: arbitration court of Belgorod region adopted an amicable agreement in accordance with which the parties have excluded the cost of the construction-technical expertise appointed by court out of the court expenses which they undertook; this expertise was not subject to payment by either of the parties due to absence of any result of such expertise. Presidium VAS, however, has adopted a rather controversial approach: rather than stating that by virtue of Part 5 of Article 49 of the APC RF the lower standing court was not entitled to adopt a settlement agreement between the parties containing a condition on refusal to pay remuneration, the Presidium VAS on the basis of article 101, 106, part 2 articles 107, 108, 109 and part 6 of article 110 of the APC RF made a conclusion on the fact that payment of remuneration to an expert shall not depend on compliance or incompliance of an expert opinion with the requirements set forth by court.

defendant), since procedural violations committed by court shall be “paid” for from the federal budget.²⁵⁰²⁵¹

Position of the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation pertaining to the fact that a remuneration payment to be paid to an expert does not depend on compliance or incompliance an expert opinion with the requirements advanced by court, has been recently supported also by a Supreme Court of the Russian Federation in its Resolution passed by the Panel of Judges on civil cases of the Supreme Court of the Russian Federation dated 14.05.2019 No. 16-KG 19-3.

The Supreme Court indicated that «insufficient clarity and incompleteness of expert opinion, arising of questions in relation to the circumstances of the case perused earlier, doubts regarding justification of expert opinion or certain controversies contained in conclusions of the expert as legal consequences shall entail results stipulated by Article 87 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation (i.e. appointment of additional and follow-up expertise).

This being said a refusal to pay for an expertise based on the grounds of incompleteness of an expert opinion or its insufficient clarity is not provided for by the procedural legislation. Payment of remuneration to an expert may not depend on its evaluation by court and non-acceptance by court as a testimony in the case...”²⁵²

An idea on infeasibility of refusal of remuneration payment to an expert in the event of provision of a defective expert opinion finds its implementation also in a current practice of reimbursing the incurred expenses for conduction of an initial expertise in a situation when the court finds such initial expertise as an incompetent evidence and has come to its conclusion on the basis of a follow-up expertise. The court practice bases its

²⁵⁰ Let’s focus our attention on the proviso made by Presidium of VAS on the fact that «*upon these circumstances*” (emphasis added by me – D.Z.) court shall not be entitled to refuse payment of expenses for conduction of expertise to a claimant”. This brings us to conclusion that upon absence of a certain set of “designated” circumstances, court, in principle, is not deprived of a right to refuse to pay an expert for his/her services connected with conduction of an expert research. In this sense, the position taken by Presidium of VAS leading to the fact that payment of remuneration to an expert shall not depend on compliance or incompliance of an expert opinion with the requirements advanced by court is, in principle, may be considered as universally binding and subject to application upon consideration of analogues cases by the arbitration courts, is highly questionable.

²⁵¹ Zatonova D.Yu. Property liability of a forensic expert (statement of the problem) // Law and Politics. 2020. No. 4. S. 1-17.

²⁵² Resolution passed by the Panel of Judges on civil cases of the Supreme Court of the Russian Federation dated 14.05.2019 No. 16-KG 19-3//Available in the legal research system “Consultant Plus”.

position on the fact that recognition of the expert opinion as an incompetent evidence and arrangement of a follow-up expertise with respect thereto, does not exclude that the parties to the case shall bear expenses incurred for conduction of an initial expertise.²⁵³ Thus, here we see the same idea: notwithstanding the fact that the court acknowledged a defective nature of initial expertise, payment thereof shall be transferred to the court expert.²⁵⁴

A contrary position of courts that substantiate a possibility of refusal of payment due to be paid to an expert in case of a defective expert opinion can be found quite seldom.

Thus, in its Resolution No.A33-5881/2010 dated 25.10.2011 the Federal Arbitration Court made a conclusion (which had been supported by the Resolution of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation № BAC-1869/12 as of April 9, 2012)²⁵⁵ on legitimacy of actions of court which refused to pay a relevant remuneration to an expert in connection with the fact that the expert opinion in question was not accepted as a due testimony of the case since the expert had failed to render diligence services (services on conduction of court expertise) in a due manner. It is rather peculiar, that this position had been supported by the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation already following the adoption of the above-mentioned Resolution № 15659/10 as of April 5, 2011, wherein the Presidium of the Supreme Arbitration Court concluded that a remuneration payment to an expert shall not be refused. However, even

²⁵³ Ruling of FAC SKO as of 13.12.2012 under the case № A32-1805/2011, Ruling of FAC DO as of 25.02.2015 № Ф03-251/2015 under the case № A73-4790/2013, Ruling of the 15th Arbitration Appeal court as of 25.11.2010 № 15АП-10776/2010 under the case № A01-1071/2006-8, Ruling of the 17th Arbitration Appeal Court as of 26.01.2012 under the case № A60-34104/2010, Ruling of the 5th Arbitration Appeal Court as of 17.01.2018 under the case № A59-2988/2015; Ruling of the 9th Arbitration Appeal Court as of 04.12.2017 under the case № A40-48998/16; Ruling of the 9th Arbitration Appeal Court as of 24.11.2017 under the case № A40-71101/16; Ruling of the Federal Arbitration Court VSO as of 24.11.2016 № F02-6767/2016 under the case № A33-11257/2012 //Available in the legal research system “Consultant Plus”.

²⁵⁴ Here it will be quite interesting to bring some arguments made by a pre-revolutionary lawyer V.L. Isachenko who, when commenting the provisions of the Charter of the Civil court proceeding on experts wondered: «are the experts entitled to and court has a right to award a remuneration to the experts for their work which turned out to be worth of nothing?» «In our opinion, - wrote V.K. Isachenko, - this issue should be resolved positively: a right of receiving such remuneration, in compliance with the law, does not depend on the worthiness or unworthiness of an expert opinion made by the experts, but only its size depends on quality of work.... Consequently, if an expert opinion turns out to be worthless, court may not refuse in payment of remuneration to the experts, but it is entitled to award a minimum of an amount provided thereto». (V.L. Isachenko, Civil process: Practical commentary to the second volume of Charter of the civil court proceeding. Volume 2, 1910, page 889). In other words, V.L. Isachenko assumed that court is entitled to decrease an amount of remuneration due to be paid to an expert (but no less than the minimum established by law), however, it may not fully refuse to pay a remuneration to an expert.

²⁵⁵ Resolution of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation № BAC-1869/12//Available in the legal research system “Consultant Plus”.

further in the Resolution of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation No. № BAC-974/14 dated February 24, 2014²⁵⁶, we see a position contrary to the position expressed earlier by the Presidium of the Supreme Arbitration Court.

Let's consider the argument of the Supreme Arbitration Court contained in the Resolution № BAC-974/14 as of February 24, 2014. The court indicated that the expert opinion falls within the evidence of the case and is assessed by courts *pari passu* with all evidence presented under the case in accordance with Article 71 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation. While assessing the presented expert opinion, the court of first instance recognized it as an incompetent evidence also because of the fact that in violation of requirements of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation, it attracted third parties for a conduction of relevant expertise; parties that have not been duly warned about criminal liability, the court has not researched the information on their professional competence and the expert report contained some inaccuracies and contradictions.

If upon the conduction of an expertise an expert has admitted certain material breaches, as a result of which the expert opinion could not be recognized as admissible evidence, no remuneration shall be paid to an expert. In other words, in accordance with the court's logic, remuneration shall be paid to an expert only in case when the expert opinion is acknowledged as admissible evidence.²⁵⁷

Thus, two directly contradicting tendencies have emerged in court-arbitration practice: (1) a vast majority of courts, including the Supreme Court of the Russian Federation, supports the legal position stated in the unprecedented Resolution of the Presidium of the Supreme Arbitration Court № 15659/10 as of April 5, 2011, on the fact

²⁵⁶ Resolution of Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation as of 05.04.2011 № 15659/10 under the case № A08-8887/2009-30// Available in the research legal system "Consultant – Plus".

²⁵⁷ Ruling of the 11th Arbitration Appeal Court as of 30.04.2013 under the case № A72-1498/2010 by virtue of which a resolution of the court of first instance on refusal to pay a remuneration to an expert organization has been acknowledged as grounded, contains the following arguments: «Having established that an expert conclusion as of 02.11.2012 does not contain an answer to the question raised by court, the Arbitration Court of Ulyanovsk region came to a reasonable conclusion that an expertise had been conducted by the limited liability company "Info-Center-Audit" not on the basis of the ruling passed by the Arbitration court of Ulyanovsk region; experts failed to fulfill the work as assigned by the customer – Arbitration Court of Ulyanovsk region, in connection with which there are no grounds for payment of an invoice set forth by LLC "Info-Center-Audit" for carting out an additional expertise". The analogues in their essence conclusions were made in the Ruling of the 13th Arbitration Appeal Court as of 21.12.2016 № 13АП-29227/2016 under the case № A56-2097/2015, which was supported by the court of cassation instance in the Ruling of FAS SZO as of 21.03.2017 under the case № A56-2097/2015.

that a court expert cannot be denied payment of relevant remuneration since “remuneration payment to an expert does not depend on compliance or incompliance of the expert opinion with the requirements advanced by court”; (2) however, there are also some court acts in accordance with which a court expert (expert organization) has been denied in receiving a due remuneration because of major faults contained in the expertise which did not allow the court to accept an expert opinion as a due and proper evidence.

On the face of it, one should support the positions of courts bringing grounds for a possibility of refusal to pay a remuneration to an expert in the event of a defective expert opinion, since the mere thought that the parties to the case shall be forced to pay to an expert for a defective expert opinion which has been rejected by court as improper evidence on the case, seems to be absurd.

Let’s clarify this thesis. On one hand, the specific nature of court expertise under the Russian law lies in the fact that an expert shall bear public and legal liabilities towards the court only, and shall not be in any legal relations with the parties to a case in question. Pursuant to the generally accepted doctrine there only exist procedural legal relations as “expert – court”, legal relations as “expert – plaintiff” or “expert – defendant” cannot exist in the Russian law system.²⁵⁸ A basis for emerging of legal relations “expert – court” shall be a resolution on appointment of an expertise – a unilateral imperative court act.

At the same time it is quite obvious that both upon court expertise and out-of-court expertise²⁵⁹ a court expert carries out his/her due diligence using his/her special

²⁵⁸ A court is an obligatory participant in any civil procedural legal relationship. Hence, the widespread understanding of civil procedural legal relations in the Russian science of civil procedure as regulated by the norms of civil procedural law of public relations arising in the course of justice between the court, on the one hand, and other participants in the proceedings, on the other (Yudelson K. S. *Sovetsky civil process*. M., 1956. P. 9.; Chechina N. A. *Civil procedural relations*. L., 1962. P. 8.). In many respects, the consequence of such an immutable specific feature of civil procedural legal relations as the participation of the court as a mandatory subject should be considered the concept accepted by the vast majority of processualists, describing the structure of civil procedural legal relations, the ancestor of which is considered O. Bulov. The essence of this concept is that civil procedural legal relations exist exclusively within the framework of the legal relationship "court-plaintiff", "court-defendant". The parties are not legally related to each other, because the procedural rights of one party do not correspond to the obligations of the other party (Vaskovsky E. V. *Textbook of civil procedure*. M, 1914. P. 250). In other words, the parties are not bound to each other by procedural legal relations, which means that they do not have any procedural rights and obligations in relation to each other. The parties have rights exclusively in relation to the court, which correspond to the duties of the court.

²⁵⁹ Upon out-of-court expertise a research is carried out on the basis of a civil-legal agreement entered into by and between an expert (expert organization) and a plaintiff/defendant on the case, which actually act as customers. And an out-of-court expert opinion shall not enjoy the status of an expert opinion in the essence mentioned in Article 86 of the Arbitration Procedural Code of RF, Article 86 of the Civil Procedural Code of RF, Article 82 Administrative Procedural Code RF, and may be attached to the case as a different document or material, accordingly, in accordance with Article 89 APC RF, written evidence under Article 71 of the Civil Procedural Code RF and Article 70 Administrative Procedure Code.

knowledge. The subject of expert activity does not change its contents depending on the fact whether we talk about conduction of expertise upon request of a private person or as assigned by court. From this point of view one question emerges: whether the rights of customers and rights of people paying for a court expertise should differ in terms of receipt of an expert opinion upon conduction of court expertise and out-of-court expertise? In a vast majority of cases, the court practice in contradiction with the common sense offers us a “positive” answer to this question. It turns out that the term “quality of an expert opinion” exists only with respect to an out-of-court expertise, since a civil-legal agreement lies in the basis of lawful relations between an expert and a customer, and therefore, the customer may defend its rights by means of filing a claim toward a person who carried out his/her work in a defective manner. In case of appointment of a court expertise not only the parties do not choose a particular expert (this is done by court), but they also bear expenses for paying the expert’s services, and they are absolutely deprived of rights concerning a matter of defense against a defective expert opinion, since the term of “quality” of expert opinion does not exist at all.

One would think that an expert opinion should provide the parties with more guarantees on the issues of independency of expert, authenticity of an opinion performed by him and etc., rather than out-of-court opinion of expert. But it works the other way round: the party which is imposed with a liability to pay court expenses under the case shall be forced to pay remuneration to an expert for any expert opinion. It does not matter if the expert opinion contradicts the regulations of the pertinent legislation, signed by improper parties which have not been warned about criminal liability for provision of knowingly fraudulent statement. The fact that the court has failed to accept an expert opinion as a due evidence of the case also does not make any difference – expert will receive his/her relevant remuneration anyway.

This situation is paradoxical by the fact that it gives experts a certain privileged status which law does not provide to any other single profession, or any other activity bringing profit. Taking into account such approach one should admit that court experts do not bear a liability for a quality of expert opinion drafted by them. What can be served

as a ground for such state of affairs? Maybe the fact that court experts possess immunity from claim?

The court practice quite successively follows the path of denying a satisfaction of an independent claim of an interested party set forth an expert who has compiled a defective expert opinion. Let's peruse the circumstances of one of the cases considered by the Fifteenth Arbitration Appeal Court.²⁶⁰ Open Joint Stock Company has addressed the arbitration court with a claim towards an expert organization seeking recovery of a sum of unjust enrichment. Stated claims are motivated by the fact that within a framework of court proceedings under a different case the expert organization has produced an expert opinion which was not further accepted by the appeal court as proper evidence. Notwithstanding the fact that court has not agreed with the conclusions of expert, having stated that the expert opinion does not comply with the requirements of certain legislative acts, in the operative part of resolution court ordered that the monetary funds from the deposit account of court be transferred in favour of an expert organization for conduction of a relative court expertise.

Since the defendant has not duly fulfilled its obligations on carrying out the court expertise (as a confirmation of this fact the plaintiff referred to the violations of certain legislative acts admitted upon conduction of expertise), a sum of money received by him/her during payment for court expenses, in the opinion of the Company, represents an unjust enrichment of an expert organization. The plaintiff based its position on the fact that "...an entrepreneurial activity may not be carried out without a responsibility and the institute of civil-legal responsibility is applicable to relations arising within the process of expertise".

The courts of first and second instances came to a conclusion that disputable monetary means may not serve as unjust enrichment for expert organization, since "a court act on payment of monetary means for an expert in accordance with Article 109 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation serves as a legal ground for receipt of such payment by a respondent". The court noticed that "the expenses incurred

²⁶⁰ Resolution of the Fifteenth Arbitration Appeal Court №15АП-5057/2011 as of 09.06.2011 under the case № А53-919/2011. // Available from the informative legal system – "Konsultant Plus".

in connection with the court expertise are associated with consideration of the indicated arbitration case, due to which they are regarded as court expenses of the plaintiff the order of distribution of which is governed by the norms of Chapter 9 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation. The regulations of the civil legislation pertaining to an unjust enrichment and civil-legal responsibility shall not be subject to application to the legal relations of the parties within the sphere of distribution of court profits on payment of court expertise”.

Therefore, the logic of court boils down to the fact that satisfaction of an unjust enrichment obligation against an expert is impossible: firstly, because of the fact that a disputable sum falls within a category of court expenses reimbursed in compliance with Article 110 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation, and which means that it will be impossible to recover disputable monetary funds by filing a separate claim pursuant to Article 60 of the Civil Code of the Russian Federation; secondly, there is no unjust enrichment in the meaning stated in Article 1102 of the Civil Code of the Russian Federation, since “legal ground for receipt by the respondent of the said payment shall be a court act concerning the payment of monetary funds to an expert in compliance with Article 109 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation”. It should be noted that such logic itself is not flawless: first the court states that the norms concerning unjustifiable enrichment are absolutely non-applicable to disputable legal relations, but then it starts giving grounds for absence of unjustifiable enrichment by the fact that the expert organization had legal grounds for receiving of the disputable sums. Thus the statements of the plaintiff pertaining to the defective nature of an expert opinion which has been rejected by court as improper evidence were ignored by court.

The court practice which proves an actual impossibility to hold court expert legally liable causes, at least, bewilderment, since no one has ever cancelled the validity of general tort principle which is perceived as a universal regulation qualified as a clear abstract nature, on compensation of any damage, including the one, caused by a court expert.

Certain courts go even further than the Fifteenth Arbitration Appeal Court which provides grounds for impossibility to satisfy an unjust enrichment obligation towards an

expert, and comes to conclusion that any claim towards a court expert is impossible to satisfy in principle. We hereby quote the citation from the Regulation of VAS FSO № A33-9402/2012 as of January 23, 2013: «...Arguments contained in the claim on the fact that it is namely improper conduction of an expertise assigned to an defendant had caused losses, cannot be accepted by the court of cassation instance into consideration since such losses fall into the category of court losses subject to compensation in compliance with Articles 110, 112 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation and may not be reimbursed by filing an independent claim”.²⁶¹ Should not we come to a conclusion, that behind this approach one can find an unspoken acknowledgement of the fact, that a court expert possesses immunity from being held materially liable?

Remarkably remains the fact that the countries of Anglo-Saxon law system have long time ago started practicing a highly-developed doctrine of immunity from liability which defends the participants of a court dispute. Immunity of a court expert from a material liability represents in itself a legal regime which implies a prohibition to hold a court expert materially liable for an improper performance of functions associated with conduction of an expertise. Immunity from liability is provided to the participants of the court proceeding because of the fact that the interests of public politics, interests of law require to do so. In the case *Arthur J.S. Hall v Simons* [2000] this fundamental concept of general law is stated as follows: “The particularity of court is in the fact that everyone who acts in pursuance of the interests of society receives a civil immunity for its participation... Thus, the court, judge, jury, witnesses including expert-witnesses enjoy civil immunity”.²⁶²

In the context of this work we will be interested mainly in the regulation pertaining to the fact that “witnesses including expert-witnesses enjoy civil immunity”. What at once calls its attention to itself is the fact that experts are listed in the same line with witnesses and, moreover, fall within a category of witnesses. This is no coincidence, since both in

²⁶¹ Analogous approach can be seen, for instance, in the Resolution of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation № 6534/08 as of May 23, 2008, Resolution of Federal Arbitration Court UO as of October 18, 2013, № Ф09-10108/13 case № A60-49554/2012 //Information can be found in the legal consulting system “Consultant Plus”.

²⁶² *Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (date of access: 25.03.2021).

Great Britain (and in other countries of common law) an expert is traditionally considered as a witness of one of the parties (expert witness).

In countries of common law it is universally accepted that a witness has an absolute inviolability (immunity) concerning the words said by him in court. Otherwise, should the witness failed to have an immunity against a claim, he would not be able to perform his only responsibility towards court – speak the truth – because of fear of possible consequences as bringing action from the side of a party which is not satisfied with his/her evidence. Since in the state of Great Britain an expert is considered to be a sort of witness, it seems quite logical to conclude that immunity, provided to witnesses against the claim, is applied to experts as well.

In the meantime in March 2011 the Supreme Court of the United Kingdom when considering the case *Jones v Kaney* [2011] established that immunity of experts from civil and legal liability must be cancelled.²⁶³ Justification of existence of the expert's immunity was discredited first of all due to the fact that the judges perceived “a significant difference between the expert-witnesses and witnesses of facts” which is outlined as an expert-witness undertakes the responsibility towards the client under the agreement for certain remuneration, while witness of the facts, obviously, does not pursue alike motivation for testimony. From these positions an expert status is closer not to a witness of facts, but rather to a representative undertaking the responsibility to represent the client's interests under an agreement for a certain remuneration. And immunity of barristers against a claim was cancelled even earlier in case *Arthur J.S. Hall v Simons* [2000]. In this sense there appeared some grounds for raising a question whether immunity of experts against a claim should be valid in Great Britain

Therefore in Great Britain, following more than 400 year history of existence of the expert immunity against civil and legal liability, such immunity was cancelled in 2011.

In compliance with the evolving local legal practice, compensation of losses caused by defective services on conduction of a relevant court expertise may not be subject of a

²⁶³ *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (date of access: 25.03.2021).

separate claim. This poses the question: how shall we treat this regulation? Does it confirm the fact, that in the local legal system as well as in Great Britain before 2011 an immunity of expert against civil and legal responsibility is de-facto valid? But in such a case its existence must be properly and duly grounded. Before one states that the Russian law possesses expert immunity against a responsibility, one should clarify the goals, suppositions for establishment of such immunity, its boundaries, principles of action and etc. In the meantime, while in Great Britain an expert immunity, as we have established, stems from immunity which the witnesses of facts have initially owned, in the national legal system such analogy would be inappropriate, since pursuant to the conception implemented in the pertinent procedural codes, an expert is an independent subject of a process possessing its own volume of procedural rights and duties which make him/her different from other subjects to the process, including witnesses.²⁶⁴ In other words, if we acknowledge the fact of existence of an expert immunity against civil and legal liability, then, most likely, it should be justified by entirely different mechanisms, other, than those used in the countries of common law.

Furthermore one may raise a following question: how correct is it to establish an immunity of expert from a liability when, in England, for instance, such immunity has been existing for a period of more than 400 years, there exists a necessity for cancellation thereof? At least, it would not be superfluous to examine those motivations that prompted the Supreme Court of the United Kingdom to adopt a decision on cancellation of immunity of experts from civil and legal responsibility.

The issue concerning the fact that whether an immunity of expert from being held civilly and legally liable exists in the Russian law system, cannot be regarded as idle question. This question is raised by the court practice which is much more frequently endures a necessity to reason an impossibility of refusal of payment of a relevant remuneration to a court expert in case of an improperly drafted expert opinion as well as an impossibility of getting an independent court action satisfied due to improper provision of services under conduction of an expert opinion.

²⁶⁴ Sakhnova T.V. Court expertise in civil cases: Educational practice manual M., 1997, pages 93-94

The idea that an expert possesses immunity against being held civilly and legally liable may potentially be regarded as a theoretical reason of impossibility of refusal of payment of remuneration to an expert in case of an improperly drafted expert opinion, as well as impossibility of getting an independent court action towards an expert satisfied. In the absence of relevant theoretical comprehension and reasoning, all conclusions made by courts in connection with the fact that the parties to the case shall be obligated to bear expenses connected with the payment of an improperly conducted court expertise, which has not been accepted by court as due evidence, seem to be unaccountable and frivolous. Therefore, the issue pertaining to the fact whether an immunity of expert from being held civilly and legally liable exists in the Russian law, seems to be a key issue of this work and the forthcoming paragraph shall be devoted to an analysis thereof.

§ 2. Political and legal grounds for preservation of expert's immunity from being held materially liable

In the case *Jones v Kaney* [2011] the Supreme Court of the United Kingdom by the majority of votes (5 versus 2) resolved that an expert's immunity from liability should be cancelled. The summary of the case came down to the following.

The respondent, clinical physiologist, was hired by a plaintiff as an expert in the case dealing with health damage, wherein the plaintiff stated that he suffered a posttraumatic syndrome which had been caused by the consequences of a road accident. The respondent has prepared a report in which she expressed her opinion on the fact that the plaintiff suffered a posttraumatic syndrome. However, then within the process of mutual conclusion of experts, the respondent without any amendments has signed a mutual opinion prepared by her colleague (an expert hired by a counter party).

A mutual opinion was extremely unfortunate from the point of view of the requirements of the plaintiff. It has contained a statement confirming the fact that the plaintiff had problems with adaptation that could not have been qualified as serious depressive disorder or posttraumatic syndrome.

Furthermore, the report contained a conclusion that the plaintiff had been deceitful and mendacious in his statements: his conduct implied “conscious actions” which gave reason to doubt the true nature of his testimony as true.

Thereafter in the process of interrogation of the respondent by the solicitors about the reasons which prompted her to sign the said mutual opinion, the respondent had acknowledged that the mutual opinion which draft had been made by an expert from another party, did not actually reflect her opinion (did not reflect the position with which she had agreed upon by the phone). However, she agreed to sign it under a certain pressure. The respondent assumed that the plaintiff had indeed suffered the posttraumatic syndrome and was cured soon, and the plaintiff had not been deceitful but rather evasive in his testimony.

As a result, the solicitors of plaintiff have been forced to agree with a significantly less amount of remuneration of damages, unless the respondent had not signed the mutual opinion under the above-mentioned conditions. This served as a reason to advance a claim by the plaintiff pertaining to cause of damages to the respondent (clinical physiologist) whereby the plaintiff accused the respondent of admitted negligence and demanded payment of a sum by which the compensation paid to him had decreased as a consequence of signing of the mutual opinion by the respondent.

The Judge rejected the demand having referred to the case *Stanton v Callaghan* [1998],²⁶⁵ wherein the Appeal Court had established that immunity of witness is applicable to defend him from being liable for negligence upon drafting a mutual opinion to be used in the legal process. However, the judge acknowledged that the case related to the sphere of law of social importance and allowed to submit the case directly to the House of Lords in compliance with Chapter 12 of Act 1969 on delivery of justice.²⁶⁶

By virtue of the decision under case *Jones v Kaney* [2011] the Supreme Court of the United Kingdom annulled the position stated earlier in the Resolution of the Appeal Court under the case *Stanton v Callaghan* and in some other cases. Therefore, the court

²⁶⁵ *Stanton & Anor v Callaghan & Ors* [1998] EWCA Civ 1176 (8 July 1998) [Electronic resource]. – URL: date of access: 25.03.2021).

²⁶⁶ *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – URL :<http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (date of access: 25.03.2021).

acknowledged that the party which hires an expert may not sue its expert for a negligence admitted by the latter. .

Let's successively consider the arguments mentioned upon consideration of the case *Jones v Kaney* as support of the expert's immunity. Let's try to establish whether these arguments "work" when applied to the Russian law system.²⁶⁷

§2.1. Argument on «averting effect»

The first argument comes down to an "averting effect" which would have an impact on the participants to the process, in particular the experts, in terms of risk of claims concerning the behavior during a court proceeding.

Establishment of immunity, as it seems, was a reaction to an actual (to be precise – allegedly taken place) tendency demonstrated from the party dissatisfied with the outcome of the case (or a criminal defendant) to accuse of defamation those who testified against such party. In this sense immunity originally applied to all participants of the process and represented by itself an absolute integrity against the claims on defamation.

In this respect often is quoted the statement made by Lord Mansfield in the case *R v Skinner* [1772], who assumed that "none of the parties, witnesses, jury or judge may be forced to bear responsibility, in the civil or criminal proceeding, for the **words uttered while being at service** (comments highlighted by me, D.Z.)".²⁶⁸

Let's draw our attention to the fact that immunity protects the participants of to the process namely in relation to "the words uttered while being at service". Further on, this statement of Lord Mansfield was interpreted by Lord Hodart in the case *Hargreaves v Bretherton* [1959] with application to the consideration of witness's immunity as follows: «the words uttered while being at service" mean for the purpose of proving the evidence. In application to a witness this statement is, by all means, correct. But taking into account that immunity protects not only witnesses but a panel of jury as well, and also judges who

²⁶⁷ Zatonova D.Yu. To the question of an expert immunity from civil responsibility// Bulletin of civil process. 2017. No. 3. P.221-255.

²⁶⁸ Quotation from the case *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (date of access: 25.03.2021).

do not provide any evidence, this statement needs a certain clarification. The participants to the process possess an immunity for “the words uttered while being at service” since otherwise they will not be able to fulfill an obligation imposed on them and implement their functional role. A witness will fear to tell the truth because of consequences of being exposed to the claims from discontent participants of the court proceeding, and, as a sequence will not be able to complete its function – to provide court with a witness testimony in relation to which a presumption of their authenticity and veracity should work. Therefore immunity is given to witnesses in relation to their testimony seeking that they will be able to implement their functional destination.

The same applies to the judge. One may wonder why don't we hold a judge civilly and legally liable in the situation when his/her decision has been annulled by a higher court by virtue of violation of norms of material or procedural law? The answer is quite obvious. We are not doing because of the fact that otherwise a judge would be inclined to take resolutions in such a way, that it would not result in further annulment by a higher court. This would contradict the interests of justice and the society as a whole. A judge otherwise would not be able to fulfill its function, and, therefore it (judge) is granted an immunity against any civil-legal claims in its respect concerning the entire aspect of its functional role as a judge.

The situation concerning the expert is quite the same. Should the expert did not possess an immunity against a claim, he would not be able to fulfill his function, and, namely, provide court with special knowledge in relation to which presumption of compliance with the reality, coherence, consistency and etc., will yet again be applicable. Delivery of justice could have been impossible without a presumption of the fact that court, panel of jury, witnesses, and expert perform their legal duties in a due and proper manner, without fear of being exposed to any claims from the side of discontent participants of the process. In order to guarantee that this presumption works, immunity should be granted to the participants of the process. In other words, immunity “for the words uttered while being at service” implies immunity by virtue of implementation of its functional role.

In this sense an argument on “averting effect” which grounds the provision of immunity for being held materially liable to an expert, is based on the fact that expert must carry out a special function which lies in the fact that being a subject of special knowledge, he renders to his customer (whether it is court or other entity, and we mean both court and out-of-court experts) only his professional opinion, which may *a priori* have a probable and unverified character.

This inability to verify things is explained by the fact that when we talk about usage of discretionary categories such as opinion, assumption, view and etc., there are no grounds to speak of “quality criteria” of such opinion or verdict. A professional opinion, professional view presupposes discretion and a possibility of feasible, ambiguous and non-verified conclusions.

In this respect a defective nature of the expert opinion carried out by a subject of special knowledge may be stated only in a case, if it does not comply with the obligatory rules (standards, methods and etc.) established by law in connection with the procedure of receipt of final result (i.e. namely a professional expert opinion). A possibility of existence of other expert opinion along with a professional opinion, different view does not automatically mean a defective nature of an original opinion.

However, on the other hand, as such, an inability to get the conclusions made by an expert/subject of special knowledge verified, may not serve as a ground for irresponsibility of such expert. A guard, firefighter, surgeon, psychologist (and this list can be carried on further) to the same extent as an expert, can be forced, by virtue of specifics of their professions, to take ambiguous decisions, which can be regarded by representatives of different professions entirely from the opposite point of view, and which, if proved to be wrong, may result in rather detrimental circumstances. However, neither a guard, nor a firefighter, nor a surgeon, nor psychologists have immunity from being held materially liable for negligent conduct during a security operation, surgery or provision of psychological help, which, however, shall not obstruct the above-mentioned people to perform their professional duties in good faith. Likewise, there exist no political and legal grounds to assume that lack of immunity of holding an expert materially liable

may allow experts not to perform their duties bona fide, having fulfilled their functional designation.

If at the outset the immunity has been regarded as an absolute immunity of participants to the process against claims on defamation, then further, an immunity has been significantly expanded and served as protection not only from defamations claims from other claims as well. And a ground for a potential liability did not have any meaning since it was not relevant if something shameful has been said or written; or something violating confidentiality provisions; or something which may have been regarded as tort in relation to any party. All of these situations have been governed by immunity.

However, there were exceptions to this rule. Thus, yet before the cases *Hall v Simons* [2000],²⁶⁹ *Jones v Kaney* [2011] the law of Great Britain was familiar with some extractions from the doctrine of immunity which protected the participants of the court proceeding. A liability for fraud under oath, disrespect to court, disciplinary liability in professional tribunals (*General Medical Council v Meadow* [2006]),²⁷⁰ liability for wasted costs (*Phillips v Symes* [2004])²⁷¹ may fall into the number of such extractions.

²⁶⁹In this case the House of Lords annulled the immunity of barristers from advancing a civil and legal claim caused by negligence towards them.

²⁷⁰The appeal court under the case *General Medical Council v Meadow* [2006] stated that an expert (notwithstanding the fact in which case he/she has presented evidence – criminal or civil) may be subsequently held disciplinary liable by the professional authority, where he is registered if such authority or any other person claims that the expert has presented an evidence in an absolutely dissatisfactory manner (1 H. System of civil proceeding of England: court proceeding, mediation and arbitration. Translation from English by M.Y. Maslova; edited by R.M. Khodykina, Cambridge University, M. 2012).

²⁷¹The term “wasted costs” is defined in the Senior Court Act 1981 as “any expenses borne by the party: a) as a result of any improper, unreasonable or negligent actions or failure to act from the side of any legal or other representative, as well as an employee of such representative; or b) payment of which the court considers ungrounded taking into account any of the indicated actions or failure to act which took place after they had been incurred» (Article 51(7) Act). The laws of Great Britain do not contain any norms permitting to charge the wasted expenses from an expert committed a negligence during the process. However, appellants in the case *Phillips v Symes* referred to an application of the norm pertaining to compensation of the wasted expenses in relation to the expert appointed by the party in analogy to the issuance of order on wasted expenses concerning the attorneys based on the ground, that Article 51 of the Senior Court Act provides for discretionary powers of court upon issuance of orders on compensation of the wasted expenses. It should be noted, that finally court while considering the case *Phillips v Symes* availed itself of its discretionary powers, having by this created a precedent in compliance with which payment of “wasted expenses” caused by negligence or a gross negligence upon rendering of consultation may be awarded to a court expert appointed by the party. To a great extent it became possible as a result of an extended interpretation of court’s power to issue orders on the wasted expenses in relation to people not being parties to the case. The core of the matter *Phillips v Symes* was as follows. An expert (psychiatrist) has drawn an expert opinion whereby he came to conclusion that a respondent, due to his state of his mental health has been not capable to carry out his affairs independently for a period of more than twenty years. An appellant stated that the expert had examined the respondent not in a due manner and refused to review all materials related to the case, including those provided by the appellant. Taking into account the indicated circumstances, in view of the appellant, expert’s opinion had been formed with a serious violation of the duties of expert towards court, and the actions of such expert should be qualified as negligent, irresponsible and entirely falling out of the limits of how any sensible and bona fide psychiatrist would have acted in the current circumstances upon compiling of an expert opinion for court. Further the expert who had been instructed by the person acknowledged as bankrupt, refused from his report. Meanwhile, this expert’s opinion has drastically complicated the consideration of the civil case. In the cases on remuneration of “wasted expenses” the injured party first of all requires compensation of losses from the party

As certain experts assumed, such extractions from the doctrine of immunity only evidences the fact that immunity has been exhausted to a certain extent which was used upon consideration of the case *Jones v Kaney* [2011] as an argument in support of necessity of entire cancellation of immunity of experts from being civilly and legally liable. It is absolutely vital to underline that these samples confirm the fact that the limited forms of expert's liability for negligence committed by him/her during conduction of an expertise did exist in Great Britain even in the situation when generally approved expert immunity from being held civilly and legally liable was valid.

Further, it will be necessary to differ an immunity from liability for the words uttered in court (defamation claims) and immunity from liability for a committed negligence. As concerns the attorneys and experts, the House of Lords, while considering cases *Hall v Simons* [2000], *Jones v Kaney* [2011], came to conclusion that immunity from being held liable for committing negligence should be abrogated. Meanwhile, immunity against the claims on defamation including immunity of attorneys and experts from claims of defamation continue to exist nowadays. In this sense, a resolution passed under the case *Jones v Kaney* does not revoke a guarantee based on the absolute immunity as applicable to the claims on defamation.²⁷²

In the case *Jones v Kaney* [2011] the House of Lords came to conclusion that the party, which hired an expert, may sue its expert for committing negligence. It should be noted that, following the case *Jones v Kaney* a claim may be filed against a so-called friendly experts, but not against the experts of counter party - adverse experts. The courts share a consolidated opinion that the civil-legal cases against adverse experts are not permitted, since adverse experts are protected by immunity against a claim provided by witnesses of fact. Adverse experts do not bear any professional liabilities in relation to counter-party and, therefore, there is no ground for a claim caused by violation of such

which has hired a lawyer (expert) who has grossly violated his/her duties towards court. The peculiarity of the case *Phillips v Symes* boiled to the fact that a compensation of «wasted expenses» from the party that hired an expert was impossible since the party that had given the instruction to an expert was recognized bankrupt. Therefore, court concluded that the experts may bear a liability for «wasted expenses» if they performed their duties towards court negligently or with gross negligence (Andrews N. Liability of expert witnesses for wasted costs in civil proceedings/ N. Andrews // *Cambridge Law Journal*, 2005. Volume 64. Part 3. P. 567).

²⁷²Andrews N. System of civil proceeding in England: court proceeding, mediation and arbitration/translation from English by M.Y. Maslov; edited by R.M. Khodykin; Cambridge university, M., 2012, page 189.

liabilities.²⁷³ According to this logic, a claim on negligence may not be advanced to an independent expert appointed by court who carries on enjoying the immunity.²⁷⁴

Similar attitude can be found in the law of the USA. Thus, the Supreme Court of the USA in 1983 in the case *Briscoe v La Hue* acknowledged witness immunity having stated that witness immunity is a long-time ago established principle of the American law. Following this, the courts have chosen a track on expanding the validity of witness immunity. It was applied to the witness evidence given within the framework of preliminary hearing of the case; to the experts appointed by court and to the adverse experts. In 1989 the Supreme Court of Washington in the case *Bruce v Byrne – Stevens & Assoc. Engineers, Inc.* For the first time started considering the issue of immunity of friendly experts. Then the court granted friendly experts with immunity from being sued, having used the same arguments which were inserted in the basis of resolutions pertaining to witnesses, experts, appointed by court as well as adverse experts.

Then the court granted friendly experts with immunity from claim having applied the same arguments which had been used as a basis for resolutions concerning the witnesses, experts appointed by court and adverse experts. However, later on an approach to immunity of friendly experts has started to change. In 1992 the Appeal Court of California, while considering the case *Mattco Forge v Arthur Young & Co.* came to conclusion, that immunity no longer protects friendly experts. Subsequently, a number of various courts of different states came to an analogous conclusion on nonproliferation of immunity on friendly experts.²⁷⁵

²⁷³McCahey J. P. Should experts receive witness immunity? //Commercial and Business Litigation. Fall 2006. P. 10.

²⁷⁴ It should be noted, that a possibility of use of “united jointly appointed experts” in Great Britain occurred only along with entrance into force of the Civil Procedure Rules as of 1998. However, most of the cases (especially major) are still solved with involvement of experts appointed by the parties. In connection with this Nil Andrews points out: «A procedure involving a sole jointly appointed expert is connected with a risk of mistake since all disputes in court are held on a competitive basis. Therefore court may be misled by conclusion of a sole expert jointly appointed by the parties” (Andrews N. Civil Procedure Rules in England: court proceeding, mediation and arbitration/translation from English M.Y. Maslova; edited by R.M. Khodykin, Cambridge University, M. 2012, page 163)

²⁷⁵ For example, the Supreme Court of the State of Missouri in the case *Murphy v A.A. Mathews*; court of the State of Pennsylvania in the case *LLMD of Michigan Inc v Jackson- Cross Co.*; Supreme Court of the State of Connecticut in the case *Pollock v Panjabi*; Supreme Court of the State of Massachusetts in the case *Boyes-Bogie v Horvitz*; Supreme Court of the State of Louisiana in the case *Marrogi v Howard* (Jurs A. The Rationale for Expert Immunity or Liability Exposure in Case Law Since *Briscoe*: Reasserting Immunity Protection for Friendly Expert Witnesses/[Electronic resource].URL:http://www.academia.edu/15584512/The_Rationale_for_Expert_Immunity_or_Liability_Exposure_in_Case_Law_Since_Briscoe_Reasserting_Immunity_Protection_for_Friendly_Expert_Witnesses (date of access: 25.03.2021).

As we can see, in the USA as well as in the United Kingdom the court practice adheres to the way of refusing from doctrine of immunity in relation to the friendly experts, at the same time with observance of immunity which protects adverse experts and an independent expert appointed by court. The Russian law system which practices investigative and not competitive (as in the countries of Anglo-Saxon law) model of appointment of an expertise, the problem of existence or absence of immunity for friendly experts does not emerge, for obvious reasons, since only an expert appointed by court and not bound by any material-legal relations concerning the case in question may take part in the court proceeding as a court expert.²⁷⁶

But this does not diminish an acute nature of the problem of civil-legal liability of the expert appointed by court. As we have just been convinced, both in Great Britain and in the USA, cancellation of an immunity of friendly experts has not affected immunity which is continued to be enjoyed by the experts appointed by the court. Apparently, this makes a detailed revision of arguments serving as a basis of its existence more than essential.

With certain reservations²⁷⁷ one may state, that we have only outlined “external” boundaries of expert’s immunity: following the case of *Jones v Kaney*, immunity no longer protects a so-called “friendly” expert from a possibility of being sued due to negligence, however, immunity is still being used by adverse experts appointed by the court. Moreover, any expert possesses an absolute immunity against claims on defamation. Now we will commence with review of “internal” boundaries of expert’s immunity. For this it should be defined which area of expert’s work is governed by immunity and under which conditions?

Originally it was supposed that immunity protects something which is happening directly in the face of court (conduct of the case by an attorney in court; expert’s testimony given in court). Consequently, when the cases appeared when at an early stage before

²⁷⁶It is necessary to make a reservation that, taking into account, that the problem of civil and legal liability of friendly experts is present indirectly in the national legal system, since the party to the case is not deprived of a possibility to present a conclusion drawn by prior to court expert with whom such party has entered into contractual relationship.

²⁷⁷ Such division into “external” and “internal” limits of validity of expert’s immunity are conventional. We resort to it exclusively for the purpose of convenience of setting forth the material.

court hearing, one started to comprehend the circumstance that immunity should protect certain (but not every) work prior to the court hearing. In order for immunity to be valid, it should be applied not only and not so much in court, but rather within the framework of preparation for a court hearing, and, namely: when a client takes a decision whether he/she should address the court with a claim or not; when establishing an amount of claim; upon setting the conditions of an amicable agreement and etc.,

There was a need to find precise milestones, which the House of Lords has tried to establish having approved the test developed within the process of consideration of New Zealand case *Rees v Sinclair* [1974]. This test has been formulated as follows: «protection is applied only in the case when a precise work is so closely connected with the conduction of the case, that it may be fairly stated that this is a preliminary decision which will have an impact on the process when it is brought to a court hearing».²⁷⁸ Thus, if we start discussing an issue of attorneys' immunity, the House of Lords tried to establish a certain criteria of symbiotic connection between the precise pre-court work in relation to which immunity was announced and a conduction of the case in court. However, the court practice demonstrated that it is rather difficult, and sometimes, almost impossible to apply this criteria having imposed thereon certain circumstances of this or another matter.

With regard to the experts, the issue pertaining to which extent immunity of experts applied to the actions of expert prior to court, has emerged in the case *Palmer v Durnford Ford* [1992]. The court came to conclusion that immunity applied to the preliminary work on provision of testimony (it's a kind of drafting and approval of report for its further provision to other party), but not to “work performed with an exact purpose of consulting a client”.²⁷⁹ To comprehend where exactly lies a boundary line between the spheres protected by immunity and not protected thereby, is quite difficult.

In the case *Stanton v Callaghan* [2000] action of expert's immunity has been set forth as follows: 1) expert-witness, who gives testimony in court, enjoys immunity against everything what he says in court. This immunity applies also to the contents of

²⁷⁸ Quotation from the case *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (дата обращения: 11.02.2021).

²⁷⁹ Id.

conclusions/opinions which he accepts and/or includes into his/her statement. 2) In case when expert-witness gives testimony in court, immunity which he would have received in relation to the statement may not be avoided by means of filing a claim against an opinion. 3) Immunity shall not apply to protection of expert who has been hired for provision of statement regarding the basis of position of the party to the case from the claim of such party notwithstanding the fact that upon filing the statement it was quite doubtful that the expert would testify during the court proceeding, should the proceeding take place. Ambiguity and contradictory nature of the above-mentioned statement once again underline that when immunity is granted it is essentially important to guarantee the participants of the court process a foreseeability of their legal relations with their participation: in every moment of time, expert should be aware of his/her testimony and under which conditions they are protected by immunity and under which – not. If everything depends on the fact whether a court expert will be subsequently summoned to court hearing for giving a testimony, the significance of rule on immunity shall be annihilated.

