

Корж Павел Анатольевич,
*старший преподаватель, член Российской криминологической ассоциации,
Западно-уральский институт экономики и права*
Korzh Paul Anatolyevich,
*senior lecturer, member of the Russian criminological Association,
Western-the Ural Institute of Economics and law*
korzh2006@gmail.com

К НЕКОТОРЫМ ВОПРОСАМ ЭКСПЕРТНЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ В АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

SOME OF THE ISSUES THE EXPERT STUDIES IN THE ADMINISTRATIVE LEGAL RELATIONS

В статье предлагается критический анализ практики экспертных советов ФАС России по критерию научности на примере оценки рекламы фармакологических препаратов. Во-первых, при решении вопроса о соответствии текстов законодательству о рекламе. Во-вторых, по процедурной стороне вопроса, подмены экспертизы экспертными советами и составу данных советов.

The article offers a critical analysis of the practice of expert tips Antimonopoly service of Russia according to the criterion of scientism on the example of evaluation of advertising of pharmacological drugs. First, when deciding on the conformity of texts with the legislation on advertising. Secondly, on the procedural side of the issue, the substitution of the examination of the expert advice and the composition of these councils.

ФАС России, экспертный совет, экспертная деятельность, реклама фармакологических препаратов.

Antimonopoly service of Russia, expert Council, expert activities, advertising of pharmacological drugs.

К сожалению, в последнее время явственно обозначилась тенденция понижения статуса эксперта. Этому способствуют и средства массовой информации, указывающие в качестве экспертов, зачастую, не самых грамотных своих консультантов. Что страшнее, эксперты и различные экспертные советы стали плодиться в рамках административной деятельности.

Другой проблемой, ранее уже упоминавшейся нами¹, стало технико-юридическое качество нормативного материала, необоснованно эксплуатирующего многочисленные оценочные понятия и неконкретные формулировки. Особенно, в нормативных актах, регулирующих юридическую

© Корж П. А., 2017

¹ Корж П. А. К некоторым вопросам экспертизы оценочных понятий в уголовном праве // Эволюция государства и права: история и современность: сборник научных статей II Междунар. науч.-практ. конф., посвященной 25-летию юридического факультета Юго-Западного государственного университета. 25–27 мая 2017 г., Курск. Курск, 2017. Ч. 1. 282 с.

ответственность. Что такое оскорбление, особенно после утраты силы ст.130 УК РФ²? И как надлежаще установить оскорбление чувств верующих (не самих верующих, а именно их чувств) или представителя власти? Как показывает практика, привлекаемые для этих целей эксперты, зачастую, предоставляют заключения с диаметрально противоположными выводами.

И в этом видится нарушение краеугольного принципа экспертной деятельности – научности. А основным проявлением научности, как способ познания мира, является, прежде всего, повторяемость результата при данных условиях, вне зависимости от личности и места проведения эксперимента. Так эксперты-дактилоскописты или баллисты одинакового уровня дадут одинаковые заключения вне зависимости от региона, национальности, пола и иных личностных признаков. Соответственно, можно ли считать научным проведение экспертизы по таким вопросам, по которым экспертное сообщество разделится в силу различного менталитета, личностных особенностей или оценки понятий и, не в последнюю очередь, отсутствия общепризнанного научно-методологического аппарата? В качестве типичного примера можно привести нашу мемуарную историю с фильмом «Матильда».

Хуже, когда такие факторы приводят не столько к общественному резонансу (к нему могут привести и «няшные фотки котиков»), а к привлечению к юридической ответственности. В качестве иллюстрации считаем необходимым рассмотреть уже сложившуюся практику ФАС России по контролю за соблюдением рекламного законодательства.

Так, в 2017 г. ФАС России рассмотрела несколько дел о соответствии рекламы медицинских препаратов на соответствие п.8 ч.1 ст.24 ФЗ «О рекламе»³, которая устанавливает запрет на указание положительного действия объекта рекламирования, его безопасности, эффективности и отсутствия побочных действий. Конкретно, решался вопрос о соответствии законодательству использованию слов «быстро» и «долго», относительно того, является ли это указанием на гарантию положительного действия⁴.

В этих целях антимонопольным органом было проведено совместное заседание экспертных советов по рекламе, недобросовестной конкуренции и здравоохранению. По итогам обсуждения эксперты не определились с однозначным использованием указанных слов, вне контекста их использования. При этом, и при оценке конкретных рекламных материалов мнения экспертов, зачастую, разделялись. А в ситуации, когда экспертный совет принимал решение о нарушении данными словами рекламного законо-

² Уголовный кодекс РФ: федер. закон от 13.06.1996. № 93-ФЗ // Собрание законодательства РФ. № 22. 1996. 17 июня. Ст. 2954.