Yet another significant circumstance should be emphasized. Any immunity is an extract from the fundamental rule concerning the fact that after each violation of right, a restoration of rights should follow.²⁸⁰ Definitely, there will be such cases when behavior of expert is so inappropriate, that a claim against such expert shall have all chances to be satisfied. As soon as we state, that general policy justifies existence of expert's immunity against holding such expert civilly and legally liable, we would thereby exclude all the facts which could serve as a basis of claim advanced in relation to expert. And some persons, who suffered certain damage as a result of negligent performance of its duties by court expert, shall not receive a restoration of rights (compensation for the caused damage) because of immunity. But immunity is granted to experts seeking that there would be no impediments for an exercise of justice. It all comes to finding a balance.

²⁸⁰ Analysis of resolution issued under the case *Jones v Kaney* demonstrates that quite often it is rather difficult to understand what the fundamental rule is and what constitutes an exception from this rule which should be grounded. On one hand, immunity is an exception from the rule pertaining to the fact that each violation of right must be followed by restoration thereof, and therefore an immunity must be grounded. On the other hand, an immunity of an expert in Great Britain dates back to 400 years ago (as indicated by Lord Phillips in the case *Jones v Kaney*, an immunity had been established long before development of a modern law on negligence and, in particular, acknowledgement of a possibility of being held liable for negligent statements). From these positions, a mere deviation from doctrine on immunity must be specifically grounded.

When we make a choice between interests of exercising of justices and interests of certain individuals who will not be able to receive compensation for the damage caused to them, a visible predominance will be on the side of interests of justice. From this point of view it is quite important to understand that “immunity pursues not protection of those whose behavior may be criticized but rather those who have been exposed to ungrounded and disputable claims from the unsatisfied participants of the case”,²⁸¹ since the risk of never-ending barratry is highly unwanted for exercise of justice.

Let’s get back to where we have started, and, namely, to the argument on “averting effect” which, supposedly, has a risk of claims pertaining to behavior during court proceeding. The argument on “averting effect” falls into two parts. First of all, “averting effect” which would have been caused by on the experts the potential liability for negligence comes to the fact that upon absence of immunity experts, in principles, are not so willing to render their services associated with testimony in court. As mentioned in case *Jones v Kaney*, in certain areas it can be very sensitive, since, for example, in relation to the family law a demand for experts exceeds supply thereof.²⁸² In criminal proceeding the risk of the fact that a potential liability for negligence leads to reluctance of experts to render services associated with conduction of an expertise are significantly higher than in civil proceeding, since a convicted person dissatisfied with a verdict, often starts filing all sorts of claims, including claims on negligence towards its attorney or a court expert hired by him/her and etc., pursuing an attempt to doubt the grounds of court’s verdict in the process subsidiary contestation.²⁸³ A risk of being prone to similar claims may result in unwillingness of experts to provide any opinions in criminal proceeding in principle, which could paralyze an exercise of justice under criminal cases.

At a first glance, an argument on “averting effect” is easily dismissed, since in Great Britain the experts, as a rule, get insured against similar risks (holding materially

²⁸¹ Statement made by Lord Phillips upon consideration of the case *Jones v Kaney*.

²⁸² *General Medical Council v Meadow* [2006] EWCA Civ 1390 (26 October 2006) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1390.html> (date of access: 25.03.2021).

²⁸³ It should be noted that a similar secondary contestation of the court verdict, bypassing the existing procedures for appealing the judgements of court is inadmissible which serves as additional argument in favour of expert’s immunity from being held civilly and legally liable, which will be discussed thereafter.

liable).²⁸⁴ In the Russian law system this is entirely different and, therefore, here an argument on “averting effect” remains valid.²⁸⁵ Moreover, it should be noted that in the countries exercising Anglo-Saxon law, a counter-argument on insurance does not always work, since there are individuals who provide expert opinions and deliver speeches in court on a professional basis, having insured their professional business activity, and, there are also experts who participate in a court hearing once in a lifetime (for instance, a university professor consulting on certain issues of specific knowledge), who, obviously, do not get insured from being held materially liable and, moreover, cannot have such an insurance. An immunity cannot be granted to one group of experts and cannot be deprived from other groups of experts, thus a counterargument concerning an insurance of expert’s liability does not seem to be quite successful also within perspective of the Anglo-Saxon law.

On the other side, it is maybe the opposite, an introduction of civil-legal liability of experts should be welcomed, since absence of immunity requires from a expert a more thorough approach to fulfillment of duties imposed on him/her concerning a conduction of expert expertise. There is nothing negative in “averting effect” itself, since it finally will result in the fact that truly competitive specialists will be left “at the market” of expert services.

The second part of the argument on “averting effect” comes to a point that a court expert would be less inclined to provide true evidence contradicting the interests of a client, should he/she have known that it could lead to a court claim against him/her by a client. In this part this argument is quite similar with an argument on «divided loyalty»,

²⁸⁴ Moreover, many researchers, not without reason, predicted that a consequence of cancellation of expert's immunity from being held civilly and legally liable, shall be a significant increase of insurance of the professional liability, which will result also in growth of price for the services rendered by experts on conduction of a relevant expertise.

²⁸⁵ Notwithstanding the fact that in some cases the law provides for insurance of a professional liability of some types of subjects of special knowledge (for example, appraisers), in practice there occur a lot of (and sometimes unsolvable from the point of view of pertinent legal settlement) problems in the sphere of insurance of professional liability. It is suffice to mention that although the Federal Law “On legal practice and attorneys in the Russian Federation» provides for a liability of an attorney on insurance of risk of its professional proprietary liability, the validity of this norm has been suspended (FZ as of December 3, 2007, No. 320-FZ) until the date of entrance into force of a corresponding law on liability of attorneys, which has not been approved yet. A non-acceptance of a corresponding law does not seem to be accidental, since it is extremely complicated to settle the whole row of problems arising out of and in connection with insurance of professional activity at the legislative level.

which can be considered as a part of validity of “averting effect” or as an independent argument in support of immunity.

§ 2.2. Argument on “divided loyalty”

A problem of “divided loyalty” has its roots in a juxtaposition of two types of expert’s liabilities: liabilities towards court and liabilities towards a client.

As it is known, the countries of Anglo-Saxon law exercise a competitive model of appointment of court expertise, pursuant to which a court expert is appointed not by court, but by the parties concluding a relevant agreement with an expert and paying for his/her services rendered thereunder.²⁸⁶ From this point of view it might seem that if a party enters into a civil-legal agreement with an expert, the latter has liabilities towards the client arising out of the entered agreement and, first of all, a liability of taking care of client’s interests (duty of care) which means that the client is entitled to sue expert for negligence in case of his/her committed violation of duty of care arising out of the concluded agreement. But if it is so, then an expert being cautious of a possibility of potential claims towards him/her, shall in most of the cases, act being governed by interest of a client, thus neglecting his/her duty toward court which consists of telling the truth in when this does not correspond to his client’s interests. This is exactly why before the case of *Jones v Kaney* it was considered that an expert enjoys immunity from civil-legal liability and, therefore, a possibility to advance a claim towards him/her from the side of an unsatisfied client was excluded. Thus the immunity was based on the regulation pertaining to the fact that the court expert possesses “supreme duty” towards the court and, should there be no immunity from liability towards a client, there would be a dangerous option that a court expert would not fulfill his/her “supreme duty” towards court.

²⁸⁶ Apart from the cases when court appoints a sole independent expert. In the USA currently the court is entitled to appoint an independent expert is conferred in the statute (Federal Rules of Evidence, rule 706 (a)// <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf> (access date 11.02.2021). It should be noted that a right of court to appoint an independent expert has existed in practice before it was formally implemented in the statute. Although even after it has been legally adopted, in practice it is very seldom when a judge exercise such authority. The investigation shows that 81% of judges have never in their practice exercised their right to appoint an independent court expert. (Timmerbeil S. The Role of Expert Witnesses in German and U.S. Civil Litigation//Annual Survey of International & Comparative Law. Vol. 9. 2003. Iss. 1, Article 8. P.168).

It should be stated, that a regulation pertaining to the prevailing duty of expert towards court has founds its lawful implementation quite recently only following the enforcement of the Civil Procedure Rules in 1998.²⁸⁷ Prior to this moment an expert appointed by the interested party has inevitably become a mouthpiece of interest of the party which engaged him/her for providing an expert opinion. In English procedural literature there was an opinion that a court expert acts as an attorney.²⁸⁸ However now Article 35.3 of the Rules of civil court procedure directly states that the main liability of a court expert is his/her liability towards court. This duty surpasses any other duties in relation to a person from who an expert has received relevant instructions and who pays for his/her (Article 35.3 (2) of the Rules).²⁸⁹ It's worth noticing that at the end of each legal opinion a notice should be made on the fact that an expert acknowledges and agrees upon his/her duty towards court (Article 35.10 (2) of the Rules).

An attempt undertaken by Lord Phillips in the case *Jones v Kaney* seeking to reconcile two contradicting duties of an expert: duty towards a client and duty towards court, deserves our attention. «When an expert is hired, - states Lord Phillips, - he is hired in order to fulfill duties specified in CPR. The expert agrees upon with a client that he is bound to fulfill his duties towards court. Thus, there is no conflict between duties towards a client and those towards court».²⁹⁰

It is also quite interesting that Lord Phillips, upon considering the case of *Jones v Kaney*, has seen a certain paradox in the line of reasoning of court about expert's immunity in the case *Stanton v Callaghan*. In this case the position was expressed pursuant to which an expert must have a possibility to make, without any fear and with dignity, a certain step back from the position adhered to an earlier stage. The paradox is in the fact that, on the contrary, an expert may be unwilling to back down guided by fear that his earlier testimony could be considered untrue and may not be covered by immunity taking into account that they have been made, for instance, upon provision of consultation

²⁸⁷ The Civil Procedure Rules 1998 [Electronic resource]. - URL: <http://www.statutelaw.gov.uk/> (date of access: 25.03.2021).

²⁸⁸ Reshetnikova I.V. Evidence Law of England and the USA. Ekaterinburg, 1997, page 125

²⁸⁹ Kudryavtseva E.V. Civil court proceeding of England: monograph M., 2008. p. 286.

²⁹⁰ *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. - URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (date of access: 25.03.2021).

to a client at a pre-court stage. From these points of view, one is willing to use immunity as protection for not contents of the report made by a court expert, but rather the contents of report done by a pre-court expert, especially taking into account the fact that, as a rule, a pre-court expert is not involved into participation of the case within the framework of which a relevant court expertise is being conducted and, therefore, he/she does not have an opportunity to defend a “bona-fide” nature of the report compiled. If we permit consideration of similar cases, this, as one should assume, may result in that very “averting effect” due to which a number of experts, who are in principle eager to carry out pre-court expertise, will drop significantly.

Here one may not avoid emerging a question on which meaning does the argument on “divided loyalty” have in relation to the local system of law? In the local system of law one cannot speak of two mutually contradicting duties of expert – a duty toward court and a duty toward a client, since an expert does not have any other duties but those towards court of law. Integrity, independence of a court expert is guaranteed mainly by the fact that, pursuant to the generally accepted doctrinal position, he/she will bear civil-legal responsibilities exclusively towards court and will not be in any whatsoever way associated with the parties to the case in question. Yet K.P. Pobedonostsev has particularly underlined that “persons in the know appointed at the discretion of the parties (i.e. court experts in accordance with the modern terminology – note of the author) can in no way be acknowledged as the representatives of the party which has chosen them”.²⁹¹ Therefore, at the first sight, an argument on “divided loyalty” is not applicable to the local system of law, at the first sight.

However, this problem can be dealt with from a different perspective. In the local law system the parties are not deprived of the right to submit to court a conclusion prepared by a pre-court expert as a support of their own position. Pre-court experts play a rather significant role in the process of forming and further development of a dispute on law. Thus, the holders of special knowledge are addressed by: a) at the stage of adopting

²⁹¹ K.P. Pobedonostsev Forensic guidance: manual of rules, regulations and examples extracted from theory and practice of civil court proceeding with an entire index referring to court and administrative decision on this subject by Cassation Department of Senate; Moscow, 2004, page 259

decision on whether it is expedient to bring the matter to court or not; b) in order to establish the grounds of its own claims and claims from the opponent party; c) when establishing the size of court claims and etc. External court experts often render assistance to the parties in formulating the terms and conditions of an amicable agreement or prior to court settlement of conflict. In this respect, quite a number of disputes on law are settled long before court.

As we can see, expert opinions in a major extent presuppose adoption of these or other procedural decisions by the parties, and often by their professional representatives who, by virtue of absence of special knowledge, may not objectively without an assistance of expert, form a position on certain issues arising within the process (for instance, to exactly establish the size of court claims; assess the conditions of an amicable agreement and etc.).

Moreover, there are cases when the law presupposes an obligatory participation of a court expert of this or another sphere of special knowledge within the pre-trial stage of development of dispute on law.²⁹²

All these factors make us think about the “volume” of immunity of holders of certain knowledge: whether the expert’s immunity is applied only to the activity of court expert or whether any holder of special knowledge should enjoy an immunity from being held civilly and legally liable, i.e. both court and out-of-court expert?

Two circumstances are of interest here. Firstly, formally the law does not prohibit court to appoint for conducting a court expertise an expert who has carried out a pre-trial court expertise on this matter.²⁹³ In this case one and the same question arises as in the systems of competitive model of appointment of expertise: what will happen in the situation if the court expert who has carried out a pre-trial expertise under this case, being

²⁹² In particular, we speak about Clause 5 Article 720 of the Civil Code RF; paragraph 3 Clause 5 Article 18 of the Law RF «On protection of consumers’ rights»; Article 13 of the Federal Law «On assessment activity in the Russian Federation»; sub-clauses 2-4 Article 85 of the Federal Law “On enforcement proceeding”; Clause 10 of Article 49 of the City planning code of the Russian Federation, Article 12.1 of the Federal Law “On mandatory insurance of the civil liability of owners of transport vehicles”; Article 95 of the “Tax Code” RF, Article 28 of the Federal Code “On objects of cultural heritage (monuments of history and culture) of nations of RF”.

²⁹³ It is obvious, if not take into account the fact that an expert pursues a profession interest in order not to come into contradiction with the conclusion which had been prepared by him at the pre-court hearing stage, which can be considered as a ground for disqualification of an expert (Clause 5 part 1 article 21, article 23 Arbitration Procedure Code RF, clause 3 article 1 pages 16, 18 of the Civil Code RF).

a court expert, shall to a significant extent deviate from the position earlier adopted by him in such a way that it will cause certain harm to the party, with which he was in agreement before the court hearing? And here it becomes obvious that an argument on “divided loyalty” starts acquiring a certain meaning in the Russian law as well.

Secondly, a following question cannot be avoided: in the situation when a pre-trial expertise has been carried out and then a court expertise which came to conclusions entirely different from conclusions made by a pre-trial court expert, will the party to the case was in agreement with a pre-trial court expert, be entitled to charge for the losses from the latter caused by improper conduction of a pre-trial court expertise?

Let’s try to answer this question having used a particular example and having analyzed provisions of paragraph 3 clause 5 Article 18 of the Law of the Russian Federation “On protection of consumer’s rights”. Literally, paragraph 3 of clause 5 of the Law of the Russian Federation “On protection of consumer’s rights” stipulates instigation of legal independent action towards a person holding special knowledge (pre-trial expert). Paragraph 3 Clause 5 Article 18 of the Law of the Russian Federation “On protection of consumer’s rights” states as follows: «in case of a dispute pertaining to the reason of arising of some defects in the goods, a seller (producer), an authorized organization or an authorized individual entrepreneur, importer shall be obligated to carry out an expertise of goods at their own expense... A consumer has a right to be present upon conduction of the goods’ expertise and, in case of any disagreement with the results thereof, it has a right to dispute the conclusion of such expertise in court” (underlined by me – D.Z.).

The first arising issue is the issue on which procedural form shall the consumer choose for disputing a pre-trial expert opinion? Does the legislator mean advancing of an independent claim towards an expert which disputes an authenticity of an expert opinion compiled by him or contestation of expert opinion (by means of filing an application seeking an appointment of court expertise) within the court process under the claim from a consumer towards the seller? Let’s gradually investigate two possible options of interpretation of Clause 5 Article 18 of the Law “On protection of consumer’s rights”.

Which objections are brought up by an approach in accordance with which an only possibility left for consumer is to dispute a conclusion prepared by the pre-trial expert by filing an independent claim in relation to the expert?

Firstly, based on the doctrinal positions of material and legal relations as a subject of dispute (essential element, condition) on law,²⁹⁴ it seems unlikely to speak about the dispute with expert (disputability of the supposed relations), since a consumer and an expert are not connected with each other by any material – legal relations, and an expert has not either breached or disputed any subjective civil right of a consumer.

Secondly, a consumer, being in the condition of a dispute on civil law with a seller, does not have any subjective interest in filing a claim towards an expert, since disputing the results of a pre-trial expertise for a purchaser is just a stage on the way of restoration of the violated rights of a consumer. It is obvious, that an expert can be charged with demands on change of goods, in gratis elimination of defects of goods, an appropriate reduction of sale price and etc. Interest of a consumer consists not in disputing the results of the pre-trial expertise, but rather in satisfaction of his demands by the seller.

Thirdly, one cannot agree with such an interpretation also because of the fact that ideology of Law “On protection of consumers’ rights” consists in protection and guarantee of rights of consumers by all possible means. In our situation instead of guaranteeing a consumer with a right for court protection of his rights in a maximally easiest way, we establish a certain “pre-trial order”, the essence of which lies in necessity of advancing and satisfying an independent claim to court expert before the purchaser addresses the seller with a claim. The situation is also escalated from the point of view of

²⁹⁴ Thus, I.G. Pobirchenko considered the material legal relations in connection with which there occurred a dispute as an object of issue on law (Pobirchenko I.G., Commercial jurisdiction; general knowledge, Kiev 1973, page 18). As underline by N.B. Zeider, for a definition of a dispute in civil law two elements are necessary: 1) statement of at least one participants of the case on civil legal relations between them and 2) application of the participant of the case that another disputing party has violated or disputed his, as an applicant, subjective civil right (Zeider N.B. Court ruling in the Soviet civil process: thesis; doctor of jurisprudence; Nationwide Institute of Legal Science at the Ministry of Justice of USSR, 1955, page 8); the conclusion follows that if the parties are not under material and legal relations with each other, there can be no dispute on law between them, since there simply will be no object of the law dispute. In this sense one should agree with I.A. Zheruolis who supposed that «...Existence of material and legal relation whereby one party has a subjective right while the other party has legal liability, constitutes a mandatory condition of any law dispute. Parties who are not bound by material and legal relations, do not have any subjective rights and obligations in relation to each other. If the right may not exist at least supposedly, there can be no dispute in relation thereto”. (Zheruolis I. Essence of the Soviet civil process/Vilnius, 1969, page 95).

the institute of limitation of action: while a consumer is engaged in filing and winning a certain claim towards a court expert, the limitation of action regarding the claim towards a seller may elapse.

In the fourth place, this interpretation makes non-judicial expert opinion a certain “proof” with an earlier established force, since in order for its authenticity to be refuted, a purchaser shall be forced to seek satisfaction of a separate/individual claim towards expert. This approach causes objections, since it acknowledges an element of certain predetermined outcome behind the pre-trial expert opinion, which is even more absurd taking into account the fact that the latter may be engaged by the seller.

Furthermore, the following question is unavoidable: what would happen if the seller, in violation of Clause 5 Article 18 of the Law of the Russian Federation “On protection of consumers’ rights” would not have fulfilled his obligation on conduction of a pre-trial expertise? In situation when an expert opinion, which would be a subject of dispute, no, one may not doubt that the consumer will sue a seller immediately since the pertinent legislation does not provide for such a method of protection of rights as forcing a counteragent to carry out a pre-trial expertise. This prompts a question also about the nature of obligations of the seller under Clause 5 of Article 18 of the Law of the Russian Federation “On protection of consumers’ rights”. It is unlikely to consider an obligation on carrying out a pre-trial expertise on possible reasons of emerging defects of goods as a legal obligation, since there are no grounds to assume that fulfilment of this “obligation” is guaranteed by virtue of state enforcement and in the case the latter has not been fulfilled, the measures of legal liability shall be applied to the seller. From this point of view, clause 5 Article 18 of the Law cannot be interpreted in such a way as to established an unjustified differentiation in legal status of different categories of consumers: consumers who had certain legal relations with the seller who has fulfilled its obligation on conducting a pre-trial expertise, will be able to refute an authenticity of such expertise only having advanced an independent claim towards an expert and having won it. Those consumers who had some legal relations with the seller who has failed to fulfill the obligation envisaged in Clause 5 of Article 18 of the Law, may sue the seller directly.

Let's review a second possible option of interpretation of the provision of Clause 5 Article 18 of the Law of the Russian Federation "On protection of consumers' rights": it is possible that the legislator should be understood in such a way that the claim must be advanced not to the expert but towards the seller, and disputing of pre-trial expert opinion shall be performed within the process initiated by the consumer towards the seller (by means of application seeking appointment of expertise). However, this interpretation cannot be described as flawless.

In particular there comes a question about whether it is necessary to attract a court expert, who has conducted a pre-trial expertise, to participation in the case. There is a risk that the completion process between the parties toward court shall turn into a contest between court and out-of-court experts, each of whom shall defend an authenticity and bona-fide nature of their own expert opinion. It is worth-mentioning, that a contest between two experts will not be equal most likely, since if the court expert does not fall within the category of people taking part in the case, then an out-of-court expert, most likely, should be authorized with all rights provided to the parties participating in the case. It is understood that transformation of court proceeding into a contest between experts entirely distorts the essence of civil procedural legal relations, and such understanding may result in conclusion on absence of necessity to attract a court-expert, who has conducted an out-of-court expert expertise, to the case.

Should the expert, who has carried out an out-of-court expertise, be involved, then which position in the process should he occupy? It seems that most adequate procedural status for him will be a status of a third party without any independent claims, since a resolution taken on the case may have an impact on rights and obligations of an out-of-court expert in relation to the respondent (seller). If a court expert refutes the arguments of an out-of-court expert, the respondent (seller), in all likelihood, shall be able to charge an out-of-court expert with the sum which has been paid to him in compliance with the in gratis agreement on rendering services by way of conducting an out-of-court expertise. Moreover, if an out-of-court expert opinion had been compiled in a due and proper way, the seller would have willingly satisfy the consumer's demands and, correspondingly, would not have borne losses by means of payment of fine for failing to satisfy the

demands of the consumer voluntarily; fee for expiry of payment; court expenses to be paid as state fee; expenses for services of the representative and conduction of court expertise.

It is quite easy to notice a certain incoherence of these arguments. If earlier we came to conclusion on the fact that a separate claim to a court expert may not be advanced, then now, in case with the seller trying to receive reimbursement of his own expenses, we allow that an independent claim may be advanced to the expert by the purchaser. Why do we think it is possible to advance a claim from the seller to an expert, but do not allow submission of a claim towards an expert by a purchaser? As it seems, the situation are different, since if an out-of-court expert and the purchaser are not bound by any material legal relations, there is no dispute on law between them since an expert has not violated any subjective right of the seller, then the seller and an out-of-court expert, on the contrary, are bound by material legal relations with each other (civil legal relations arising out of the agreement on rendering in gratis services by means of conducting an out-of-court expertise) – they are in dispute about right, since an out-of-court expert has breached the right of the seller for receiving a due and proper service by means of carrying out an out-of-court expertise properly. Hence, and approach thereto should be diversified. There are no reasons to delegate a risk to the seller that an out-of-court expert chosen by gun would compile an expert opinion of a due quality and, therefore, a seller has a right to advance independent proprietary demands arising out of the refundable agreement on rendering services by means of conducting an out-of-court expertise.

Thus, an above-mentioned example concerning an ambiguity of interpretation of Clause 5 Article 18 of the Law of the Russian Federation “On protection of consumer’s rights” convinces of the fact that the Russian law does not possess either lawful or political and legal basis for authorizing out-of-court experts with immunity against a claim from a party which ordered a relevant expertise. The specific character of function performed by holders of special knowledge may substantiate the immunity of court expert, but is not capable to serve as a ground for provision of immunity to an out-of-court expert.

§2.3. Undesirability of re-consideration of the case which has been already settled

Yet another argument quoted in support of existence of expert's immunity from civil-legal liability lies in the fact that absence of immunity will entail a possibility of advancing a whole number of incidental actions during consideration of which probationary value would be checked time and time again and the case would be reconsidered under the same circumstances circumventing an instance of appeals. In the case *Rondel v Worsley* [1969] Lord Morris of Borth-y-Gest it is mentioned that it would be “undesirable in the interests of fair and effective service of justice to permit a system in compliance with which, as a certain complementary product it will be possible to carry out proceeding after proceeding with a feasibility of endless chain of proceedings following a court claim or claims».²⁹⁵

Lord Hope of Craighead в деле *Hall v. Simons* [2000], having agreed with inadmissibility of complementary appeal of criminal court decisions, has at the same time confessed that there exist other ways (not only provision of immunity – note of the author) for preventing complementary claims under guilty verdicts as well as a guarantee that if a verdict is disputed, this should be done by filing an appeal into the criminal court of appeals. Thus, in the case *Hunter v Chief Constable of the West Midlands* [1982] it was stated, that an abuse of proceeding is evident – when one party is attempting to re-consider the same problem which had been investigated by criminal court.²⁹⁶

However, qualification of advancing an independent claim from the convicted person to the expert for an abusive use of proceeding does not always save the situation, since conviction/judgement may be discharged on the other grounds. Here comes a following question: if the judgement is recalled by court due to other reasons not connected with advancement and satisfaction of a separate claim of the convicted towards a court-expert, will the justified person be subsequently entitled to bring an independent

²⁹⁵ *Arthur J.S Hall and Co. v. Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (date of access 11.02.2021).

²⁹⁶ *Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (date of access: 25.03.2021).

action towards expert pertaining to the negligence of the latter?²⁹⁷ One should not talk about an abuse of right for advancing a claim, since the judgement has been recalled due to other reasons, we are dealing with all grounds not to allow a similar action to be advanced.²⁹⁸

Thus, in the criminal proceeding of Great Britain the following position has been worked out by means of court interpretation: vexatious actions constituting an indirect dispute of a verdict passed by court, shall not be taken into account due to abuse of right, if only the convicted party fails to cancel its guilty verdict by filing an appeal claim under other.²⁹⁹

The problem of inadmissibility of indirect proceedings is extremely acute also in the Russian law, there are some explanations made by the Supreme Court of the Russian Federation in this respect. Thus, pursuant to the Resolution of the Supreme Court Plenum of the Russian Federation dated 24.02.2005 No. 3 “On court practice concerning the cases of protection of honor and dignity of citizens, as well as business reputation of citizens and legal entities” in case when the information which has caused arising of dispute, was disclosed within the process of consideration of other case by the parties taking part therein, as well as by witnesses participating in the case, served evidence and was assessed by court upon passing a resolution, such information may not be disputed in compliance with the order stipulated in Article 152 of the Civil Code of the Russian Federation, since the norms of the Civil Procedural Code of the Russian Federation and the Criminal Code of the Russian Federation provide for a special order of investigation and evaluation of such evidence. This requirement is, in its substance, a requirement on repeated court evaluation of information including the re-evaluation of evidence on the

²⁹⁷ It should be noted, that an annulment of an agreement itself does not mean that an acquitted person may no longer demand compensation of damage. It becomes especially clear when an action is advanced against an attorney. Thus, for example, negligent actions or failure to act by an attorney could have an impact on duration of retention. Moreover, a client may lose a job, reputation and etc., and may be willing to receive a compensation thereof.

²⁹⁸ In connection with attorneys, however, it may lead to a paradoxical situation: being certain of the fact that an independent claim may be advanced to him/her by a convicted party only if his verdict has been preliminary annulled on other grounds, an attorney may be not-interested in assistance at the level of appeal to his/her defendant during the reconsideration of the case. Such interpretation leads to an inadmissible deformation of a model of a procedural behavior of an attorney.

²⁹⁹ *Hunter v Chief Constable of the West Midlands Police & Ors* [1981] UKHL 13 (19 November 1981) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1981/13.html> (date of access: 25.03.2021).

cases considered earlier”.³⁰⁰ In other words the position of the Supreme Court comes down to an inadmissibility of indirect proceeding in which the party participating and thinking that in relation to him there have been spread some information inconsistent with reality, would have started refuting a court resolution which came into legal force the evidence of which was valued by court as true. Although not implicitly, but, substantially, the above-mentioned explanations allocate nothing more but immunity against court prosecution (immunity against defamation claims during the proceeding) granted namely by virtue of risk of emerging of secondary proceedings.

As it seems, the problem of inadmissibility of out-of-court reconsideration of the already resolved cases manifests itself in the most obvious manner in the context of criminal proceeding. It is highly unlikely to doubt the fact that interests of justice require that a convict who is willing to dispute his verdict, could do it only by means of filing a claim to the court order within the framework of the established procedure for filing appeals. Convicts who have failed to dispute a final sentence, must not have a right to require reconsideration of their case within the process of civil proceeding. From these positions one may try to ground his/her point of view about the fact that an expert’s immunity against civil – legal liability exists in order not to allow a convict to dispute a judgement by filing an independent claim towards expert averting the existing procedures of filing appeals.

Let’s follow a reverse logic and assume that the convict manages to prove during an independent court proceeding that an expert opinion had not complied with the requirements in terms of quality thereof, and as a consequence of which no remuneration has been paid to an expert. Won’t this statement of court pertaining to a low quality of expert opinion entail a necessity of reconsideration of an early adopted court resolution,

³⁰⁰ Further the Supreme Court points out: «If the following information has been spread within the court of consideration of the case by the above-mentioned persons in relation to other persons not being the parties of the court proceeding, then these persons who regard such information as incompliant with reality and disgracing them, may protect their rights in compliance with the order established in the Article 152 of the Civil Code RF”. By doing so, a differentiation is carried out depending on the fact whether the information not-compliance with the reality has been spread out in relation to the persons participating in the case or persons who did not participate in the first process. In a similar fashion, Clause 17 of the Code of practice of consideration by court of the cases on protection of honor, dignity and business reputation (approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation as of March 16, 2016) establishes that for information contained in the procedural documents for appeal of which another court order is established in accordance with the law.

which was, *inter alia*, based on expert opinion being disputed? Won't we be forced, having allowed the fact that a claim has been advanced toward an expert, to further answer a question as to whether a court's verdict will remain in force, if court yet upon consideration of the criminal case had come to conclusion on low quality of fulfillment of duties imposed upon him/her?

Let's try to answer these questions from the point of view of the Russian law system. The first thing which thrusts itself forward is the fact that pursuant to Clause 1 Part 3 of Article 413 of the Criminal Court of the Russian Federation, a newly discovered evidence on the case which can serve as a ground for annulment of the court's verdict and renewal of criminal court proceeding due to new or newly discovered evidence, will be a knowingly falseness of expert's opinion established by the court's verdict which had come into legal force, but not recognition of expert's opinion as improper in the independent proceeding.³⁰¹ In other words, the Russian law does not provide for a reason of re-consideration of the verdict under such circumstances. On the other hand, if the court's statement on low quality of the expert's opinion does not entail a re-consideration of verdict, then one should come to a conclusion that in law system may co-exist two court resolutions with two different contradicting each other assessments of court expert..³⁰² And it is not obvious, would the convict be justified, should the court upon consideration of a criminal case haven't trusted the expert's opinion, but in any case a resolution passed under criminal case cannot be re-considered.

How should the society regard this kind of state of matters? It should be admitted, that this situation brings certain contradiction, ambiguity into the law and order, and, therefore, is inadmissible. If during a criminal proceeding a person has been recognized by court as guilty, then in all cases without any exceptions such person is discredited with public, apart from the case when conviction has been cancelled as a result of appeal within the framework of procedure established by the Criminal Procedural Code of the Russian

³⁰¹ Of course, one may try to regard a confirmation of expert's opinion as defective during the court of civil proceeding as other new circumstance under Clause 3 Part 4 of Article 413 of the Criminal Procedural Code. A justification of such variant of interpretation shall be put under reservation further, when answering a question whether a recognition of an expert opinion as defective in an independent proceeding is a significant circumstance for the case which can serve ground for reconsideration of a ruling in compliance with part 3 Article 392 of the Civil Procedural Code RF; part 2 Article 311 of the Arbitration Procedural Code RF.

³⁰² It should be noted that such understanding corresponds with the conception of "formal and genuine" proceeding.

Federation. From this point of view there are no grounds to assume that the convict shall be entitled to demand “re-consideration” of its case within the process of civil proceeding, also including by means of advancing claim towards the expert pertaining to a poorly fulfilled duties by the latter upon conduction of a court expertise.

At the same time one should not lay down all cases of submission of an independent claim towards an expert only with respect of a situation when such claim serves for a convict as an instrument to “re-consider” the court award made under the criminal case earlier. The convict might be interested in recognition of an expert’s opinion as defective within an independent court proceeding seeking that court would diminish or refuse payment of remuneration to an expert, the payment of which would otherwise be imposed on the convict (Part 2 of Article 132 of the Criminal Code of the Russian Federation). Here one must distinguish two entirely different interests of a convict. Firstly, an interest of a person indicted for a crime which manifests itself in the right for a fair judgement and the right to bear an according punishment only upon availability of indisputable evidence of his/her evidence of guilt. This interest does not have an economic character. A behavior of an expert for the purpose of establishment of guilt of a convict and guiltiness of action must be assessed exclusively within the framework of this court proceeding, since it has not associated with separate economic consequences of an outcome of court proceeding.

Secondly, there might be an interest of an accused person/convict/acquitted in reimbursement of the incurred expenses for the payment of expert’s services – who has committed negligence during fulfillment of duties imposed on him. This interest of a strictly economic nature and, therefore, a remedy should be adequate with the character of the protected interest. From this point of view, a compliant to the court of appeals concerning negligence omitted by a court expert shall not be regarded as an adequate remedy in situation when an interest of a convict boils down to reimbursement of losses. A negligent conduct of an court expert upon fulfillment by him of his duties shall have remote economic consequence not connected with the court proceeding during which guiltiness of person and penalty for an action is established, and, therefore, holding an

expert civilly and legally liable for a negligent fulfillment of the duties imposed on him/her shall require an advancement of an independent claim.

In this sense there are no grounds in all cases to deprive a convict of a possibility to advance an independent claim towards a court expert pertaining to the omitted negligence upon compiling of an expert opinion. The convict has a right to prove that compilation of an improper expert opinion had resulted in issuance of a wrong court resolution exclusively within the framework of the procedures for appeal of a court resolution envisaged by the Criminal Procedural Code. If the convict, by advancing an independent claim towards an expert, is trying to prove that a compilation of an improper court opinion results in issuance of a wrong court resolution, then such statement of claim must be refused due to the absence of prerequisites of law for advancement of claim (since the case shall be subject to consideration in other way, and, namely, by instance appeal of a verdict). From this point of view there seem to be no grounds to assume, that because of inadmissibility of re-consideration by way of out-of-instance order of all resolved cases, an expert should be granted with an immunity against a claim.

As it looks all of these arguments are equally appealed to the civil cases as well, although it does not vividly manifest itself as in criminal cases. Thus, if an interested person assumes that acceptance by the court of an undue evidence of an improper expert opinion entailed an issuance of improper court decision under the civil case, such person should file a claim in relation of a court decision and not to advance an independent claim towards an expert. An advancement of claim towards an expert means that as a result of an advancement of defective expert opinion shall be a reduction of or refusal to pay remuneration to an expert, and not a re-consideration of an earlier issued court resolution. While discussing a risk of advancing incidental claims under civil resolution, Lord Steyn in the case *Hall v Simons* [2000] came to a conclusion that principles of *res judicata*, *estoppel* and *abuse of proceeding*, as they are comprehended in private law, should be sufficient to tackle such a risk.³⁰³

³⁰³ *Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (access date: 11.02.2021).

Pursuant to part 3 of Article 392 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation, part 2 of Article 311 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation as a newly opened circumstance along with a deliberately misleading expert opinion, such ground is announced as substantial circumstances of the case which were not and could not have been known to an applicant (clause 1 paragraph 1 part 3 article 392 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation, Clause 1 paragraph 1 part 2 article 311 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation). Therefore comes a question whether recognition of an expert opinion as defective in an independent process is essential circumstance for the case which can serve ground for reconsideration of a court resolution?³⁰⁴ One should admit, that regulations of Clause 2 and Clause 3 of part 3 article 392 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation in many aspects represent specification of Clause 1 part 3 article 392 of the Civil Procedural Code: clause 1 envelopes the contents of sub-clauses 2 and 3. Even if the law has not specifically mentioned sub-clauses 2 and 3, recognition of an expert opinion as knowingly fraudulent would, anyhow, serve as a ground for reconsideration of resolution in compliance with the newly discovered circumstances. At the same time the lawmaker regarded it necessary to separately underline such newly discovered circumstance as a knowingly fraudulent expert opinion. This confirms the fact that exclusively knowingly fraudulent expert opinion constitutes a newly discovered circumstance, rather than recognition of an expert opinion as defective in accordance with the order of civil court proceeding. Outlining as an independent ground for reconsideration of the case caused by newly discovered circumstances the mere fact of recognition in compliance with the order established by the Criminal Procedural Code of the Russian Federation of an expert opinion as knowingly fraudulent, the lawmaker thereby excludes all other grounds of its “blameful nature”. If interpreted otherwise, a separate specification of sub-clauses 2 and 3 by the lawmaker, which in their contents are fully enveloped in clause 1, losses its meaning, and

³⁰⁴ A similar question may be formulated with regard to a criminal court proceeding: whether a recognition of expert's opinion as defective within the framework of an independent court proceeding constitute a different new circumstance under Clause 3 Part 4 of Article 413 of the Criminal Procedural Code RF?

the law is highly unlikely to be interpreted in such a way as to allow that certain legislative provisions are deprived of their meaning.

By underlining that the newly discovered circumstances which serve ground for re-consideration of the case under clause 1 part 3 article 392 of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation (sub-clauses 1 part 2 article 311 of the Arbitral Procedural Code of the Russian Federation) must be significant, the lawmaker implies that in such a case such kind of facts should be discovered which, provided that they had been discovered within the process of court proceeding, they could have substantially influenced the conclusion of court on rights and obligations of participants to the case. By giving an explanation of definition of a circumstance essential for the case, the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation in Clause 5 of the Regulation of Plenum dated 30.06.2011 No. 52 “On application of regulations of the Arbitral Procedural Code of the Russian Federation upon reconsideration of the court resolutions upon newly or newly discovered circumstances” also comes to conclusion that “a newly discovered circumstance which was not known or could not have been known to the applicant may be regarded essential for the case, if it indefeasibly manifests that should it had been known, it would have resulted in adoption of different resolution”³⁰⁵ This being said, one should agree with a point of view expressed in various literature that awareness of court about circumstances of the case always has fundamental importance and, therefore, it is obvious that an essential condition for reconsideration of the case, apart from unawareness of an applicant on existence of a newly discovered circumstance at the moment of consideration of the case, an unawareness of court which did not know or could not have known about such circumstances at the moment of issuing a relevant court resolution, also matters.³⁰⁶

From these positions a recognition by court of an expert opinion as defective also does not fall into the category of essential circumstance for the case, which was not known

³⁰⁵Ruling of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation as of 30.06.2011 No.52 “On application of provisions of the Arbitration Procedural Code RF upon re-consideration of courts acts in connection with new or newly discovered circumstances [Electronic source]//Available in the research legal system “Consultant Plus”.

³⁰⁶ Course of Soviet Civil Procedural Law. Two volumes. Edited by A.A. Melnikov (chief editor) [and other] Moscow, 1981, Second Volume, pages 311-312.

to or could not have been known to the applicant, since court which was engaged into consideration of the case, has already assessed that very circumstance on the basis of its own internal assumption and in a whole range of cases could not have known about incompliance of an expert opinion with the advanced claims. In one case court could have come to a conclusion on the fact that an expert opinion did not comply with the advanced claims and, therefore, cannot be accepted as a due evidence. In another case court, in connection with the arisen doubt, was forced to appoint a repeated expert examination. In a third case court could have assumed that the conclusions made by an expert are in contradiction with an aggregate number of circumstances established under the case, and, therefore, court failed to accept them when passing resolution under the case. In a vast majority of cases a defective nature of expert's opinion may not serve as a new circumstance which was not known to court (and to an applicant) upon initial consideration of the case. From this point of view in a vast majority of cases, no risk of co-existence of two contradictory assessments of an expert opinion will appear after all.

Furthermore, one should remember that court estimates all evidence in aggregate on the basis of its internal conviction (part 1 article 67 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation) and not a single circumstance, including an expert opinion, has a preliminary determined authority for court (part 2 of article 67 of the Civil Code of the Russian Federation, part 3 article 86 of the Civil Code of the Russian Federation). If further an expert opinion is deemed by court as defective, then, as a rule, this will not be able to doubt a result of evaluation of evidence reflected in the initial court resolution, since it is rather difficult to imagine a situation when court passes its resolution exclusively being guided by the expert opinion and in absence of other evidence. Thus, even in the case when the a plaintiff during an independent court proceeding has succeeded in proving that an expert opinion is defective, and court which had earlier considered the case did not have any objections to quality, authenticity and etc., there are still not grounds for re-consideration of the case in connection with the newly discovered circumstances, since there exists no sign of essential circumstance for the case as the fact that such newly discovered circumstance must "indefeasibly confirm that if it had been known, it would have entail an acceptance of a different resolution". The principles of

evaluation by court of the entire amount of evidence in aggregate, on the basis of internal conviction of the judge, without predefined privilege of one evidence (including an expert opinion) upon other will create an obstacle for reconsideration of the case in the event an expert opinion is acknowledged as defective in an independent court proceeding, since there are no grounds to assume that such circumstance could have significantly influenced a relevant court decision.

It should be noted that in the case *Hall v Simons*, an argument on undesirability of reconsideration of already resolved cases in out-of-court order, contrary to the case *Jones v Kaney*, became a subject of great discussion, but it was discussed from the perspective of necessity of observance of immunity of the procedural representative from civil-legal liability. In case of estimation of conduct of the procedural representative the situation is more complicated than with evaluation of an expert opinion. In situation connected with acknowledgement of a defective nature of an expert opinion within the independent court proceeding a plaintiff does not need to prove that a defective expert opinion had a negative impact on the outcome of the proceeding. In the meantime in most of the cases a claim on negligence against an attorney-at-law may be satisfied only provided that a plaintiff manages to prove the fact that, should it be not for negligence, allowed by the procedural representative, he would not have won the case. In other words upon consideration of the claim on negligence towards a procedural representative, court will anyway be forced this way or the other surreptitiously re-consider a resolution of court passed earlier. Notwithstanding the fact that the judges in the case *Hall v Simons* have, nevertheless, come to a necessity to cancel an attorney's immunity from the civil-legal liability. Moreover, upon consideration of the case *Jones v Kaney*, the House of Lords did not have grounds to regard an undesirability of reconsideration of already solved cases in an out-of-court order as an impediment to allow a possibility for advancing a claim towards an expert: although the judges mentioned an undesirability of reconsideration of the case as an argument supporting the immunity, they did not view it as either initial or the most convincing argument for substantiation of the mere existence of expert's immunity from the civil-legal liability. However, it is quite remarkable that none of the judges has ever refuted this argument, which makes one think that in the Russian law a risk of emerging

of secondary process (out-of-court reconsideration of case) may be potentially regarded as political – legal argument providing grounds to idea on necessity of granting an immunity from being held materially liable to a court expert within the interests of unhindered exercise of law.

§2.4. Does the doctrine on immunity constitute violation of article 6 of the European Convention on rights and main freedoms of a human being?

As has already been mentioned above, an immunity of expert constitutes an exception from the fundamental rule pertaining to the fact that each violation of right must be followed by restoration thereof. In this sense, an immunity of court expert from being held legally and civilly liable is in contradiction with the right for access to justice guaranteed, *inter alia*, by article 6 of the European Convention on rights and main freedoms of a human being (hereafter referred to as “the Convention”).³⁰⁷ It is noteworthy, that upon consideration of the case *Jones v Kaney*, some of the judges have directly referred to the fact that an immunity of expert from being held legally and civilly liable contradicts Article 6 of the Convention, and, therefore, should be subject to cancellation.

An examination of issue on the fact as to how the doctrine on immunity correlates with a right of access to justice guaranteed by the Convention seems to be exceptionally interesting, because here we deal with a sphere of supranational regulation when, to a certain extent, the approaches of states which belong to Anglo-Saxon and Continental law systems “meet”.

Before we commence on examining this problem, it would be expedient to support further arguments by reference to the Decree of European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the EUCR”) under the case “*Golder v United Kingdom*” (1975),³⁰⁸ wherein the European Court came to conclusion that a right for a fair court hearing guaranteed by Clause 1 Article 6 of the European Convention presupposes,

³⁰⁷Convention on protection of rights and main freedoms of a human being (Concluded in the city of Rome as of 04.11.1950)

³⁰⁸ In the indicated case a convict who intended to initiate a court proceeding under the civil case (defamation claim) against an employee of prison, had been denied a permission to receive consultation from his lawyer for discussion of a possibility to advance a relevant claim. European Court of Human Rights established that although Article 6 of the European Convention does not directly indicate on the right to submit an application to court, its defense follows from the meaning of that article.

implicitly includes in its contents the right for getting access to justice. Otherwise, as stated by the European Court, "... it would be inconceivable if article 6 clause 1 contained a detailed description of procedural guarantees in civil cases provided to the parties and would not, first of all, protect what gives an opportunity to use such guarantees in practice, and, namely – access to court. Such features of process as fairness, publicity, dynamism shall be deprived of sense, if there is no court proceeding itself". Thus, a right for access to justice is one of the integral components of right for a fair court proceeding.

Prima facie, the doctrine on immunity is in contradiction with the right of access to justice. An immunity represents in itself nothing else but an exclusion from the right of person for access to justice taking into account the circumstance that certain category of respondents are protected by immunity and, as a consequence, an advancement of an independent civil-legal claim to them is unfeasible.

In the meantime a right for access to justice should not be comprehended as an absolute right;³⁰⁹ it may be subject to certain restrictions which should pursue a lawful aim and should be reasonably coherent with the pursuing aim.³¹⁰ And such restrictions may not limit the use of this right in such a way and to such an extent, that its mere essence shall be affected.³¹¹ From this point of view there appears a necessity to establish whether such restriction of right for getting access to court, such as immunity pursues lawful aim and whether such restriction is coherent with such lawful aim.

And one should also understand that immunities are of different nature,³¹² and, subsequently, the aims justifying this or that immunity which are enjoyed by this or that group of people, are also different.

³⁰⁹ Decision of the European Court of Human Rights under the case "Golder v United Kingdom".

³¹⁰ For instance, it leaves no doubts a justification of reasonable restriction of time periods (Stubbings and Others v United Kingdom (1996) and establishment of procedural conditions for submission of claims as, for example, a necessity to file a claim into a corresponding court (MPP Golub v Ukraine (2005), and equally justified does the European Court of Human Rights recognize a restriction of access for mentally unhealthy people for the purpose of protection of unfair court prosecution of parties being responsible for them (Ashingdane v United Kingdom (1985 r.).

³¹¹ De Salvia M. Precedents of European Court of Human Rights. The governing principles of court practice which fall into the European Convention of protection of human rights and main freedoms. Court practice as of 1960 until 2002, Saint-Petersburg, 2004, page 283

³¹² In order to understand the entire diversity of situations upon which this or that group of people may be entitled, in compliance with the national or international legislation, with a right of immunity, it will be sufficient to mention an immunity of state and its official representatives (Please refer to V.A. Musin, Selected works, Moscow, 2014, pages 391-405); immunity of international organizations, immunity of head of the state, members of Parliament (immunity of deputies); diplomatic, consulate immunity; immunity of witnesses; immunity of state executives, judges, police officers and workers of social service; immunity of military men from military parts located outside of the state and etc.;

It is quite interesting that the ECHR itself is trying to draw a border line between functional immunity and structural immunity. Functional immunity protects a certain category of people from advancing a claim toward them by virtue of the fact that a function carried out by these people requires provision of such protection (for example, immunity of police carrying out the function of fighting crime and investigation thereof – *Osman v United Kingdom* (1998)³¹³; immunity of judges provided to judges for the purpose of proper execution of function on exercise of justice – case “*Sergey Zubarev v Russian Federation*” (2015)³¹⁴ and etc.). While structural immunity bears a more general character than functional immunity and protects, in particular, a foreign embassy, international organization or foreign state from advancing of claims of civil-legal nature thereto.³¹⁵ As mentioned, functional immunity is more preferable than structural immunity from the point of compliance with the Convention, since nature of dispute is to a major extent than a legal status of parties involved in a dispute, should predetermine if immunity could be grounded.³¹⁶

Analysis of practice of the ECHR concerning the question whether functional immunity protecting this or that group of defendants violates a right for access to justice guaranteed by Article 6 of the Convention, shows that the European Court until this very day has failed to work out precise criteria and approach of unambiguous and uncontroversial solution of this problem. In the case *Osman v United Kingdom* (1998)³¹⁷ the applicants filed a claim against police about negligence permitted upon investigation of the case on fact of failure to provide a due protection to a child who was wounded by a teacher suffering from maniacal addiction, and to a deceased father of a child as well. Notwithstanding the fact that the applicants established all necessary elements of liability of special caution from the side of police, the appellate court of Great Britain has applied

³¹³ Decision of the European Court of Human Rights under the case «*Osman v United Kingdom*».

³¹⁴ Decision of the European Court of Human Rights under the case «*Sergey Zubarev v Russian Federation*».

³¹⁵ The position of the European Court of Human Rights concerning the issues of structural immunity can be illustrated by the following quote: “measures adopted by the Supreme Contracting Party which reflect the generally accepted norms of international public law on immunity of the states, may not be in principle considered as imposition of a disproportionate restriction on the right to appeal to court established in compliance with Clause 1 Article 6 of the Convention” (Regulation of the European Court of Human Rights as of 21.11.2001 “*Fogarty v United Kingdom*”).

³¹⁶ Vitkauskas D., Dikov G. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks. Strasbourg, 2012. P.31.

³¹⁷ Decision of the European Court of Human Rights under the case «*Osman v United Kingdom*».

the doctrine of police's immunity developed by the House of Lords in the case of *Hill v Main constable of Western Yorkshire* and rejected to consider the claim having specified, that police has immunity from civil claims associated with its actions or failure to act upon carrying out investigations and combating crimes. The authorities of the United Kingdom have referred to the fact that existence of police immunity pursues lawful aim and, namely, public policy considerations which come down to the fact that exposure of police to the claims arising out of its negligent actions would result in distraction of quite a number of its personnel from performing functions on combating crime. A threat of being held liable for negligence would result in protective or an overprotective service of police, which could create a real danger that efficiency of police service seeking to support public welfare as a whole, may be damaged.

Moreover, a claim on negligence filed against police would have an undesirable effect of repeated consideration of the cases, judicial proceedings on which have been terminated, seeking to establish whether the proceeding thereon was handled in a due manner.

ECHR has agreed with the authorities of the United Kingdom on the fact that a purpose of introduction of the rule about immunity for police, and meaning also exclusion from the right for getting access of justice, can be lawfully applied in the sense of the Convention, since immunity of police is established because police service corresponds to the interests of the society, and effectiveness and results demonstrated upon combating the crime are not under threat of constant risk of exposure to tort liability, should police take certain strategic and tactic decisions. In the meantime ECHR has agreed with the applicants on the fact that their case satisfied the criterion on proximity relations which was necessary for the liability of particular prudence be imposed, however, they were deprived of a possibility to establish a factual circumstances of their claims in adversary proceeding due to application of the rule on immunity which, moreover, does not make any difference between negligence resulting in trivial consequences and negligence, as in this case, which ended up in catastrophe. ECHR has concluded that, notwithstanding the fact that the right on immunity of police pursues a lawful aim, immunity of police from claims on allowed negligence constitutes inadequate limitation of right to initiate

proceedings, since it presupposes application of right on immunity without additional consideration of the issue on availability of competitive ideas of public interests, i.e. it is meant only to provide a full immunity to police. Thus, ECHR in the case *Osman v United Kingdom* (1998) admitted violation of Clause 1 Article 6 of the Convention.

However in 2001 while considering the case with similar circumstances ECHR came to a directly opposite conclusion. In case *Z. and Others v United Kingdom* (2001)³¹⁸ the applicants filed a claim against municipal authorities on allowed negligence expressed in failure to adopt certain measures seeking to relieve the children from custody of parents who maltreated their children, which had caused significant harm to children. This case was dismissed by the national court as not containing a reasonable ground for commencement of action.³¹⁹ ECHR came to conclusion that the resolution of the House of Lords pertaining to absence of responsibility to have in custody in the files of applicants as a question of law, may not be qualified as a rule to exclude responsibility or immunity which had deprived the applicants of right to go to court. As established by ECHR, the House of Lords has considered the issue as to whether a new category of negligence, in other words, a category of cases in which a duty of prudence had not be specified earlier, must be developed by courts upon carrying out of their legislation activity in compliance with common law. Having viewed a balance of contradictory attitudes of public policy, the House of Lords decided not to extend a liability for negligence on new spheres of legal relations. Having done so, it has limited a scope of liability pursuant to tort law. And ECHR specifically underlines that an absence of possibility for applicants to sue local authorities proceeds not from immunity, but from “application of principles defining material right to commence action in the national law”. The European Court has not agreed with the fact that the resolution *de facto* and in practice had established immunity by virtue of its vast comprehensive nature, having indicated that such resolution dealt only with one aspect of fulfillment by local authorities of their obligations and duties, and cannot be regarded as an unreasonable denial to courts in consideration of the entire scope

³¹⁸ Resolution of ECHR dated 10.05.2001 case “Z” and other v United Kingdom”

³¹⁹This procedure included a pre-court consideration of the issue pertaining to the fact whether the statement of claim existed in accordance with the law, presuming that all facts stated by the claimants have been true.

of civil cases. Thus, in case *Z. and Others v United Kingdom* (2001) ECHR did not conclude a violation of Clause 1 Article 6 of the Convention. Anyway, it is quite difficult to understand the reason of this entirely different approach taken by ECHR in the case *Osman v United Kingdom* (1998). Especially taking into account the fact where lies the boundary line between immunity excluding the liability, on the one hand, and “application of principles establishing material right for commencing an action in the national law”, on the other hand.

However even further ECHR adheres to a path, from our point of view, of rather artificial differentiation of immunity and “principles governing material right to commence an action in the national law”. Thus, in the Resolution under the case “*Markovich and Others v Italy*” (2006)³²⁰ the applicants complained about violation of Article 6 of the Convention which entailed the issuance by the Cassation Court of Italy of decision pertaining to the fact that the national courts of Italy did not have a jurisdiction for consideration of the claims concerning compensation of harm caused as a result of an air-attack by forces of NATO. The Cassation Court of Italy ruled that actions of state during conduction of military campaign are not subject to consideration by courts, since “political” functions are carried out through their actions. Nature of these functions “does not allow any claim in relation to the interests guided by them”. While perusing this case ECHR has once again underlined that the European Court cannot create, by means of interpreting of Clause 1 Article 6 of the Convention, the material right which does not have a legal ground in jurisdiction of a corresponding state. In this respect, the European Court pointed out that the Convention in principle may not apply to material restrictions of rights existing in the national law. Finally the European Court resolved that the resolution of the Cassation Court of Italy in this case could not have been treated as acknowledgement of immunity, but only designated the limits of authority of courts when considering foreign policy acts, such as military operation. The European Court concluded that the fact that applicants failed to commence an action towards the state was caused not by immunity, but rather by principles governing the material right to

³²⁰ Decision of the European Court of Human Rights under the case «*Marcovic v Italy*».

commence action under the national law and, therefore, did not find any violation of Clause 1 Article 6 of the Convention.

When examining the case *Roche v United Kingdom* (2005)³²¹ meaningfully similar arguments finally bring the European Court to conclusion on non-applicability of Article 6 of the Convention to settlement of issue on presence/absence of immunity of state in connection with responsibility for causing harm declared by former volunteers of medical research on appearance of side effects held in 1960s. In this case ECHR once again underlines that any restriction in the national law must be assessed from the point of view whether such restriction is procedural or material: «no matter how thin this difference is in each particular case, it remains prevailing in the issue of applicability and, in a corresponding case, in the issue of scope of guarantee of Clause 1 Article 6 of the Convention»³²² As indicated by ECHR, while defining a factual characteristic (procedural and material) of the applicable restriction it is necessary to conduct a thorough analysis of domestic law as well as legislative and compliance law practices of supreme courts. And the terms being used (for example, term “immunity”) do not have a critical importance, since, for instance, the law of Great Britain differs immunity from being held liable (material norm) from the immunity of bringing before the court (procedural norm).³²³ Taking into account that European Court cannot create by interpreting Clause 1 Article 6 of the Convention a material law which does not have legislative grounds in an appropriate state, in consequences of which its guarantees are applied only to the rights which may be deemed, at least on “flimsy” grounds acknowledged by domestic law, it should be noted that in case when restriction provided in for by national legislation is of material – legal restriction pursuant to its legal nature, Clause 1 Article 6 of the Convention will be either not applicable³²⁴ at all, or the right for receiving access to justice guaranteed by Clause 1 Article 6 of the Convention is not breached.³²⁵

³²¹Resolution of the ECHR as of 19.10.2005 "Case "Roche v United Kingdom".

³²²Id, § 119.

³²³Id, § 112.

³²⁴ ECHR came to the same conclusion, in particular, in the case *Roche v United Kingdom*.

³²⁵ Resolution of ECHR on the case *Z and others v United Kingdom*; Resolution of ECHR on the case *Markovich and others v Italy*.

Thus, in a vast majority of cases, immunities with a help of which a certain group of people is protected from claims and from being held legally liable, are judged exactly as restriction having material and legal and not procedural nature, and, therefore, existence of these kinds of immunities representing, to a certain extent, extraction of access to justice from the law, does not violate the requirements of Article 6 of the Convention.³²⁶

Paradoxically, but if in the beginning (*Osman v United Kingdom, Z and others v United Kingdom*) ECHR has attempted to draw a precise borderline between immunity and absence of material right to commence and action in the national law, then finally it came to a complete identity of these definitions. In similar, from our point of view, situations when functional immunity has been granted by law of national state, ECHR concluded that immunity is disproportionate restriction of right for receiving an access to justice, and that immunity does not violate Clause 1 of Article 6 of the Convention and, moreover, that Article 6 of the Convention is not applicable to the issue in question at all.

Here we can try to draw an interesting analogy with the Roman law. As known, a parallel co-existence of two legal systems was common to Roman law: civil and praetorian (*jus civile* and *jus honorarium*).³²⁷ While attributing praetorian system of law, I.A. Pokrovskiy quotes a famous German professor B. Windsheid: «For modern sense of justice, as he says, the law is something initial and action is something following; law is something productive and action is something derivative; law and order – is a system of rights. In a completely different way it is from the Roman point of view: here the first place is occupied action, *actio*, the right is something of a secondary and derivative; the Romans do not regard action as a consequence of law, but, to the contrary, law is a consequence and product of *actio*». ³²⁸

³²⁶The resolution of ECHR on the case *Osman v United Kingdom* (1998) stands aloof, since in this resolution ECHR admitted that an immunity of police from the claim on negligence committed upon conduction of an investigation, constitutes an unprecedented restriction of right of getting access to court and, consequently, breaches Clause 1 of Article 6 of the Convention.

³²⁷ Pokrovskiy I.A.; *History of Roman law*; M. 2004. P. 165.

³²⁸ Pokrovskiy I.A.; *Right and fact in the Roman law*; Part 2; *Genesis of jus praetorium*; Kiev, 1902; A hypothetical example given by I.A. Pokrovskiy as an explanation of essence of the Roman law and order is quite interesting. “Let’s assume, - the scientist speculates, - that in our current state there is a certain area in which due to this or that reason, for instance, as a consequence of high anxiety or fret of employees against the employers are in a state of chaos, disorders and etc. The usual measures taken by the administration are effortless in restoring the peace and order and as a result of which a special commissioner with almost unlimited authorities is appointed in this area by the government. Having acquainted himself with

If we look more closely, all of this seems very similar to the routes of the same idea which lies in fundamental introduction of such terms as absence of material right to commence an action, in accordance with terms of EUHR, or immunity. Supposedly there is a right to commence an action due to negligence towards police bodies or municipal authorities, however execution of this right is considered as contradictory to the interests of public order and, therefore, is not more than the right *sine effectu*. Public policy consideration, interests of public order as a whole require granting of immunity.

In this respect EUCR goes even further and even in accordance with the spirit of Roman law: since courts do not have jurisdiction to consider cases of certain category, it means that there is no protected material domestic law. This statement brings us back directly to the formula stated by B.Vindsheid in compliance with which an action commences not because of the existence of law but rather the law arises because an action commences. From these positions the activity of court which rejects to consider the case because of the immunity which protects the defendant, can be, to a certain extent, compared with the activity of Roman praetor. Nevertheless, (and it should be underlined) immunity is provided not because of the fact that there is not material right to commence an action acknowledged by the internal state law, but because the indicated material right by virtue of these or those consideration of public policy is not subject to execution.

Taking into account a huge controversy of practice of ECHR regarding the issue on whether this or that functional immunity breaches the right to receive access to justice guaranteed by Clause 1 of Article 6 of the Convention, it is quite difficult to foresee which conclusion would the European Court draw in relation to immunity of a court expert.

the state of affairs, the commissioner will see that a peace and order cannot be restored otherwise than by means of satisfying of certain claims of employees and non-satisfaction of some – legally quite correct – claims of employers. Let's assume, for example. That in accordance with the contracts entered into with employees, the employers have a right to charge the latter for absence and etc., and fines. The levy of these fines serves as one of the reasons for anxiety and disorder, and the commissioner decides to suspend the similar fines. The commissioner cannot alter a general norm of law, by virtue of which the contracts should be executed precisely, but he can in each particular case suspend a legally correct claim for an employer if he finds that an execution of this claim is currently in contradiction with the interests of public order. ... The mere right of an employer for a receipt of fine does not mean that currently this right remains *sine effectu*. Let's assume further that our commissioner thought it expedient to announce his decision in public: upon certain conditions there will be no claim on charging a fine; in such a case we would have received a Roman edict. ... If such method of regulation had become permanent (renewable every year), we would have finally received all typical features of the Roman legal dualism..." (Pokrovskiy I.A.; Law and fact in the Roman law; Part 2; Genesis of praetorian law; Kiev, 1902, pages 200-201).

Nevertheless, the general approach of ECHR to immunity may be applied to immunity by which, in pursuance with the national law, a court expert can be protected.

Attention should be focused on the fact that an expert's immunity, without any doubts, represents in itself a functional immunity. Function of expert consists in provision of special knowledge. One should not discharge the circumstance that a court expert, being the holder of special knowledge, provides a customer not more than its professional opinion on an issue in question, and his opinion maybe of conceivable character. The mere function of an expert as a holder of special knowledge is such, that it requires provision of immunity to an expert from advancing civil – legal claims to him that could doubt an authenticity and relevancy of an opinion expressed by an expert. This has a lot in common with those cases considered by ECHR.

Police carries out the function of combating crime, and a potential possibility of advancing claims on negligence to police will be likely to result in impossibility of carrying out this function for which police namely exists. Actions undertaken by states upon conduction of military actions are not subject for consideration by courts, since political functions of states, implemented in a discretionary manner, are performed through such actions. Court immunity exists due to the fact that without it a judge will not be able to perform its function – exercise justice. Function of local power bodies having duties on protection of children is also of an exceptionally delicate nature: «Law requires from local authorities not only to take into account material welfare of a family, but also those advantages received when an atmosphere of a child's family is kept... In case concerning abuse of one child the local authorities are blamed for incautiousness of withdrawal of a child from family, in other case – for not taking a child away from his/her mother”³²⁹.

As we can see, an issue pertaining to necessity to protect with immunity from being held civilly and legally liable emerges, as a rule, in relation to people who are provided with discretionary authorities (with certain boundaries, of course) by virtue of functions imposed on them by society or state for the purpose of performing their functional

³²⁹ Resolution of ECHR as of 10.0.2001 case “Z v United Kingdom”, § 46.

designation. In this sense immunity seeks to procure an effectiveness of activity of this or that service or an empowered person carrying out a socially important function. Expert's function as a holder of special knowledge also requires a certain discretion since a court expert provides his professional opinion which might be, *inter alia*, of probabilistic nature. There where such category as "professional opinion", there appears is a discretion of its own. And where we have discretionary powers, there appears a question as to whether implementation of this or that socially important power requires provision to a subject carrying out such power with immunity from liability. And here once again one starts discussing all the same arguments "for" and "against" substantiating whether the considerations of public policy require provision of immunity.

The first chapter of this current research dedicated to the search of political and legal grounds which may lie in a basis for attachment of expert's immunity from material liability, allows to draw the following conclusions which would serve as a starting point of further examination of problematics of material liability of a court expert.

1. Immunity of a court expert from material liability constitutes a legal regime which prohibits holding a court expert materially liable for improper fulfillment of functions associated with conduction of a court expertise. As demonstrated by analysis of immunity's doctrine adopted in the countries of common law, the political and legal grounds for fastening of immunity potentially may be the following:

a) interests of justice expressed in the fact that absence of immunity from being held materially liable will result in "adverting effect" which would have an effect on the participants of the proceeding, and experts in particular, of risks of claims arisen out of conduction of process: exercise of justice would become impossible without presumption of the fact that an expert duly performs duties imposed on him/her without apprehension of being exposed to any claims from the side of discontented participants of the proceeding.

b) public policy expressed in the fact that absence of immunity will result in advancement of a number of side claims, during consideration of which an evidential

value of expert's opinion would have been verified again and again and the case would be reconsidered repeatedly on the same circumstances avoiding court of appeals;

c) a problem of “divided loyalty” which amounts to juxtaposition of two types of expert's duties: duties towards court and duties towards client. Immunity of expert is based on regulation of the fact that a court expert has a “supreme duty” towards court and if there is no immunity from liability towards climes, there is a threat that an expert will not perform his/her duty.

2. The main argument against provision to a court expert of immunity from being held civilly and legally liable is an idea the immunity is in objective conflict with a regulation pertaining to the fact that each violation of right should be followed by restoration of rights.

3. In 2011 by virtue of the resolution of the House of Lords under the case *Jones v Kaney* immunity of expert from civil and legal liability for demonstrated negligence was cancelled. The House of Lords came to conclusion that the arguments which during more than four hundred years supported the existence of immunity no longer justify public policy excluding civil and legal liability towards his/her client for negligence. This resolution was in many aspects conditioned by common vector of English law on aggravation of liability for negligence.

It is worth-mentioning, however, that a cancellation of expert's immunity in Great Britain and the USA has not affected immunity which continues protecting an independent expert.

4. In domestic doctrine problematics of court expert immunity from material liability has never been discussed. Immunity is not attributed to at the legislative level, however law-enforcement practice which does not allow court to pass a resolution pertaining to reduction of amount/refusal to pay a remuneration to a court expert in case of a defective expert opinion compiled by him/her, proves the fact that de facto court experts enjoy immunity from being held materially liable.

5. As a political – legal ground of validity of court expert's immunity from being held materially liable in the Russian law can potentially serve, first of all, an idea that exercise of justice would be impossible without presumption of the fact that a court expert

performs the functions imposed on him/her by law which presuppose a discretion upon expression of his/her professional opinion in a proper and due manner without apprehension of being exposed to any claims from the side of dissatisfied participants of the proceeding; secondly, there is an exceptionally undesirable risk of out-of-court reconsideration of case for the interests of exercise of justice.

6. The Russian law does not have either legal or political and lawful grounds for provision of out-of-court experts with immunity from advancing a claim from the side of a customer who ordered an expert opinion. Specific nature of function performed by holders of special knowledge may serve as reason for preservation of immunity of a court expert, but it is not capable to act as reason for provision of immunity to an out-of-court expert.

Not forejudging a final conclusion here as to whether immunity of court expert from being held materially liable should be valid under the Russian law, let's focus our attention on one significant circumstance. As it has been already underlined, immunity of court expert in Great Britain has been cancelled because with time one realizes such circumstance that priority should be given not to a necessity to protect the functions performed by an expert in court, but rather to establishment of a fact that a court expert as well as the representative (barrister) undertakes obligations on representation of client's interest under the retainer agreement for a certain remuneration and, subsequently he will have to be liable for an allowed negligence as any other executive under the agreement for rendering services (fulfillment of works).

And from this point of view with regard to the Russian law system an idea of immunity of a court expert from being held materially liable can be treated ambivalently.

First of all, an issue may not emerge and, namely, as to whether any political and legal grounds are in principle able to doubt validity of a fundamental rule concerning the fact that any cause of harm, including the harm caused by a court expert is illegal and any caused harm is subject to compensation in full scope (principle of general tort)? In other words this is the same question which was raised also in Great Britain during the discussion of necessity of cancellation of expert's immunity – what should be a priority

in the modern conditions: an idea that the interests of justice demand that a court expert shall provide his/her professional opinion to court without apprehension being exposed to all sorts of claims from the side of dissatisfied participants of the proceeding, and also to exclude a risk of out-of-court reconsideration of case, or a fundamental principle stating that any caused harm is subject to compensation? Once can approach an answer to this question only having determined an essence of these objects to which a court expert may potentially cause harm, and the third part of thesis is devoted thereto. Therefore, we will later revert to the fundamental issues of this research as to whether a harm caused by a court expert is subject to compensation, what is specifics of such harm and if a relevant compensation caused by actions of a court expert can be regarded as an exception from the principle of general tort.

Secondly, in the Russian law system, as opposed to Great Britain, a court expert acts on an exclusively independent basis who is bound by procedural relations with court but not with the side of the case in question. Cancellation of immunity in Great Britain has not affected immunity of an independent expert. From these positions, at a first glance and in the Russian law also where an exclusively independent expert acts, immunity of court expert should be valid. Yes, indeed, there are no grounds to provide an out-of-court expert with immunity from being held civilly and legally liable, but the interests of justice require that immunity be provided to a court expert. From the other side, if in Great Britain an expert's immunity was a derivative from a generally accepted immunity of witnesses, a variation of which in the countries of common law is traditionally recognized expert witness, then in the Russian law such kind of similarities are not appropriate and, therefore, if immunity is to protect a court expert, it must be based on other grounds. This shows that we will not be able to reach a grounded conclusion on the fact whether a court expert's immunity should be functioning in in the Russian law, and if it should, then what are its grounds and limits, not having addressed an analysis of essence of legal relations between court, expert and parties to the proceeding in compliance with the Russian law. Without taking into account the specifics of the afore-mentioned legal relation, without determination of their legal nature it will be impossible to answer the question as to whether a court expert should bear a civil and legal responsibility for compiling a

defective expert opinion as viewed from the positions of court to refuse making a relevant payment to an expert, and also from the positions of those claims which may be advanced by the parties injured due to an improper fulfillment by an expert of duties imposed on him/her. One should commence a conversation concerning a nature of legal relations connecting court and expert, with a definition of the fact, whether a court expert in compliance with the Russian law has an independent right to apply to court seeking payment for an expertise conducted by him/her, which is observed in the following chapter of this thesis

Thus, our research would be not thorough enough if, while seeking an answer to the question whether a court expert within the framework of the Russian law system, should enjoy immunity from being held materially liable, we were limited exclusively by examination of issues on application of various political and legal arguments capable to justify an existence of immunity. Without research of an essence of proprietary claim of a court expert to court seeking a relevant payment, as well as a nature of legal relations connecting court, an expert and parties participating in the case, which is developed in the following chapter of this thesis, as well as without addressing a nature of goods owned by the parties to the case, which can be potentially harmed by an expert, and which is also discussed in the third chapter hereof; and an answer to a question whether an existence in the Russian law of a court expert's immunity from being held civilly and legally liable is grounded, would be not only premature but also impossible.

Chapter 2. Legal relationship between the court and the court expert in the system of civil procedural legal relationship

§ 1. On the issue of phenomenon of proprietary procedural legal relations binding the court and the court expert

Does the court expert in compliance with the Russian law have an independent proprietary claim to court seeking payment for services rendered by him/her in connection with conduction of an expertise? Or the legal relations binding court and a court expert are deprived of any proprietary component and, therefore, there is and can be no such claim with a court expert? This pertinent chapter deals with the search for answers to these questions.³³⁰

The doctrine of civil procedural law not more than once focused an attention on a significant variety of legal relations occurred within the framework of the legal bond “court-expert” in comparison with other civil procedural legal relations conditioned by its auxiliary role which is in the civil proceeding performed by an expert as a person procuring exercise of justice. Not in vain, for instance, did N.B. Zeider underline, that “experts are just subjects of auxiliary relations with court, which are necessary for existence of a civil procedural relation”.³³¹

Being subject of auxiliary, organizational legal relations, the experts, as specified by V.N. Scheglov, “take part in the proceeding for the purpose of fulfilment of obligation imposed on them by virtue of law and which became apparent in connection with their involvement in the case. This judicial obligation corresponds with an equitable right of court. Thus, an expert appointed by court, shall be liable to serve a subpoena and present an objective opinion on the questions raised by court”.³³²

An independent assembly of civil and procedural legal relations is developed by M.A. Rozhkova “under the right of a state court to demand cooperation of certain individuals upon consideration by them of a legal case (witnesses, experts, interpreters and etc.) and a liability, corresponding to this right, of the mentioned individuals to carry

³³⁰ Zatonova D.Yu. On the issue of the phenomenon of property procedural legal relations connecting the court and the forensic expert // Arbitration and civil procedure. 2020.N 3.P. 10 - 15.

³³¹ Zeider N.B. Civil procedural legal relations; Saratov, 1965, page 34.

³³² Scheglov V.N. Civil procedural legal relations, M. 1966, page 58.

out an appropriate activity”.³³³ The author points out that **individuals engaged in procurement of justice** are **individuals with a liability** (emphasis added by me – D.Z.) who, in compliance with the requirements of the procedural legislation, must *bona fide* and duly perform functions imposed on them: testify, provide expert opinions, translate and so forth.

However, one may not fail to notice that individuals procuring exercise of justice become liable individuals at least not earlier than when they have been engaged to procure justice in compliance with the established order. In this sense it seems justifiable to ask the following question: at what moment the legal relation between court and an expert is deemed occurred?

The point of view in compliance with which the legal relations between court and an expert arises as of the moment when court makes a resolution on appointment of an expertise prevails in literature.³³⁴ Therefore, the question as of which legal fact lies in the ground of arising of procedural relations between court and an expert, is answered by a vast majority of researchers that a procedural action of court – order on appointment of expertise should be regarded as such fact. At a first glance, this statement is absolutely correct and a settlement of a question not permitting any other interpretation. At the same time, upon settlement of issue on grounds of emerging of the procedural legal relations between court and an expert, it seems wrong to ignore the regulations of the Civil Procedural Code of the Russian Federation, Arbitration Procedural Code of the Russian Federation, Administrative Procedure Code of the Russian Federation devoted to the issues of payment of remuneration to an expert for a work performed upon request of court.

Thus, in compliance with Part 3 of Article 95 of the Civil Procedural Code, part 2 of Article 107 of the Arbitration Procedural Code, part 3 of Article 108 of the Administrative Procedure Code of the Russian Federation, the experts receive a

³³³ Rozhkova M.A. Legal facts of civil and procedural law: agreements on protection of rights and procedural agreements M., 2009. page 105. [Electronic source] URL: http://rozhkova.com/books_text/UFISOGLASH.pdf (access date: 11.02.2021). page 71.

³³⁴ Course of soviet civil procedural law; Theoretical fundamentals of justice on civil cases; two volumes; Volume 1 Abova T.E., Gureev P.P.; Dobrovolskiy A.A.; Melnikov A.A. and other; Moscow, 1981, page 335.

remuneration for a work performed by them upon assignment of court, if such work is not included in the scope of their official duties as employees of state court and expert services. And at the same time both part 3 of Article 95 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation and paragraph 2 of part 2 of Article 107 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation and Part 3 of Article 108 of the Administrative Procedure Code establish that a size of remuneration to be paid to an expert “is determined by court in agreement with the parties taking part in the case and **upon agreement** with an expert” (emphasized by me – D.Z.).

Taking into consideration that the lawmaker directly uses the words “upon agreement”, it is quite logical to suppose that it says about an agreement between court and an expert in which a size of expert’s remuneration is established. Thus, M.K. Treushnikov while commenting the provision of part 3 article 95 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation also comes to conclusion that “a size of remuneration is determined upon contractual basis with an expert”.³³⁵ N.G. Eliseev considers “an agreement on size of expert’s remuneration” (part 3 article 95 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation, sentence 2 part 2 article 107 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation) as part of an example of “contractual settlement of relations associated with an exercise of justice”.³³⁶

However, one can encounter a different position in literature as well. M.A. Rozhkova, for instance, comes to conclusion that an “agreement” pursuant to Article 107 of the Arbitration Procedural Code should be regarded as a “consent of an expert in relation to a size of remuneration determined by court, which represents a mandatory condition for imposing a public liability for payment of such remuneration on a person who has filed a corresponding application”.³³⁷

One should agree with the following: can one force a court expert to carry out a relevant expertise in the event when a size of remuneration established by court does not conform to the interests of the latter? For example, an expert evaluates his/her services

³³⁵ Treushnikov M.K. Court evidence M 2004; page 202.

³³⁶ Eliseev N.H. Procedural agreement M. 2015, page 18.

³³⁷ Rozhkova M.A. Material and procedural agreements listed in the Arbitration procedural code of the Russian Federation // Business and law; 2004; No. 1, page 81.

on conduction of court expertise in the amount of 150 thousand rubles, while court is ready to offer only 100 thousand rubles to a court expert. Can court oblige an expert to carry out a relevant expertise, having state, that an expert will receive a remuneration amounting to 100 thousand rubles? This question should be answered negatively, since an expert appears in the case not by virtue of only public and legal duty towards court (for instance, as a witness), but also due to the fact that he/she receives a remuneration for a conducted expertise, the amount of which must be agreed upon with him and not established unilaterally by a binding will of court.

Yet another confirmation of this circumstance is the fact that, although pursuant to Article 87 of the Civil Procedural Code of RSFSR as of 1964, the experts received remuneration for a work performed in compliance with the court order, if the work was not included into the list of their official duties. However, the Civil Procedural Code of RSFSR did not contain a provision similar to regulations of pertinent procedural codes on the fact that a size of such remuneration is established by court upon agreement with parties taking part in the case and upon agreement with a court³³⁸. Moreover, in compliance with provision 7 of the Instruction on order and size of compensation of expenses and payment of remuneration to witnesses, the injured parties, experts, interpreters and attesting witnesses in connection with summons to a person who is carrying out an interrogation, detective, prosecutor or in court approved by the Order of the Council of Ministers RSFSR as of 19.04.1965 No. 485, the amount of remuneration of an expert was fixed and amounted from 40 to 60 kopeks for 1 hour of work in accordance with the general rule.

Only in the Order of Council of Ministers RSFR as of July 14, 1990 No. 245 «On approval of the instruction on order and amount of compensation of expenses and

³³⁸ Although in the Soviet time there were no grounds to speak about an existence of a unified method of settlement of issues on cost of various types of expertise and an order of charging the expenses incurred in connection with the expertise, as a rule, specialized expert companies conducted expertise for courts, prosecutors office and militia free of charge. Thus, for example, in compliance with the “Regulation on scientific and research laboratory at the Ministry of Justice of the Union Republic” approved as of 09.06.1951 by the Ministry of Justice of USSR and “Instruction on conduction of a state forensic expertise in SCFL MJ RSFSR” adopted as of 26.04.1958 by the Ministry of Justice of RSFSR, expertise for courts, investigation bodies and militia are carried out by the laboratories free of charge. Simultaneously with this a payment for conduction of expertise is subject to be charged from convicts under the criminal cases and from parties under the civil cases (as court expenses). Cost of expertise is calculated on the basis of notices from laboratories compiled in accordance with the price list adopted by the Ministry of Justice of RSFSR.

payment of remuneration to the individuals in connection with their summons to the bodies of interrogation, preliminary investigation, prosecutor's office or in court (except for the Constitutional Court of the Russian Federation and Arbitration Court)" which superseded the Order of Council of Ministers RSFSR as No. 485 as of 19.04.1965, it was established that payment of remuneration to out-of-court experts is to be made in compliance with the concluded agreement. This amendment of the legal regulation yet another time underlines that modern realities in the sphere of regulation of legal relation with participation of a court expert significantly change from Soviet realities, which cannot be taken into consideration.

Pursuant to Part 3 of Article 95 of the CPC RF, Part 2 Article 107 of the APC RF, part 3 article 108 of the APC RF experts receive remuneration to the work performed by them upon assignment of court, if this work is not included into the list of official services as employees of state court-expert companies. But even in the case if a particular expert does not receive a remuneration in connection with the fact that this work is not included into a list of official duties as an employee of a state court-expert company, this will not mean that the designated remuneration will not be transferred to a state court-expert company. Thus, in compliance with Article 37 of the Federal Law as of 31.05.2001 No.73 – FZ "On state court expert activity in the Russian Federation"³³⁹ (hereinafter referred to as "Law on expert activity") state court and expert companies are entitled to carry out on an agreed basis any expert researches for citizens and legal entities, accept payment for conduction of court expertise under civil and arbitration cases and cases on administrative offences.

While commenting article 37 of the Law on expert activity, Plenum of the Supreme Arbitration Court came to conclusion, that a state court – expert enterprise is entitled to accept payment for a work performed for an expertise within the framework arbitration case in the event when such expertise has been appointed by court under a request or upon approval of parties taking part in the case. When an expertise is appointed upon initiative of court, the indicated payment is not charged. Upon conduction of an appointed expertise

³³⁹ Federal law as of 31.05.2001 No. 73 – FZ "On state court and expert activity in the Russian Federation"/NW RF 2001, № 23, page 2291.

at the discretion of court in a non-state expert organization or by person – holder of special knowledge but not being employed by an expert organization, a relevant payment is carried out at the expense of the federal budget.³⁴⁰ Thus, there is only one case when neither expert nor an expert organization receive remuneration for the work performed under request of court: when an expert has been appointed upon an initiative of court and when conduction of an expertise is assigned to a state court and expert organization, and this work is included in the list of official duties of an expert as an employee of a state court and expert organization. And in all other cases (and there is a majority of them), an expert (expert company) receives remuneration for work fulfilled by him/her upon assignment of court.

The abovementioned allows to make a conclusion that in accordance with the pertinent legislation (in contrast to the situation in the Soviet time) an expert activity is a type of activity bringing profit. If we could argue with a thesis on the fact that an expert activity is just a variety of an entrepreneurial activity,³⁴¹ in modern realities it will be difficult not to agree that an entrepreneurial activity is profitable.

As an expert activity constitutes a type of profitable activity, it becomes clear that in gratis or for a remuneration the size of which does satisfy an expert, the latter will not work. This thesis is illustrated by the situation which often happens in practice when the parties deviate from transferring monetary means for payment of expert's work, although an opinion of an expert is essential for a right settlement of disputed. In this event, the materials of case often have an order of court on appointment of expertise, however an expertise is not held in connection with absence of payment for the work performed by an expert. If a basis for emerging of procedural legal relations between court and an expert was only an order on appointment of expertise, an insufficiency of means at the deposit account of court for payment of expert's work would not entail for an actual "freezing" of the proceeding due to an impossibility to conduct a relevant expertise.

³⁴⁰ Clause 21 of the Regulation of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation No. 23 as of 04.04.2014 "On certain issues of application of the law on expertise by the arbitration courts" //Vestnik SAC RF, 2014, No. 6.

³⁴¹ Although currently (at least until the moment of adoption by the State Duma of the draft law "On court and expert activity in the Russian Federation" in such a version as it exists these days) the court expertise may be performed by non-state expert organizations which can be represented by commercial organizations.

Pursuant to Part 2 of Article 108 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation, if in compliance with the established by the arbitration court period of time the monetary means which are subject to payment to court experts have not been transferred to a deposit account, the arbitration court will be entitled to dismiss an appeal seeking an appointment of an expertise, in the event if the case may be considered by and a resolution may be adopted on the basis of other evidence submitted by the parties to the case.

It should be noted, that following the amendments to Part 2 of Article 85 of the Civil Procedural Code of RF by virtue of the Federal Law as of 28.06.2009 № 124-FZ this issue is resolved differently in accordance with the Civil Procedural Code of RF and Arbitration Code of RF. Thus, pursuant to paragraph 2 of part 2 of article 85 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation, an expert (expert organization) is not entitled to refuse from conducting a relevant court expertise because of absence of an advance payment. In case of refusal from a party to make a preliminary payment for expertise, an expert or a forensic expert institution shall be obligated to carry on an expertise appointed by court and jointly with an application on compensation of incurred expenses to send an expert opinion to court along with the documents confirming the expenses for conduction of an expertise, for a further resolution by court of an issue on compensation of these expenses by an appropriate party taking into account provisions of Part 1 Article 96 and Article 98 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation.

Part 6 of Article 110 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation in compliance with which unpaid or not fully paid expenses for conduction of expertise are subject to be charged in favour of an expert or a state forensic institution from the parties participating in the case in proportion of the size of the satisfied claims, also offers a little room for clarity. This means that the monetary means shall anyhow be charged from a deposit account of court or will be possibly levied directly from parties taking part in the case?

Order of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 04.04.2014 № 23 «On certain issues of practice of application of legislation on expertise by arbitration courts» (hereinafter referred to as “Order of Plenum No. 23”) provides

certain grounds in order to agree with a final variant of interpretation. Clause 27 of the mentioned Order establishes that “if an issue regarding payment for the expenses incurred by a court expert in connection with conduction of an expertise has not been settled by court, including on the basis of Part 6 Article 110 of the Arbitration Procedural Code, an expert (expert organization) as a right to address an application seeking payment for expenses incurred with respect to an expertise. Court shall consider such application in accordance with the rules stipulated in Article 112 of the Arbitration Procedural Code”.

Thus, part 6 article 110 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation delegates an obligation on payment of remuneration to an expert from court to individuals taking part in the case, and by doing so it allows existence of independent legal relations (at least in enforcement proceeding) between and expert and parties to the case. We hereby notice, that this contradicts dogma of the civil proceeding law, in compliance with which, there can be no legal relations between the parties to the case and an expert, apart from those directly associated with the case. Part 6 of Article 110 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation gives us an example of a retroactivity: court as if “takes off” from itself an obligation on payment of remuneration to an expert, transferring the entire risk of the fact that an expert may not receive a contingent remuneration (by virtue, for instance, insolvency of a losing party to the case) to an expert itself. Namely because of this the wording of part 6 article 110 of the Arbitration Procedural Code is inadmissible. A risk that an expert shall not receive a contingent remuneration must not exist, since an obligation on payment of remuneration to a court expert is that of court. In this sense a risk of insolvency of the lost party must lie on the state, but not on an expert.

In this respect, let’s pay attention to the fact as to how an issue on consequences of non-receipt of monetary means to the deposit account of court for further payment of services of an expert was dealt with, according to pertinently null and void Order of Plenum of the Supreme Arbitration Court of RF as of 20.12.2006 No. 66 “On certain issues of practice of application by arbitration courts of legislation on expertise”³⁴²

³⁴² Resolution of Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation as of 20.12.2006 No. 66 “On certain issues of practice of application by arbitration courts of the law on expertise”// Vestnik of the Supreme Court of the Russian Federation,

(hereinafter referred to as Order of Plenum No. 66), clause 15 of which states as follows: «If the case cannot be considered and a resolution cannot be taken on the basis of other evidence provided by the parties (part 2 article 108 of the APC RF), payment of monetary means to an expert (expert organization) shall be carried out at the expense of a federal budget with respect to part 3 article 109 of the APC RF. A resolution on levy into the federal budget of sums subject to be paid to an expert from a party which has failed to fulfill its obligation on depositing a relevant sum, may be adopted at a court hearing during which an expert opinion was heard, by means of forwarding a writ of execution to the tax body at the place of location of such person, in compliance with part 3 article 319 of the APC RF”. Here we have an example of a much more adequate settlement, whereby a risk of insolvency of lost part lies on the state but not on an expert. A pertinent Order of Plenum No. 23 has substituted this, one should admit, quite sensible regulation with the following instruction: «If the case may not be considered and a resolution cannot be adopted on the basis of other evidence provided by the parties (part 2 article 108 of the APC RF), court shall be entitled to appoint an expertise upon consent of an expert (expert organization), taking into account that payment for an expertise in such case shall be made in compliance with an order stipulated in part 6 article 110 of the Code”. It turns out, that a consent of an expert serves as a ground for transfer of risk of insolvency of a lost party to an expert.