³ О рекламе: федер. закон от 13.03.2006. № 38-ФЗ // РГ. 2006. № 51. 15 марта.

⁴ «Дождались Вашу мать» ФАС разбиралась с сомнительными выражениями в рекламе // Право.ru. URL: <https://pravo.ru/review/view/144633/> (дата обращения: 27.09.2017).

дательства, исходя из контекста упоминания, это становилось основанием для привлечения субъектов рекламной деятельности к административной ответственности по ст.14.3. КоАП РФ⁵. Это лишь один пример, к сожалению, подобная практика ФАС России является сложившейся.

Как следствие, возникает вопрос о наличии в данных действиях рекламодателя состава административного правонарушения, а конкретно – субъективной стороны – вины в форме умысла (в административном праве прямой и косвенный умысел не разделяются). Как известно, вина характеризуется интеллектуальным и волевым критериями. То есть лицо должно понимать общественную опасность своих действий, предвидеть вредные последствия своего поведения и желать их наступления, либо сознательно допускать или относиться к ним безразлично (ст.2.2. КоАП РФ). Интеллектуальный критерий достаточно четкий – понимание общественной опасности и предвидение вредных последствий. Мог ли субъект рекламной деятельности это понимать и предвидеть, формируя текст рекламного продукта с учетом, например, слова «быстро», к тому же, если оно используется в инструкции к этому фармпрепарату? Мы полагаем, что нет. Потому что это устанавливалось комиссией экспертов по факту анализа рекламного продукта, позиция которой, к тому же, также может быть не единой. Как следствие, в момент производства рекламы, субъект не желал нарушать рекламное законодательство, а неправильное использование отдельных слов установлено комиссией в дальнейшем. Как следствие, вина в форме умысла отсутствует, и, как следствие, отсутствует субъективная сторона правонарушения, а, значит, и его состав.

Можно отметить, что вышесказанное относится к субъектам – физическим лицам. Вина юридического лица определяется ч. 2 ст. 2.1. КоАП РФ и предполагает, что субъектом не были приняты все зависящие от него меры по соблюдению законодательных правил и норм. Такой мерой можно предположить непроведение субъектом-юридическим лицом заранее, по своей инициативе, например, лингвистической экспертизы. Но мы не уверены, что это целесообразно, поскольку при отсутствии единства мнений и общепризнанного научно-методологического аппарата, результаты этой экспертизы совпали бы с мнением экспертного совета ФАС по рекламе.

Кроме того, в данном примере отсутствует заведомость, т.е. возможность осознания лицом нарушения рекламного законодательства в момент производства рекламного продукта, поскольку оценка именно такого контекста и соответствия приведенного в тексте сочетания лексических единиц была проведена уже после совершения деяния и предполагать его результат первоначально не представлялось возможным.

⁵ Например, решение Арбитражного суда г. Москвы от 18.09.2017 г. по делу № А40-87713/2017-147-792.

В качестве гипотетического примера можно привести модель такой ситуации с составом ст.207 УК РФ, когда сообщивший о подозрительном предмете привлекается к ответственности на основании заключения взрывотехнической экспертизы, которая установила отсутствие взрывоопасных объектов в том самом подозрительном предмете. Нонсенс. В данном случае вина в форме умысла также отсутствует по причине того, что субъект заведомо не мог знать о содержании и свойствах бесхозного предмета.

В этом плане кажется более взвешенной практика, например, ФНС России или Банка России, которые обобщают свое видение противоправных действий (в плане схем уклонения от налогов или формальных показателей кредитных учреждений), оформляемых в виде информационных писем, имеющих нормативное содержание, которые заинтересованные стороны вправе оспаривать в административном порядке. Таким образом, субъекты административного регулирования заранее ставятся в известность о позиции контрольно-надзорных органов в отношении тех или иных трактовок последними действующего законодательства. Соответственно, в дальнейшем, лица, не исполняющие данные требования и не обжаловавшие их могут привлекаться к юридической ответственности в связи с наличием прямого умысла на нарушение законодательства. В примере же с ФАС России привлечение к юридической ответственности происходит на основании трактовок надзорного органа, которые были приняты после совершения деяния, то есть, разъяснениям ФАС придается обратная сила, что кажется недопустимым.

Другая сторона проблем вышеописанной практики ФАС России видится в самом институте экспертных советов. Как мы понимаем, цель данных советов – получение обоснованного мнения сообщества сведующих лиц относительно текста исследуемого рекламного материала. Тогда в чем заключается принципиальное отличие задач таких комиссий от такого способа доказывания как судебно-экспертная деятельность, которая как раз и устанавливает для себя задачу в виде содействия правосудию посредством разрешения вопросов, требующих специальных познаний в области науки, техники, искусства или ремесла (ст. 2 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ»⁶)?