In fairness it must be said, that in accordance with the general rule an expert may not be aware whether the party has transferred monetary means to a deposit account of court as a payment for an expert opinion, since an expert does not have either a reason or a right to address such questions to court. And remuneration to him/her is transferred already upon fulfillment of an expert research/opinion, and in this respect a following version of part 2 article 85 of the Civil Procedural Code of RF is valid and, in accordance with which an expert (expert organization) is deprived of right to conduct an expertise because of absence of monetary funds on the deposit account of court, it “hangs in the air”. The way this issue is regulated by part 2 article 108 of the APC RF seems to be more

adequate and corresponding to an essence of a competitive structure of the process. As regards part 6 of article 110 of the APC RF as well as paragraph 2 of Clause 22 of the Order of Plenum No. 23, the mere allowance of risk that an expert shall not receive a contingent remuneration, also because of insolvency of a party that has filed an application on conduction of a court expertise, and turning of an expert into a collector of these funds under a writ of execution, even upon a consent of an expert, creates some doubts. A settlement of the issue presented in clause 15 of the terminated Order of Plenum No. 66 was correct.

Let's finalize a brief analysis of legal regulation of the order of payment of remuneration to an expert and consequences of non-transfer by the parties of all necessary funds therefore to the deposit account of court, and let's get back to an issue concerning the nature of agreement between court and an expert pertaining to a size of expert's remuneration. Problematics of procedural agreements has become a subject of intensive examinations lately³⁴³. Their legitimacy was discussed in the literature of the Soviet period as well.³⁴⁴

Without going into details of discussion, we shall agree with V.V. Yarkov, who supposes that "procedural actions of the individuals participating in the proceeding may reflect a different extent of their coherence. Most frequently, such actions are the results of implementation by the subjects of procedural relations of their rights and execution of the obligations expressing a will of one party. In some cases, procedural actions of individuals participating in the proceeding represent a higher degree of coherence. And, namely, such actions express the will not of a single party but both simultaneously".³⁴⁵

We would like to note, that procedural agreements discussed in literature (prorogation agreements, agreements on actual circumstances of the case, agreements on issues of court expenses and etc.) are agreements between parties taking part in the proceeding. We examine a slightly different aspect of a problem: if a bilateral courter

³⁴³ Rozhkova M.A. Legal facts of civil and procedural law: agreements on protection of rights and procedural agreements. M., 2009, page 105 [electronic source] URL: http://rozhkova.com/books_text/UFISOGLASH.pdf (date of access: 11.02.2012).

³⁴⁴ Scheglov V.N. Civil procedural legal relations; M. 1966, pages 72-73

³⁴⁵ Yarkov V.V. Legal facts in civil process; M, 2012, pages 50 - 51

expression of will forming a transaction between court, from one side, and other subject of the proceeding, from another side, may take place. At a first glance, a negative answer to this question seems obvious, especially taking to account that an integral feature of civil procedural relations consists of the fact that the proceeding is, in its essence, a power of relations, as pointed out by E.A. Nefediev.³⁴⁶ Civil procedural legal relations bear a public and legal character, in contrast to the civil material relations falling within the sphere of private law and governing relations between equal subjects of civil commerce.

Most likely, such kind of considerations make M.A. Rozhkova think that “pertinent procedural legislation does not provide for a possibility of entering into procedural legal relations by parties – state court and individuals taking part in the case – actions expressing a mutually directed will and forming a united act of volition (transaction)”³⁴⁷. A sort of consequence of this thesis can be found with in the works of V.N. Scheglov who supposed: “... Absence of conformity in the composition of facts which entailing civil and procedural legal relations is conditioned by the fact that contents of subjective rights and obligations of court and all other participants of the civil proceeding shall be established only by law”³⁴⁸. From the positions of the Soviet legislation, thesis of V.N. Scheglov on absence of agreements in the list of legal facts of procedural law is entirely correct and unlikely may be doubted. In particular, in the Soviet time, as we have clarified, there were no grounds to talk about an agreement between an expert and court regarding a size of remuneration, since the size of remuneration had been fixed. However, amendments to the legislation, reflecting the modern realities, require reconsideration of a role of agreement pertaining to a size of expert’s remuneration in the list of legal facts of procedural law.

The regulations of the procedural legislation by commented here bring us to conclusion, that a ground for emerging of legal relations between court and an expert is not an order of court on appointment of a relevant expertise, but an agreement between

³⁴⁶ Nefediev E.A. About essence of civil process; Kazan’; 1891, pages 175-176; It should be pointed out, however, that E.A. Nefediev inserted in the definition “power relation” a somewhat different meaning in comparison with the fact as we understand this term now. By opposing the power relation to the legal relation, E.A. Nefediev reckoned that in the process we deal not with legal relations but rather with an activity where a certain power has been applied, i.e. with power relation.

³⁴⁷ Rozhkova M.A. The mentioned selected works, page 105.

³⁴⁸ Scheglov B.N. Civil procedural legal relation. M, 1966, page 73

court and an expert defining a scope of rights and obligations of court and an expert in their “material element”. By all means, an obligation of an expert to submit an expert opinion to court emerges as of the moment of passing an order on appointment of an expertise, but in the basis of emerging of this obligation two legal facts lie: 1) an agreement between an expert and court pertaining to the size of expert’s remuneration; 2) an order of court on appointment of expertise. Wherein the last one – court order – can be issued only upon condition that the first one, - an agreement between court and an expert, - is in place. The abovementioned gives us grounds to conclude that a court expert is not only a subject of procedural relations “court-expert”, but also a subject of material relations the contents of which expand beyond the namely procedural relations in their traditional understanding.

Legal relations between court and an expert are built on the right of court to demand a provision of an expert opinion compiled in pursuance with the requirements of the legislation and a relevant expert’s obligation corresponding to such right on provision of an indicated expert opinion. Does the designated legal relation correspond to the features of any civil procedural legal relation? Of course, it does. This legal relation, one of the participants of which is court acting as a body of power in relation to a dependent subject (expert). The legal relation has, as all other civil procedural legal relations, a non-material character.

However, will the scope of rights and obligations of “court-expert” bond be exhausted exclusively by a subjective right of court to demand a provision of an expert opinion and an obligation of an expert to provide such expert opinion? As a minimum, there also exists a right of expert to receive a contingent remuneration for a drafted expert opinion and an obligation of court corresponding thereto on payment thereof.

As fairly underlined by M.A. Gurvich, a significant feature of auxiliary procedural legal relations, including the relations with participation of an expert, in compliance with their appointment is a neutral position of their subjects in respect to this or that settlement of dispute, absence of interest in satisfaction of disputable claims or in rejection thereof

and, thereby a willful determination to defend a claim or arguments against it.³⁴⁹ As to this or that settlement of dispute, an expert, indeed, may not have any interest in it, he/she is neutral, unprejudiced, but the following question may not be avoided: does an expert pursue his/her own interest seeking a receipt of remuneration for a performed work?

And further comes a question: how does such claim as the right of an expert to demand payment of a contingent remuneration for the performed work look?

At a first glance, this, obviously, represents a subjective right, since this right corresponds to an obligation of court to pay a certain remuneration. It is peculiar, that M.A. Gurvich himself, asserting an idea of existence of a special category of subjective rights – rights of unilateral expression of will, which are not confronted by obligations of other parties, but their coherence – delegated auxiliary legal relations with participation of an expert to a category of legal relations which bear a representative and binding character.³⁵⁰

However, here we are faced with a whole number of problems. First of all, an obligation to pay a contingent remuneration to an expert lies on court only “de jure”, since “de facto” payers are the parties to the case in question (initially – a person who filed an application seeking a conduction of expertise and, eventually – a lost party).

Secondly, as a rule, a violation of obligation will entail a certain legal consequence as measures of state enforcement, and, thereby, a liability towards those who own an appropriate right.³⁵¹ However, does an expert have a right for sanction regarding a fulfilment by court of its obligation on payment of a contingent remuneration to an expert? If, of course, not to take into consideration, that a mere right to appeal a decision of court and a possibility of its cancellation by a superior court constitutes a liability of court, then we do not have any other options but to agree with M.A. Gurvich and conclude that there exist no precise list of obligations of court towards the parties taking part in case³⁵². M.L. Galperin underlines in this respect: “Court as a body of state authority

³⁴⁹ Gurvich M.A. Selected works; Krasnodar, 2006, Volume 2, page 49

³⁵⁰ Gurvich M.A.; Selected works, page 49.

³⁵¹ Khalfina R.O.; Common knowledge about legal relations; M, 1974, page 243, Gurvich M.A.; Selected works, Krasnodar, 2006, volume 2, page 31.

³⁵² Gurvich M.A., please refer to the same works, page 32.

cannot be subject to judicial liability, since it cannot be acknowledged as a subject of civil procedural violation”.³⁵³

In court practice one may find examples, when an appeal, cassation, supervisory appeal to a decision of court is submitted by an expert (expert organization).^{354,355} And the courts never doubted a necessity to take these complaints into consideration. Meanwhile neither an expert, nor an expert organizations were the parties to the case. A court expert is a person procuring exercise of justice. But why then an expert is empowered with a right to appeal a court decision?³⁵⁶

The draft Ruling of Plenum of the Supreme Arbitration Court of RF “On certain issues of practice of application by the arbitration courts of the law on expertise”³⁵⁷ provided for a right of expert to appeal a court decision. Thus, in clause 28 we read the following: “...Upon discontent of expert with a court act which allows an issue on payment of remuneration to an expert and/or compensation of expenses incurred in connection with summons to court (ruling of court including those issued in compliance with the order of Article 112 APC RF, court act which finalizes a consideration of case in its substantial matter), expert (expert organization) is entitled by virtue of provisions of the Article 4, part 3, article 16, article 42 of the APC RF to appeal such act in the indicated part”. Reference to article 42 of the APC RF is, most likely, urged to underline

³⁵³ Galperin M.L., Liability in the civil court proceeding: actual issues of theory and procedural policy; M, 2011, pages 109-110.

³⁵⁴ Resolution of the Panel of judges under the civil cases of the Supreme Court of the Russian Federation as of 14.05.2019 No. № 16-KГ19-3, Resolution of the 17th Arbitration Court of Appeals as of 26.01.2012 under the case № A60-34104/2010, Resolution of the Arbitration Court of North-West County as of 25.06.2015 under the case № A56-10324/2014, Resolution of Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation as of 05.04. 2011 № 15659/10 under the case № A08-8887/2009-30. // Available in the research legal system “Consultant – Plus”.

³⁵⁵ It is quite interesting that Article 531 of the Charter of the Civil Court proceeding directly envisaged that the claims filed by knowledgeable people in relation to a court resolution pertaining to a remuneration are not permitted. Meanwhile, V.L. Isachenko, for instance, while interpreting this norm has indicated that the complaints of experts are not allowed only in the situation when an expert finds a remuneration awarded to him/her by court insufficient, since «only determination of an amount of remuneration is provided for court’s discretion, but not the right to award or not to award such a remuneration. . . As soon as the expert is denied, due to this or that reason, in awarding a remuneration to his/her, he will not be deprived of the right to contest such a refusal. In the same way, he must not be deprived of a right to contest in such cases when court establishes a size lower than minimum specified in Article 860 of the Charter since in this case the court exceeds the bounds of rights provided thereto and, consequently, abuses a discretion which should not be permitted in any case» (Isachenko V.L.; Civil process: practical comments on the second volume of the Charter of civil court proceeding; Volume 2, 1910, page 892).

³⁵⁶ Under the criminal court proceeding a right of an expert to file complaints in relation to the decisions restricting his/her rights is established by law (part 3 Article 57 of the Criminal procedural code of the Russian Federation).

³⁵⁷ Draft resolution of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation “On certain issues of practice of application by the arbitration courts of the law on expertise” was published on the official site of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation (discussion thereof took place at the meeting of Presidium of the Supreme Arbitration Court as of 06.03.2014).

that an expert falls within a number of people not participated in the case, about the rights and obligations whom an arbitration court has adopted a court act, and who are entitled to appeal this court act as well as to dispute it in compliance with a supervisory order. Thus, from a person procuring an exercise of justice, a person impartial and not interested in the transaction, equally indifferent to the parties, an expert is turned into a person having an independent material interest in the outcome of the case.

Analysis of Clauses 24 and 28 of the draft Ruling of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation entails a conclusion on the fact, that a refusal to pay remuneration in the situation when an expert cannot protect himself/herself in the court of first instance (or does not have rights of a person taking part in the case, and even may not appear in the court hearing) is possible, nevertheless an expert as a subject of material claim for the first time appears in court of a supreme instance, since he/she is empowered with a right to appeal a court act effecting his/her rights. Meanwhile a procedural form of consideration of complaint is not meant to be for settlement of disputes on law – the latter requires a claim form of defense exclusively.³⁵⁸ In its turn a refusal to pay remuneration to an expert means accrual of dispute on law, since it concerns an issue on protection of proprietary interest of an executor of service, and, if this interest may become a subject of court dispute (and if immunity of an expert from material liability does not have a right for existence, then his/her claim to receive a payment must have a court protection), then such dispute in the beginning must be considered by the court of first instance and not “commence” in the court of second instance.

A claim of an expert representing in itself a right to demand payment of a contingent remuneration for the compiled expert opinion has, by all means, a proprietary character and, therefore, legal relations between court and an expert built on the basis of payment of remuneration, also have pecuniary character. Does this fall within the system of civil procedural legal relations? On one hand the civil procedural law is not deemed to govern material relations. On the other hand one may not avoid a question as to how to

³⁵⁸ Schwartz M.Z. On legal nature of claim on release of property from the arrest (or once again on a phenomenon of contradistinguishing court acts)//Arbitration disputes 2015, № 3, page 97.

qualify a nature of this material in its essence legal relation pertaining to payment of contingent remuneration to an expert?

Here it should be appropriate to quote the following considerations of N.A. Chechina. The author analyzes legal relations arising between the subjects of procedural activity (except for court) which are of not-procedural (material – legal) character. For instance, relations between a plaintiff and a defendant – mean relations between subjects to a contemplated disputable material and legal relationship. A scope of rights and obligations of the parties in relation to each other is attached by the norms of material and not procedural law. Therewith, as pointed out by N.A. Chechina, “procedural norms can neither substitute, not supplement the rules establishing the scope of rights and obligations of the subjects of material and legal relations”.³⁵⁹ In an analogous way the material and legal relations bind parties and third parties having independent claims; parties and third parties without independent claims, a representative and a represented person. Nevertheless, N.A. Chechina, apart from the mentioned examples concludes as follows: «no other legal relations occur between the parties taking part in the process apart from court during a period of court activity. All remaining participants to the proceeding have relations only with court, rights and obligations of each of the participant comply with rights and obligations of court. Thus, for instance, witnesses, interpreters, experts have rights and obligations only in relation to court and not towards each other, as well as towards parties or other third parties”.³⁶⁰

In other words N.A. Chechina assumes that no material and legal relations with participation of an expert may take place. Only procedural legal relations within the framework of legal bond “court-expert” may take place. But what are we to do with relations regarding payment of remuneration to an expert? Then, we will have to come to conclusion that procedural legal relations may include also a certain proprietary element, in other words – do procedural material legal relations exist?

N.A. Chechina herself responds to this issue as follows. «An obligation of the parties, - she writes, - is to pay for participation of a witness in the case or a conduction

³⁵⁹ Chechina N.A. Civil procedural relations L., 1962. Page 31.

³⁶⁰ Chechina N.A. The above-indicated works, page 36.

of an expertise, does not create any direct procedural relations between a witness (expert) and a party (third party) ...A right to receive a remuneration by a witness and an expert complies not with the obligations of the parties, but with the obligations of court”.³⁶¹ It is obvious that in this case an author focuses on a mandatory participation of court in the procedural legal relation. But if the right to receive a remuneration corresponds to the obligation of court, cannot it be regarded an indirect confirmation of the fact, that a legal relation material in its essence on payment of a contingent remuneration, falls, upon the author’s opinion, into the system of civil procedural legal relations? From this point of view, one can acknowledge that in her considerations N.A. Chechina implicitly assumes an existence in this system of procedural legal relations bearing proprietary character.³⁶²

Do material procedural legal relations indeed exist or do we have to acknowledge, that proprietary in their nature legal relations occurring between court and an expert with regard to payment of a remuneration to the latter for drafting an expert opinion, do not fall within a system of civil procedural legal relations and have a different non-procedural nature?

Let’s once again return to an issue on agreement pertaining to the size of remuneration of an expert, which is mentioned in part 3 of article 95 of the CPR RF, paragraph 2 party 2 article 107 of the APC RF, part 3 article 108 of CAC RF and try to analyze it from civil-legal positions. For these purposes we will suppose that the relations “court-expert” bear usual contractual character. To begin with let’s notice that in material law the term “agreement” is used, as a rule, to define arrangements which serve contractual relations (for instance, penalty clause, agreement on an exchange rate of

³⁶¹ I.d.

³⁶² A.G. Stolyarov also does not exclude a proprietary character of certain civil procedural legal relations; he writes as follows: «Relations pertaining to distribution of court expenses represent by itself a particular type of civil procedural relations: they are formed among the parties taking part in the case; based on their parity, autonomy of the will and proprietary independence and bear a pecuniary and monetary character». (A.G. Stolyarov Court expenses as an element of composition of the civil and procedural liability: PhD thesis; candidate of judicial science, SPb., 2004, page 14). The author indicated that the legal relations pertaining to a distribution of court expenses are quite similar with the civil procedural relations in terms of subjective composition (parties participating in the case) and sources of regulation (norms of procedural law), and as concerns the civil material legal relations – proprietary character and private – legal method of regulation. At the same time A.G. Stolyarov comes to conclusion that as a whole, the legal relations on distribution of court expenses can be characterized as procedural legal relations, since they are formed exclusively upon carrying out of procedural activity. In other words, A.G. Stolyarov, although admitting an existence of separate legal relations within the system of civil procedural legal relations, unfortunately, avoids analyzing the specifics of the indicated legal relations having announced them “in whole” as related to the procedural legal relations.

currency for calculation of an amount of payment).³⁶³ Thus, an agreement on size of remuneration to be paid to an expert also represents an arrangement being one of the conditions of the transaction which serves ground for arising of a contractual obligation. Further we will be interested not in an agreement on a size of remuneration to be paid to an expert as one of the terms of transaction, but a “transaction” itself which serves ground for arising of a contractual obligation, i.e. an agreement on conduction of an expertise. Let’s try to establish a legal nature of this agreement.

At a first glance, taking into account, without reservation, a proprietary character of the governed relations an agreement on conduction of an expertise should be referred to a number of civil – legal agreements. A number of researchers³⁶⁴ qualify the legal relations between an expert and court as relations on compensated rendering of services (sometimes – works). In particular, A.A. Mokhov writes as follows: “In connection with the services of an expert, a person who possesses special knowledge and skills acts as a service provider (being involved as an expert), and court which, upon its own discretion or upon a request from a party (parties) appoints an expertise – acts as a customer”.³⁶⁵ S.V. Lazarev goes even further in his line of reasoning: “These relations (between court and an expert organization) are similar to the relations on fulfilment of works and rendering services, in connection with which, at a first sight, a possibility of elimination of flaws of an expert opinion, reduction of or refusal from payment of remuneration by means of application of civil-legal means”.³⁶⁶

Actually, the relations between court and an expert arising out of and in connection with payment to the latter of a contingent remuneration, have much in common with the legal relations arising out of the agreement on rendering services (fulfillment of works). They have a proprietary character, and a civil-legal agreement acts as a ground for emerging of the above-mentioned legal relations. An expert (expert organization), as a

³⁶³ Eliseev N.H. Procedural agreement, M. 2015, page 26.

³⁶⁴Please refer to Mokhov A.A., On the issue of qualification of services rendered by experts and specialists//Forensic expert, 2006, № 3, page 11.; Lazarev S.V. Issues on independence of an expert and quality of expert opinion in the arbitration process//Vestnik Supreme Arbitration Court of RF 2012, № 8, page 65.

³⁶⁵ Mokhov A.A., Issues on qualification of services rendered by experts and specialists//Forensic expert, 2006, № 3. Page 11.

³⁶⁶ Lazarev S.V. Issues on independence of an expert and a quality of an expert opinion in the arbitration process //Vestnik of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, 2012. No. 8, page 65.

rule, on a compensated basis is involved for rendering a certain service which constitutes of conduction of a relevant expertise with a use of special knowledge and achievement of a certain result of its activity – an expert opinion. A customer of the services (represented by court) is an obligation to pay for the services rendered by the executor (i.e. an expert). A logical consequence of this statement will be a thesis about the fact that the services must be rendered by an executor (i.e. an expert) to the highest standard, since a defective rendering of services will entail in application of the corresponding measures of civil-legal liability in relation to an expert. Therefore, an expert opinion which is non-compliant with the advanced requirements is presented to court, the latter acting as an customer of an expert opinion, shall be entitled to decrease and even refuse to pay a remuneration to an expert.

However one can avoid noticing that this construction may be confronted by, as a minimum, the following objections. First of all, subjects enjoying equal rights and acting in the civil transactions on equal basis, act as parties to the civil and legal agreement. An agreement regarding conduction of an expertise is entered into by and between court and an expert, i.e. the unequal subjects. The court is a body of justice which possesses powerful authorities extended to all other participants of a court proceeding, including an expert who occupies a subordinate position in relation to court. K.V. Karashev in this respect concludes: «the abovementioned relations cannot be referred to the civil and legal relations and considered as a model of contract services, since they occur and exist in a public sphere upon exercise of justice».³⁶⁷

On the other hand, in the part dealing with regulation of the proprietary component of the emerging legal relations, there are no grounds to speak about unequal relations between court and an expert. An expert and court are free in terms of “agreement”; an expert has a right to refuse to enter into an agreement. By forwarding an information on a possibility of conduction of an expertise as an answer to the request from court, terms and cost of an expert opinion, an expert organization sends a sort of “offer” which court

³⁶⁷ Practice of consideration of commercial disputes: analysis and comments of resolutions of the Plenum and observations of Presidium of Supreme Arbitration Court of the Russian Federation/edited by L.A. Novoselova; M.A. Rozhkova; Issue 6, M, 2008//Available in the research legal system “Consultant Plus”.

may further “accept”, so what we have is coordination of will of court and an expert and so forth. One can speak about unequal legal relations between court and an expert only in the case, when an expert has been already involved to procure an exercise of justice, which can happen not earlier than when a material component of legal relations between court and an expert is settled.

Secondly, as known, a civil and legal agreement is intended for regulating the conduct of its parties only – as to those who are not parties to the agreement, it may create rights but not obligations (Clause 3 article 308 of the Civil Code of RF).³⁶⁸ In the situation concerning with the agreement on conduction of expertise, one may object to us, that an obligation of payment of remuneration to an expert lies on court only formally, economically this obligation is borne by the parties to the case in question not bound by contraction legal relation with an expert, i.e. third parties with respect to a legal relation binding court and an expert. An agreement on conduction of an expert research creates for a third parties not rights, but obligations; an obligation to demand from an expert an execution of his obligations arising out of the agreement on conduction of an expertise belongs to court and not to a third party, moreover it is not quite clear who a third party is, in whose favour an agreement is allegedly concluded: plaintiff, defendant and both. These thoughts do not allow to consider an agreement on conduction of an expertise as a type of agreement in favour of third party.

It seems that exactly the following circumstance has a meaning, and, namely, who is imposed with an obligation on payment of remuneration to an expert formally from a legal point of view, i.e. who is legally bound with an expert. The fact that economically the expenses pertaining to payment for the services rendered by a court expert are imposed on parties to the case, witness only the fact that the parties compensate expenses incurred in connection with an expertise, because it is namely them, who by virtue of their dispute, require an activity of an expert; and they are in no legal relations with an expert – in fact, any of their mutual relations with an expert are done through court. Not nor no

³⁶⁸ Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V.; Contractual law, volume 1, general provisions; M., 2011, page 13.

reason does the law underline, that a remuneration to an expert is to be paid from a deposit account of court.³⁶⁹

And, finally, thirdly, if we assume that the relations between court and an expert regarding payment to the latter of a contingent remuneration arise on the basis of an agreement on conduction of a relevant expertise having a civil and legal nature, it will be appropriate to make a conclusion, that the following legal relation shall be governed by the norms included into the general part of the Civil Code of the Russian Federation, into the general part of law of obligation as well as into the chapters devoted to a corresponding agreement (chapter 39 “Compensated provision of services”, chapter 37 “Labor contract”). However, as soon as we ask a question whether these civil and legal norms are applicable to these relations, we will be convinced that many out of them are not applicable at all. For example, in accordance with an opinion of S.V. Lazarev,³⁷⁰ one can hardly talk about a fact that an expert is entitled to require payment of interest (%) in accordance with Article 395 of the Civil Code of the Russian Federation for a late payment of remuneration, or that an expert may charge for losses associated with a failure transfer of contingent remuneration in due time. There exist no reasons to apply the norms on delay of execution as well.³⁷¹

But, on the other hand, we make a conclusion on non-application of norms on delay of execution, on impossibility to charge % from court under Article 395 and so forth, exactly because of the fact that we do not find a material component in the complex of legal relations between court and an expert. The fact that, the contents of the legal relations between court and an expert arising out the agreement on conduction of an expertise do not differ in any way from the legal relations arising out of the agreement on rendering services, confirms that there exist economic pre-requisites for subsidiary application of civil and legal norms on delay of performance, charging of interest (%) under Article 395 of the Civil Code of the Russian Federation and etc.³⁷² Consequently,

³⁶⁹ Apart from the situation of application of part 6 article 110 of the Arbitration Procedural Code of RF, which was criticized by us.

³⁷⁰ Lazarev S.V. Issues on independence of an expert and qualities of an expert opinion in the arbitration process //Vestnik of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, 2012, No. 8, page 65.

³⁷² Concept on the unified Civil procedural code of the Russian Federation (approved by virtue of decision of the Committee on civil, criminal, arbitral and procedural legislation of GD FS RF as of 08.12.2014 No. 124(1)) contains the following

this argument is incorrect, in principle: in accordance with a logic designated by S.V. Lazarev in particular, a possibility to apply civil and legal norms to the legal relations acknowledges the fact that a legal relation is of civil and legal nature. But it should be just the opposite: first we define a nature of legal relation, then we establish that it is civil and legal, and as a consequence thereof there is a possibility to apply civil and legal norms to the above-indicated legal relation. Moreover, certain civil and legal norms may be, indeed, not applicable to the above-mentioned legal relations and it will have its specific nature, as legal relations of material in its contents but emerging out of and developing “internally” legal relations between court and an expert.

At the same time a material and legal (proprietary) element of legal relations between court and expert undergoes such a strong influence of procedural element, that even if one may try and draw a precise line between actual procedural legal relations and relations of material and legal, it will be rather difficult to distinguish a material component of these relations and qualify as a the one falling into civil and legal norms *per se*, without an addition of a procedural element. By all means, an agreement on the size of remuneration does not transform the relations “court-expert” into a standard legally binding contractual bond and the above-mentioned assumptions we have made, let’s reiterate, with a purpose of an entire analysis of nature of these relations.

Moreover there are no grounds to delegate an agreement between court and expert pertaining to conduction of an expert opinion to a number of public and legal (administrative) agreements. First of all, court, although it possesses powerful authorities, still falls within a category of subjects of management, subjects of administrative power. Secondly, there are no grounds to consider a conclusion of an agreement on conduction of expert opinion as a legal form of implementation of executive power, and to regard a regulation of managing relations as a purpose of conclusion thereof. Thirdly, the arguments allowing one to draw a conclusion that an agreement on conduction of an expertise is governed by administrative and legal and not civil and legal norms are absent.

sentence: «As regards payment for work performed by an expert, it is possible to establish the rules analogues to those stipulated in Article 709 of the Civil Code of the Russian Federation».

May one delegate an agreement pertaining to a size of remuneration to be paid to an expert to a number of procedural agreements (contracts) a research of legal nature of which has quite expanded?³⁷³ N.G. Eliseev defines a procedural agreement as an “agreement which directly changes a procedural situation or establishes a certain model of parties’ behavior/conduct in an existing or a feasible court proceeding”.³⁷⁴ M.A. Rozhkova writes in this respect: «...in some cases the law provides the parties with a possibility by acting jointly, combining a co-directional will of two arguing parties, i.e. by means of conclusion by them of a procedural agreement, to achieve a mentioned goal (advancement and simplification of court process)». ³⁷⁵ Already from these statements of the respectable authors it becomes clear, that procedural agreements (contracts) are entered into by and between the parties to the agreement in question but not between the party to the process from one side, and court – from the other side. From these positions, at a first sight it might seem that an agreement on remuneration of an expert cannot be delegated to a number of procedural agreements (contracts).

But by this approach it remains unclear in which sense N.B. Eliseev then sets an agreement on amount of payment of remuneration for an expert (part 3 article 95 of the Civil Procedural Code of the Russian Federation, sentence 2 part 2 of article 107 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation) as an example of “contractual regulation of relations associated with an exercise of justice”.³⁷⁶

At the same time, if the agreements not due to court, are procedural agreements, since they are entered into during the proceeding or upon a feasibility of proceeding, then by all means, agreements with participation of court have to be considered as procedural. Among other things, such understanding with a bigger expert corresponds to a dogma on procedural law, pursuant to which a procedural legal relation represents by itself a legal relation arising only between court, on one hand, and other participants to the process, on

³⁷³ Please refer, for instance, to Eliseev N.G.; Procedural agreement; M. 2015, 368 page; Kurochkin S.A. Private and public fundamentans in the civil process; M., 2012, page 560; Rozhkova M.A. Theory of procedural agreement and transactions seeking the protection of rights// Russian annual of civil and arbitration process, 2007; No. 6, pages 184-208.

³⁷⁴ Eliseev N.G., Procedural agreement, M., 2015, page 42.

³⁷⁵ Rozhkova M.A. Legal facts of civil and procedural law: agreements on protection of ritghs and procedural agreements; M., 2009, page 127 [electronic resource] URL: http://rozhkova.com/books_text/UFISOGLASH.pdf (date of reference:11.02.2021).

³⁷⁶ Eliseev N.G. Indicated volumes, page 18.

the other hand. Acknowledgement of the agreements entered into during the process, but not due to court, as procedural agreements contradicts this indicated formula and results in a controversial conclusion that procedural agreements are not judicial acts entailing an accrual, amendment and termination of civil procedural legal relations.

And in this respect we have all grounds to delegate an agreement on conduction of a relevant expertise between a court expert and court to a number of procedural agreements with a peculiar material substance, although, we hereby reiterate, that such understanding requires a certain review of essence of the procedural agreements.

And a material in its essence the legal relation on payment of a contingent remuneration arising out of the procedural agreement between an expert and court enters into a system of civil procedural legal relations, i.e. exist not only procedural agreements with proprietary substance, but also proprietary procedural legal relations.

It is worth noticing, that in German doctrine there is an opinion pertaining to an existence of a general contractual law, which, although it has been embodied in the norms of General Warranty Obligations, however, as an aggregate number of general legal ideas acts in all spheres of all since they allow a contractual regulation of relations.³⁷⁷ Evidently, one should admit that, to a certain extent, this idea can be applied to a domestic law, also including a civil procedural law, especially taking into account that as regards legal relations concerning payment of remuneration to a court expert, a contractual regulation is directly envisaged both in CPC of RF and APC of RF.

The legal relations between court and an expert have an ambivalent nature. This is a whole complex of legal relations including both procedural legal relations “as is”, and also legal relations, material in their contents, being implemented within a framework of procedural activity and acquiring with this respect a certain variety. Power authorities of court are implemented exclusively in procedural legal relations, when court acts as body of justice. In such relations an expert is a subordinate subject which is liable to abide to a unilateral will of court. Nevertheless, by this the content of relations within a framework of legal bond “court-expert” is not exhausted, since there exists a proprietary component

³⁷⁷ Eliseev N.G.; Procedural Agreement, M. 2015, page 35

of the above-mentioned relation, which seems unacceptable to ignore. Legal relations between court and a court expert regarding payment of a contingent remuneration to the latter for compiling an expert opinion, are proprietary in their character.

As it seems, property relations between court and an expert bear in many aspects “official” character in relation to “main” legal relation, having an “as is” procedural nature, between court and an expert, wherein court is empowered with powerful authorities and an expert is bound to subordinate to a court’s will. These “official” relation exist only because of the fact that they guarantee a participation of an expert in the “main” procedural legal relation. They occur simultaneously with occurrence of civil procedural legal relations between court and expert based on power and subordination; and at the same time they constitute a condition, a supposition of occurrence of the latter in the sense that before passing an order on appointment of an expertise, court must agree with an expert about a price thereof, enter into a certain “agreement”, which, nevertheless, will come into force only as of the moment of issuance of a relevant court order.

And if with respect to a procedural legal relation, court acts exclusively as a subject of power, as to its “official” legal relations, which is a property relation in its essence, its authorities of power take a so-called back seat thereto. As a body which carries out functions on control over the process, court is also empowered with an authority to enter into “official” legal relations of proprietary character in order to perform this function and, as a result, functions on exercise of justice.

Thus, within a framework of legal bond “court-expert” we observe a convergence of procedural and material and legal elements. We have a sort of Russian nesting doll here: we see only its external part, and, namely, the procedural legal relations binding court and expert, where only a unilateral power of court manifests itself, and a property component (material and legal) of such legal relations remains invisible, and its significant part dissolves in unilateral powerful procedural legal relations between court and a court expert, but, nevertheless, procedural legal relations between court and expert may not arise without this part which is so difficult to discern and has such a remarkable diversity. One may state, that legal relations between court and an expert occur on the basis of a complex judicial composition which includes: 1) “agreement” on conduction

of an expertise deemed to govern a property component of the indicated legal relations; and 2) an order on appointment of an expertise which will govern the mere procedural legal relations within the framework of legal bond “court – expert”.

§ 2. Court resolution pertaining to refusal of or decrease in payment of remuneration due to be paid to an expert

The nature of legal relations between court and an expert, an ambivalent procedural and material charter thereof require to focus specifically on the issue of methods of protection of rights and interests of an expert, who is not a party to the case, but whose rights and obligations are a subject of court resolution pertaining to refusal of or decrease in payment of the approved remuneration.

By refusing to pay a remuneration to an expert or by decreasing an amount thereof, court by doing this “instigates” a new independent law dispute with an expert which has its subjects, its own contents and its own grounds of accrual. In this sense, a process starts transforming not into a competition between the parties (plaintiff and defendant) toward court, but rather into a contest of expert with the parties or even with court itself, which tampers a subject of court’s activity and models of procedural behavior established by law. A refusal of court to pay a due remuneration to an expert under the relevant agreement or a decrease of an amount thereof, may potentially constitute a violation of: 1) subjective right of an expert to receive a remuneration under the agreement on conduction of an expertise; 2) business reputation of an expert who is interested in wrangling a factor of merit of an expertise held by him/her.

As set out in the preceding paragraph, by refusing to pay a remuneration to an expert or by diminishing an amount thereof, court, by doing so, will potentially breach a subjective right of an expert to receive payment for a performed work and, in essence, without involving him/her into participation of the case, since a procedural status of a person procuring an exercise of justice does not allow him/her to defend and assert such right in the process. Taking into account the circumstance that summons of an expert to a court meeting is actually a right, and not an obligation of court³⁷⁸, an expert may be

³⁷⁸ Summons of an expert to a court hearing may not be considered as means of compensation for contradictions and ambiguities in the expert opinion which is provided to the expert with an aim that he/she could dispute the bona fide nature

absolutely unaware of a course of court proceeding and about the fact that an expert opinion prepared by him had been recognized by court as an incompetent evidence. Even in the situation, when a court expert is present at the court hearing during which court passes a resolution on refusal of payment of a due remuneration to a court expert, the latter shall not enjoy the rights of a party participating in the case and, consequently, cannot dispute in full scope an authenticity and bona fide nature of the expert opinion written by him.

If settlement of an issue on the fact as to who an immunity doctrine of an expert corresponds with being held materially liable with Article 6 of the European Convention on protection of the rights and main freedoms seems, as we have already been convinced, not so unambiguous, it is absolutely apparent that a refusal to pay a due remuneration to an expert without providing the latter with a possibility to defend his/her expert opinion, constitutes a violation of Clause 1 Article 6 of the European Convention.

A resolution of court on refusal to pay/decrease in payment of a due remuneration in reality puts an expert into a position of defendant, who needs to be provided with adequate remedies of his rights and lawful interests, which is not, however, done by law. An expert's role is changed dramatically: out of an unprejudiced person not interested in this or that outcome of a dispute, an expert turns into a person who has an independent, yet material interest in an outcome of a mini-case wherein he pursues an interest of receiving a remuneration. A subject of court's activity is also changed: along with settlement of dispute pertaining to a right between a defendant and a plaintiff, court embarks on settlement of an independent dispute with an expert, which is as if "folded" into a claim form of the proceeding, the subject of which falls within an exclusive settlement of a first dispute on law.

What types of remedies of its rights and lawful interests may be used by a court expert, whose rights became a subject of a court resolution on refusal to pay/decrease in payment of a due remuneration? There is no point in submitting an application seeking

of an expert opinion compiled by him/her, since summons of an expert to court actually constitutes a right of court but not a duty. Thus, paragraph 2 part 3 of article 86 of the Arbitration Procedural Code RF states as follows: "Upon an application of a party taking part in the case or upon an initiative of an arbitration court, an expert **may be** summoned to a court hearing" (highlighted by me – D.Z.).

reimbursement of the expenses incurred by an expert to be considered in accordance with the rules of Article 112 of the APC RF, since it is counted upon the situations when court has not resolved this issue, but in our case court has resolved this issue but with a negative outcome for a court expert.

A court expert has nothing left to do but file a complaint to court's resolution. This is how in the practice of courts of common jurisdiction and arbitration courts appear appeals, cassation and supervisory appeals on experts, the mere fact of consideration of which conceptually changes an approach to establishment of a role of court's expert: an independent material interest is attached to an expert; a court resolution may be regarded as an act violating rights and lawful interests of an expert.

Further, one can say that all court acts wherein court refuses to pay a due remuneration to an expert or diminishes a size thereof, must be annulled, since an adoption of court of a resolution on rights and obligations of the parties not involved into participation in the case, fall within a number of good and sufficient reasons for cancellation of a court ruling (Clause 4 part 4 Article 330 of CPC RF, clause 4 part 4 article 270 of APC RF, clause 4 part 1 article 310 of CAC RF). As pointed out above, a court expert, even in the event of his/her factual presence during a court hearing upon adoption of a resolution on refusal of payment of a due remuneration/decrease of its size, does not have the rights of a party participating in the case and may not to a full extent defend a bona fide nature of his expert opinion and, by doing so, his material rights.

Based on the above-mentioned assumptions, one may come to an intermediate conclusion that, court upon passing a resolution is not entitled to refuse payment of due remuneration to an expert, nor is it entitled to decrease a size thereof, since otherwise court would have "instigated" a new law dispute with an expert without involving the latter to a case, and, would not have permitted him to defend the right to receive a relevant payment for a work performed.

May court pass a resolution on refusal of payment of remuneration or decrease of size of thereof "internally" within the court proceeding, provided that an expert shall be unconditionally involved into participation of the case and shall enjoy the rights of parties taking part in the case?

Earlier we concluded that legal relations within the framework of a legal bond “court-expert” include, apart from legal relations of exclusively procedural nature based on power and subordination, also certain material relations which in their contents practically do not differ from the legal relations arising out the paid services contract. In accordance with the paid services contract, if an executor renders services of a defective quality, a customer (ordering party) shall be entitled to demand a proportionate decrease of price established by the agreement, and in the event of any significant and irremediable defects, it will be entitled to refuse from fulfillment of agreement and demand a compensation of the losses caused to him.

And the same happens with an agreement on conduction of an expertise between court and an expert: if an expert conducts an expertise in a defective manner, court must have a right to decrease an amount of remuneration due to be paid to it; and in the event of any significant drawbacks in the expert’s opinion – to refuse payment of remuneration.

A resolution on refusal to pay a remuneration/decrease a size thereof, shall be taken by court as a customer (ordering party) of an expert opinion reacting to a defectiveness of the rendered service. A provision of such authority seems to be quite logical, since it is namely court which considers the case and assesses an expert’s opinion, also from the point of view of the quality of the latter, and, consequently, it may draw a reasonable conclusion about a destiny of right to receive a remuneration upon the results of such assessment.

Moreover, such resolution is prescribed to us by principle of a procedural economy, since it supposes, that no separate proceeding with other composition of court which would consider an issue on decrease or refusal of payment of remuneration to an expert, will be required. Problems arising out of and in connection with a secondary litigation and, namely a danger of out-of-court reconsideration of the case under the same circumstances because of acknowledgment of an expert’s opinion as proficient, also disappear. There is no risk of co-existence of two court decisions contradictory to each other court with a different assessment, given to one and the same expert opinion.

However, this option requires an establishment of valid mechanism which is deemed to guarantee the rights of a court expert affected by a resolution of court on refusal

to pay/decrease an amount of due remuneration and, interested in, apart from it, in protection of its business reputation.

Therefore, although court, considering the case, upon availability of appropriate reasons, shall be entitled to pass a resolution pertaining to refusal to pay/decrease of an amount of payment of a remuneration due to an expert, on the legislative level there should be established an obligation of court to attract an expert to participation in the case and with relevant provision to him of the rights and obligations of a party taking part in the case with provision of an opportunity to an expert to defend a bona fide nature of his expert opinion. In case he/she disagrees with a resolution of court, an expert shall be entitled to appeal it in a supreme court as a person taking part in the case. Upon elapse of a period for appeal of the resolution in question, monetary means from the deposit account of court (or their part) shall be subject to payment to a party deposited it.

However, it is necessary to point out, that not every fact of acknowledgment of expert's opinion as improper evidence or fact of refusal of court to ground its position on the basis of an expert's opinion will automatically result in a statement that remuneration of an expert is to be reduced and, moreover, that payment of remuneration will be declined.

In particular, if the procedural violation has been committed by court, and not by expert, it may not serve as a ground to decrease a size of remuneration of an expert (for instance, a ruling about appointment of an expertise did not contain an indication on warning of an expert about criminal liability for giving of a knowingly false statement, which entails an inadmissibility of testimony). Such defective from the procedural point of view expertise must be paid at the expense of the federal budget, since neither expert nor parties to the case should bear negative consequences of court's mistake.

Moreover, a conclusion of an expert may be in contradiction with the aggregate amount of circumstances established in the case, as a consequence of which court may refuse from using an expert opinion as a basis for its conclusions, however this may not serve as a ground for refuse to pay a remuneration due to be paid to an expert.

In the same way the mere fact of appointment of a follow-up expertise not always witnesses that an expert has fulfilled his/her obligations on compiling an initial expertise in a negligent manner.

In a vast majority of cases it will be exactly like this, but yet, not always is a follow-up expertise aimed at a negative averment of an initial one. Court might have appointed a follow-up expertise, for instance, because of the fact that conclusions made by an expert were not in conformity with the an aggregate number of circumstances established by court under the case (since an expert opinion of an expert does not have an earlier established force for the court), and, therefore, for elimination of occurred doubts as to correctness and justification of an expert opinion presented earlier, court would require a different expert opinion.

Court practice also gives us examples illustrating a thesis that not always is a follow-up expertise is caused by a necessity to correct the drawbacks of an expert who has conducted an initial expertise. Thus, the Ruling of the Arbitration Court of the Far-Est County as of February 25, 2015, No. FO3-251/2015 states that a follow-up expertise was appointed not because of the shortcomings of the initial one, but because one of the parties to the case doubted relevancy of an initial expertise.

In this respect two situations should be distinguished: (1) a fact of appointment by court of a follow-up expertise may be accompanied by denial of an initial expertise and affirmation of the fact that a work performed by an expert was defective and, consequently, in this situation a question on responsibility of an expert expressed in reduction of/refusal to pay a remuneration seems to have its point; (2) fact of appointment by court of a follow-up expertise may not suppose that an initial expertise is denied, and therefore, a right of an expert who has conducted an initial expertise, his/her right to receive a due remuneration may not be doubted.

Respectively, an approach to finding an answer to the question as to who should be liable for paying for the expenses in connection with an initial and secondary expertise, should be differentiated. If a necessity to conduct a follow-up expertise was a result of a negligent performance by expert of his/her duties on carrying out an expertise, court must pass a resolution pertaining to decrease/refusal to pay a remuneration to an expert, and

the monetary means left at the deposit account of court, shall be subject to transfer to an expert (expert organization) which is engaged in carrying out a follow-up expertise.

There is another situation if court is forced to appoint a follow-up expertise in connection with the fact that a conclusion made upon results of an initial expertise has been recognized as inadmissible circumstance, which caused some procedural mistakes made by court, while an expert had made an expert examination properly. In this case a contingent remuneration must be transferred to an expert, and expenses connected with conduction of a follow-up expertise must be imposed on a federal budget, since neither the parties, nor an expert should bear negative consequences of procedural violations allowed by court.

S.V. Lazarev, focusing an attention on the fact that by virtue of Article 109 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation, a remuneration to an expert is paid upon fulfilment by the latter of his/her obligations, an evaluation of an expert opinion by court essentially upon delivery of final court resolution is not permissible (Article 71 of APC RF), comes to conclusion, that having received a defective opinion of an expert, court must carry out payment of remuneration in full scope.³⁷⁹ Let us not agree with these arguments. An evaluation of expert's opinion (we underline – as a proof) by court essentially prior to delivery of final court resolution is, indeed, not permissible. Nevertheless, prior to delivery of a final court resolution, court is entitled to assess whether a work assigned to an expert had been performed in a good manner or not. Also with a purpose of elimination of defects contained in an expert opinion and expert may and must be summoned to a court hearing. In addition to this, exactly upon establishment of the fact whether an initial expertise had any defects or was not completed, court might appoint a secondary or an additional expertise. Upon the results of consideration of an issue pertaining to a quality of the conducted expertise by expert, within this peculiar enforcement cycle, court may pass a resolution on refusal of/decrease of remuneration due to be paid to an expert. In this respect, an issue on the fact whether a court expert

³⁷⁹ Lazarev S.V. Issues on independence of an expert and quality of an expert opinion in the arbitration process //Vestnik of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation, 2012, No. 8, page 63.

receives or does not receive a remuneration (in case of significant drawbacks in his work), will be decided upon fulfillment by the expert of his/her obligations as required by law.

Following the results of examination of various political and lawful arguments stated in countries of common law in support of a doctrine of immunity of court's expert from advancement of any material claims towards him/her, in the preceding chapter we made an assumption that in accordance with the Russian law, if something may serve as a reason for provision of immunity to a court expert, it will be namely interests of exercise of justice, expressed in the fact that a court expert must have a possibility to fulfill his/her functional purpose by means of presenting his/her professional opinion to court without any apprehension of being exposed to material claims from the side of discontent parties to the proceeding. An analysis of nature of legal relations binding court and a court expert made by us within a framework of this chapter, brings up a conclusion that the above-mentioned argument may not serve as a ground for exclusion of a civil-legal responsibility of an expert towards court expressed in refusal to pay/decrease of payment of a remuneration due to be paid to an expert as a reaction for an improper fulfillment by an expert of his/her obligations in relation to court. This is connected with the fact that in this case we speak not about the claims from dissatisfied parties to the case advancing claims towards a court expert, but about claims of court which, by all means, being a body carrying out a general control over the proceeding and acting as a "customer" (ordering party) of an expert opinion, is entitled to react to an improper fulfilment by expert of the duties imposed on him/her. Such resolution responds to the interests of exercise of justice in a bigger extent than a full immunity of a court expert from being held materially liable, which would result in an impossibility for court to punish a court expert for mala fide actions evading from proper fulfillment of his/her duties.

In case if the court adopts a resolution on refusal to pay/decrease an amount of remuneration to be paid to an expert, there is no risk of out-of-court reconsideration of the case which might potentially reason provision of immunity to a court expert from being held materially liable, since this resolution is passed not in a separate proceeding, but within framework of initial proceeding – after the fact when an expert provides its opinion to court, respectively, an opportunity to reconsider a resolution under this case in

a different proceeding (proceeding under a claim toward an expert pertaining to levy of remuneration received by him) as a result of issuance of such court resolution is excluded objectively.

We would like to emphasize: a refusal to pay a remuneration due to be paid to an expert (as well as reduction of sum of remuneration) can be regarded as “limited” form of civil and legal liability of an expert by way of these unfavorable consequences.³⁸⁰

There are some reasons allowing to make a conclusion that this very “limited” form of civil and legal liability could be opposed to the civil and legal liability in a broad sense, i.e. liability based on the principle of entire compensation of the caused damage. In this dimension we deal with a question of limits of the civil and legal liability of an expert: does a court expert have to bear a liability on compensation of the caused damage in full scope or can material liability of an expert be only limited to (for example, by way of forfeiture of right for a remuneration due under the agreement).

This problem also has a different facet as well. If the issue on refusal to pay a remuneration to an expert (as well as an issue on reduction of an amount thereof) is resolved by court within “internal proceeding”, then an issue on bringing an expert to the civil and legal liability, which is based on the principles of full reimbursement of the caused damage, can be a subject of consideration of an independent claim advanced to an expert.

This present charter deals with an issue about a “limited” form of expert’s liability, within a framework of which, a “protective action” of court is implanted and which, in its essence, constitutes a “contractual” liability: court which is bound with an expert by an “agreement” on holding a relevant expertise, as a customer of such expertise, reacting

³⁸⁰ It should be noted that we agree with those authors who define a legal liability as measure of state enforcement applied in connection with a crime committed by a person which is expressed in the adverse consequences of personal and proprietary character for such person (Civil law: textbook 3, volume 1, edited by A.P. Sergeev, M., 2013, page 940). Adverse consequences for a law-breaker arising out of the offence committed by him, constitute an indispensable element of any measure of legal liability and may be expressed either in an substitution of a non-fulfilled liability with a new liability or an annexation to a violated liability of a new additional liability, or deprivation of right out of which the violated liability has emerged (Ioffe O.S.; Liability under the soviet civil law; L., 1955, page 14). In the situation being considered by us we speak about adverse consequences expressed in deprivation of an expert of a right to receive a relevant remuneration due to be paid to him/her for conduction of an expertise. However, the literature provides for other positions pertaining to lawful nature of legal liability. For instance, S.N. Bratus and O.E. Leits inculcated the essence of liability in implementing the sanction of the law norm and the main appointment of liability they saw in a state enforcement of fulfillment of duties but not in imposition of additional liabilities on the person who committed a crime. (Bratus S.N. Legal liability and legitimacy, M., 1976, page 130; Leits O.E. Sanctions and liability under the Soviet law; M., 1981, pages 82-89).

to a defectiveness of rendered service, is entitled to issue a resolution on refusal to pay/decrease of an amount of remuneration to be paid to an expert. This “contractual” form of liability is a consequence of failure to fulfil an obligation on provision of proficient expert opinion by a court expert, which exists with respect to court.

Nevertheless, a failure to fulfil by an expert of his/her “contractual” obligation with respect to court also causes certain harm to the parties to the court proceeding, which, although not being part of the relative legal relation with an expert, may sustain all sorts of various damages as a result of such conduct by an expert.

Thus, if in this chapter we discussed “protective action” of court, in other words, the methods of court’s reaction to defectiveness of an expert opinion by way of a possibility of issuing a resolution on refusal of payment/reduction of an amount of remuneration due to be paid to an expert, the next chapter of thesis is dedicated to “protective claims” from parties to the case, which, not depending on this or that position of court, first of all, are not willing to pay for the services of the expert which actually had not been rendered or had been rendered in a defective manner; secondly could have sustained all sorts of various damages caused by a negligent fulfillment by a court expert of his/her services pertaining to conduction of a relevant expertise.

And under the term “protective claims” of parties to the case, we imply a discussion of an issue about a possibility of advancing a tort action to a court expert by an interested party, arising out the failure to fulfill by a court expert of his/her liability to present an expert opinion to court which would be compliant with the court’s requirements, constituting by this a derogation of these or those benefits belonged to the parties of the proceeding. The following chapter is devoted to an analysis of a phenomenon of tort liability of the court expert in relation to the parties under the case.

Chapter 3. Regarding the tort liability of the court expert

§1. Procedural action as basis for a tort liability as exemplified by torts conducted by the court expert

Our research would not be sufficient, if we in our consideration had discussed only the issues pertaining to methods of reaction of court to an improper fulfillment by court expert of the obligations imposed on him/her by means of issuing of a resolution on refusal/decrease of an amount of expert's remuneration, since it is obvious that it causes harm to the parties of the court proceeding which may be expressed not only in the expenses regarding payment of services provided by an expert, but also in diminishing of other benefits established by law. In this respect within the framework of this chapter an analysis of types of protected benefits which belong to the parties to the case which may be potentially damaged by a court expert, which would allow us, first of all, to establish specific features of torts for which an expert may be held civilly and legally liable; and, secondly we will be able to get closer in finding an answer to the question whether a tort liability of a court expert is an exception from the principle of general tort.

But before we embark on an analysis of possible torts committed by a court expert from the position of specifics of the diminishing benefits, one may not avoid asking a question as to whether an action of a person during a proceeding (procedural action) can be considered as destructive (namely from a material and legal point of view) and serve as a ground for occurring of tort liability?

A vast majority of scientists will answer negatively to this question. Such, a generally adopted idea of a severable existence of material and procedural law, which is determined by principle differences between material and procedural legal relations.

A civil procedural violation is expressed in failure to execute these or those civil procedural rights and obligations and is considered as a legal fact entailing a civil procedural liability.³⁸¹ By all means, a civil procedural legal violation may be considered as a reason for application of such forms of civil and procedural liability which are connected with diminishing of proprietary sphere of a violator (for example, allocation of

³⁸¹ Zaitsev I.M. Civil procedural liability //State and law; 1999, No. 7, page 93; Chechina N.A.; Category of liability in the civil procedural law// Vestnik of Leningrad University, 1982, № 17, pages 71-78.

court expenses to a party conducted a procedural violation). However, this does not change a general rule pursuant to which procedural violations do not entail a civil and legal liability.³⁸²

An obligation arising out of tort is traditionally considered in a doctrine as a material and legal relationship, the basis for which are the facts which have taken place prior to or outside the proceeding.³⁸³

We are within the framework of this thesis are interested in the fact if a tort obligation can occur in a situation when negative consequences for a proprietary sphere of a person resulted from a procedural conduct of this or that participant of a court proceeding.

In other words, this question is about the fact may an action of subject of a proceeding while remaining a judicial fact of the procedural law, simultaneously act as a judicial fact of the material law focused on occurrence, amendment and termination of civil rights and duties? Without prejudice to the final answer, we hereby briefly state that the topic in question constitutes a private case of an absolutely unexplored, versatile and exceptionally interesting theme devoted to the issue of material and legal meaning of the procedural conduct.³⁸⁴

The principle of general tort lies in the basis of an idea of possibility to cause material and legal harm by a procedural activity. From the positions of validity of principle of general tort, which is reflected in Article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation, any harm, including the harm caused by the procedural activity, is subject to compensation, since any cause of harm is supposed to be illegal. The principle of general tort can be regarded as a universal regulation on compensation of harm which is characterized by an absolute abstractedness.

³⁸² This thesis is qualified, since also the pertinent legislation is aware of examples of compensation of damage caused by the procedural activity – for example, chapter 18 of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation.

³⁸³ Smirnov V.T., Sobchak A.A.; General knowledge about tortious liabilities in the Soviet Civil Law; L., 1983, pages 13-18.

³⁸⁴ The professional behavior expressed in the procedural actions of inefficient character (i.e. in actions which cannot be qualified in accordance with Article 39 of CPC of RF, article 49 of the APC RF, since the fact that the procedural actions have a material and legal meaning, under articles 39 of CPC of RF, article 49 of the APC RF have a material and legal meaning does not give any doubts, clearly).

It is a generally acknowledged principle in the doctrine of civil law, that an obligation from causing of harm emerges upon availability of the following elements of factual composition: 1) illegal conduct (action or failure to act) of the harm-doer; 2) harm is at the side of an injured party; 3) causal connection between illegal conduct of a harm-doer and a damage caused to an injured party; 4) culpa of a harm-doer.³⁸⁵ And in some cases an obligation out of a caused harm may occur upon the absence of such elements as culpa and wrongfulness (for example, compensation of harm caused by legal actions; compensation of harm caused by an extra hazardous source and etc.). Also it is generally accepted, that in the event of absence of harm and a causal connection among conduct and harm, an obligation out of harm cannot emerge. Thus, M.M. Agarkov wrote about the following: «harm and a causal connection between harm and a conduct of a harm-doer always and without exception constitute an element of factual composition resulting in an obligation to compensate harm».³⁸⁶ In other words, at least, a tort obligation may not occur in the absence of any harm. No harm – nothing to compensate.³⁸⁷

As indicated by E.A. Fleishitz «destruction or diminishing of benefit protected by law is called harm. Such benefits constitute various material items as well as not-material goods».³⁸⁸ In all cases causing of harm means those unfavorable, negative consequences which occur upon violation or discrimination of property or personal non-property rights and benefits owned by an injured party. In such a broad meaning, harm constitutes any diminishing of benefit protected by law.³⁸⁹

In other words, a harm is discovered only there, where two circumstances are determined: a fact of existence of benefit protected by law and a fact of diminishing (destruction) thereof.

³⁸⁵ Agarkov M.M. Selected works on civil law; in two volumes; Volume I; M. AO “Center YurInfoR”, 2002, page 490 – page 407, Braginsky M.I., Vitryanskiy V.V.; Contractual Law; First book: General provisions – 2nd edition; M. Statute, 2005; 842, page 705; Ioffe O.S. Selected works, in volume 4, Volume III; Law of obligation; SPb; Publishing house “Legal center Press”, 2004; pages 766-767, Fleishits E.A.; Obligations arising out of causing of harm and ungrounded enrichment, M. 1951, - 240, page 6

³⁸⁶ Agarkov M.N. Selected works on civil law; In two volumes; T.I. – M; AO “Center YurInfoR”, 2002, page 490, page 425

³⁸⁷ Smirnov V.T., Sobchak A.A.; General knowledge about tortious liabilities in the Soviet Civil Law; L., 1983. page 58.

³⁸⁸ Fleishits E.A., Liabilities arising out of causing of harm and ungrounded enrichment. 1951 page 20

³⁸⁹ Smirnov V.T., Sobchak A.A.; General knowledge about tortious liabilities in the Soviet Civil Law; L., 1983. page 58.

Thus, in order to establish whether a procedural action may cause harm, it is necessary to establish, first of all, a benefit protected by law which is being damaged, and, secondly, a fact of its destruction or diminishing.

Hereinafter, taking into account the purposes and goals of this research, we will focus on an issue of finding an answer to a question whether an activity of an expert (holder of special knowledge) may be considered as harmful during the proceeding from the civil and legal point of view and, may constitute a ground for arising of a tort obligation?

For these purposes we will examine certain examples of some torts which might be committed by a court expert, we will analyze which valuables (benefits) are damaged in each particular case; what are the specific features of the indicated cases of causing damage by a court expert, and whether causing of damage by a court expert within the framework of a procedural activity may result in arising of a tort obligation. **в**

At least the following torts which may be committed by the court expert seem feasible:³⁹⁰

- A) destruction of or damage to an object of an expertise;
- B) tort occurred as a result of provision by the court expert of knowingly fraudulent statement or knowingly fraudulent testimony;
- C) tort expressed in protraction of the case;
- D) compilation of a defective opinion as a result of negligence committed by the court expert.

Let's review each of these issues in more detail.

§ 1.1. Destruction (damage) of an expertise by the court expert

Pursuant to Article 16 of the Federal Law “On state court and expert activity in the Russian Federation” an expert is not entitled to destroy objects of expertise or significantly amend their characteristics without a permit of a body or a person who appointed a court expertise (similar provision is contained in Clause 3 of part 4 Article 57 of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation).

³⁹⁰ Zatonova D.Yu. On the issue of tort liability of a forensic expert // Arbitration disputes. 2017.No. 3.P. 111 - 121.

Let's suppose that as a result of the mistake committed by a court expert an object of an expert opinion is destroyed, which makes a further conduction of an expertise impossible. The question now arises of whether the parties to the case may impose a tortious liability on court expert, the illegal actions of whom resulted in destruction of an object of an expertise? As it seems, in order to approach the answer to this question, it is necessary to find out which valuables exactly are damaged in each particular case.

When solving an issue on destruction or a significant damage of an object of court expertise as a result of negligent actions committed by a court expert, at least two circumstances should be taken into account. First of all, being a material object, an object of expertise may in some cases represent in itself a material value for a person to whom it has belonged which forces us to raise a question on delictual compensation of a property damage. Secondly, if destruction of an object of court expertise made a conduction of an expertise impossible and establishment of a fact of expertise with a help of special knowledge, accordingly, there arises a question on admissibility to impose obligations on compensation of losses caused by an impossibility to prove a fact, on a court expert. In other words, there comes a question as whether a lost party may hold a court expert tortiously liable for the damages caused by a loss of chance of winning the process.

The first situation in full scope is covered by a definition of harm as a basis for tortious liability, since it represents by itself the unfavorable property consequences for a subject, which have occurred as a result of damage to or destruction of the property owned by him. Consequently, a loss of object of an expertise will entail a necessity to hold a court expert tortiously liable in the amount of damage caused by him (i.e. cost of a lost object), which fully corresponds to a fundamental idea concerning the fact that any harm caused to a person or property is subject to full compensation by a person caused it.

The second situation is not so straightforward, since we cannot discuss any "material" damage here. From the point of classical beliefs, a thesis on the fact that arising of tortious obligation in the absence of damage is impossible in principle, seems absolutely correct. But could it be that if as a result of destruction of an object of expertise by a court expert it is impossible to conduct another expertise, a real damage expressed in destruction of object of an expertise as a material medium shall be subject to

compensation? In some rare cases an object of an expertise may represent a certain value, while an invincible obstacle during establishing a fact as a result of such actions taken by expert is likely to result in losses for parties to the case, which, although, do not fall within the definition of harm as conditions for arising of tortious obligation.³⁹¹

Which of the benefits protected by law is damaged in the event if as a result of the mistake committed by expert, it becomes impossible to establish a fact in proof which requires a special knowledge? We would venture to suggest that in this case harm, caused by a court expert, is expressed in diminishing of right for protection.

As indicated by E.A. Fleishits while qualifying the tortious circumstances, - harm which is subject to compensation must be actual, a withdrawal of property of the injured party must take place.³⁹² In the meantime, when we speak about a damage of goods an economic loss seems visible; but it is much more difficult with diminishing of subjective right – an economic loss is not so obvious, however, it does not mean that such specific damage should not be compensated.

Any subjective civil right exists for the purpose of providing a person with either property or non-property benefit which serves for satisfaction of his/her needs. A definition of interest is inextricably bound up with a definition on benefit. Having determined the subjective rights as “legally protected rights”, P. Iering has pointed out a possibility which has a subject of interest to protect it, as an integral feature of subjective right.³⁹³ Consequently, if the subject of law ceases a possibility to protect the right owned by it, a violation of subjective right takes place.

³⁹¹ This problematics was perceived yet by the Roman lawyers. Thus, Ulpianus in the book 41 of his “Comments to Sabin” indicated as follows: «*The one who steals the documents and vouchers, is responsible for a theft in the amount of not only the vouchers, but also of that which constituted an interest related to the estimation of such sum, which was indicated in the documents...*». It should be pointed out that further the roman lawyers went even further and asked the question on the following: «...if anyone, having other evidence and a bank letter, suffered theft of voucher, then should the sum of such voucher be estimated as a double rate? And really not, as if there is no interest? To what extent it can be important, if he can prove the presence of debt otherwise, as if it had been written on two tables? It is obvious that he does not lose anything, if the creditor remains safe due to another, well-kept, voucher». Thus, if there have been other evidences of payment of money, apart from the destroyed or stolen voucher, the sum of compensation was limited to the amount of value of the table; if the destroyed voucher was the only evidence of existence of debt, apart from compensation of cost of the stolen table, a plaintiff may advance “a claim on theft relating to something which represented a certain interest” (using the terms of Roman law).

³⁹² Fleishits E.A., Liabilities arising out of causing of harm and ungrounded enrichment. 1951 page 25.

³⁹³ Iering. Interest and law; Yaroslavl', 1880, page 68; On definition of subjective law in the works of R.Iering; please refer to Gambarov Y.S.; Civil law; general part (1911), M. 2003, pages 382-384.

In the widespread doctrine there is a position on the fact that the subjective right consists of three elements: right for one's own actions, right to demand a certain conduct from the parties liable, and right for protection. Thus, V.P. Gribanov considers the right for protection in its material and legal meaning as one of the legal powers of the mere subjective civil right representing a possibility to use enforcement measures in relation of a wrongdoer.³⁹⁴ At the same time, in view of the researcher, an essence of right for protection is determined by a demand of the authorized person towards a wrongdoer or a person disputing an interest as well as by a demand to the legal authority. An essence of the right for protection is actually a demand consisting out of two types of possibilities: material and legal and procedural. A material and legal component of right for protection represents a right to commence an action in a material sense, i.e. a right not only to submit an action but a right for satisfaction thereof.

It is noteworthy, that arguments of similar types can be met in the works of Roman lawyers. In the ninth book of Digests of Justinian we meet the following lines of reasoning of Paul: «If I declare, that my own acquittance has been destroyed, and under the text of this acquittance was an indication of a sum of money due to be paid to me upon a certain condition, and I am able to confirm this by testimony of those who could have even been absent at the moment this condition was fulfilled, I am bound to win the case in accordance with the law of Aquilius, should I succeed in convincing the judge in fairness of my words».³⁹⁵ An acquittance – from the point of view of its evidence meaning is regarded as proof of existence of a certain debt, and if it has been destroyed, it is namely the right for protection which has been harmed, i.e. the right to receive satisfaction under a commenced action (right for a claim in material sense).

Some authors, vice versa, consider the right for protection as an independent subjective civil right.³⁹⁶ In accordance with view of E.A. Krasheninnikov, an essence of

³⁹⁴ Gribanov V.P. Limits of exercise and protection of civil rights 1972 pages 154-155.

³⁹⁵ Comments to the Law of Aquila (D.9.2.40).

³⁹⁶ Krasheninnikov E.A.; Structure of subject of law and a right for protection M.,2003, pages 73-82.; Motovilovker E.Y. Theory of regulatory and conservatory law; Voronezh 1990, pages 57-60.; Chechot D.M.; Subjective right and forms of protection thereof, 1968, page 25.

right for protection includes two particular protective possibilities: use of protective measures by an authorized person itself and claims towards a wrongdoer.³⁹⁷

Thus, if under the right for protection we understand an independent subjective right, the any harm caused thereto, shall be expressed in diminishing of this subjective right. If we regard that the right for protection is included into a composition of any subjective legal right as one of its elements, we should assume a possibility of causing harm to a subjective right by means of diminishing a legal authority to protect it.

It should be noted, that such approach can be found in literature: researchers, as a rule, do not include a diminishing of right for protection into the cases when harm is caused to the subjective right. Thus, D.I. Meyer wrote: «Under violation of right we mean a legal action from the side of his author constraining the other person in execution of right. Speaking about violation of right, we regard the right as an integrity, and a violation thereof – as damage of such integrity. But as the right constitutes a fortune of a speculative subject – the right, as a term, belongs to a person as a legal entity, then accordingly, one cannot even speak about a material violation of right: if I am entitled to demand payment of 1000 rubles under the loan and a debtor does not pay, my right still exists. Consequently, the right is so strong that, strictly speaking, one may not even talk about its damage and/or destruction. But implementation of right can face an impediment from the side of any other person not entitled thereto”.³⁹⁸ According to E.A. Fleishits a violation of subjective right may be expressed in an impediment in carrying out this right or in taking actions which result in termination thereof.³⁹⁹

We presume that creating any impediments to carry out authorities associated with protection of this subjective right shall be regarded as violation of subjective right. A situation with destruction of the object of an expertise as a result of which a further conduction of an expertise becomes impossible – the best illustration of this conclusion.

Each subjective right is opposed to with a liability of a certain counter subject. The following question arises: a liability of which subject corresponds with the subjective

³⁹⁷ Krasheninnikov E.A. Structure, subject of law and right for protection 1979, page 80.

³⁹⁸ Meier D.I. Russian civil law; Volume 1, 1997, page 213.

³⁹⁹ Fleishits E.A., Liabilities arising out of causing of harm and ungrounded enrichment. 1951 page 25.

right for protection? The right for protection of subject guarantees the state in the person of court (Part 1 Article 45 of the Constitution of the Russian Federation). This makes us think about the fact as to should not we consider a destruction of object of the court expertise by a court expert not only as tort, committed by expert, but also as tort of state in person of court which is in the end a “liable” person failed to guarantee an implementation of right for protection of subjective right to a person? From this perspective, any losses occurred in connection with a negligent fulfillment by an expert of its duties, shall be delegated to the state which then shall be entitled to commence a recourse action directly towards an expert. However, for the purposes of de facto pertinent immunity of state for the damage caused upon exercise of justice, this construction is unlikely possible. Moreover, from the positions of expediency, there is no necessity in building of such multi-level, indirect system of compensation of damages, since it will only complicate an already complex nature of legal relations binding court and expert.

A generally accepted point of view in the Russian literature is the view pursuant to which tort obligations arise as a result of violation of absolute rights, whether these are proprietary rights (for instance, right of ownership) or personal material benefits (life, health, physical integrity, honour, dignity, business reputation and etc.). Tortious obligations occur when an injured party and a wrong-doer are not in contractual relations with each other, and if they are, then a harm caused as a result of actions not associated with violation of the pertinent contractual obligations. Therefore, tortious obligations occur not upon a violation of relative rights, but in accordance with general rules upon a violation of rights as a result of which an injured party will face a proprietary or non-proprietary (moral) harm.⁴⁰⁰ Thus, a tort law is urged to protect absolute rights. This is the most frequent position in the doctrine regarding a nature of tort obligations.⁴⁰¹ From

⁴⁰⁰ Civil law: textbook: in 3; volume 3, edited by A.P. Sergeev, Y.K. Tolstoy, M. 2007; C4; Civil Law; General and special part: textbook; M. 2003, page 864; Civil law: textbook: in 3 volume 3 edited by Belov B.A., 2011, pages 8-9., Civil law: textbook/edited by O.N. Sadikov, M., 2007, Volume 2, page 446., Smirnov V.T., Sobchak A.A. General knowledge on tortious obligations in the soviet civil law; L., 1983, page 27.

⁴⁰¹ Let's point out that in the last years' literature there is a tendency which absolutely fairly questions this traditional point of view. (Baibak V.V. Obligatory demand as an object of civil circulation. M; 2005, page 60; Gutnikov O.V. Tortious liability for violation of relative rights: perspectives of development of in the Russian law [Electronic source] //Law/ 2017/ № 1., Sinitsyn S.A. Absolute protection of relative rights: reasons, consequences and correlation with the adopted classification of subjective rights [Electronic source] // Vestnik of civil law; 2015; No. 1 Available in SPS “ConsultantPlus”). An interest also triggered in the works of prerevolutionary and soviet researchers who asserted a thesis on the fact that the proprietary (relative) rights are also subject for protection with the norms of tort law (Annenkov K.N., System of Russian civil law;

these positions a compensation of losses caused by negligence of court expert and expressed in violation of rights of a person for protection of subjective right, a construction of tortious obligation does not quite fit into the picture, since we talk not about a breach by expert of any absolute right of the injured party. Such interests are most likely protected by means of contractual law, and not by tort law.

However, an in-depth analysis of Article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation shows, that the position of scientists insisting on the idea that tortious obligations arise exclusively as a result of violation of absolute rights is in contradiction with direct interpretation of law.

Pursuant to Clause 6 Part 1 Article 8 of the Civil Code of the Russian Federation, causing of harm to another person shall constitute a ground for arising of civil rights and obligations. Article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation also states, that: "...a harm caused in relation to a person or property,... shall be subject to compensation. Nowhere in the code does it say about that causing harm to another person, happened as a consequence of violation of his/her absolute rights, is the ground for arising of a tortious obligation. Moreover, a use of the definition "property" in Article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation inevitably suggests that this norm should be interpreted jointly with a provision envisaged in Article 128 of the Civil Code RF, wherein "property", among other thing, means ownership rights.⁴⁰² In this sense there are no grounds to interpret Article 1064 of CC RF restrictively, and consider causing of harm to only absolute proprietary rights (such as ownership right) as a ground for arising of tortious obligation.

A position about the fact that proprietary rights are subject to protection by the norms of tort law was mentioned yet by a famous pre-revolutionary specialist in civil law K.N. Annenkov.⁴⁰³

Volume I, Introduction and General part, SPb, 1910, page 582; Raicher V.L. Absolute and relative rights; Pertaining to the problem of division of commercial rights; L., 1928, page 295). The mere fact that acknowledgement of absolute protection of relative rights is one of the tendencies of development of civil law, is confirmed also by the contents of some pattern legal acts – please refer to Clause 3 of article 2:102 Principles of European Tort Law (Principles of European tort law : text and commentary. P. 258.).

⁴⁰²The necessity of an expanded interpretation of a term "property" in the norm establishing the basis for tortious compensation of harm, was brought to the attention yet by V.K. Raicher (V.K. Raicher; Absolute and relative rights. Regarding the problem of division of commercial rights; L. 1928, page 300).

⁴⁰³ Annenkov K.N. System of Russian civil law; Volume I, Introduction and General part, SPb, 1910, page 582.

Currently the legislators of many European countries and, in particular, Germany and France, adhere to a similar approach⁴⁰⁴. Furthermore, a declaration of absolute protection of relative rights constitutes one of tendencies of development of civil law, which is confirmed also by the wording of model legal acts⁴⁰⁵.

It is noteworthy, that the cases of tortious liability for violation of relative rights are known to a modern Russian legislation. Thus, a concept of an absolute protection of relative rights was used by the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation in Clause 11 of the Information Letter passed by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation as of 31.05.2011 No. 145 “Observation of the practice of consideration by the arbitration courts of the cases pertaining to compensation of harm caused by states bodies, local government bodies as well as their executives”. Some claims on compensation of property damages caused by unlawful actions of court bailiff during the process of enforcement proceeding were advanced to the Russian Federation. A basis for satisfaction of claim served the fact that as of the result of actions non-compliant with the law “On enforcement proceedings” taken by the employees of the Federal Bailiff Service, the rights of creditors have been damaged, and this damage consisted in a loss of possibility to recover a debt at the expense of the property of a debtor.

Under a civil wrongdoing G.F. Shershenevich understood an impermissible action violating a subjective right by causing proprietary harm. And the specialist of civil law especially underlined that “an action breaching the norms of objective law is not sufficient, a violation of subjective law must also take place. Without this condition a wrongdoing may entail any other consequences but not a duty to compensate damage”.⁴⁰⁶ V.V. Vitryanskiy speculates in the same manner: «...term of wrongfulness is delegated not to the actions (failure to act) of the debtor but to the mere violation of subjective civil rights... Thus, wrongfulness of the committed violation of subjective civil right falls into

⁴⁰⁴ Sinityn S.A. Absolute protection of relative rights: reasons, consequences and correlation with the adopted classification of subjective rights [Electronic resource]// Vestnik of civil law 2015. № 1; Available in the legal data base «Consultant Plus”.

⁴⁰⁵ The indication on the fact that the proprietary and personal non-proprietary rights are subject to an expanded protection were included into the text of Clause 3 Article 2:102 of the Principles of European tort law (Principles of European tort law : text and commentary. P. 258.).

⁴⁰⁶ G.F. Shershenevich, Course of civil law. Tula, 2001, page 509

necessary conditions of civil-legal liability».⁴⁰⁷

Y.B. Fogelson adheres to a different opinion when he provides the following example: a driver has breached the rules of road traffic, as a result of a road accident a car belonging to a different person was damaged. An objective wrongfulness of actions of a wrongdoer is obvious, since he has failed to fulfill his duty on observance of the traffic rules. “However one cannot say, - underlines Y.B. Fogelson, - that a responsible for a road accident has not fulfilled its civil duty towards the injured party and breached its subjective right”, since “...the mere duty on observance of the rules of traffic is not civil and legal, but it is an administrative duty and is established in pursuit of the interests of not a private individual but a society as a whole”.⁴⁰⁸ As we can see. Y.B. Fogelson assumes that for arising of a tortious liability it would be sufficient if the damage had been caused as a result of non-fulfillment by a wrongdoer of its legal duty in relation to the injured party directly by means of violation of any of the subjective rights enjoyed by the injured party. It follows that, on one side, for the purposes of arising of a tortious duty only causing of harm is sufficient, i.e. an objective wrongfulness of behavior.⁴⁰⁹ On the other side this means that a tortious obligation may appear also as a consequence of causing damage as a result of non-fulfillment of duties not in relation to the injured party but towards a different person. This indirectly makes us think that an obligation on compensation of damages may occur as a consequence of causing harm to a third party as a result of failure to fulfill or improper fulfillment by the wrongdoer of his duty because of the legal relation towards his counteragent. But can a nonfulfillment of duty regarding the relative legal relation cause harm to a third party?

A prevailing view in the doctrine consists of the fact that absolute (material) rights have “external” effect (against an unlimited number of third parties, against everyone), while relative (mandatory) rights have only “internal” effect (among the parties).

⁴⁰⁷ M.I. Braginsky, V.V. Vitryansky, *Contract law. Book one: Common provisions*. M., 2011, pages 714-715

⁴⁰⁸ Fogelson Y.B. *Selected issues of general theory of proofs: course of lectures*. M., 2001, pages 143-144. Although one may object to Fogelson Y.B., having indicated that a passive obligation of all third parties in relation to an authorized party is an obligation to refrain from causing harm to property which is violated by an originator of a road traffic accident, causing harm to a car owned by the injured party.

⁴⁰⁹ The analogues conclusion is reached also by A.O. Rybalov who supposes that a positive right does not contain such condition of arising of a tort legal relation as causing of harm by means of non-execution of obligation namely out of absolute legal relations. The author gives as an illustration of this thesis an example when the harm is caused by failure to act of an obligator. (Rybalov A.O. *Problems of classification of civil legal relations: Thesis*, SPb, 2007, page 190).

V.K. Raicher doubted this traditional point of view, having resorted to a problem of “external”, “reflected” validity of relative rights. Relative legal relation, in accordance with V.K. Raicher, «is not included by its action exclusively within the frameworks of relation between its direct participants (subjects of this legal relation) but has a much more wider “sphere of influence”, it is valid, to this or that extent, in relation to all “third” and “other” parties. But, in contrast with the absolute rights – this validity of relative rights in relation to “third” parties is not direct, immediate, but indirect, implied, “reflected”.⁴¹⁰ Action of liability law against all “third” parties was seen by V.K. Raicher in the fact that liability law (in the same way as material law) can be breached by any third party (and not only debtor) and, therefore, it must be protected from violations of third parties.⁴¹¹

M.M. Agarkov in this connection pointed out to the necessity to strictly distinguish between two different legal relations: a) between creditor and debtor (it can be breached only by the debtor); b) between creditor and each and every (it can be breached by each and every). In the first case we shall have a liability legal relation, and as to the second one – special right in rem.⁴¹²

O.S. Ioffe having agreed with V.K. Raicher about the fact that a principle of total protection does not constitute a distinguishing peculiarity of material rights and is typical

⁴¹⁰ Raicher B.K. Absolute and relative rights. Pertaining to the problem of division of commercial rights. L., 1928, page 295; The scientist supposed that the following belongs to a number of those elements of «external effect» which are attributed to a certain type of obligatory rights: 1) resale royalty right; 2) pre-emptive (in relation towards the pledged rights) character; 3) esneqy. To the elements of “external effect” inherent to, as a general rule, all other obligatory rights Raicher B.K. regarded the following: 1) validity of an obligatory right against other creditors of a debtor; 2) validity of an obligatory right against all “third” parties (Raicher B.K. Absolute and relative rights. Pertaining to the problem of division of commercial rights. L., 1928.).

⁴¹¹ As an example of reflected action of the obligatory rights of third parties and a tortious violation by the latter, the scientist gave the following situations: 1) the seller of individual certain object has exceeded the time of its transfer to the purchaser; he will bear the risk of its destruction yet not being its owner; at this time a third party destructs a thing in a manner of tort; here not a material and legal position of the seller suffers, but an obligatory legal position of the seller – a liability of the buyer to pay is destroyed, and, consequently a right of seller to demand payment of a purchase price; 2) a purchaser of an object defined by generic features, exceeded a time of adopting a an example offered to him by the seller; he bears a risk of destruction of this sample without having become his owner yet; a tortious destruction of such sample by a third party causes harm not to a material and legal but rather to an obligatory and legal position of the buyer: the right of a seller to transfer is destructed and, consequently, a right of a buyer to demand transfer of property, although an obligation to pay a purchase price thereof remains in force. V.K. Raicher supposed that apart from tortious effects of third parties on other obligatory rights, other non-tortious actions are possible, from which there exists a protection (for instance, a right of a creditor to dispute transactions concluded by the its debtor with third parties). (Raicher B.K. Absolute and relative rights. Pertaining to the problem of division of commercial rights. L., 1928, pages 300 – 302).

⁴¹² Agarkov M.M. Selected works on the civil law; Two volumes, Volume 1 //Liability on the Soviet Civil Law; M., 2002, page 201.

for any legal relations being part of public relationship, notwithstanding the fact whether it is absolute or relative, material or legally binding. He specified though that legally binding rights acquire meaning for third parties not only by virtue of principle of total protection, but also as consequence of a repercussive effect, which they have on rights and rightful possibility of third parties. «Thus, - summarizes O.S. Ioffe, - all third parties can be imposed on only with a passive function being a consequence of total protection of subjective rights, while a contracting party under commitment can be imposed on both with a passive and active function... Imposition of a passive duty on all other parties with respect to relative rights is the result not only availability of rights at the side of authorized person, but also availability of duties at the side of contracting part. Third parties shall not hinder an execution of its rights and carrying out of its rights and fulfillment of duty by its contracting party, but a duty imposed thereon has a secondary importance for an authorized party in comparison with a value which represents to him a duty of his contracting party».⁴¹³

E.A. Fleishitz also asserted, that “in the whole list of cases a third party is able to violate a binding right or even cause a termination thereof by its action. In such cases, harm caused by violation or termination of right, shall be compensated”.⁴¹⁴

Quite similar is the position of V.V. Baibak, who, while discoursing about an absolute character of protection of right to claim, has assumed that along with a classical relative protection of the claims of creditor which is implemented for example, by means of application of measure of contractual liability towards a defaulting debtor, there exists also an absolute protection for a claim which is secured by, in particular, measures of tort liability applied in the event of any infringement upon claim.⁴¹⁵

As we can see, the above-mentioned researchers, when they speak about “reflected” effect of the binding legal relation on third parties, mainly imply an obligation of third parties to refrain from taking actions hindering an execution of rights and execution of duties by the parties to a binding legal relation.

⁴¹³ Ioffe O.S. Selected works on the civil law: From the history of civil thought. Civil legal relations. Critics of theory of “commercial law” M., 2000, pages 618-619.

⁴¹⁴ Fleishitz E.A. Obligations arising out of causing of harm and ungrounded enrichment M., 1951, page 37.

⁴¹⁵ Baibak V.V. Obligatory demand as an object of civil circulation – M. 2005, page 60.

In an attempt to draw a demarcation line between a tortious and contractual liability, E.A. Fleishitz has specified as follows: “.... in cases when between a party whose liability is being discussed and an injured party, there is an obligation which occurred out of the agreement, administrative act of planning or any other ground provided by law, it should be that illegal action which was harmed would not constitute a non-fulfilment of such obligation. ... And a tort shall imply an illegal action causing material harm, which does not constitute a non-fulfillment of duty”.⁴¹⁶

A situation being considered by us in this paragraph corresponds with the above-mentioned thesis of E.A.Fleishitz. Tort may also imply the following: harm being caused to a party of a court proceeding expressed in diminishing the right for protection, an illegal action of a court expert which simultaneously represents a non-fulfillment of duty which an expert has toward court and not towards the party. In other words, a failure to fulfil by a court expert of his/her duties towards court, shall cause hard to a party of a court proceeding being a third party with respect to a legal relation binding court and an expert.

This is also correct from the point of view of conduction of court expertise: yes, by all means, a court expert is bound by procedural legal relations with court, however, an expertise is held not for the sake of court, but for the benefit of parties which are interested in establishment of a fact by means of a relevant court expertise, without which their right for court protection cannot be implemented.

Therefore, an illegal action of court expert expressed in damage or destruction of object of an expertise, as a result of which it seems impossible to establish a sought-for fact with use of special knowledge, shall be designated by the fact that (1) the damages caused by a court expert shall constitute a diminishing of right for court protection and shall not fall into a definition of a “materialized” harm as a condition for tort liability; 2) they shall not constitute a consequence of violation of the absolute rights of the injured party; 3) the situation in question is rather specific also due to the fact that it is at the interface of liability of in personal relations and tort liability, since non-fulfillment or improper fulfilment by court expert of the duties imposed on him/her arising out the legal

⁴¹⁶ E.A. Fleishits – Liabilities from causing of harm and unjust enrichment 1951, page 6.

relations with court, shall cause this or that harm to a third party (party to a court proceeding).

§ 1.2. Provision by expert of a knowingly false opinion or a knowingly false evidence as a ground for compensation of the caused damage

It seems that disaffection, independence of a court expert should be considered as a one of the components of right for a fair court proceeding (Article 6 of the European Convention of Human Rights and Main Freedoms, Article 46 of the Constitution RF).

It must be admitted that from a direct wording of Article 6 of the European Convention this does not follow: they speak about a disaffection of court not that of an expert. However, if one analyze a practice of ECHR under some cases, it becomes clear that a right for a fair public court proceeding may be guaranteed upon absence of assurance of impartiality and independence of an expert taking part in the case.

Pursuant to approaches of ECHR, an absence of impartiality and independence from the side of expert together with its position and role in the court proceeding could tip the scales of success in favour of one of the parties and to the detriment of the other party, in violation of principles of equalities of parties (for example, case Sara Lind Eggertsdottir v Island, §53). In case Mantovanelli v France the fact that the applicants could not effectively express their opinions about the conclusions contained in the expert opinion which was the key evidence resulted in the violation of Clause 1 Article 6 of the Convention. In case Augusto v France a refusal to disclose a doctor's conclusion on medical grounds for receipt of social insurance by an applicant, which, most likely had a decisive influence on following court resolution, violated Clause 1 of Article 6 of the Convention, although this conclusion was not compulsory for a judge in compliance with the law.

Therewith ECHR in some decisions specifically underlines that an expert may occupy a dominant position in the court hearing and significantly effect a court estimation (please refer to Yvon v France, § 37). Without involvement into the process in necessary cases of experts as well as a proper investigation and estimation of results of an expertise, a fair court proceeding and, consequently, a guarantee of right for court protection shall

be impossible.

Thus, a right for settlement of case by an independent and impartial court includes, among other things, a right for an independent and impartial expert. In this sense a compilation of a knowingly false opinion by a court expert shall unambiguously prove a violation of right for a fair court proceeding.

There are also some grounds allowing to make a conclusion on the fact, that provision by a court expert of a knowingly false opinion or knowingly false evidence represent a diminishing of subjective right for protection which was discussed in the foregoing paragraph, - it is turned out to be “blocked” for a period of time until a knowingly falseness of opinion is established.

In literature as regards the analysis of Article 307 of the Criminal Code of the Russian Federation, it is mentioned that a threat to public by a knowingly false conclusion or knowingly false evidence of an expert is expressed in the fact that such actions may result in taking wrong procedural decisions by the bodies carrying out justice, and may violate rights and interests of the citizens taking part in the court proceeding.⁴¹⁷

In case of causing of any harm by a court expert who compiled a knowingly false expert opinion (which is confirmed by the ruling of court which came into legal force), the injured party (Article 42 of the Criminal Code of the Russian Federation) in accordance with the rules on tort shall be entitled to claim compensation of damages including also property damages.

This being said, in accordance with Clause 3 Article 1083 of the Civil Code of the Russian Federation, a presence of intent of wrongdoer eliminates the mere questioning about a possibility of diminishing of an amount of remuneration. Since the elements of crime, provided in for by article 307 of the Criminal Code of the Russian Federation, presupposes a direct intent of an expert, there are no grounds to shift away from the principle of entire compensation of the caused damage, since we speak not about a committed negligence upon drafting an opinion, but about a willful damage.

⁴¹⁷ Criminal law of Russia. Specific part / Edited by N.M. Kropacheva; B.V. Volzhenkina; A.I. Boitsova – SPb 2010, page 1390.