Понятно, что практика экспертных советов имеет право на существование, прежде всего, для решения вопросов по которым не сложилось научно-методологического аппарата, а также для коллегиального решения вопросов в сфере не относящейся к судебно-экспертной. Это может быть, например, экспертный совет по культуре для решения о материальном стимулировании отдельных проектов. Это может быть привлечение научно-преподавательского сообщества в качестве независимых экспертов

⁶ О государственной судебно-экспертной деятельности в РФ: федер. закон от 31.01.2001. №73-ФЗ // РГ. 2001. № 106. 05 июня.

в комиссиях по государственной гражданской службе и пр. Но практика создания экспертных советов по вопросам, от решения которых зависит привлечение лица к юридической ответственности, да еще связанная с установлением «правил игры» задним числом кажется совершенно недопустимой.

Так, при рассмотрении дела антимонопольным органам возник вопрос о добросовестности рекламы. Почему нельзя назначить соответствующую экспертизу, поручить ее проведение государственному судебно-экспертному учреждению или негосударственному эксперту (комиссии экспертов), с проведением соответствующего комплекса процессуальных действий (уведомление заинтересованных лиц, формулирование вопросов, выбор эксперта или экспертного учреждения, вынесение постановления, предупреждение эксперта об ответственности за дачу заведомо ложного заключения и т. д.)?

Вспоминая науку криминалистику и теорию экспертиз в частности, можно отметить, что наука выделяет две формы использования специальных познаний – процессуальную и непроцессуальную⁷. Непроцессуальная форма как раз включает в себя организацию и проведение консультаций, ведомственных исследований и пр. Но, отличием непроцессуальной формы является отсутствие на выходе доказательств. Последние образуются только при проведении процессуальных действий по соответствующей гласной процедуре, установленной процессуальным законом.

Решение же данного экспертного совета не может являться доказательством по конкретному делу об административном правонарушении, поскольку получено с нарушением требований к административному процессу. То есть, мнение данного экспертного совета не более чем консультативное и необязательное. Тогда почему результатом становится постановление о назначении административного наказания и, в дальнейшем, арбитражные суды принимают выводы таких экспертных советов как доказательство по делу?

Другой момент: а может ли быть решен данный конкретный вопрос (о соответствии рекламного продукта требованиям ст.24 ФЗ «О рекламе») в рамках назначения конкретной экспертизы и однозначно (категорично)? Мы полагаем, что да. Ставится вопрос о том, содержит ли текст рекламного объявления гарантию положительного действия фармпрепарата, его безопасности, эффективности и отсутствия побочных эффектов? Вопрос чисто лингвистический, на который может дать обоснованный ответ хороший филолог, поскольку он касается именно анализа конкретного текста.

Анализируя же состав собиравшегося экспертного совета ФАС России, можно отметить, что в его составе кроме специалистов антимонопольной службы (что уже ставит независимость совета под вопрос) были также филологи (что правильно) и медики. Возникает вопрос – а при чем

⁷ Ищенко Е. П., Топорков А. А. Криминалистика. М.: КОНТРАКТ, 2003. С. 472.

здесь медицинские работники? При всем уважении к медицинской профессии, ее основные умения это оценка симптомокомплекса, постановка диагноза и назначение адекватного лечения. К анализу текстов медицина отношения не имеет. Может, конечно, ставится вопрос о том, как будет воспринимать данный текст лицо с обычной (нормальной) психикой. Но это уже задача психологической экспертизы. Да и участие в совете заинтересованных лиц (специалистов ФАС России) кажется также, мягко говоря, необоснованным.

В комплексе же, подобная практика принижает деятельность судебно-экспертных учреждений и, в долгосрочной перспективе, девальвирует профессию эксперта. В конечном счете, научная форма познания подменяется мнением большинства. А большинство далеко не всегда объективно. Можно, вспомнить, что долгое время большинством поддерживался тезис о том, что земля плоская.

При этом речь не идет об изменении законодательства. Законом четко предусмотрены способы и формы использования специальных познаний, порядок назначения и проведения экспертиз, доказательственное значение экспертного заключения. Вопрос стоит о практике правоприменения и подмены судебно-экспертной деятельности различными экспертными советами, причем по вопросам, которые могут быть разрешены в рамках назначения экспертизы. Наверное, неправильно подменять научность экспертизы и независимость эксперта междусобойчиком пусть даже авторитетных и уважаемых лиц. Очевидно, Верховный Суд РФ должен в рамках формирования правоприменительной практики дать оценку такой форме познания и как-то соотнести ее результаты с задачами судебно-экспертной деятельности.