From this point of view, an expert who has given a knowingly false expert opinion, may be sued with an independent tort claim arising out of, for example, an impossibility to amend an outcome of execution of a court decision.

These losses, which as along with an example of negligent destruction of an object of expertise and impossibility to carry out a repeated expertise, are unlikely to be delegated to a “materialized” harm occurred as a result of the violation of an absolute right of the injured party, should be in full scope imposed on the expert, since he had intentionally agreed to compile a knowingly false expert opinion.

Shall the state be liable for the harm caused by the court expert who had given a knowingly false statement? Can causing of harm by an expert be regarded as a “component” of damage which has been caused upon exercise of justice?

In accordance with Article 53 of the Constitution of the Russian Federation, everyone has a right for compensation by the state of the harm caused by unlawful actions (or failure to act) of the bodies of state authority or public officials. This constitutional provision of articles 1069, 1070 of the Civil Code of the Russian Federation is developed by the Ruling of the Constitution Court of the Russian Federation as of 25.01.2001 No. 1-P.

As envisioned by these norms, a harm caused to a participant of the process shall be compensated not by the officials, in connection with whose actions this harm has actually appeared, and not by the state bodies where the above-mentioned officials serve, but by the state, and, moreover, regardless of the fault of the officials. And the harm caused upon exercise of justice, shall be subject to compensation if a judge’s fault is established by virtue of the court ruling which came into legal force (Clause 2 Article 1070 of the Civil Code of the Russian Federation). There exist at least two exceptions to the last rule.

First exception – it is the regulation 1 of article 1070 of the Civil Code of the Russian Federation, in compliance with which in the cases directly stated in the law, the liability of the state for any harm caused by violations from the side of judges will take place notwithstanding the establishment of fault of a particular judge (including illegal

judgement, illegal prosecution, illegal application of a pre-trial restriction in the form of detention or written undertaking not to leave the place).

A second exception was developed by the practice of the Constitutional Code of the Russian Federation, which in its Ruling as of 25.01.2001 No. 1-P interpreted “acts of justice” contained in Clause 2 of Article 1070 of the Civil Code RF, having divided them into two groups: (1) court acts settling the case on merits where the court actually establishes material and legal status of the parties, i.e. acts of justice and; (2) court acts which although being accepted in the civil court proceeding, but by virtue of which the cases are not settled in their essence and no material and legal status of the parties is established, i.e. acts resolving procedural issues. As indicated by the Constitutional Code of the Russian Federation, the general rule of Clause 2 Article 1070 of the Civil Code of the Russian Federation, pursuant to which the state reimburses harm in all cases when it has been caused by a wrong-doing of judge and has been confirmed by the verdict of court, shall be applied to the acts of justice but not to the acts resolving procedural issues. In respect to the latter, the Constitutional Court of RF concluded that a provision pertaining to a fault of judge established by the verdict of court, may not serve as an impediment for reimbursement of harm caused by actions (failure to act) of judge during the process of carrying out of civil court proceeding in the case if he issues an unlawful act (or undertakes a wrong doing) under the issues defining not material and legal (settlement of case on merits) but rather procedural and legal status of the parties. In these cases, also including a wrongdoing from the side of a judge, not reflected in a court act (violation of reasonable periods of court proceeding, other gross violation of procedure), his/her culpa can be established not only by verdict of court but also by any other court resolution. And, a provision pertaining to the presumption of guilt of a wrongdoer stipulated in clause 2 article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation shall not be valid. As concerns the category of court acts dealing with the procedural and legal issues, the Constitutional Court of the Russian Federation has indicated that the grounds and order of reimbursement by the state of any harm caused by these acts shall be subject to legislative settlement. It is noteworthy, that requirements addressed to the Constitutional Court of RF concerning the restructuring of Clause 2 Article 1070 of the

Civil Code of the Russian Federation are still not fulfilled, apart for the establishment of grounds and order for compensation of harm caused by unreasonable periods of court proceeding by means of adoption of the Federal Law No. 68-FZ dated 30.04.2010 “On compensation for violation of right for a court proceeding at reasonable time or a right for fulfillment of court act in reasonable time” (hereinafter referred to as FZ “On compensation of right for a court proceeding at reasonable time”).

The above-mentioned confirms the fact that by virtue of the pertinent legislation, a civil and legal liability of the state for any harm caused upon exercise of justice, is limited exclusively by the compensation (under certain conditions described above) of harm caused by the judge. A civil and legal liability of the state for the actions of other parties, to this or that extent involved into the process of execution of statue function pertaining to the exercise of justice, cannot be without limits. It has objective limits beyond which lies a responsibility of a court expert who has produced a knowingly false expert opinion, and who is neither a public servant, nor an authorized person of court, and, therefore, the state shall not be liable of his/her unlawful actions.

§ 1.3. Delay of an examination period of the case by the court expert

Can the court expert be charged with a compensation in favour of a party to the case for an actual loss of time if, it is established, that a court expert has delayed the time period for consideration of the case and systematically counteracted a proper and duly consideration of the case, thereby having caused harm not only to justice but to the party of a dispute as well?

A right for reasonable time of a court hearing constitutes an integral part of right for a fair public proceeding (Article 6 of the Convention on protection of human rights and main freedoms).

While considering the question on observance of the reasonable court proceeding, ECHR has on repeated occasions stated that the main responsibility for a delay of court hearing in connection with conduction of an expertise shall be imposed on the state, since it is namely the national courts that are obligated to guarantee avoidance of ungrounded expenses during the court proceeding connected with a delay of conduction of an

expertise on the case. The courts may and must avail themselves of the instruments defined by the internal legislation of the state for carrying out control over the court proceeding. Correspondingly, court bodies bear the largest liability for any delays associated with receipt of an expert opinion.

ECHR in a range of cases detected a violation of Clause 1 Article 6 of the Convention in connection with an excessive duration of court proceeding in the situation with undue appointment of expertise and choice of expert organizations and companies; excessively long expertise; absence of any strict deadlines for conduction thereof and an appropriate control from the side of court; untimely provision of necessary materials and documents for comparative analysis to the experts and etc. (refer to the Rulings passed by ECHR on the cases “Capuano vs Italy”, “Pospech vs RF”, “Marchenkov vs RF”, “Rolgeiser and others vs RF”, “Salamatina vs RF”, “Volovich vs RF”, “Glazkov vs RF”, “Casyan vs RF”).

A thesis of ECHR on the fact that the main liability for any delay associate with the experts lies entirely on the state, has not influenced an argument of the authorities of the Russian Federation that a delay in holding of an expertise was caused by “non-payment from the parties” of the corresponding services of the court experts (Ruling of ECHR under the case “Pospech vs RF”, “Rolgeiser and others vs RF”).

This approach of ECHR allows us to raise a question as to whether a tort committed by an expert whose violations upon holding of an expertise entailed delays of court proceeding, can be considered as a tort of state presented by court, which could not guarantee the participant of a proceeding with a right for a reasonable timing of a court proceeding, although it had all possible means for it.

In order to implement the regulations of the Convention on the protection of human rights and main freedoms in the part of guarantee of law for a reasonable time-period of court proceeding the Federal Law “On compensation of violation of right for a court proceeding at reasonable time”. In compliance with the Federal Law dated 30.04.2010 No. 69-FZ, the Criminal Code, the Civil Code and the Arbitrational Code of the Russian Federation were supplemented with Article 6.1 devoted to the issues of trial within a reasonable time.

Pursuant to Clause 3 Article 1 of the Federal Law “On compensation for violation of right for a trial within a reasonable time”, an award of compensation for a violation of right for a trial within a reasonable time does not depend on presence or absence of the guilt of court, prosecuting authorities, bodies which are imposed with obligations on execution of court resolutions, other state bodies and their officials.

A compensation for violation of right for a trial within reasonable time shall be awarded out of the means of federal budget (Clause 2 Article 4 of the indicated Federal Law). And an award of compensation for violation of right for a trial within reasonable time shall not create any obstacles for compensation of harm in compliance with Articles 1069, 1070 of the Civil Code of the Russian Federation.

In compliance with Clause 6 Article 1 of the Federal Law “On compensation of violation of right for a trial within reasonable time”, the bodies authorized on behalf of the Russian Federation, subject of the Russian Federation, municipal formation for execution of court decisions, arbitration court on award of compensation for violation of right for execution of court act within reasonable time, are entitled to advance a subrogation right to the body or an official being guilty for such violation.

Taking into account that acceptance of the Federal Law “On compensation for the violation of right for a trial within reasonable time” was in many aspects a reaction to an array of Rulings of ECHR adopted against the Russian Federation, wherein court has identified the violation of right for a fair court hearing in connection with a violation of right for a trial within reasonable time, it seems that the provisions of the above-mentioned law cannot be treated separately from the idea of ECHR regarding the fact that an unreasonable delay of a court hearing in connection with holding of an expertise constitutes a tort of state embodied in the court, the authorized bodies of which, having paid a relevant compensation, may advance a subrogation claim towards a court expert.

Let’s also discuss the norms pertaining to a compensation for an actual loss of time, which is charged from the party exploiting its procedural rights in favour of another party (Article 99 of the Civil Procedural Code RF, part 2 of article 111 of the Arbitration Procedural Code RF). Notwithstanding the fact that Article 94 of the Civil Procedural Code RF directly refers compensation for an actual loss of time under Article 99 of the

Civil Procedural Code RF to the expenses associated with consideration of the case, a vast majority of scientists are united in their opinion that a compensation for an actual loss of time represents by itself a compensatory form of liability the essence of which lies in compensation of losses occurred with a party as a consequence of unfair practices from the other side of the dispute. In other words, this specific tort compensation is a sanction for unfair procedural conduct.⁴¹⁸ You might ask, why it is possible⁴¹⁹ charge losses from the side of the case which committed certain unfair practices upon implementation of its procedural rights, but one may not demand compensation of losses from an expert who has failed to fulfill the duties imposed on him/her; delayed the process and whose actions result in disruption of a court hearing, hinder consideration of the case and adoption of lawful and reasonable court act? One can find no rational explanations thereof.

If we allow a charge of compensation for a loss of time caused by an unfair actions of an expert, it will represent in its essence a certain similarity with the rulings passed by the English courts on unnecessary expenditure (wasted costs orders).⁴²⁰ A compensation for unnecessary expenditure constitutes a limited form of proprietary liability of an expert which has been introduced as a result of an extensive interpretation by court in the case *Phillips v Symes* of Article 51 of the Law on Supreme Courts dated 1981, which stipulates the discretionary powers of court upon passing an order on compensation for unnecessary expenditure.

In the local law system, as we have been convinced, it is possible to demand compensation for an actual loss of time/compensation for violation of right for a trial within reasonable period of time only from the party which has committed certain unfair practices upon implementation of its procedural rights, or from the state, respectively. In this regards such compensatory form of liability as compensation of unnecessary expenses from the representative (solicitors or barristers), which as a result of court

⁴¹⁸ Yudin A.V. Misuse of procedural rights in the civil court proceeding; SPb, 2005, pages156-157.; Shakaryan M.S. Subjects of Soviet Civil procedural law;. M., 1970, page 146; Grel' Y.V. Misuse by the parties of the procedural rights in the civil and arbitration process: synopses of a thesis ... doctor of juridical science, Novosibirsk, 2006, page 22.

⁴¹⁹ In this particular case we are interested in the mere lawful construction, and, therefore, all complications associated with application of article 99 of the Civil Procedural Code RF, which in practice result in the fact that this norm remain to be a "still-born" plan, are beyond the limits of our attention.

interpretation, was applied to the experts as well, is of considerable interest and, therefore, we will allow ourselves to highlight an analysis thereof in more detail.

In accordance with the Law of Great Britain on the Supreme Courts dated 1981 (Article 51(6)), court shall be entitled to impose a payment for unnecessary expenditure on a legal or other authorized representative. This may be expressed by one of two possible forms: 1) refusal of court from charging court expenses from third parties and an order to a legal or other representative to compensate the court expenses of its client; and/or 2) order to a legal or other representative to compensate court expenses of a counterparty. In other words, a party may demand compensation of unnecessary expenditure both from the representatives of a counter party and from its own representatives. The actions or failure to act by an authorized representative which resulted in court expenses, may be subject to consideration of the case pertaining to compensation of unnecessary expenditure including conduct of the representative in court, as well as work with documents taken place prior to the court hearing. For the purpose of passing an order on unnecessary expenditure, a causal connection between conduct of lawful and other representative and the occurred unnecessary expenditure must be established.

It should be noted, that court also upon its own discretion may raise an issue on compensation of unnecessary expenditure. And the authorities of the judge regarding issuance of order on unnecessary expenditure in relation to the representative of the party are compensatory in their nature.

The samples of conduct which can be regarded as a ground for issuance of order on unnecessary expenses: failure to appear in court upon request of court; non-fulfilment of court orders; negligent mistake committed in procedural documents; not effective presentation of case during a trial because of poor preparation, insistence on supporting the claim after the fact when it became irredeemable (for example, by means of non-perusal of materials disclosed by another party).

Orders about unnecessary expenditures shall be considered in compliance with the order of a simplified (summary) proceeding. A requirement on compensation of unnecessary expenditure under the general rule is delegated to the competence of judge

who has reconsidered the case within the framework of which such unnecessary expenditure had accumulated. Any deviation off this rule will be possible within a limited number of cases, for instance, when the judge does not have a possibility to consider such requirement or when the parties have agreed that a case will be considered by a different judge. The fact that the judge, while considering the case has already criticized the behavior of a person in relation to whom an order requiring a relevant compensation of unnecessary expenditure will be probably issued, does not witness the partiality of judge and impossibility to consider the requirement on compensation of unnecessary expenditure based on that fact.

In court practice an attention is focused on the fact that courts must attend to a question on issuing orders on unnecessary expenditure with great caution and, where it is possible, suggest application of other sanctions of disciplinary nature. In particular, the courts must be vigilant in order to guarantee that the requirements on compensation of unnecessary expenditure would not turn into yet another form of “creation” of an auxiliary lawsuit. The requirements pertaining to compensation of unnecessary expenditure must be kept for outstanding cases during which a party has suffered from an unjustified conduct of the representative (case *Ridehalgh v Horsefield*). They must be restricted by the issues amenable to short narration based on the approved facts or following a brief investigation. One should avoid a complex and time-consuming lawsuit. To compensate the losses of the party which has suffered from the representative – this is the interest which should be pursued in the first instance.

In literature upon analysis of institute of wasted costs it has been underlined that an order on unnecessary expenditure can be issued only in situation when court has provided to a person, in relation to whom such order has been issued with a possibility to protect, contend his/her opinion, present the arguments and reasons to court proving that an order on unnecessary expenditure must not be issued. And the representative should be provided with a clear information about the fact which exactly violation he has committed, in order that he would have an possibility to defend himself/herself.

As specified by Lord Wolf in the case *Wall v Lefever* [1998], a submission of appeal complaints regarding the order on unnecessary expenditure (or on refusal to

compensate wasted expenses) shall not be allowed, since consideration of such complaints will create “subordinate” lawsuits, court settlement of which shall be as complex and expensive as initial lawsuit. «ПОДЧИНЕННЫЕ».⁴²¹

In literature we can often encounter criticism of the institute of wasted expenses. The author of one of the articles⁴²² points out that an institute of wasted expenses is placed as if between two competitive principles, which, in their turn, reflect two generally accepted public interests. On one side, a public interest lies in the fact that the lawyers must be released from fear of arising of a personal liability towards their clients and their opponents. And namely from this point of view, the orders on wastes expenses must not be applied without provision to a person in relation to whom they have been issued, a possibility to defend himself and charging of wasted expenses will not have to turn into some kind of additional form of compensating court expenses, not levied in compliance with the law. On the other side, a public interest lies also in the fact that the parties must not suffer a proprietary damage from an unjustified conduct of their own lawyers or lawyers of the opponent. “Having weighed” these 2 interests, Hugh Evans (the author of the article) came to conclusion that the first interest is more significant and, therefore, it concluded that an institute of wasted expenses as a certain type of remedy for a second interest should not turn into something which would cause more harm than a mere disregard of the second interest.

What are the drawbacks of the institute of wasted costs orders in accordance with the opinion of the practicing lawyers?

First of all, notwithstanding the fact that the cases on compensation of wasted expenses shall be considered in the order of a simplified (summary proceeding), from the point of view of spending time and cost of the proceeding – such court proceeding turns out to be disproportionate. Cost of consideration of the issue on compensation of wasted expenses often exceeds the mere sum of compensation. There are some examples when a

⁴²¹ However, this does not related to appeal claims submitted in the situation when a person, in relation to whom there has been issued an order on wasted expenses, was not provided with a possibility of defense. Thus, in the case *Gill v Humanware Europe plc* [2010] an order on wasted costs was issued against the barrister from the side of defendant without providing a barrister with a possibility to present an oral statement. Upon such circumstances an appeal court has allowed a claim of barrister in relation to an order on wasted costs.

⁴²² Hugh Evans. Wasted Costs Jurisdiction//The modern Law Review, Vol.64, Issue 1 (January 2001), pp. 51-62.

hearing of the case lasted 5 days while a consideration of the claim seeking compensation of wasted costs which occurred in connection with the case, took 7 days. There is a recorded case, when a consideration of issue on compensation of wasted expenses lasted for 14 days and cost more than 150 thousand pounds for the parties, i.e. more than usual court expenses under the case and much more than the amount of expenses which have been acknowledged by court as useless. In order to achieve proportionality the court in the case *Ridehalgh v Horsefield* (1994) established that a court hearing on the case on compensation of wasted expenses must be measured by hours not days. And there should be no complicated consideration of the case, and the proceeding must be simplified to the maximum.

Secondly, in accordance with the Law on Supreme Courts as of 1981, as it has been stated already, a judge may, at his own discretion, initiate a lawsuit on compensation of wasted expenses, thus, it means that this circumstance is beyond the party's control. In doing so, a plaintiff shall inevitably be faced with a necessity to carry out expenses associated with an issue on compensation of wasted expenses, which especially taking into account a disproportion between "incurred" and "compensated" expenses, can be qualified as fair. Case *Ridehalgh v Horsefield* (1994) contains a recommendation stating that the courts should not hurry with an initiation of the consideration of the issue pertaining to the compensation of wasted expenses.

Thirdly, one and the same judge both initiates an issue on compensation of the wasted expenses and comes to conclusion upon completion thereof, which is unfair to a person in relation to whom an order on compensation of the wasted expenses shall be issued. Such order seems quite grounded from the positions as a wish to reduce possible expenses under the case and also from the point of view of the fact that the judge who was taking part in the case shall be able to assess a conduct of a lawyer better than anyone else. However, as a result there is lack of disaffection which does not coincide with the interests of the lawyer of the defendant party.

In fourth, a consideration of claims on compensation of wasted expenses shall be accompanied by the difficulties of procedural character. In particular, as underlined by the practicing lawyers, in cases of this kind it is extremely important to prove negligence

committed by the attorney (it is more difficult than in “ordinary” lawsuits). Here it will be appropriate to quote the discourse of Lord Bingham of Cornhill in the case *Ridehalgh v. Horsefield* (1994): «...The mistakes are inevitable, there will be actions which, at the end of the day, appear to be not very intelligent. But legal profession is more of an art, than science. It cannot be boiled down to certain formulas. People are different in style and approach. Only in case when taking into account all this, a conduct of an attorney in court is absolutely frivolous, and one can pass a resolution on award for wasted expenses”⁴²³.

In the fifth place, in situation when an application on compensation of wasted expenses is filed against the lawyer of an opposite side, the rights of lawyer – defendant may be breached as a result of the fact that he may not defend his position adequately, since he is not entitled to explain what has happened because of the client-attorney privilege, and a client may not be willing to waive such privilege. This problem has been solved in many aspects due to the introduction of the norm CPR 48.7 (3) which stipulates the right of court to define that the documents enjoying the privilege must be disclosed. Meanwhile, dubious nature of this resolution is indicated in literature, since the privilege constitutes a fundamental principle of the English material law.

Finally, the most fundamental defect of the institute of wasted expenses, in the opinion of Hugh Evans, lies in the fact that this institute is in contradiction with the attorney’s immunity. The mere possibility of charging from the representative of wasted expenses means that the representatives (as well as solicitors and barristers) shall be liable for negligence in the proceeding. Of course, this is a restricted form of liability, since it is limited only by awarding only wasted expenses, but with an existence of this form of liability it is quite hard (and sometimes impossible) to confirm a validity of attorney’s immunity from being held liable for negligence. With cancellation of the attorney’s immunity in the case *Hall v Simons* it seems that this argument becomes irrelevant. As pointed out by Lord Hoffmann in the lawsuit *Hall v Simons*, an existence of an in institute

⁴²³ Quotation under the case *Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (reference date: 11.02.2021).

of wasted expenses is empirical evidence for verification of an assumption that a liability of attorneys for a negligence committed during the proceeding, shall have a negative impact on the fact as to how these attorneys discharge their obligations towards court. «One may not doubt, - as emphasized by the judge, - that jurisdiction entailed a lot of problems and, in particular, regarding application thereof fairly and thriftily. But I have not found any indications on the fact, that it has altered the status of attorneys to the worse”». ⁴²⁴

A detailed substantiation of the fact why it became possible to pass an order on wasted expenses in relation to the expert, can be found on page 25 hereof, and that it is why we shall allow ourselves not to dwell upon this matter here. We will just point out that in the lawsuit *Phillips v Symes* came to conclusion that the experts may be liable for “wasted expenses”, if they have fulfilled their obligations towards court dishonestly or recklessly. ⁴²⁵

Summing up this part of the thesis, we underline, that whatever model of compensation of harm caused by unlawful actions of a court expert which entailed a violation of the parties’ rights for a trial within reasonable time, will be chosen by a legislator further – a claim towards the state for a failure to guarantee a quick proceeding (with a possibility of recourse action to an expert) or indirect action/claim to an expert ⁴²⁶ – the specific nature of harm caused by a court expert shall be common for both options. Such specific nature is due to the fact that (1) namely a failure to fulfill by a court expert of his/her obligations towards court which has been expressed in a unreasonable delay of consideration of the case causes damages to the parties; (2) in this situation there are no violations of an absolute right of an injured party (if not take into account a right of the

⁴²⁴ Quotation under the case *Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill* [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (reference date: 11.02.2021).

⁴²⁵ Andrews N. Liability of expert witnesses for wasted costs in civil proceedings/ N. Andrews // *Cambridge Law Journal*, 2005. Volume 64. Part 3. P. 567.

⁴²⁶ In our view, an unjustified delay of consideration of the case due to illegal actions of an expert constitutes tort of a state represented by court, the obligation of which is to guarantee an execution of right for a court hearing within a reasonable time limit. As a result of an award of compensation for a violation of right to hold a court hearing within a reasonable time is a right of regress towards an expert, who is guilty of having committed such violation. Although such approach requires a broader interpretation of the provisions of the Federal Law “On compensation for violation of right to carry out a court proceeding within a reasonable time”.

party for consideration of its case within reasonable time), nor any “material” harm. But the grounds to release an expert from his/her obligation on compensation of such harm are missing.

§ 1.4. Drafting of unsatisfactory expert opinion as a result of gross negligence

In the second chapter of this thesis we focused our attention on the fact that a court expert is liable for drafting an expert opinion which should comply with the requirements established by court, mainly, which is predetermined by a special procedural status of an expert who is a sort of “servant of justice”, by public and legal relations binding court and expert, and also by the circumstance that an expert has voluntarily, as a result of agreement on the price for his/her services, taken a responsibility on carrying out a relevant court expertise.

In the meanwhile, taking into account the fact that from the economic point of view the expenses on payment of remuneration to an expert shall be borne by the parties to the case in question, it is namely them who pursue a material and legal interest in getting an expert opinion recognized as defective and issuance of court resolution to refuse payment or decrease amount of remuneration to be paid to an expert. The court does not have and a priori cannot have its own material and legal interest in decrease/refusal of payment of remuneration.

In this respect the following question arises: whether the court expert is liable towards the parties to the case for a defective expert opinion compiled as a result of the committed negligence? It seems, that the problem designated by us is pertinent for settlement of issues on liability of both court and out-of-court experts, therefore, we shall permit ourselves to phrase an issue more widely: is there a liability of subject of special knowledge (both court and out-of-court expert) towards third parties (i.e. not towards a customer who has order a relevant expertise) and what is the nature of such liability?

Let's assume that the legal entity addresses a bank, accountant, evaluator, architect or other holder of special knowledge with a request to express his/her professional opinion and provide a conclusion pertaining to the financial status of this or that legal entity or the value of property owned by it, and the provided information turns out to be false as a

result of the negligence committed by the holder of special knowledge. The following question arises: shall a third party (not the party which requested the information) relied on such information and incurred some losses in connection thereof, be entitled to get a compensation for such losses at the expense of the holder of special knowledge who has committed the negligence?⁴²⁷

The problem lies in the fact that directly in this situation there is no place either for contractual or tortious liability. One cannot speak of contractual liability since the third party and a holder of special knowledge are not bound by any contractual relations. A tortious liability remains also in question at least due to the fact that a ground for arising of a liability of the holder of special knowledge is not damage to a third party in any objective form, but causing of financial losses. Moreover, upon consideration of issue on civil and legal liability of the subject of special knowledge towards the third party we, as a rule, face the following actual situation: A and B (bearers of special knowledge) are bound by the agreement the violation of which causes damages to C (third party in relation to the agreement entered into between A and B). It is not difficult to notice that a sort of mixture of contractual and tortious law to a certain extent happens in this situation: defendant (holder of special knowledge) has performed its obligations under the agreement with counteragent in a negligent way, which caused damage to economic interests of the plaintiff (third party).

It is quite interesting that yet Roman lawyers allocated a rather specific type of mandate agreement (*mandatum*): *mandatum tua gratia* (mandate in the interests of attorney which constituted a mandate, execution of which was within the interests of solely an attorney (proxy), (for example: A authorizes B to purchase shares for himself

⁴²⁷ Besides, as of June 1, 2015, an article 431.2 on warranties about circumstances was introduced to the Civil Code of the Russian Federation and pursuant to Clause 1 thereof, a party which is upon entering into an agreement before or following its conclusion has provided another party with false warranties about the circumstances having a value for an agreement, its execution or termination (including those related to a subject of an agreement; authorities for conclusion thereof, compliance of such agreement with an applicable law; availability of necessary licenses and permits, its financial status or related to third parties) shall be liable to compensate such party upon request of the latter for the losses caused due to lack of credibility of such warranties or pay compensation provided in for by the agreement. A responsibility stipulated by this article comes into force when a party having provided false warranties was governed by the fact that the other party would rely on such warranties and had reasonable grounds to proceed from such assumption. An appearance of Article 431.2 in the Civil Code of the Russian Federation makes one wonder over the following question: may the responsibility for provision of false warranties arise upon the circumstances if such warranties have been provided not to the party under the agreement but to a third party which relied on a mala-fide information and suffered financial losses in this respect?

and not for B).⁴²⁸ Soon a vast majority of Roman lawyers, as testified by the sources, started to think that an allocation of a mandate in the interest of a mandatary is unnecessarily, “since what needs to be done by you in pursuit of your own interests, you should do on your own decision and not upon my mandate»⁴²⁹ (principle of autonomy of will). *Mandatum tua gratia* has reduced itself to a simple advice (*consilium*), which as specifically pointed out by the Roman lawyers, did not have any legal meaning under the general rule. “An advice (*constilium*), as accepted in the general rule, does not give rise to binding relations between the party given such advice and the party which has taken an advice”, “giving an advice dot not have a will to bind itself or another»; «an advice does not bind anyone and, therefore, does not have any binding force».⁴³⁰ From this point of view the person who has listened to a stranger’s advice, in accordance with a general rule, will not have even a right to claim: «...Consequently, if I, knowing that you have some free money at home, would persuade you to give them for an investment, then you would not be able to avail yourself with a claim of mandate, as if you have lent it to someone from who you will not be able to receive the money back. Equally, if I persuade you to buy one thing, even when a purchase of such thing is unprofitable for you, I would not be liable under the claim of mandate».⁴³¹ An exception to the rule when an advice does not give rise to any legal consequences is permitted only: 1) if an adviser demonstrates *dolus malus*, i.e. provision of knowingly false advice with a purpose of causing harm to another person;⁴³² 2) when a person under a special agreement (deed of guarantee) undertakes to be responsible for the consequences of fulfillment of an advice⁴³³ (for example, A advises B to purchase the shares with an obligation to be responsible for damages which might have been caused to B, should the latter follow his advice) or if he has acted as a court expert.⁴³⁴

For all intents and purposes, an analogous provision is contained in § 675 (2) German

⁴²⁸ Grimm D.D. *Lectons on dogma of the Roman Law* M., 2003. page 378.

⁴²⁹ *Private Roman Law: textbook* / Edited by I.B. Novitskiy, I.S. Preterskiy M., 1948, page 510.

⁴³⁰ *Roman private law: textbook* / Edited by I.B. Novitskiy; I.S. Pereterskiy; M. 1948, page 510; Grimm D.D. *Lectons on dogma of the Roman law*; M. 2003, page 379; Baron Y. *System of the Roman civil law*; SPb, 2005, page 765.

⁴³¹ Garrido M.H.G. *Roman private law: cases, claims, institutes*. M., 2005, pages 571.-572.

⁴³² *Roman private law: textbook* / Edited by I.B. Novitskiy; I.S. Pereterskiy; M. 1948, page 510.

⁴³³ Baron Y. *System of the Roman civil law*; SPb, 2005, page 765.

⁴³⁴ Grimm D.D. *Lectons on dogma of the Roman law*; M. 2003, page 379;

Civil Code: «A person who gives an advice or recommendation to another person, arising out the agreement, impermissible action or other legislative provision shall not be liable to compensate damage, caused by adherence to such advice or recommendation».⁴³⁵

From this point of view, a provision to another person of an advice, recommendation in the absence of contractual relations between the person giving an advice and a person who is following such advice, as all as absence of legal obligation to provide such an advice, in compliance with the general rule will not bring to liability on compensation of damage in the case if such advice or recommendation turns out to be incorrect. This actually attributes to the fundamental principle of civil law – principle of autonomous will.

However, in our situation we speak not only about giving an advice, recommendation but about an expression of its professional opinion by means of giving an advice or recommendation which cannot be done irresponsibly. Let's view provision VI.–2:207 of the Model rules of the European private law (DCFR): «Harm as a sequence of trust to incorrect advice or unreliable information» which states: «Damage caused to a person as a consequence of taking decision on the basis of reasonable trust to an incorrect advice or unreliable information is legally relevant harm, if: (a) an advice or information comes from a person acting as a professional or within a framework of commercial activity, and (b) a person providing an advice or information knew, or as one can reasonably suppose, might have known that a recipient shall take a decision based on his advice or received information».⁴³⁶ Thus, the Model rules of the European private law does not exclude a liability towards a third person who has relied upon an opinion of the professional which turned out to be false, in the situation when a person providing the information was aware of or could have been aware of the fact that a third party will take a decision having relied on its advice or recommendation. It should be specifically noted, that such liability under DCFR is tort liability.

In Germany, to the contrary, a liability of a subject of special knowledge towards a

⁴³⁵ Civil code of Germany/ Scientific editor A.L. Makovskiy, M, 2006, page 204.

⁴³⁶ Pattern rules of the European Private Law / translated from English, Scientific Editor N.Y. Rasskazova, M., 2013, page 553.

third party who had reasonably relied upon professional opinion which by virtue of the committed negligence turned out to be a false one, and which resulted in the losses of a third party, bears, as paradoxically as it may seem, not tortious but contractual (quasi-contractual) character. It is explained in many aspects by the system of formation of the tort law in Germany.

Pursuant to § 823 (1) of the German Civil Code, a person who has knowingly or as a result of negligence causes harm to life or health, infringes one's liberty, ownership or another right of different person, shall be obligated to compensate the injured party for caused damages. In doing so, the German Civil Code stipulates a liability for damages, caused by unlawful and guilty actions only to those valuables of another person which are listed in this very paragraph and, namely: life, health, freedom, ownership or other "right which belongs to it in compliance with the law".⁴³⁷ And the loan right to claim as such does not fall into the category of "other right" in the sense of § 823 paragraph 1 of the German Civil Code.⁴³⁸ A compensation for damages caused to the proprietary interests may be requested only in the case, if the consequence of this action will be further violation of benefits listed in this legal norm. If as a result of guilty actions of another person, an injured party suffered pure economic loss (pure economic loss)⁴³⁹, which will not result in harm to his individuality, ownership or to another right owned by him, he will not be able to advance a claim on the basis of § 823 paragraph 1 the German Civil Code.⁴⁴⁰ Let's consider an example. Let's assume that an excavating machine of a certain construction company damaged the high-voltage cable that was in the place of land works being performed by this company and, as a consequence, the factories which are located

⁴³⁷ Tsvaigert K., Koetz H. Introduction into the comparative jurisprudence in the sphere of private law, Volume 2 M., 1998, pages 363-364.

⁴³⁸ As mentioned in literature, all rights listed in the paragraph 13 of 823 of the German Civil Code bear an exclusive (life, freedom) or absolute (property right) character. In this sense, from the positions of systematic approach and «other rights» should also possess an absolute or exclusive character // (Shmagin A. Basics of the German methods of interpretation of law// Vestnik of civil law, 2012. № 4, page 257).

⁴³⁹ In the western doctrine the following idea is quite popular: an idea regarding the fact that the losses occurred in connection with the provision by the holder of special knowledge (for example, auditors, evaluators) of untrue or incorrect information is referred to a special category of "pure economic losses" which do not constitute a consequence of causing "physical" damage to a person or to his/her property, or any other violation of his/her rights as a result of a legal conclusion on the fact that the economic losses may not be compensated or at least the amount of compensation must be significantly reduced is rather common in many foreign jurisdictions. We will set our hands on a detailed analysis of a doctrine regarding the pure economic losses further.

⁴⁴⁰ Tsweiger K; Koets H. Indicated works, page 366.

in different area are cut off electricity. Will the construction company be liable for tort under § 823 paragraph 1 of the German Civil Code? An answer depends on the fact what is the nature of damage caused by a power supply shutdown. If the equipment did not function because of this fact, which resulted in decrease of the produced goods, a company may not demand compensation of losses from the construction company since its guilty actions have caused pure economic loss. And, vice-versa, if a power supply shutdown was a reason of breach of process of chicken hatching in an incubator of a poultry factory as a result of drop in temperature, then we are dealing with a “cause of damage to the property”. And a construction company shall be obligated to compensate not only the cost of un-hatched chickens but all other economic losses.⁴⁴¹

Thus, in accordance with the German law, pure economic losses under the rules of torts shall not be subject to compensation,⁴⁴² which obstructs making qualification as tort demand of a third party to the holder of special knowledge on compensation of losses in connection with “defective nature” of the provided information.

In many aspects seeking the elimination of gaps in the tort law of Germany, a construction of agreements with protective effects for third parties is being used. Thus, in 1930 the Supreme Imperial Court considered the case, the circumstance of which had boiled down to the following.⁴⁴³ A householder has entered into an agreement with the company on repair of a gas stove. After the repairs, the gas stove exploded because of negligence committed by the engineer of the company, as a result of which the housemaid hired by the householder for cleaning of the apartment was injured. Court has satisfied the claim of the housemaid out the agreement with the company on compensation of losses, as it is supposed, that the agreement between the company and the landlord “contains and agreement on protection of interests of a third party”. This agreement does not constitute an agreement in favour of a third party since the plaintiff could not demand from a company a fulfillment of obligation to repair a gas stove. But at the same time, the agreement between the company and the landlord gives rise as a consequence to an

⁴⁴¹ In the same place.

⁴⁴² Apart for the situation when pure economic losses are charged along with the actual damage.

⁴⁴³ In the same place, page 186.

“agreement on protection of interests of third parties”, since a bona-fide and thorough fulfillment of the obligations taken upon the company is included into the company’s liabilities, including, *inter alia*, a liability of the company towards the plaintiff.

Modern court practice of Germany acknowledges that the third parties have a right to claim out of the agreement not only in the cases when a third party demands compensation of losses in connection with bodily damage and material harm, but also in the situation of causing “pure material harm” to him. A situation is with protective consequences of validity of the agreement on expertise which can be applied to third parties in the case when a holder of special knowledge was aware or must have known that the third party receives information which would be relied upon as well as undertake corresponding actions, having relied on such information and having trusted the received data, is given as a typical example.⁴⁴⁴

In connection with the reform of the liability law of Germany, an agreement with protective effect for third parties was legally attached in the German Civil Code. Paragraph 2 § 241 of the German Civil Code states: “In compliance with the contents of the obligation each of the parties may be obligated to take into consideration the rights, legal benefits and interests of the other party”. By virtue of Clause 3 § 311 of the German Civil Code, the liability containing the obligations in compliance with paragraph 2 § 241 may also arise in relation to persons who must not become the parties to the agreement. Such liability occurs, in particular, when a third party exercises a special trust and thus, makes a significant influence on preliminary negotiations or on conclusion of an agreement.⁴⁴⁵

It is noteworthy, however, that the German law gives us an example of a diversified approach to the issue on proprietary liability of an out-of-court expert and expert appointed by court. If a liability of an out-of-court expert under the German Law is built on quasi-contractual fundamentals, then a liability of an expert appointed by court, constitutes a tort liability. Thus, in 2002, some amendments were introduced into the

⁴⁴⁴ Fogelson Y.B., Efremova M.D. Agreements in favour of third parties. Experience of non-dogmatic research: monography. M., 2014, pages 63-64.

⁴⁴⁵ Civil code of Germany: introductory law to the Civil Code: translated from German/ introduction compiled by V, Bergmann, scientific editor T.F. Yakovleva, M. 2015, page 87

German Civil Code, and, as a result of such amendments on the basis of § 839a of the German Civil Code, the experts appointed by court, started bearing a civil and legal liability towards the parties of the case for a harm, caused as a result of provision of a defective expert opinion.⁴⁴⁶ Paragraph 1 § 839a of the German Civil Code says: “If an expert appointed by court knowingly or upon gross negligence presents an incorrect opinion, he will be obligated to compensate for damages caused to the party of the court proceeding by issuance of a court resolution which was based on his/her false opinion”. In compliance with paragraph 2 § 839a to the above-mentioned article paragraph 3 § 839 applies accordingly, by virtue of which “an obligation of compensation does not occur if for the purpose of prevention of wrong, an injured party has knowingly or as a consequence of negligence, has not disputed a resolution». ⁴⁴⁷

A whole range of circumstances makes themselves conspicuous. First of all, the legislator has extended the limits of liability of the court expert, since § 839a of the German Civil Code also envisages for a basis of compensation of pure economic losses as well. Secondly, a court expert bears a liability stipulated in § 839a of the German Civil Code as in the case when it acts in the civil proceeding, and upon conduction of an expertise within a criminal proceeding. Thirdly, a court expert shall be liable in case of premeditation or gross negligence. Minor negligence committed by an expert may not serve as ground for being held legally liable.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Until this moment there were no special rules contained in the Civil Code of Germany pertaining to a responsibility of experts appointed by court. It is worth noticing, that the German court practice has successively declined a possibility for the parties to advance a claim towards a court expert appointed by court due to contractual or quasi-contractual relations. A claim arising out of contractual relations a party to the case could not have advanced toward an expert, since there was no concluded agreement between it and an expert. The German court practice also did not find any grounds in order to consider the relations between the parties to the case and an expert as quasiconttractual, since it has been underlined that the relations between court and an expert are regulated exclusively on the basis of a court order and not on the basis of any other civil and legal acts, the usage of which would allow to apply certain obligations of an expert in relation to court to some extent. Thus, German courts refused to consider an appointment of a court expert by court a circumstance providing a “protecting effect” (Markesinis B.S., Unberath H. *The German Law of Torts. A comparative treatise*, 4th edition, 2002. P. 898).

⁴⁴⁷ Civil code of Germany: Introductory act to the Civil code; translated from German by V Bergmann, scientific editor T.F. Yakovleva, M., 2015, page 296. It is accepted to consider the norm established in paragraph 3 of § 839 of the German Civil Code as a limitation of the liability of the executive person taking into account the guilt of the injured party (non-acceptance by the injured party of measures on prevention of harm by the legal remedies). Within the framework of validity of norms indicated in paragraph 3 of § 839 of the German Civil Code a principle of first turn (priority) of an initial legal defense (i.e. administrative and legal claims aimed against the act of power) over a secondary turn, which constitutes a responsibility of state for actions of executive persons, is taken into consideration (Blankenagel A., Kalinina I. *Compensation of harm caused by illegal actions in the Federal Republic of Germany: from personal liability of state servant to a liability of state using the back door // Legislation and economy M., 2005, № 12. pages 78-91).*

⁴⁴⁸ In this respect it is quite interesting how literature defines gross negligence. It is considered that a court expert acted with gross negligence when his/her behavior is obviously lower than the standard expected from the expert: an expert has breached

In the United Kingdom a special tort claim – negligence claim is used as a special tortious claim for holding of a holder of special knowledge (as court expert and out-of-court expert) civilly and legally liable. The following are included in the conditions for satisfaction of negligence claim: 1) a liability of a wrong-doer to observe necessary precaution measures (duty of care) within the interests of a circle of people to whom the injured party belongs to; 2) violation of obligation to observe a due duty of care by a wrongdoer; 3) occurred damage (of person or property) should be a consequence of negligence committed by a wrongdoer.⁴⁴⁹ Thus, in the countries of common law, in order to acknowledge a liability for causing of premeditated harm, it is necessary to prove not only the negligence in the actions of a defendant, but also the fact that such negligence served as cause of violation by him of a special liability to observe duty of care in relation to this injured party.⁴⁵⁰ The fact that an expert and the party which hired an expert are bound by contractual relations, as paradoxical as it may seem, bring not to the acknowledgement of the fact that an expert bears a contractual liability towards the party hired him, but, on the contrary, to the conclusion, that an expert's liability shall constitute tort; and a fact of conclusion of an agreement evidences that an expert has an obligation to demonstrate duty of care with respect to its counteragent, which serves as a ground for advancing a claim on negligence.

It is quite interesting that in this respect for a long time even in XX century, it has been considered that a producer of a defective goods does not bear a tortious liability towards the consumers, since it is responsible to observe necessary precaution measures, duty of care exclusively towards the purchaser of goods (its counteragent), but not towards the third parties which included the consumers of goods and with whom there exist not relevant agreements.

However, gradually this principle has started to mitigate. In the resolution passed on

the border between “this could have happened” and “this could have happened under no circumstances”. The samples of situations when the German court practice recognizes that an expert has acted with gross negligence one may call a case when an expert provides its expert opinion although he/she understands that he does not have an appropriate qualification as well as a case when an expert gives his/her conclusion without conducting of a visual examination, although it is required on the basis of an essence of the expertise. (Thiede T. *Civil Liability of Court-Appointed Experts in German Law // European Review of Private Law* 4-2013 [1081–1090], P. 1087).

⁴⁴⁹ Tsvaigert K., Koetz H. *Introduction into the comparative jurisprudence in the sphere of private law*, Volume 2m M., 1998, page 377.

⁴⁵⁰ Refer to the same document, page 380.

the case *Hedley Byrne Co., Ltd. v Heller Partners, Ltd.* (1964), the House of Lords came to conclusion that people who are professionally involved in conveyance of business information and giving recommendations and expert assessments in the sphere of business, and moreover doing this and that in accordance with generally accepted method, are subject to an obligation to observe a necessary good faith in relation to those people who (as they are aware or they will be made aware in advance taking into consideration a reasonable necessity) having received such information, recommendations and expert opinions, shall rely on its authenticity, correctness and anyhow will avail themselves thereof.⁴⁵¹

These are the main approaches for regulation of the issue on civil and legal responsibility of a holder of special knowledge (which is understood as broadly as it could: the subject of special knowledge includes an evaluator of real-estate as well, having relied on the conclusion of which, bank releases a loan to a borrower; and an auditor, having relied on the report pertaining to a financial status of the company, a counteragent enters into a transaction with a company; and a lawyer, having caused a harm to a third party as a result of the committed negligence and etc.) towards a third party. If the countries of the Anglo-Saxon law and DCFR adhered to a way of construction of special composition of a wrongdoing within a framework of tortious liability of subject

⁴⁵¹ Tsvaigert K., Koetz H. Introduction into the comparative jurisprudence in the sphere of private law, Volume 2 M., 1998, page 384. In the court practice of Great Britain one may find the following examples when a subject of special knowledge was held civilly and legally liable towards a third party:

- Bank which informed about gross negligence in response to an answer on inquiry for unclear information about the solvency of one of its clients, shall be obligated to compensate the inquiring party for damages, since upon these circumstances the bank should have been aware that an inquiring party while relying on data received from the bank, shall grant a loan to its client (*Hedley Byrne Co., Ltd. v. Heller Partners, Ltd.* (1964));

- The plaintiff requested a construction bank to provide him with a construction mortgage for financing of a house purchase planned by him, and at the same time he announced about his consent to pay at its own expense the work of an expert on verification whether a house may serve as a security of this loan. Following the fact that an expert has rendered a positive expert opinion, the construction bank informed the plaintiff that it did not have any objections concerning a loan. The plaintiff made a conclusion therefrom that a value of the house corresponded to reality and entered into the purchase agreement thereof. Soon it became clear that an expert had fulfilled its duties irresponsibly, and that the house was in a critical condition. The plaintiff demanded a compensation of damage. The statement of claim was satisfied by court, since the expert had been well aware of the common practice of provision of mortgage loans and, therefore, it should have known that not only the bank but the plaintiff trusted the correctness of an expert opinion and that the latter would serve a basis for entering into the transaction – agreement on purchase of the house (*Smith v Eric Buch* (1990));

- Responsibility of the attorneys, whose clients authorize them to compile and amend a will in favour of certain third parties. The courts came to conclusion that an attorney was liable to compensate the damage to a third party, if such attorney had procrastinated with due compilation of a will and then wrote it with gross negligence having breached the requirements advanced towards the form of a will, and following the death of a client it turned out that the will was not valid in respect to third parties (*White v Jones* (1995)). (Tsvaigert K., Koets H., The above mentioned works, page 386).

of special knowledge towards a third party, then German practice has developed a rather specific construction of agreement with protective effect for third parties, a sort of judicial fiction which helps a third party compensate losses caused as a consequence of trust to incorrect information provided by out-of-court holder of special knowledge, but by virtue of norms of tortious liability, but by virtue of contractual norms. Liability of a court expert in accordance with the German law falls within a category of tort.

It's noteworthy that upon seemingly opposite approaches of German and English lawyers towards the issues of liability of holders of special knowledge, one can observe more similarities than differences in these approaches. By using different legal constructions, German and English researchers, are trying, in a similar way after all, to solve a problem pertaining to establishment of circle of people in relation to whom a holder of special knowledge is obligated to demonstrate due care and, namely, to bear liability. Moreover, this circumstance provokes many researchers of problems associated with compensation of pure economic losses, avoid any connection with contractual and tortious qualification of the whole complex of legal relations in the sphere of economic category, which, upon their opinion, have a big potential for formulating of precise, internal uncontroversial conclusions as regards problems of compensation of pure economic losses caused by holders of special knowledge.

Getting back to the issue on liability of court expert towards the parties of the case for compiling a defective expert opinion under the Russian law, we would like to mention the following. It seems that a court expert, notwithstanding the fact that he is an independent subject of the proceeding which is legally bound exclusively with court, but not with the parties of the considered case, shall still be obligated to take measures of care and caution in the interests of the parties to the case. This obligation of care about the interests of the parties to the case boils down to an obligation of an expert to provide a high-quality expert opinion existing not only in relation to court but also in relation to the parties of the case in question.

An expert, having compiled as a result of committed negligence a defective expert opinion, may potentially cause damage to the following benefits: (1) a right of a party to the case for receiving an expert opinion which complies with the requirements of quality

established by law; (2) a right to court protection which the lost party has been deprived of as result of a defective expert opinion (as in the case with destruction of the object of expert opinion).

In the first case we speak about compensation of damage of the lost party in a way of expenses incurred for conduction of a legal expertise (real damage), which have not been compensated due to the fact that court, having acknowledged the expert opinion as defective, nevertheless did not pass – due to these or those reasons – a resolution on refusal to pay/decrease of amount of remuneration to be paid to an expert.

Here, potentially, one can discuss two feasible remedies of rights of the lost party: filing a claim in relation to a court act containing a resolution on payment of remuneration to an expert in full scope; advancing an independent claim towards an expert on compensation of unreasonably incurred expenses for conduction of an expertise.

On one side, a possibility of appealing by the interested party of a resolution on court expenses does not give rise to any doubts, taking into consideration the contents of Article 112 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation, Article 104 of the Civil Code of the Russian Federation. Moreover, in case of such option there occurs not risk of out-of-instance re-consideration of the case in connection with the defectiveness of the expertise.

However, in accordance with the general rule ⁴⁵² the monetary sums due to be paid to an expert, shall be paid immediately upon fulfillment by him/her of the obligations on conduction of expertise (part 1 article 109 APC RF, part 1 article 97 of CPC RF).⁴⁵³ It follows from this, that by the moment of passing of a court resolution (and namely when

⁴⁵² The provisions contained in part 6 of Article 110 of the Arbitration Procedural Code RF are the exception. The illustration of application of the indicate form is contained in Clause 24 of the Order of Plenum of the Supreme Arbitration Court RF as of 04.04.2014 № 23 «On certain issues of practice of application by the arbitration courts of the law on expertise» which stipulates that in exceptional cases, when under the objective reasons, an expert cannot calculate the expenses for carrying out of an expertise in advance, court, upon appointment of an expert, may determine a preliminary amount of remuneration to be paid to an expert. And upon fulfillment by an expert of his/her duties, the monetary sums in the amount of a preliminary size of remuneration are paid from a dipositive bank account of court; any additional sums taking into account part 6 of article 110 of the Arbitration Procedural Code RF shall be subject to be charged in favour of an expert (expert organization, company) from the parties taking part in the case in compliance with the distribution of court expenses.

⁴⁵³ In accordance with Clause 26 of the Order of Plenum of the Supreme Arbitration Court RF as of 04.04.2014 № 23 «On certain issues of practice of application by the arbitration courts of the law on expertise», a transfer of monetary means to an expert (expert organization, company) shall be performed from a dipositive bank account of court or at the expense of a federal budget of a financial service of court on the basis of a court act the resolution part of which the judge indicates an amount of monetary sums due to be paid to an expert. Court issues such act upon finalization of a relevant court hearing during which the expert opinion was examined.

a lost party is established, which shall be imposed with an obligation to compensate for court expenses including the expenses on a legal expertise), the monetary means in the majority of case would have already been transferred to a court expert from a deposit account of court. Here comes a question as to whether a lost party may, by appealing a resolution on court expenses, advance a claim towards an expert seeking the return of monetary means unreasonably transferred to him/her? It seems that an adequate remedy for the lost party (as well as means for guarantee of rights and legal interests of an expert) in this situation may be a submission of an independent claim on binding expert to return an unreasonably received sum of remuneration, since by this claims it, actually, “instigates” a new dispute of law with an expert, while as settlement of dispute of law demands exceptionally a claim form of protection. A procedural form of consideration of claims is not envisaged for settlement of disputes on law.⁴⁵⁴

We hereby note, that a condition for satisfaction of an independent tortious claim seeking compensation of expenses, unreasonably incurred by the lost party due to a legal expertise conducted in a defective manner, must be a preliminary confirmation of such “defectiveness” by court. In other words, a claim addressed to an expert may be satisfied exceptionally in the situation, when within a framework of an initial proceeding, an expert opinion was rejected as unsuitable, but, however, due to these or those reasons the court did not deprive an expert of his/her remuneration and, with this respect, a party is willing to levy a real damage in an independent proceeding. This is connected with the fact that such losses occur with a lost party as a result of non-fulfillment or improper fulfillment by expert of the obligations existing in relation to court. If the court did not reject an expert opinion as an improper evidence (namely by virtue of drawbacks of the expert opinion for which a court expert is liable), it means that a non-fulfilment of obligations of an expert towards court has not been established, which excluded a possibility for a lost party to compensate the losses within an independent proceeding.

Thus, out of all tort constructed by us earlier, which may be potentially committed by a court expert, in three cases one may speak about a compensation of a real damage to

⁴⁵⁴ M.Z. Schwarts “On legal nature of a claim pertaining to release of property from arrest (or once again about a phenomenon of opposing of court rulings)”// Arbitration disputes 2015. № 3, page 97.

an interested party, caused by the actions of a court expert: 1) in case of destruction or significant damage of object of a expertise that constituted a material value for an interested party (§ 1.1 chapter 3); 2) in case of causing of a significant damage to an interested party as a result of knowingly false expert opinion compiled by an expert (§ 1.2 chapter 3); 3) in case of a defective expert opinion compiled by an expert as a result of negligence, which has caused losses to a lost party expressed in unreasonably incurred expenses for conduction of a relevant court expertise (§ 1.4 chapter 3).

In all of the foregoing situations we are dealing with a rather curious construction: a non-fulfilment or improper fulfillment by a court expert (which may be intentional upon giving a knowingly false opinion, and made with gross negligence upon compiling of a defective expert opinion due to the committed negligence) of duties imposed on him/her arising out the relevant legal relations with court, causes this or that harm to a third person (party to the court proceeding). Thus, A (“customer” of an expert opinion in the person of court) and B (holder of special knowledge in the person of a court expert) are bound by an “agreement” the violation of which causes damages to C (third party in relation to an “agreement” entered into by and between A and B as presented by a party to the case which has suffered some damage).

The losses caused to the parties of the case by a court expert as a material damage or lost profit, from our point of view, may and must be subject to compensation with a help of mechanisms of tortious liability.

Here a question is bound to arise as to whether an idea, that the interests of justice demand that a court expert is able to fulfill its functional goal by means of providing to court its professional opinion, without an apprehension of being faced with material claims from the side of the discontent participants to the proceeding, can be an obstacle for holding an expert tortuously liable towards the parties to the case, i.e. the same idea which, as we have found out earlier, may potentially serve as a ground of immunity of a court expert under the Russian law? Since all torts which may be committed by a court expert considered by us earlier, are united by the fact that harm caused to the party of the court proceeding is a consequence of non-fulfillment or improper fulfillment by the court expert of the duties imposed on him arising out the procedural legal relations with court,

there is no conflict of interests between exercising justice and private legal interests of third parties interested in receiving compensation for the harm caused to them, the existence of which would have required a provision of immunity to a court expert. In contrast, the interested parties have a right to advance a tortious claim only in conditions, when a court expert has failed to fulfill its duties or has improperly fulfilled them towards court upon provision to court of the proper expert opinion.

It is rather unclear whether a risk of arising of secondary proceedings which may lie as a ground for affixing an immunity of court expert from being held materially liable, can be an obstacle for holding a court expert liable for committing a tort in the aforementioned circumstances. By virtue of destruction or material damage of an object of expert research, an expert could either has failed to conduct an expertise, as a consequence of which the court did not give an assessment to an expert opinion, or has conducted an expertise, but an interest of the party boils down not to a reconsideration of court decision, but to compensation of damage expressed in a loss of object of an expert opinion as a material object representative certain material value. In case of a harm is caused to an interested party as a result of provision by an expert of a knowingly false expert opinion, there will be no problem regarding an out-of-court reconsideration of the case, since a knowingly false expert opinion established by the ruling of court which came into legal force, by virtue of law shall be a newly opened circumstance serving ground for reconsideration of the court ruling which came into legal force. A preliminary acknowledgement by court of a defectiveness of an expert opinion shall be a condition for advancing claim towards an expert on compensation of the incurred expenses, whereby there will be no risk of secondary processes.

However in some cases, as shown above, we speak about causing by an court expert of rather specific damages, which, as we will be convinced during the course of further explanation, may be attributed to a specific category of “pure economic losses”, an issue pertaining to a possibility and limits for compensation of which shall be analyzed further. This relates to, first of all, losses caused by a court expert as a result of damage or destruction of an expert research by virtue of which a possibility of holding an expertise has been lost, which constitutes a violation of right for court protection (§ 1.1 chapter 3);

secondly, losses occurred as a result of negligence committed by an expert during compilation of an expert opinion, which diminishes the right for protection, if the losses associated with a lost chance for winning of the proceeding are charged. (§ 1.4 chapter 3).

§ 2. On the issue of limits of tort (delict) liability of the court expert

The cases wherein the losses occur in connection with provision by the holder of special knowledge (whether it is a bookkeeper, auditor, attorney, expert in the court of civil or legal court proceeding and etc.)⁴⁵⁵ of false or incorrect information are quite specific because of the fact that as a result of negligent actions of the holder of special knowledge is causing not “physical” (material) damage, but “pure economic loss”). An existence of a doctrine of “pure economic losses) is acknowledged in the German Law, as well as in the law of the countries of Anglo-Saxon law system.⁴⁵⁶ However, it is quite remarkable that until now there is no unified definition of this term. In the famous German textbook on tort law the pure economic loss is comprehended as follows: “worsening of somebody’s economic status (loss of income, devaluation of property’s value and etc.) which happens not directly as a result of causing of harm to a person or damage of certain property».⁴⁵⁷

Pure economic loss should be distinguished from so-called indirect (or secondary, consequential damages) which always constitute a consequence of the caused physical (material) damage and, in contrast with pure economic damages, are subject to compensation.⁴⁵⁸ Yet under the Roman law the plaintiff was able to claim from the judge not only the real damages (*damnum emergens*), but also the lost profit (*lucrum*

⁴⁵⁵ It should be noted that in this very context the category of “holder of special knowledge” (or “subject of special knowledge”) is understood to the greatest extent possible: not only a court expert is meant by it, but any other person who professionally deals with provision of business information, provides recommendations and expert opinions in the sphere of business (for instance: evaluator, auditor, attorney and etc.).

⁴⁵⁶ Dari-Mattiacci G., Schafer H.-B. The Core of Pure Economic Loss// International Review of Law and Economics 27 (2007) 8–28 [Electronic resource]. – URL: https://www.researchgate.net/publication/222647031_The_core_of_pure_economic_loss (reference date: 11.02.2021); Tuktarov Y.E. Pure economic loss//Losses and practice of their compensation M., 2006, page 138 – 168; Von Bar K. Liability for provision of information and expression of the opinion which caused “pure economic losses” to third parties //Private law, 1997, page 129.

⁴⁵⁷ Quotation of Tuktarov Y.E. Pure economic loss//Losses and practice of their compensation, M., 2006, page 139.

⁴⁵⁸ Bussani M., Palmer V.V. Pure economic loss in Europe. Cambridge, 2003 P. 5-8. [Electronic resource]. – URL: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002031345.pdf> (reference date: 11.02.2021).

cessans).⁴⁵⁹ There are some grounds allowing to make a conclusion on the fact that national laws of many countries which belong as to the continental law system and to the system of general law as well, consider the lost profit as indirect losses as a consequence of the material damage caused.⁴⁶⁰ Based on the analysis of literature, dedicated to compensation of losses in various legal systems, one may come to conclusion about existence of the following types of losses: real damage, lost profit (indirect losses) and pure economic losses.

Thus, pure economic losses may be defined as financial losses that, as a rule, are not the result of causing “physical” (material) damage to a person or his property, or any other violation of his absolute rights.⁴⁶¹ As we see, an attempt to give a definition to a term of “pure economic losses” ends by listing of those features which this definition does not include, which in itself in many aspects eliminates the value of such definition. Therefore, it should be expedient to give examples of disputes settled by foreign courts with application of the doctrine of pure economic losses.⁴⁶²

A following case may be named as a typical illustration of the dispute which refers to compensation of pure economic losses. Suppose, that during the works on reconstruction of a road of common use an employee of a construction company, as a result of a committed negligence, had damaged the cable and as a consequence the entire system of electricity of the factory C came to a halt. As a result of this the factory C bears pure economic losses due to an impossibility to carry on an output of products. Or, for example, leaking oil shall entail pure economic losses for the hotels located in the vicinity of the polluted river bank because of the outflow of tourists. Or a rather original example: as a result of the road accident a player of a football team hurts his leg and is not able to

⁴⁵⁹ Roman private law: textbook /edited by I.B. Novitskiy; I.S. Pereterskiy, M., 1948, page 377.

⁴⁶⁰ Van Dunné J. Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A comparatist’s view of the Civil Law-Common Law split on compensation of non-physical damage in Tort Law // *European Review of Private Law*, 4, 1999. [Electronic resource]. – URL: http://www.esl.eur.nl/fileadmin/ASSETS/frg/onderzoek/Emeriti/Dunne/Artikelen/engels/JvD_Website_Articles_English_Tab_3_1999.pdf (reference date: 11.02.2021).

⁴⁶¹ Dari-Mattiacci G., Schafer H.-B. The Core of Pure Economic Loss// *International Review of Law and Economics* 27 (2007) 8–28 [Electronic resource]. – URL: https://www.researchgate.net/publication/222647031_The_core_of_pure_economic_loss: (reference date 11.02.2021)

⁴⁶² In order to understand all variety of the possible situations of emerging of pure economic loss it is expedient to address Bussani M., Palmer V.V. Pure economic loss in Europe. Cambridge, 2003 P. 10-14. [Electronic resource]. – URL: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002031345.pdf> (reference date: 11.02.2021).

play within a period of 3 months, as a result of which the football club bears certain losses. Shall the football club be entitled to advance a claim on compensation of pure economic losses to the guilty party of the accident? As we can see, there can be plenty similar examples with different contents.

An independent category of cases connected with compensation of pure economic losses are, as we have already said, cases associated with losses occurred as a result of provision of a false or improper information by a holder of special knowledge. For example, an art gallery hires an expert, who, as a result of a committed negligence, announces a fake painting as an original one. A purchaser of this painting having discovered that it is a forgery, bears pure economic losses. Can he levy such losses from an expert? Or if an auditor A for the purpose of fulfilling its obligations under the agreement with a firm B, has compiled an auditing report, based on which firm C has acquired 90% of shares of the company in relation to which a relevant auditing verification has been carried out, at a significantly higher price, since the auditing report contained some inaccuracies committed only because of the negligence of an auditor. May the company C advance an independent claim towards A seeking compensation of pure economic losses? Or, for example, an attorney does not undertake any actions on duly fulfillment of client's request to draft a will, as a result of which the client dies without having left a will. Will a person, to whom a testator was willing to pass his property, but had failed to do so because of the negligence committed by an attorney, be able to advance a claim on compensation of pure economic losses?⁴⁶³

The aforementioned cases are consolidated by the fact that, first of all, that none of them speak about causing of "physical" damage to any material object owned by the injured party. Secondly, the caused damage is not connected with a breach of any absolute right of the injured party. And, at last, in none of the indicated cases the injured party was bound by contractual relations with a delinquent which would allow to demand at least compensation of pure economic losses which had appeared as a result of violation of the agreement.

⁴⁶³ Court was faced with a necessity to settle such issue in the case *White v Jones* (1995) 2 AC 207.

It should be noted that a focus on distinguishing between material (physical) damage and pure economic losses under the foreign laws is made only because of the fact that in the whole range of cases pure economic losses are not subject to compensation or an amount of awarded compensation is significantly limited. This circumstance can be explained differently.

First of all, compensation of pure economic losses may provoke an uncontrollable flow of claims, which may paralyze the activity of the entire court system. Let's suppose that a negligence committed by the defendant results in closing down of a highway, as a result of which thousands of people bear pure economic losses. If we suppose, that all injured parties advanced claims to court, then, as a final result, it will give rise to an administrative chaos.⁴⁶⁴ Thus, an acknowledgement of pure economic loss as subject to levy shall actually mean opening of "gateways", which is capable to cause real flood and collapse of the entire system of justice.⁴⁶⁵

Secondly, a necessity to compensate pure economic loss in its full scope imposes on a delinquent an exorbitant burden of liability which potentially may result in a bankruptcy of delinquent and, namely, threatens whole range of socially significant professions and lines of work.

Thirdly, pure economic loss differ from other losses in a way that they represent financial losses of the injured party which cannot be simultaneously the social losses (losses of the society as such) and, therefore, they are either not subject to compensation, or an amount of compensation should be limited and should equal an amount of social loss. We will explain our last thought by giving the following example. Is as a result of tort the house burnt down, the value of "main funds" of the society has decreased by the value of the burnt house. The damage caused to the owner of the burnt house in this case is equal to the size of damage suffered by the whole society (social loss). And the sum of compensation upon availability of the fact of the proved negligence committed by

⁴⁶⁴ Bussani M., Palmer V.V. Pure economic loss in Europe. Cambridge, 2003 P. 16. [Electronic resource]. – URL: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002031345.pdf> (date of access: 25.03.2021).

⁴⁶⁵ Quotation under Tuktarov Y.E. Pure economic loss//Losses and practice of their compensation, M., 2006, page 147.

delinquent and the cause-effect relationship shall equal the sum of social loss.⁴⁶⁶ This equal amount of damage of the private subject (owner of the house), social loss and loss of compensation does not exist in the cases when pure economic loss is caused. We will give the following examples. Let's assume that A is planning to purchase a house which belongs to C and hires an evaluator for carrying out a market estimation of the cost of the house liked by him. Evaluator B performs his work negligently, as a result of which the price of the house significantly has been significantly increased. And eventually, A, having relied upon opinion of the evaluator, buys a house at a higher price. This leads to two effects: 1) losses of the purchaser A; 2) profit of the seller C the amount of which is equivalent to the losses of A. Negligence committed by the evaluator entails the losses for a private subject (purchaser of the house A). However, social losses in this case will be equal to 0 since together with the losses of the purchaser A there is profit of the seller C. If the losses occurred as a result of a material damage, entail a destruction of value of the "main funds" of the company, then pure economic losses, as a rule, shall be reflected in a redistribution of material values, their transfer from one private subject to another (in our example from A to C). In connection with this, private losses of the injured party in case of pure economic losses are bigger than social losses which, which, despite the losses incurred by a private subject are neutralized by profit of a 3rd party. Being stated here in a very shortened and simplified version, this theory (based on which a limitation of an amount of compensation of pure economic losses seeks one main purpose – achievement of economic effectiveness) owes its occurrence to the English researcher W. Bishop who tried to introduce an economic view on the problem of compensation of pure economic losses.⁴⁶⁷ W. Bishop draws the following formula: social losses = losses of private subject – (minus) profit of a third party. Upon redistribution of material values losses amount to 0. If a delinquent is forced to compensate to a full extent the pure economic losses of the injured private party in the conditions of absence of a possibility to receive a

⁴⁶⁶ Schafer H.-B Liability of Experts and the Boundary between Tort and Contract // Theoretical Inquiries in Law 3.2. (2002). P. 457.

⁴⁶⁷ Bishop W. Economic loss in tort// Oxford Journal of Legal Studies, 1982. [Electronic resource]. – URL: http://arch.neicon.ru/xmlui/bitstream/handle/123456789/3672507/OxfordJournalofLegalStudiesoxjlsj_2_1_2-1-1.pdf?sequence=1 (date of access: 25.03.2021).

compensation from 3rd party that had gained some profit, as a result, in accordance with W. Bishop there will be a disproportionately high level of due diligence required from a potential delinquent and it should be eliminated.

Following the foregoing reasoning of general nature, we will allow ourselves to speak further particularly about the cases where the losses occur in connection with a negligent provision by the holder of special knowledge of improper or false information, as a certain category of cases associated with causing of pure economic losses.

In the sphere of liability for a negligent provision of information by the holder of special knowledge as in no other, one can see a distinct necessity to take into account a level (standard) of due diligence and care required from the holder of special knowledge, adopted by this or that law order. If such standard is defined precisely, then, as it mentioned in the literature⁴⁶⁸, there are no problems: overcompensation shall not result in an unjustifiably high level of due diligence since the holder of special knowledge (he is a potential delinquent) will be aware of standard of care and diligence required in order to avoid a necessity to compensate for a caused damage.

However in a vast majority of cases, it is not possible to establish standards of care and diligence with a required accuracy. Exactly, *a priori*, it is known neither to court, not to a potential delinquent. In such conditions, a holder of special knowledge is forced to, at his own risk, choose from some possible standards such a standard to which he would adhere to. And he will bear a risk of the fact that a standard chosen by him shall be lower than a standard, finally determined by court, since only within a court hearing, when the parties to the case provide court with all actual information on the case, a required standard of care and diligence shall be established. Being exposed to a risk of choosing an improper standard of care and diligence and, namely, under a risk of necessity to compensate a caused damage, a holder of special knowledge shall be forced to adhere to a higher standard of care and diligence. As a result a high standard of care and diligence shall be formed. And, consequently the expenses of a holder of special knowledge for

⁴⁶⁸ For instance, Dari-Mattiacci G., Schafer H.-B. The Core of Pure Economic Loss// International Review of Law and Economics 27 (2007) 8–28 [Electronic resource]. – URL: https://www.researchgate.net/publication/222647031_The_core_of_pure_economic_loss (date of access: 25.03.2021).

keeping up such high standard shall grow. It should be noted that if in case of a committed negligence one demand a full compensation of the pure economic losses from the holder of special knowledge, it will result in an extremely high level of care and diligence required from the holder of special knowledge, which is not compliant with the interests of the society. A full exemption from reimbursement of pure economic losses will reduce incentives for holders of special knowledge to fulfil their duties with due care and diligence. A lower standard of care and diligence shall in the long term bring more and more cases of causing pure economic losses.⁴⁶⁹

Let's revert to our example with an evaluator who gives an improper expert opinion on cost of the house. In accordance with theory of W. Bishop, social losses in the indicated case shall be equal to 0 since there occurs a transformation of material values from A to C (along with the losses incurred by the buyer A there is a profit of the seller C). However, this automatically does not lead to conclusion that pure economic losses of the buyer A caused by the evaluator shall not be subject to compensation. It all boils down to the fact that the price of agreement with an evaluator may include protection from transformation of material values. It seems quite sensible to suppose that the purchaser A has hired an expert in order to avoid entering into a transaction which he/she may regret subsequently. By hiring an expert a seller is entitled to expect that upon fulfillment of its duties a holder of special knowledge will demonstrate due level of care and diligence, and will comply with the standards of its profession acting in such a way in order to minimize risks and possible losses of its client. Thus, the buyer pays to an evaluator not for anything else but for demonstration by the evaluator of a required level of care and diligence seeking to minimize a potential risk of unfavorable investment. The buyer pays for protection from risk of a bad investment, i.e. for protection from redistribution of benefit from A in favour of C. And if so, an evaluator must be liable towards A, since it has been included into the price of agreement notwithstanding a lack of social losses in this case.

⁴⁶⁹ Bishop W. Economic loss in tort// Oxford Journal of Legal Studies, 1982. [Electronic resource]. – URL: http://arch.neicon.ru/xmlui/bitstream/handle/123456789/3672507/OxfordJournalofLegalStudiesoxjlsj_2_1_2-1-1.pdf?sequence=1 (date of access: 25.03.2021).

Such a decision seems to be quite obvious and, most likely, it will be the same for various law orders, since the buyer A and an evaluator B are bound by contractual relation. However, the situation changes as soon as we allow that a compensation of pure economic loss shall be demanded not by the party to an agreement, but by a third party not connected with an expert by contractual relations. Let us suppose, that A due to some reasons declines from entering into a transaction, but passes on an opinion of an evaluator to his friend D who, having relied on such opinion, purchases a house at a higher price and bears certain losses. Will D be able to receive a compensation from an evaluator D for the pure economic loss caused to him? Or the agreement with an expert is entered into not by the buyer A but by the seller C. Buyer A, being a third party under the agreement between B and C relies on an expert opinion and purchases a house as a consequence of which bears some losses. In literature there is a position pursuant to which protection must be extended also on the injured third parties not being the parties to the agreement if the price of protection is not increased with alteration of an injured party.⁴⁷⁰ Violation of identity of an injured party does not result in an increase of a risk of expert's responsibility, since harm may be caused only once. "Risk of responsibility" of expert, if one may put it this way, is fully "included" in the price of agreement. The fact that an expert may be recognized «liable in relation to a bigger circle of people and not only in relation to a person with whom he is bound by contractual legal relations, should not affect a value of his risk. In this respect a principally important shall be the circumstance whether an expert opinion has been composed especially for the purpose of conclusion of future transaction.

Let's turn to an earlier given example with an auditor A, who for the purpose of fulfilling his obligations under the agreement with firm B, has drafted an auditing expert opinion, having relied on which C purchased 90% of the shares of the company which was an object of the audit at a significantly higher price, since the auditing expert opinion

⁴⁷⁰ For example, Dari-Mattiacci G., Schafer H.-B. The Core of Pure Economic Loss// *International Review of Law and Economics* 27 (2007). P. 13-14. [Electronic resource]. – URL: https://www.researchgate.net/publication/222647031_The_core_of_pure_economic_loss (date of access: 25.03.2021)

contained inaccuracies committed only because of the auditor's negligence. May C advance an independent claim towards A seeking compensation of pure economic losses?

The answer to this question shall depend on the fact for which purposes the audit has been conducted. Let's assume that the audit has been conducted for internal purposes of the company and not for the purposes of conclusion of the transaction on sales of the company's assets. An opinion of the audit has been prepared not for the purposes of its transfer to a potential buyer of the company's shares. The management of the company does not have a wish to pay for protection from transfer of material values, as a result of which such protection was not included in the price of agreement with an auditor. From this point of view a responsibility of an auditor towards a third party in this situation should either be fully excluded or should be significantly restricted. Otherwise an auditor shall be forced to experience a constant risk of responsibility in relation to an indefinite circle of third parties, as a consequence of which an insurance cost of his professional liability will increase together with a sum of remuneration under the agreement on carrying out an audit expertise. A management of the company shall be forced to pay a disproportionately high price for the services of the auditor, while a third party will unjustifiably receive a profit under the agreement to which it is not a party, and it has not paid anything for provision of protection from possible transfer of material values leading to pure economic loss.

The above-mentioned consideration reflect an economic view of the problematic of compensation of pure economic loss occurred as a result of provision of information or expression of opinion by the holder of special knowledge. The legal contents of the above-mentioned problematic is derived from a legal qualification which will be attributed to a complex of legal relations and, namely: whether we acknowledge a delinquent or contractual (quasi-contractual) basis for compensation of pure economic loss which is suffered by the third party having relied on an improper recommendation, advice or an expert opinion of a person who possesses special knowledge in this or that area. In other words, in its legal content, an issue on civil and legal liability of the holder of special knowledge – is the issue on where there is a dividing line between a tort and contract law.

Does the content of Article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation cover reimbursement of pure economic loss?

On one hand, a principle of general tort may be perceived as a unique regulation on compensation of any harm which is characterized by an utmost abstractness. In this meaning, any harm (provided that there exist other conditions of holding tortuously liable) shall be subject to compensation including harm caused by the holder of special knowledge (expert).

Nevertheless, as soon as we compare the provisions of Article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation with an analogous provision of the French Civil Code (hereinafter referred to as “the FCC”), we will be convinced that the FCC contains a more broad formulation revealing a principle of general tort, than the one given in the Civil Code of the Russian Federation. Thus, article 1382 of the Civil Code of France states as follows: “whatever an action of a person causing harm to another person may be, the one who is guilty in having caused such harm, shall be obligated to compensate it”⁴⁷¹. If pursuant to the French Civil Code any caused harm is subject to compensation, including compensation of pure economic loss, then in accordance with the Civil Code of the Russian Federation only “harm caused to a person or property of a citizen as well as harm caused to a property of a legal entity”.

Above we have mentioned some provisions from paragraph 823 of the German Civil Code which provide for a liability for a harm caused by illegal and guilty actions to only those values of another person protected by law, which have been listed in its text, and, namely: life, health, freedom, property or any “other right owned by him” and pointed out, that a subjective right does not constitute an “other right” in the meaning of § 823 paragraph 1 of the German Civil Code.

Article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation in this sense occupies an intermediate position between similar provisions of the French and German laws.

⁴⁷¹ French civil code /translated from French by A.A. Zhukova, G.A. Pashkovskaya, SPb, 2004, page 745.

Respectively, two opposite approaches can be noticed, - let's call them conditionally "contractual" and "tortious" – which exist in the local literature pertaining to a settlement of phenomenon of reparation of pure economic loss.⁴⁷²

D.E. Bogdanov speaks in favour of an expanded definition of the category "harm" under Article 1064 of the CC RF and on inclusion thereto of pure economic loss. He thinks that Article 1064 of the Civil Code of RF is more closer to a French approach rather than to the German, and should not be interpreted restrictively.⁴⁷³

I.V. Beklenishev adheres to a contrary position. Tort law, in accordance with his opinion, "may commence its validity only in those cases when material harm has been caused to a person. In connection with causing of such damage, non-received profit (lost profit) may, by all means, be subject to compensation. Meanwhile, tort law is traditionally not applicable there where a lost profit occurs not in connection with a real loss (protection of such interests has always been a prerogative of contractual law.) So, there is no harm, there is no tort». ⁴⁷⁴ In other words, I.V. Beklenishev supposes that for arising of a tort claim, it is necessary to state a fact of causing of the real damage, i.e. physical (material) damage which is not in case of causing pure economic loss. A tortious claim, in accordance with her opinion, cannot be advanced due to the fact that the loss incurred by third parties constitute not decrease of their property but only a non-receipt of desired income. Traditionally it is considered that an interest of a person in restoring of such decrease in property shall be subject to protection by remedies arising out of contractual obligations. In other words only an interest of a party whose existence is conditioned by

⁴⁷² It should be said that some authors refuse to examine an issue pertaining to the compensation of pure economic loss under the local law at all, considering a concept of pure economic loss to be not really viable. «The situations specified by rather unusual terms of civil law, - writes O.N. Sadikov, meaning various cases of emerging of pure economic loss in the foreign law systems, - do not require an introduction of an unusual economic-technical terminology and may be successfully settled within a framework of traditional categories of civil law, the main of which are wrong-doing, casual connection, actual damage and lost profit») (Sadikov O.N. Losses in the civil law of the Russian Federation; M., 2009, pages 33-34). However, it cannot be left unnoticed that the court practice of last years is more often faced with the necessity of settling the cases very close to in their essence to those which in the Western law countries are settled by court by applying a doctrine on compensation of pure economic loss (for example, the Ruling of Supreme Court of the Russian Federation as of 11.05.2018 under the case № 306-ЭС17-18368, the Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation as of 22.05.2017 under the case № 303-ЭС16-19319). Upon such circumstances, the research in the sphere of studying the phenomenon of compensation of pure economic loss will inevitable become highly required and, moreover, it is obvious, such researches suppose a necessity to give a legal qualification for such new category as "pure economic loss" which may not boil down to "conventional" categories of national civil law.

⁴⁷³ Bogdanov D.E. Evolution of civil and legal liability from the positions of justice: comparative and legal aspect: monography, M., 2015, page 302.

⁴⁷⁴ I.V. Beklenisheva Civil legal agreement: classical tradition and modern tendencies; M. 2006, page 77.

contractual relations, a claim in respect to which can be advanced only to a counteragent, shall be subject to protection. By adhering to a restrictive interpretation of article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation and assuming, that pure economic loss may not be compensated in compliance with the local tort law, I.V. Beklenischeva suggests using a construction of an agreement with a conservation effect in relation to third parties: «an agreement concluded by the auditing company and its client, is an agreement by virtue of which an auditing company undertakes an absolute liability in relation to all third parties not to violate the rights and obligations of the latter».⁴⁷⁵

It is quite easy to see that differences between D.E. Bogdanova and I.V. Beklenischeva could be aligned with the differences in French and German approaches to settlement of the problem on compensation of pure economic loss. An analysis of local doctrine, as we have time to get convinced, allows to find arguments for substantiation of any variant of interpretation of Article 1064 of the Civil Code of the Russian Federation in light of perspective of compensation of pure economic loss. What opinion with respect of the above-mentioned matter do we adhere to?

As it appears there are all grounds for joining those researchers who suppose that the pure economic loss, even if they can be compensated, then only with a use of means of domestic law. O.S. Ioffe wrote: «an extra-contractual liability is carried out by means of establishment of a special obligation between the parties – on compensation of the caused harm... In contrast, a contractual liability does not give rise to a special obligation and shall be carried out by means of attaching a new obligation of a wrongdoer to the obligation existing between the parties (on compensation of damages, payment of fine and etc.)».⁴⁷⁶ Taking into consideration this difference between contractual and tortious liability, it should be noted, that between a third party to who the pure economic loss has been caused, on one side, and an injurer on the other side, there existed no such obligation before the fact of causing harm. The special obligation arises only following harm and constitutes nothing but an obligation on compensation of the caused harm. It does not follow from the circumstance that a tortious obligation towards a third party occurs from

⁴⁷⁵ I.V. Beklenischeva the same source.

⁴⁷⁶ Ioffe O.S., Tolstoy Y.K., New civil code of the RSFSR, L., 1965, page 231.

the fact of violation of the contractual obligation, that such obligation will have a contractual character and, therefore, there is no sense to borrow quasi-contractual construction from the German law, having referred to the narrow framework of domestic tortious law by analogy to the German law. Sooner, the discussed construction serves as an extra ground for re-consideration of thesis adopted in literature and pertaining to the fact that a tortious liability seeks recovery of losses as a consequence of violation of only absolute rights, but not relative rights.

A subject of special knowledge entering into legal relations with the customer under the agreement on conduction of expertise, undertakes an obligation on taking care about the interests of 3rd parties – potential addresses of his work, notwithstanding the existence of contractual relations with the latter. This obligation exists in relation to those third parties with respect to whom at the moment of conclusion of the agreement a subject of special knowledge knew or could have supposed that they would take this or that decision having based on the information received from the subject of special knowledge (or contained in its conclusion). A violation of obligation on carrying out a duty of care about the interests of third parties can serve as a basis for arising of tortious obligation.

An absolute obligation with respect to all other third parties not to violate the rights and interests of the latter, having public and legal nature, is derived by I.V. Beklenischeva as well,⁴⁷⁷ but she does it only with a purpose of implementing a German construction of an agreement with a protective effect for third parties in the Russian legal system. We, in contrast thereof, are inclined to the following conclusions: (1) an obligation does not bear an absolute character, since it exists not in relation to all third parties but in relation to a certain category of third parties which have taken a decision having relied on conclusion made by the subject of special knowledge, which was known to or must have been known at the time of conclusion an agreement on conduction of a relevant expertise; (2) breach of this obligation shall constitute a ground for arising of a tortious obligation between an executor under the agreement (subject of special knowledge) and a third party.

The above-mentioned is fair for settlement of issue on holding both court and out-

⁴⁷⁷ Beklenischeva I.V. Civil and legal agreement: classical tradition and modern tendencies. M, 2006, pages 77-78

of-court experts materially liable in relation to third parties. But if for a settlement of issue on liability of an out-of-court expert the following shall have a significant meaning: an interpretation of the conditions of agreement preceding a conclusion of the agreement behavior of the parties; investigation of circumstance whether a holder of special knowledge has inserted into the price of agreement a risk of being held liable not only towards a counter-agent, but also towards other third parties – addresses of the expertise conducted by him and etc., in other words, an analysis of those facts which would allow to answer a question for which purposes the subject of special knowledge had carried out the expertise and, therefore, who falls into the circle of those third parties which may advance to a holder of special knowledge an independent claim, then as regards the court expert the situation is absolutely unambiguous: in all cases the parties to the case have all grounds to rely on the results of a court expertise and a court expert must always reasonably suppose that a result of an expertise conducted by him may have an impact on the rights and obligations of the participants to the proceeding.

Such decision is explained by the fact that if in the case with a court expert a circle of third parties which may rely on his professional opinion is known to the expert and is limited to, then in the case with an out-of-court experts, we potentially deal with a more expanded circle of third parties who could have relied on an opinion of a subject of special knowledge and bear financial losses in connection with its false position.

Moreover, a customer of a an expert opinion as part of the price always pays implicitly for a guarantee of quality of an expert opinion, and, the holder of special knowledge, in its turn, includes into the price for his services a risk of holding him/her liable in the case if an expert opinion turns out to be false. Since the expenses for carrying out a court expertise are imposed on the parties to the case, one may state, that they pay for provision by a court expert of a guarantee of quality of an expert opinion, and therefore a regulation during which the parties will be able to compensate their losses in case of provision of defective services to them, shall be justified. Moreover, the losses in relation to the parties of the case bear predictable nature for a court expert. In case with out-of-court experts in this or that sphere of special knowledge, a nature of services being rendered by them potentially allows usage of information provided by them by an

indefinite circle of third parties who have not paid for a guarantee of quality of an expert opinion. It is a customer of an expert opinion who has paid for it or third parties (and a limited circle of third parties) to whom a customer has transferred a result of the conducted expert research for a separate remuneration or should have transferred under the condition of agreement on rendering of a relevant expertise. It would be unfair and extremely dangerous for law and order to impose on an out-of-court expert a burden of being liable for pure economic loss of all third parties, who, having relied on his/her opinion did not a) participate in payment for his/her services; and were not direct or implied addressees of the opinion compiled by him.

A boundary situation arises in the case if an opinion of an out-of-court expert provided by a participant to the proceeding will be considered during the course of court hearing. Here a defining moment shall be a circumstance whether a pre-trial expert was aware or should have been aware of the fact that his/her opinion would be consequently used in court. If he knew this or must have known this, then an out-of-court expert must be held materially liable for possible losses not only in relation to a customer of an expert opinion, but in relation to the parties of the case where such opinion, which turned out to be defective, had been presented.

Let's return to a question about the fact that whether a loss caused by a court expert should be subject to compensation from the point of view of the Russian law and if yes, to which extent, which we have delegated to a category of pure economic loss and, namely: 1) loss occurred as a result of damage or destruction of an object of an expert opinion, by virtue of which a possibility to carry out a relevant expertise has been lost which constitutes a violation of right for protection of court (§ 1.1 chapter 3); 2) loss occurred as a result of negligence committed by an expert in the expert opinion, which may constitute diminution of the right for protection, if the losses associated with losing of a chance to win a process, shall be charged (§ 1.4 chapter 3).

On one side, first category of losses may be delegated not exactly to a pure economic loss, but rather to indirect losses as a consequence of material harm, i.e. lost profit, since diminution of right for court protection occurs as a result of destruction of an object of expert opinion representing in itself a certain material value for a person to

which it belonged, i.e. as a result of material harm. From this point of view there are no doubts to assume that a lost profit, as long as a material damage caused by the court expert, should be subject for compensation in full scope.

On the other side, an attribution of losses caused by damage or destruction of an object of expertise, by virtue of which a possibility to carry out an expertise is lost, to a lost profit would be a simplification to a certain extent, since, a property value of an object of expert opinion will, in a vast majority of cases, be absolutely insignificant if compared with a following diminution of the right for court protection. And, therefore, when defining a nature of such losses it is unlikely that a decisive meaning should be given to a fact that a diminution of right for court protection was preceded by a destruction of object of court expertise as a material source of information; secondly, not in all cases a demand to levy pure economic loss as a diminution of right for protection shall appear exactly with that party to the case for which an object of an expertise represented a certain property value.

In this respect, loss caused by damage or destruction of a subject of expert study, as a result of which it is impossible to establish a fact in question with a use of special knowledge, shall be attributed to a category of pure economic loss, since: (1) include not causing of “materialized” damage but a diminution of right for court protection; (2) do not constitute a consequence of violation of rights of an injured party; (3) appear with a party to a court proceeding as a result of non-fulfillment or improper fulfilment by a court expert of the responsibilities arising out of legal relations with court.

The mentioned losses must be compensated in full scope, since their compensation does not violate a single one of principles being at the heart of idea of an expert’s immunity from being held materially liable. Since, first of all, compensation thereof does not impede an implementation of function imposed on an expert, since the third parties have been harmed by the actions which simultaneously constitute non-fulfillment of obligations towards court; secondly, their compensation does not entail a risk of out-of-court reconsideration of case, since in connection with destruction or damage of subject of an expert opinion, an expert was either unable to present a relevant expert opinion, meaning that the court did not access it, or presented such legal opinion, but it is

impossible to conduct another expertise which could refute the findings of an initial expertise.

Another situation occurs in the case of compensation of losses caused as a result of committed negligence in a defective expert opinion, which may constitute a diminution of right for protection, if the losses associated with a lost chance for winning a case are being charged. Levy of such loss presupposes that an independent claim towards an expert may be satisfied, notwithstanding the fact that during an initial proceeding the court had adopted an expert opinion and passed a resolution having relied on such expert opinion. However, the lost party in a secondary proceeding managed to prove that an expert opinion was disadvantageous and that this party was supposed to win the dispute. In such case a loss by the lost party of a chance to win a proceeding may be qualified as pure economic loss, which it is willing to charge from a court expert.

It seems, however, that a possibility of charging of pure economic loss in such a situation must be prevented, since in contrast to the situations identified by us earlier, the losses that potentially may be caused to the party of court proceeding by a defective opinion, shall not be a consequence of non-fulfilment by a court expert of his duties towards court. Unless a non-fulfillment by a court expert of his duties towards courts has been established (which may be stated only by court itself),⁴⁷⁸ an interested party must be deprived of a possibility to endlessly reconsider the result of estimation of an expert opinion, otherwise it would entail an unwanted risk of out-of-court reconsideration of the case as well as would create an impediment for an expert to fulfill a duty imposed on him, without being afraid of getting exposed to proprietary claims from the side of dissatisfied participants of the proceeding, which would not be compliant with the interests of exercise of justice.

Thus, an immunity should protect a court expert when court (both of first and other instances) has considered that an expert opinion is made in a proper manner. If court

⁴⁷⁸ Such acknowledgement may be based on not only on the court of first instance but also on the high-ranking courts. For instance, court of first instance could not have questioned an expert opinion and passed a resolution on the basis of decision thereof, based on decision thereof, however, court of an appellate instance could have disagreed with such assessment and acknowledged that an expert opinion was not supposed to be accepted as a proper evidence due to the drawbacks for which a court expert is liable.

questioned the work performed by a court expert, for instance, having appointed a re-examination in connection with some drawbacks of the initial expertise committed upon fault of an expert; having indicated to the numerous faults of an expert opinion, by virtue of which court has rejected to accept the expert opinion as a due evidence and etc., this potentially may serve both as a ground for raising a question to refuse in payment/or decrease of an amount of remuneration from the side of court, and constitute a basis for commencing a tortious claim by the side of the case incurred these or those losses as a result of improper fulfillment by a court expert of the duties imposed on him/her.

While summarizing, we would like to point out, that validity of principle of the general tort in the Russian legal system means that, first of all, there exist all preconditions for compensation to an injured party caused by the actions of a court expert not only for the losses incurred as real damage or lost profit but also in some case pure economic loss; secondly, pure economic losses as well as other types of losses caused by a court expert, shall be subject to compensation in full scope. A sort of “restriction” of tort liability preventing a risk unlimited liability of an expert can be regarded the following fact that a court expert may be held civilly liable only in the event if his/her fault in a form of intention or gross negligence has been established, as well as causal relationship between tort and emerging of damage and economic loss with an injured party. Thus, *de lege lata* there are no grounds to assume that a tort liability of a court expert towards the parties of the case should be of a restrictive character.

However, a preliminary statement done by court pertaining to an improper fulfillment by expert of the duties imposed on him/her, shall be a condition for satisfaction of an independent tort claim from an interested party towards a court expert. Should such preliminary court statement is absent, such claim in relation to a court expert can't be satisfied, since the interests of exercise of justice require provision to a court expert of an immunity from being held civilly liable in such situation.

Conclusion

An immunity of the court expert from being held civilly liable constitutes a legal regime involving a prohibition for holding the court expert materially liable for an improper fulfillment of functions associated with conduction of the legal expertise.

In the national doctrine a problematic of court expert's immunity from being held liable has never been discussed; it has not been established at the legislative level; however an enforcement practice, which does not allow court to pass a resolution on decrease of amount/refusal of payment of a remuneration to the court expert in the event of compiling of a defective court opinion by the latter, indicates that *de-facto* the court experts enjoy immunity from being held materially liable.

As a political and legal ground of validity of the expert's immunity from being held civilly liable in accordance with the Russian law may serve, first of all, an idea pertaining to the fact that an exercise of justice would be impossible without presumption of the fact that a court expert fulfills the functions imposed on him/her in compliance with the law involving a proper discretion when expressing his/her profession opinion, without a fear of being exposed to any claims from the side of unsatisfied participants of the court proceeding; secondly, a risk of re-consideration of the case which is extremely undesirable for the interests of exercise of justice.

A principle of general tort, in compliance with which any harm, including that which has been caused by the expert, shall be subject to compensation, confronts the idea on immunity of the court expert from being held civilly and legally liable.

In the Russian law there exist neither legal, nor political and legal grounds for empowering out-of-court experts with an immunity from claim from the side of a party which acted as a customer of an expert opinion. The specifics of functions being performed by holders of special knowledge may explain a consolidation of the court expert's immunity, but it is not able to serve a reason for provision of immunity to an out-of-court expert.

For the purpose of defining of what should be prioritized in the Russian legislation: a necessity to protect the function performed by the court expert, which requires a

provision of immunity, or the fundamental rule pertaining to the fact that each and every violation of law must be remedied, which presupposes a possibility of involving an expert into a civil-legal liability, we have analyzed both: legal nature of relationship between the court and the expert, and a number of benefits being protected by law which may be potentially harmed by the court expert. This allowed us to draw the following conclusions.

The legal relations between the court and the expert emerge on the basis of a complex legal composition including (1) a resolution on appointment of the court expertise regulating the mere procedural legal relationship within a framework of legal bond “court-expert” based on power and subordination; (2) an agreement on conduction of a relevant expertise, which represents in itself a procedural agreement seeking to regulate proprietary aspects of legal relations between the court and the expert. The identified specifics of legal relations connecting the court and the expert, allows to make a conclusion on the fact that an existence of civil procedural legal relations with proprietary contents must be acknowledged in the system of civil and procedural legal relationship.

The court which is bound with an expert by an agreement on carrying out an expertise, as a customer of such expert opinion, reacting to a defective nature of the rendered service, shall be entitled to pass a resolution pertaining to refusal of payment/decrease of an amount of remuneration payment for an expert, provided that the expert is involved into the case on a compulsory basis and that it is empowered with the rights of third parties without a possibility of advancing independent claims, in order to avail him/her of an opportunity to defend a *bona fide quality* of an expert opinion compiled by him/her. Such form of liability constitutes a consequence of failure to fulfill an existing duty on provision of *bona fide* expert opinion by the court expert in relation to court.

The court expert should not have an immunity from measures of restricted civil and legal liability to be applied to him/her by the court that is considering the case in question and assessing the results of the expert’s work; measures in refusal to/decrease of an amount of remuneration due to be paid to the expert as a reaction for improper fulfillment of his/her duties in relation to court. An acknowledgement of possibility of refusal to

pay/decrease of an amount of remuneration due to be paid to the expert corresponds with the interests of exercise of justice to a much bigger extent, than a full immunity of expert from being held civilly liable, which does not allow the court to suppress bad-faith actions of the court expert who is avoiding proper fulfillment of his/her duties.

A non-fulfillment by the court expert of his/her duties towards court may potentially cause not only harm expressed in real damage and the lost profit of the parties to the court proceeding, but also pure economic losses which are subject to compensation in full scope, provided that a guilt of expert for committing a gross negligence or having an intention to do so, has been established as well as a cause and effect relationship between tort and arising of harm or economic loss with an injured party. Such losses may be recovered by way of advancing an independent tort claim towards a court expert by the interested party. A preliminary statement of the court (within the framework of the case under which a conduction of court expertise has been appointed by court) pertaining to an improper fulfillment by a court expert of the duties imposed on him/her shall constitute a condition for satisfaction of such claim.

In the event a court statement confirming a non-fulfillment or improper fulfillment by the court expert of his/her duties towards court is missing, the interested party should be deprived of a possibility to reconsider the result of an expert opinion endlessly; other would result in an undesirable risk of re-consideration of the case as well as it would impede an expert from fulfilling a duty imposed on him/her, which constitutes a provision of a professional expert opinion to court without a fear of being exposed to proprietary claims from the side of unsatisfied participants of the process, which would not be compliant with the interests of justice.

Therefore, an immunity protects the court expert in the situations when the court (both of first and of higher instances) has resolved that an expert opinion has not been executed in a proper and due manner. If the court has questioned a performed work of the expert, for instance, by appointing a repetitive expertise in connection with the faults of an initial expertise committed by the expert; having specified the numerous faults of the expert opinion, by virtue of which the court refused to accept an expert opinion as a relevant evidence and etc., then this may potentially serve a reason for advancing a

question on refusal to pay/or decrease of an amount of remuneration from the side of court, as well as a reason for advancing a tort claim from that party of the case which had incurred this or that loss as a result of an improper fulfillment by the court expert of the duties imposed on him/her.

Bibliography

1. International acts

1.1. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Concluded in Rome on 04.11.1950) // Collection of Legislation of the Russian Federation. - 2001. - No. 2. - article 163.

2. Regulatory legal acts of the Russian Federation

2.1. The Constitution of the Russian Federation (adopted by popular vote 12.12.1993) (including the amendments made by Laws of the Russian Federation on amendments to the Constitution of the Russian Federation dated 30.12.2008 № 6-FKZ, dated 30.12.2008 № 7-FKZ, from 05.02.2014 № 2-FKZ, from 21.07.2014 № 11-FKZ, from 14.03.2020 N 1-FKZ [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.pravo.gov.ru> (date accessed: 25.02.2021)

2.2. Civil Procedure Code of the Russian Federation No. 138-FZ of 14.11.2002 //Collection of Legislation of the Russian Federation. - 18.11.2002. - No. 46. - article 4532.

2.3. Arbitration Procedure Code of the Russian Federation No. 95-FZ of 24.07.2002 //Collection of Legislation of the Russian Federation.- 29.07.2002. - No. 30. - article 3012.

2.4. Code of Administrative Procedure of the Russian Federation No. 21-FZ of 08.03.2015//Collection of Legislation of the Russian Federation. - 09.03.2015. - No. 10. - article 1391.

2.5. Criminal Procedure Code of the Russian Federation No. 174-FZ of 18.12.2001 // Collection of Legislation of the Russian Federation. -24.12.2001. - No. 52 (part I). - article 4921.

2.6. The Civil Code of the Russian Federation (part one) of 30.11.1994 No. 51-FZ// Collection of Legislation of the Russian Federation. -05.12.1994. - No. 32. - Article 3301.

2.7. Civil Code of the Russian Federation (part two) of 26.01.1996 No. 14-FZ // Collection of Legislation of the Russian Federation. - 29.01.1996. - No. 5. - article 410.

2.8. City planning code of the Russian Federation No. 190-FZ of 29.12.2004 // Collection of Legislation of the Russian Federation -03.01.2005. - No. 1 (part 1). - Article 16.

2.9. Law of the Russian Federation of 07.02.1992 No. 2300-1 “On Consumer Rights Protection”//Collection of Legislation of the Russian Federation. - 15.01.1996. - No. 3. - article 140.

2.10. Federal Law No. 40-FZ of 25.04.2002 "On Compulsory Insurance of civil Liability of Vehicle Owners" // Collection of Legislation of the Russian Federation. - 06.05.2002. - No. 18. - article 1720.

2.11. Federal Law No. 73-FZ of 25.06.2002 “On Objects of Cultural Heritage (Monuments of history and culture) of the peoples of the Russian Federation” / / Collection of Legislation of the Russian Federation. - 01.07.2002. - №26. - article 2519.

2.12. Federal Law No. 135-FZ of 29.07.1998 “On Valuation Activities in the Russian Federation”//Collection of Legislation of the Russian Federation. - 03.08.1998. - No. 31. - article 3813.

2.13. Federal Law No. 229-FZ of 02.10.2007 “On Enforcement Proceedings”//Collection of Legislation of the Russian Federation. - 08.10.2007. - No. 41. - article 4849.

2.14. Federal Law No. 63-FZ of 31.05.2002 “On Legal Practice and the Bar in the Russian Federation”//Collection of Legislation of the Russian Federation. -10.06.2002. - No. 23. - Article 2102.

2.15. Federal Law "On Amendments to Article 7 of the Federal Law "On Advocacy and the Bar in the Russian Federation" of 03.12.2007 No. 320-FZ //Collection of Legislation of the Russian Federation. - 10.12.2007. - No. 50. - article 6233.

2.16. Federal Law No. 73-FZ of 31.05.2001 “On State Forensic Expert Activity in the Russian Federation” (as amended on 08.03.2015) // Sobranie zakonodatelstva RF. - 04.06.2001. - No. 23. - article 2291.

2.17. Federal Law No. 68-FZ of 30.04.2010 "On Compensation for Violation of the Right to Judicial Proceedings within a Reasonable Time or the Right to Execute a Judicial Act within a Reasonable Time". - 03.05.2010. - No. 18. - article 2144.

3. Invalid regulatory legal acts

3.1. Civil Procedure Code of the RSFSR of 1964 (approved by the Supreme Soviet of the RSFSR 11.06.1964) // Vedomosti VS RSFSR. -1964. - No. 24. - Article 407 (the document is no longer valid).

3.2. Resolution of the Council of Ministers of the RSFSR of 19.04.1965 No. 485 "On approval of the Instructions on the Procedure and Amounts of Reimbursement of expenses and Payment of Remuneration to Witnesses, Victims, Experts, interpreters and witnesses in connection with a summons to the person conducting the inquiry, the investigator, the prosecutor or the court". - SP RSFSR – - 1965. - No. 7. - article 31 (the document is no longer valid).

3.3. Resolution of the Council of Ministers of the RSFSR of 14.07.1990 No. 245 "On approval of the Instructions on the procedure and amounts of Reimbursement of expenses and payment of Remuneration to Persons in connection with their summons to the bodies of inquiry, preliminary investigation, prosecutor's office or court"// SP RSFSR. -1990. - No. 18. - Article 132. (the document is no longer valid).

4. Draft regulatory legal acts

4.1. The concept of the Unified Civil Procedure Code of the Russian Federation (approved by the decision of the Committee on Civil, Criminal, Arbitration and Procedural Legislation of the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation No. 124(1) of 08.12.2014). – Access from the legal reference system "Consultant Plus" (accessed: 11.02.2021).

5. Foreign regulations

5.1. Senior Court Act 1981 [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/contents> (date of access: 25.03.2021).

5.2. The Civil Procedure Rules 1998 [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.statutelaw.gov.uk/> (date of access: 25.03.2021).

5.3. Federal Rules of Evidence [Electronic resource]. – Access mode: <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf> (date of access: 25.03.2021).

5.4. Civil code of Germany: introductory law to the Civil Code: translated from German/ introduction compiled by V, Bergmann, scientific editor T.F. Yakovleva// M.: Infotropic Media, 2015, - 888 pages.

5.5. Civil code of Germany: introductory law to the Civil Code: translated from German/ introduction compiled by V, Bergmann, scientific editor A. L. Makovsky//M.: Walters Kluwer, 2006, - 816 pages.

5.6. Pattern rules of the European Private Law / translated from English, Scientific Editor N.Y. Rasskazova//M.: Statut, 2013. - 989 pages.

5.7. French civil code /translated from French by A.A. Zhukova, G.A. Pashkovskaya// SPb.: Legal Center Press, 2004. -1101 pages.

6. Books

6.1. Annenkov K.N. System of Russian civil law. Volume I. Introduction and General part, SPb: Printing house. M. M. Stasyulevich, 1910. – 709 pages.

6.2. Agarkov M.M. Selected works on civil law; in two volumes; Volume I. M.: AO “Center YurInfoR”, - 490 pages.

6.3. Baibak V.V. Obligatory demand as an object of civil circulation. M.: Statut, 2005. – 220 pages.

6.4. Baron Y. System of the Roman civil law : in 6 books. / Yu.The Baron. - SPb: Law Center Press, 2005. - 1102 pages.

6.5. Beklenischeva I.V. Civil legal agreement: classical tradition and modern tendencies/ I.V. Beklenischeva. - M.:Statut, 2006, - 204 pages.

6.6. Bogdanov D.E. Evolution of civil and legal liability from the positions of justice: comparative and legal aspect: monography/D.E. Bogdanov. - M.: Prospect, 2016. – 304 pages.

6.7. Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V.; Contractual law, volume 1, general provisions. - 3rd ed..-M.: Statute, 2011. - 847 p.

6.8. Bratus S.N. Legal liability and legitimacy : An essay on theory / S. N. Bratus. - M.: Yurid. Lit., 1976. - 216 p.

6.9. Vaskovsky E. V. Textbook of civil procedure/E.V. Vaskovsky. – M.: Publishing house of the Bashkamovs, 1914. - 372 p.

- 6.10. Galperin M.L., Liability in the civil court proceeding: actual issues of theory and procedural policy/ M. L. Galperin. – M.: Volters Kluwer, 2011 – - 256 p.
- 6.11. Gambarov Y.S. Civil law; general part Vol. 1. Part general / Yu. S. Gambarov/ - SPb: Type. M. M. Stasyulevich, 1911. -793 p.
- 6.12. Garrido M.H.G. Roman private law: cases, claims, institutes/ M. H. G. Garrido; translated from Spanish; edited by L. L. Kofanov. - M.: Statute, 2005. - 812 p.
- 6.13. Civil law: textbook 3, volume 1, edited by A.P. Sergeev, M.: RG-Press, 2013. - 1008 p.
- 6.14. Civil law: textbook: in 3 volumes, 3 edited by Belov B.A. – M.: AO “Center YurInfoR”, 2003 - 960 pages.
- 6.15. Civil law: textbook 3, volume 3, edited by A.P. Sergeev, M.: RG-Press, 2011. - 800 p.
- 6.16. Civil law: textbook in 3 volumes, 3 / ed. by A. P. Sergeev, Yu. K. Tolstoy. - M.: TK Velbi, Publishing house Prospekt, 2005. - 784 p.
- 6.17. Civil law: textbook: in 2 volumes, 2 / ed. by O. N. Sadikov. M.: Kontakt, INFRA-M, 2007. - 608 p.
- 6.18. Griбанov V.P. Limits of exercise and protection of civil rights / V. P. Griбанov. - M.: Publishing house of the Moscow University, 1972. - 284 p.
- 6.19. Grimm D.D. Lections on dogma of the Roman Law / D. D. Grimm; edited by V. A. Tomsinov. - M.: Zertsalo, 2003. – 496 p.
- 6.20. Gurvich, M. A. Selected works: in 2 t. T. 2. / M. A. Gurvich; ed. T. E. Abova and others. - Krasnodar: Sovet. Kuban, 2006. – 544 p.
- 6.21. De Salvia M. Precedents of European Court of Human Rights. The governing principles of court practice which fall into the European Convention of protection of human rights and main freedoms. Court practice as of 1960 until 2002/ M. Salvia. - St. Petersburg: Yurid. Center Press, 2004. - 1072 p.
- 6.22. The Digest Of Justinian. Translated from Latin. Vol. 2: Books 5-11 / ed.: L. L. Kofanov; ed.: A.V. Kopylov (scientific ed.), E. V. Kulagina, A.D. Rudokvas, V. A. Savelyev (scientific ed.), E. A. Sukhanov(scientific ed.), V. A. Tomsinov-M.: Statute, 2002. - 622 p.

- 6.23. The Digest Of Justinian. Translation from Latin. Vol. 7: Semitome 1: Books 45-47 / scientific ed.: V. G. Ulyanishchev; editorial board: V. S. Em, A. A. Ivanov, A.V. Kopylov, L. L. Kofanov (ed.), E. V. Kulagina, A.D. Rudokvas, V. A. Savelyev, E. A. Sukhanov (scientific ed.) - Moscow: Statute, 2005. - 552 p.
- 6.24. Eliseev N.G.; Procedural agreement/N. G. Eliseev-M.: Statute, 2015 – 368 p.
- 6.25. Zheruolis, I. The essence of the Soviet civil process/ I. Zheruolis; editors: A. Bulota, S. Vansevicius, I. Zheruolis, A. Zhurlis (ed.), E. Palskis. - Vilnius: Mintis, 1969. – 204 p.
- 6.26. Zeider N.B. Civil procedural legal relations/ N. B. Zeider. - Saratov: Publishing house of the Saratov University, 1965. - 74 p.
- 6.27. Iering, R. Interest and law/ R. Iering; Per.: A. Borzenko. – Yaroslavl, 1880. – 300 pages.
- 6.28. Ioffe O.S. Selected works on the civil law: From the history of civil thought. Civil legal relations. Critics of theory of “commercial law” / O. S. Ioffe; editors: V. S. Em, N. V. Kozlova, S. M. Korneev, E. V. Kulagina, P. A. Pankratov, E. A. Sukhanov (preface). – M.: Statut, 2000. - 777 p.
- 6.29. Ioffe O.S. Selected works, in volume 4, Volume III; Law of obligation; SPb; Publishing house “Legal center Press” / O. S. Ioffe. - St. Petersburg: Publishing house "Law Center Press", 2004. - 837 p.
- 6.30. Ioffe O.S., Tolstoy Y.K., New civil code of the RSFSR, / O. S. Ioffe, Yu. K. Tolstoy. - L.: Publishing house of the Leningrad University, 1965. - 447 p.
- 6.31. Ioffe O.S. Liability under the soviet civil law/ O. S. Ioffe; ed. by A. K. Yurchenko. - L.: Publishing House of the Leningrad State University, 1955. - 310 p.
- 6.32. Isachenko V.L. Civil process: Practical commentary to the second volume of Charter of the civil court proceeding. Volume 2/ V. L. Isachenko. - 2nd ed., ispr. and add. - St. Petersburg: M. Merkushev's printing house, 1910. -1038 p.
- 6.33. Krashennnikov E.A.; Structure of subject of law and a right for protection/E. A. Krashennnikov//The problem of the protection of rights and the Soviet civil procedure. - Yaroslavl, 1979. - Issue 4. pages 73-82.

- 6.34. Kudryavtseva E.V. Civil court proceeding of England: monograph / E. V. Kudryavtseva. - M.: Gorodets, 2008. – 319 p.
- 6.35. Kurochkin S.A. Private and public fundamentans in the civil process/ S. A. Kurochkin; scientific ed. by V. V. Yarkov. - M.: Infotropik Media, 2012 – 560 p.
- 6.36. Course of soviet civil procedural law; Theoretical fundamentals of justice on civil cases; two volumes; Volume 1/ Abova T.E., Gureev P.P.; Dobrovolskiy A.A.; Melnikov A.A. and other. - M.: Science, 1981. – 464 p.
- 6.37. Course of soviet civil procedural law; two volumes; Volume 2// ed. col.: A. A. Melnikov (ed.) and others. - M: Science, 1981 – 510 p.
- 6.38. Leist O.E. Sanctions and liability under the Soviet law; : Theoretical problems / O. E. Leist. - M.: Publishing House of the Moscow State University, 1981. - 240 p.
- 6.39. Meier D.I. Russian civil law; Volume 1 / D. I. Meier. - M.: Statute. - 1997. - 799 p.
- 6.40. Motovilovker E.Y. Theory of regulatory and conservatory law/ E. Y. Motovilovker; scientific editor O. Y. Baev. - Voronezh: Publishing house of Voronezh state University, 1990. - 136 p.
- 6.41. Musin V.A., Selected works / V. A. Musin. - SPb: Editorial office of the journal "Arbitration Court". - M.: Statute, 2014. - 455 p.
- 6.42. Nefediev E.A. About essence of civil process / E. A. Nefediev. - Kazan: Printing house of the Imperial University, 1891. - 230 p.
- 6.43. Pobedonostsev K.P. Forensic guidance: manual of rules, regulations and examples extracted from theory and practice of civil court proceeding with an entire index referring to court and administrative decision on this subject by Cassation Department of Senate. – M: Statut, RAP, 2004. – 431 p.
- 6.44. Pobirchenko I.G. Commercial jurisdiction; general knowledge / I.G. Pobirchenko. – Kiev, 1973 – 252 p.
- 6.45. Pokrovskiy I.A. Right and fact in the Roman law; Part 2; Genesis of jus praetorium / I.A. Pokrovskiy. - Kiev, 1902. – 209 c.

- 6.46. Pokrovskiy I.A.; History of Roman law / I.A. Pokrovskiy; Moscow State University of M.V. Lomonosov. - M., 2004. – 540 p.
- 6.47. Pokrovskiy I.A.; Right and fact in the Roman law; Part 2; Genesis of jus praetorium; Kiev, 1902
- 6.48. Practice of consideration of commercial disputes: analysis and comments of resolutions of the Plenum and observations of Presidium of Supreme Arbitration Court of the Russian Federation/edited by L.A. Novoselova; M.A. Rozhkova; Issue 6, M.: Statut, 2008. – 283 p.
- 6.49. Reshetnikova I.V. Evidence Law of England and the USA/I.V. Reshetnikova. – Ekaterinburg:Publishing house URGUA, 1997. – 240 p.
- 6.50. Private Roman Law: textbook / Edited by I.B. Novitsky, I.S. Preterskiy. - M., 1948. – 608 p.
- 6.51. Rozhkova M.A. Legal facts of civil and procedural law: agreements on protection of rights and procedural agreements[Electronic source]/.M.A. Rozhkova. - M.: Statut, 2009. – 332 p. URL: http://rozhkova.com/books_text/UFISOGLASH.pdf (date of access: 25.03.2021).
- 6.52. Sadikov O.N. Losses in the civil law of the Russian Federation/O.N. Sadikov. -M.: Statut, 2009. – 221 p.
- 6.53. Sakhnova T.V. Court expertise in civil cases: Educational practice manual/ T.V. Sakhnova. - M.:BEK, 1997. - 266 p.
- 6.54. Smirnov V.T., Sobchak A.A. General knowledge about tortious liabilities in the Soviet Civil Law / V.T. Smirnov, A.A. Sobchak. - L.:Publishing House of Leningrad University, 1983. – 152 p.
- 6.55. Treushnikov M.K. Court evidence / M. K. Treushnikov. – M.: Gorodetz, 2004. – 272 p.
- 6.56. Criminal law of Russia. Specific part / Edited by N.M. Kropachev; B.V. Volzhenkin; A.I. Boitsov. – SPb, 2010. – 1623 p.
- 6.57. Fleishits E.A. Obligations arising out of causing of harm and ungrounded enrichment / E.A. Fleishits. - M.:Gosurizdat, 1951. – 240 p.

- 6.58. Fogelson Y.B. Selected issues of general theory of proofs: course of lectures / Y.B. Fogelson. - M.: Layew, 2001. – 191 p.
- 6.59. Fogelson Y.B., Efremova M.D. Agreements in favour of third parties. Experience of non-dogmatic research: monography / Y.B. Fogelson, M.D. Efremova. - M.: Norma, Infra-M, 2014. – 192 p.
- 6.60. Khalfina R.O. Common knowledge about legal relations / R.O. Khalfina; Academy of science SSSR. Institute of state and law. – M.: Yurid. lit., 1974. - 351 p.
- 6.61. Tsvaigert K., Koetz H. Introduction into the comparative jurisprudence in the sphere of private law. In 2 volumes. Volume 2 / K. Tsvaigert, H. Koetz. - M.: International relations, 1998. – 512 p.
- 6.62. Chechina N. A. Civil procedural relations / N.A. Chechina. - L.: Publishing house of Leningrad state university, 1962 – 68 p.
- 6.63. Chechot D.M. Subjective right and forms of protection thereof/ D.M. Chechot. –L.: Publishing house of Leningrad state university, 1968. – 72 p.
- 6.64. Shakaryan M.S. Subjects of Soviet Civil procedural law/ M.S. Shakaryan; Ministry of high and middle special education of SSSR. - M., 1970. – 214 p.
- 6.65. Shershenevich G.F. Course of civil law / G.F. Shershenevich. – Tula:Autograph, 2001. – 719 p.
- 6.66. Scheglov V.N. Civil procedural legal relations,/ V.N. Scheglov. - M.: Yurid. lit., 1966. – 168 p.
- 6.67. Andrews N. Civil Procedure Rules in England: court proceeding, mediation and arbitration/N. Andrews; translation from English M.Y. Maslova; edited by R.M. Khodykina, Cambridge University. - M.:Infotropik Media, 2012 – 544 p.
- 6.68. Yudelson K. S. Sovetsky civil process/ K.S. Yudelson. - M.: Gosyurizdat, 1956. – 439 p.
- 6.69. Yudin A.V. Misuse of procedural rights in the civil court proceeding/A.V. Yudin. - SPb.: Publishing House of Saint-Petersburg state university, 200. – 360 p.
- 6.70. Yarkov V.V. Legal facts in civil process/V.V. Yarkov. – M.:Infotropik Media, 2012 – 608 p.

6.71. Bussani, M., Palmer, V.V. Pure economic loss in Europe. [Electronic resource] / M. Bussani, V.V. Palmer. - Cambridge, 2003. - P. 5-8. – Access mode: <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam041/2002031345.pdf> (date of access: 25.03.2021).

6.72. Markesinis, B.S., Unberath, H. The German Law of Torts. A comparative treatise / B.S. Markesinis, H. Unberath. - Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002. - 4th edition. – 1000 p.

6.73. Vitkauskas, D., Dikov, G. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights. Council of Europe human rights handbooks / D.Vitkauskas, G. Dikov. - Strasbourg: Council of Europe, 2012. – 113 p.

7. Articles

7.1. Blankenagel A., Kalinina I. Compensation of harm caused by illegal actions in the Federal Republic of Germany: from personal liability of state servant to a liability of state using the back door /A. Blankenagel, I. Kalinina // Legislation and economy. – 2005. - № 12. – P. 78-91.

7.2. Gutnikov O.V. Tortious liability for violation of relative rights: perspectives of development of in the Russian law [Electronic source]/O.V. Gutnikov//Law. – 2017. - № 1 – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

7.3. Zaitsev I.M. Civil procedural liability /I.M. Zaitsev //State and law. – 1999. - № 7. – P. 93-96.

7.4. Zatonova, D.Yu. To the question of an expert immunity from civil responsibility / D.Yu. Zatonova // Bulletin of civil procedure. - 2017. - No. 3. – P. 221-255.

7.5. Zatonova, D.Yu. On the issue of tort liability of a forensic expert / D.Yu. Zatonova // Arbitration disputes. - 2017. - No. 3. - P. 111 - 121.

7.6. Zatonova, D.Yu. On the issue of the phenomenon of property procedural legal relations connecting the court and the forensic expert / D.Yu. Zatonova // Arbitration and Civil Procedure. - 2020. - No. 3. - P. 10 - 15.

7.7. Zatonova, D.Yu. The forensic expert prepared a low-quality expert opinion. Will it be possible to reduce his remuneration / D.Yu. Zatonova // Arbitration practice for lawyers. - 2017. - No. 5 (21). P. 58-69.

7.8. Zatonova, D.Yu. Property liability of a forensic expert (statement of the problem) / D.Yu. Zatonova // Law and Politics. - 2020. - No. 4. - P. 1-17.

7.9. Lazarev S.V. Issues on independence of an expert and a quality of an expert opinion in the arbitration process /S.V. Lazarev //Vestnik of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. – 2012. - No. 8. - P. 58-69.

7.10. Mokhov A.A. Issues on qualification of services rendered by experts and specialists/A.A. Mokhov //Forensic expert. – 2006. - № 3. – P. 9-13.

7.11. Raicher V.K. Absolute and relative rights. Regarding the problem of division of commercial rights / V.K. Raicher// Proceedings of the economic Department of the Leningrad Polytechnic Institute. - 1928. - Issue I (XXV). - P. 273-306.

7.12. Rozhkova M.A. Material and procedural agreements listed in the Arbitration procedural code of the Russian Federation /M.A. Rozhkova // Business and law. – 2004. - № 1. P. 75-87.

7.13. Rozhkova M.A. Theory of procedural agreement and transactions seeking the protection of rights/M.A. Rozhkova//Russian annual of civil and arbitration process. – 2007. № 6. – P. 184-208.

7.14. Sinitsyn S.A. Absolute protection of relative rights: reasons, consequences and correlation with the adopted classification of subjective rights [Electronic resource]/ S.A. Sinitsyn // Vestnik of civil law. - 2015. - № 1. - Available in the legal data base «Consultant Plus» (date of access: 25.03.2021).

7.15. Von Bar K. Liability for provision of information and expression of the opinion which caused “pure economic losses” to third parties/K. Von Bar //Private law. – 1997. - № 2. – P. 128-147.

7.16. Chechina N.A. Category of liability in the civil procedural law/N.A. Chechina // Vestnik of Leningrad University. – 1982. - № 17. P. 71-78.

7.17. Schwartz M.Z. On legal nature of claim on release of property from the arrest (or once again on a phenomenon of contradistinguishing court acts) /M.Z. Schwartz //Arbitration disputes. – 2015. - № 3, P. 96 - 106.

7.18. Shmagin A. Basics of the German methods of interpretation of law /A. Shmagin // Vestnik of civil law. - 2012. - № 4. – P. 247-284.

7.19. Andrews, N. Liability of expert witnesses for wasted costs in civil proceedings/ N. Andrews // Cambridge Law Journal. - 2005. - Volume 64. - Part 3. - pp. 566-568.

7.20. Bishop, W. Economic loss in tort / W. Bishop // Oxford Journal of Legal Studies. 1982. – Volume 2. - Issue 1. – P. 1-29 [Electronic resource]. – Access mode:http://arch.№eico№.ru/xmlui/bitstream/ha№dle/123456789/3672507/OxfordJournalofLegalStudiesoxjlsj_2_1_2-1-1.pdf?seque№ce=1 (date of access: 25.03.2021).

7.21. Dari-Mattiacci, G., Schafer, H.-B. The Core of Pure Economic Loss [Electronic resource] / G. Dari-Mattiacci, H.-B. Schafer // International Review of Law and Economics. – 2007. – 27. - P. 8–28. – Access mode: https://www.researchgate.№et/publicatio№/222647031_The_core_of_pure_econo№omic_loss (date of access: 25.03.2021).

7.22. Evans, H. Wasted Costs Jurisdiction / H. Evans // The modern Law Review. – 2001. - Vol.64. - Issue 1. - P. 51-62.

7.23. Jurs, A. The Rationale for Expert Immunity or Liability Exposure in Case Law Since Briscoe: Reasserting Immunity Protection for Friendly Expert Witnesses [Electronic resource] / A. Jurs // University of Memphis Law Review. – 2008. – Access mode:

http://www.academia.edu/15584512/The_Ratio№ale_for_Expert_Immu№ity_or_Liability_Exposure_i№_Case_Law_Si№ce_Briscoe_Reasserti№g_Immu№ity_Protectio№_fo_r_Frie№dly_Expert_Wit№esses (date of access: 25.03.2021).

7.24. McCahey, J. P. Should experts receive witness immunity? /John P. McCahey//Commercial and Business Litigation. - Fall 2006. – P. 10-12.

7.25. Principles of European tort law: text and commentary// European Group on Tort Law. – Vienna: Springer. - 2005.

7.26. Schafer, H.-B. Liability of Experts and the Boundary between Tort and Contract / H.-B. Schafer // Theoretical Inquiries in Law. - 2002. – № 3 (2). - P. 453-473.

7.27. Thiede, T. Civil Liability of Court-Appointed Experts in German Law /T. Thiede // European Review of Private Law. - 2013. – № 4. - P. 1081–1090.

7.28. Timmerbeil, S. The Role of Expert Witnesses in German and U.S. Civil Litigation / S. Timmerbeil //Annual Survey of International & Comparative Law. - 2003. - Vol. 9. - Iss. 1. - Article 8. - P.163-187.

7.29. Van Dunné, J. Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A comparatist's view of the Civil Law-Common Law split on compensation of non-physical damage in Tort Law / J. Van Dunné // European Review of Private Law. - 1999. – № 4 [Electronic resource]. – Access mode: http://www.esl.eur.nl/fileadmin/ASSETS/frg/onderzoek/Emeriti/DuNne/ArtikeleNogels/JvD_Website_Articles_English_Tab_3_1999.pdf (date of access: 25.03.2021).

8. Synopses of a thesis

- 8.1. Grel' Y.V. Misuse by the parties of the procedural rights in the civil and arbitration process: synopses of a thesis ... candidate of juridical science:12.00.15/ Y.V. Grel' – Novosibirsk. – 2006. – 26 p.
- 8.2. Zeider N.B. Court ruling in the Soviet civil process: thesis... doctor of jurisprudence/ N. B. . Zeider. - M., 1955 – 32 p.
- 8.3. Rybalov A.O. Problems of classification of civil legal relations: synopses of a thesis ... doctor of juridical science:12.00.03/A.O. Rybalov. - SPb., 2007. – 221 p.
- 8.4. Stolyarov A.G. Court expenses as an element of composition of the civil and procedural liability: PhD thesis; candidate of judicial science:12.00.15. - SPb., 2004. – 16 p.

9. Materials of judicial practice

9.1. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Golder vs United Kingdom», 21.02.1975 (complaint № 4451/70). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.2. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Osman vs United Kingdom», 28.10.1998 (complaint № 23452/94) . – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.3. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Z. and others vs United Kingdom», 10.05.2001 (complaint № 29392/95). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.4. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Markovic and others vs Italy», 14.12.2006 (complaint № 1398/03). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.5. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Fogarty vs United Kingdom», 21.11.2001 (complaint № 37112/97) . – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.6. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Roche vs United Kingdom»,19.10.2005 (complaint № 32555/96). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.7. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Sergey Zubarev vs Russian Federation», 05.02.2015 (complaint № 5682/06). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.8. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Capuano vs Italy», 25.06.1987. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.9. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Pospelkh vs Russian Federation», 02.05.2013 (complaint № 31948/05). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.10. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Marchenko vs Russian Federation», 05.10.2006 (complaint № 29510/04). – Can be

found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.11. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Rolgezer and others vs Russian Federation», 29.04.2008 (complaint № 9941/0). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.12. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Salamatina vs Russian Federation»,01.03.2007 (complaint № 38015/03). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.13. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Kesyran vs Russian Federation», 19.10.2006 (complaint № 36496/02). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.14. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Volovich vs Russian Federation», 05.10.2006 (complaint № 10374/02). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.15. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Glazkov vs Russian Federation», 12.10.2006 (complaint № 10929/03). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.16. Decision of the European Court of Human Rights under the case « Sara Lind Eggertsdottir vs Iceland», 05.06.2007 (complaint № 31930/04). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.17. Decision of the European Court of Human Rights under the case « Mantovanelli vs France», 18.03.1997. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.18. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Augusto vs France», 11.01.2007 (complaint № 71665/01). - Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.19. Decision of the European Court of Human Rights under the case «Yvon vs France», 24.04.2003 (complaint №44962/98). - Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”.(date of access: 25.03.2021).

9.20. Order of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation as of 04.04.2014 № 23 «On certain issues of practice of application by the arbitration courts of the law on expertise»// «Vestnik of the Supreme Court of the Russian Federation”. - №6. – June 2014.

9.21. Ruling of Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation as of 30.06.2011 No.52 «On application of provisions of the Arbitration Procedural Code RF upon re-consideration of courts acts in connection with new or newly discovered circumstances”// Vestnik of the Supreme Court of the Russian Federation. – 2011. – № 9. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.22. Resolution of Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation as of 20.12.2006 No. 66 “On certain issues of practice of application by arbitration courts of the law on expertise”// Vestnik of the Supreme Court of the Russian Federation– № 2. – 2007. (the document is no longer valid).

9.23. Resolution of the Supreme Court Plenum of the Russian Federation dated 24.02.2005 No. 3 “On court practice concerning the cases of protection of honor and dignity of citizens, as well as business reputation of citizens and legal entities”. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”(date of access: 25.03.2021).

9.24. Code of practice of consideration by court of the cases on protection of honor, dignity and business reputation (approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation as of March 16, 2016). – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.25. Information Letter passed by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation as of 31.05.2011 No. 145 “Observation of the practice of consideration by the arbitration courts of the cases pertaining to compensation of harm caused by states bodies, local government bodies as well as their executives”. – Can be

found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.26. Draft of Ruling of the Plenum of VAS RF “On certain issues of practice of application by the arbitration courts of the law on expertise” has been published at the official site of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation (discussion thereof took place at the meeting of Presidium of VAS RF as of 06.03.2014).

9.27. Resolution passed by the Panel of Judges on civil cases of the Supreme Court of the Russian Federation dated 14.05.2019 No. 16-KG 19-3. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”(date of access: 25.03.2021).

9.28. Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation as of 08.06.2017 № 307-ЭС17-6277 under the case № А56-41347/2014. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.29. Ruling of Supreme Court of the Russian Federation as of 11.05.2018 under the case № 306-ЭС17-18368. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.30. Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation as of 22.05.2017 under the case № 303-ЭС16-19319. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.31. Ruling of Presidium of the Supreme Arbitration Court RF dated 05.04.2011 № 15659/10 under the case № А08-8887/2009-30. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”(date of access: 25.03.2021).

9.32. Resolution of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 24.02.2014 No. VAS-974/14. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.33. Resolution of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 09.04.2012 No. VAS -1869/12. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”(date of access: 25.03.2021).

9.34. Resolution of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 23.05.2008 № 6534/08 under the case № А43-3308/200725-99. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.35. Ruling of the Supreme Arbitration Court of North-West as of 25.06.2015 under the case № A56-10324/2014. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.36. Ruling of the Supreme Arbitration Court of North-West as of 27.09.2016 under the case № A56-7186/2014. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.37. Ruling of the Supreme Arbitration Court of North-West as of 13.02.2017 under the case № A56-41347/2014. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”(date of access: 25.03.2021).

9.38. Ruling of the Supreme Arbitration Court of North-West as of 21.03.2017 under the case № A56-2097/2015. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”(date of access: 25.03.2021).

9.39. Ruling of the Supreme Arbitration Court of Moscow as dated 27.11.2013 under the case № A40-125091/11-144-1138. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”(date of access: 25.03.2021).

9.40. Ruling of the Supreme Arbitration Court of Moscow as of 27.11.2017 № F05-17273/2017 under the case № A40-185715/2016. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.41. Ruling of the Supreme Arbitration Court of East-Siberia as of 25.10.2011 under the case № A33-5881/2010. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”(date of access: 25.03.2021).

9.42. Ruling of the Supreme Arbitration Court of East-Siberia as of 24.11.2016 under the case № A33-11257/2012. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.43. Ruling of the Supreme Arbitration Court of North-Kavkaz dated 13.12.2012 under the case № A32-1805. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.44. Ruling of the Supreme Arbitration Court of Ural as of October 18, 2013 № F09-10108/13 under the case № A60-49554/2012. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.45. Ruling of FAC DO as of 25.02.2015 № Ф03-251/2015 under the case № А73-4790/2013. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.46. Resolution of the Fifteenth Arbitration Appeal Court №15АП-5057/2011 as of 09.06.2011 under the case № А53-919/2011. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.47. Ruling of the 15th Arbitration Appeal Court as of 21.03.2012 № 15АП-11935/2011 under the case № А53-13180/2011. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.48. Ruling of the 15th Arbitration Appel Court as of 25.11.2010 № 15АП-10776/2010 under the case № А01-1071/2006-8. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.49. Ruling of the 13th Arbitration Appeal Court as of 21.11.2014 under the case № А21-7983/2013. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.50. Ruling of the 13th Arbitration Appeal Court as of 21.12.2016 № 13АП-29227/2016 under the case № А56-2097/2015. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.51. Ruling of the 13th Arbitration Appeal Court as of 21.02.2017 № 13АП-34558/2016 under the case № А56-40272/2014. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.52. Ruling of the 17th Arbitration Appeal Court as of 26.01.2012 under the case № А60-34104/2010. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus”(date of access: 25.03.2021).

9.53. Ruling of the 11th Arbitration Appeal Court as of 30.04.2013 under the case № А72-1498/2010. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.54. Ruling of the 10th Arbitration Appeal Court as of 03.07.2017 under the case № А41-86858/15. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.55. Ruling of the 9th Arbitration Appeal Court as of 04.12.2017 under the case № A40-48998/16. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.56. Ruling of the 9th Arbitration Appeal Court as of 24.11.2017 under the case № A40-71101/16. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

9.57. Ruling of the 5th Arbitration Appeal Court as of 17.01.2018 under the case № A59-2988/2015. – Can be found in the computer based legal research system “Consultant – Plus” (date of access: 25.03.2021).

10. Materials of judicial practice of foreign countries

10.1 Jones v Kaney [2011] UKSC 13 (29 March 2011) [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/13.html> (date of access: 25.03.2021).

10.2 Arthur J.S Hall and Co. v Simons and Barratt v. Ansell and Others v. Scholfield Roberts and Hill [2000] UKHL 38 (20 July 2000) [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/38.html> (date of access: 25.03.2021).

10.3 Stanton & Anor v Callaghan & Ors [1998] EWCA Civ 1176 (8 July 1998) [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1998/1176.html> (date of access: 25.03.2021).

10.4 General Medical Council v Meadow [2006] EWCA Civ 1390 (26 October 2006) [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1390.html> (date of access: 25.03.2021).

10.5 Phillips & Ors v Symes & Ors [2004] EWHC 2329 (Ch) (20 October 2004) [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2004/2329.html> (date of access: 25.03.2021).

10.6 Hunter v Chief Constable of the West Midlands Police & Ors [1981] UKHL
13 (19 November 1981) [Electronic resource]. – Access
mode: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1981/13.html> (date of access: 25.03.2021).