

ЮРИДИЧЕСКИЕ ОПЫТЫ

Но буду и я говорить самъ съ собой и для собственнаго удовольствія, въ формѣ этого дневника, а тамъ чтобъ ни вышло. Объ чемъ говорить? Обо всемъ, что поразить меня или заставить задуматься.

Федор Михайлович Достоевский

1

Судебный спор не может продолжаться бесконечно (*interes rei publicae ut sit finis litium* - в интересах государства чтобы судебные тяжбы приходили к концу). Когда-то давно дело решалось в одной единственной инстанции. Затем была придумана апелляция, потом кассация, теперь вот и надзор. Решение, как известно, состоит из фактов, примененного к ним права и доводов (логических аргументов), которые соединяют первые со вторыми. Поэтому уверенности в справедливости окончательного решения, какой бы ни была последняя инстанция, быть не может согласно принципа аббата Дюбо: «ни один человек не в состоянии выдвинуть посредством рассуждений и умозаключений такое положение, которое не могло бы быть опровергнуто другим, более проникательным или более ловким». Поэтому встает вопрос: какая именно инстанция должна стать последней? Почему право окончательного решения непременно должно быть отдано так называемому «суду по правам человека», а не, скажем, колдунам племени мумбо-юмбо или якутским шаманам? Принцип самодержавия («сами власть держим») предписывает все вопросы управления страной решать самостоятельно. Теория разделения властей также подчиняется этому принципу, поскольку иначе было бы непонятно, почему на сторону отдается именно судебная ветвь, а не законодательная или исполнительная. В этой связи решение о пересмотре Конституционным судом постановлений т.н. «суда по правам человека» является большим государственным свершением, самым значительным юридическим событием начала 21 века.

2

Федеральная палата адвокатов выступила с призывом «прекратить военные действия и начать мирные переговоры». Одновременно в социальной сети среди юристов распространилось т.н. «открытое письмо», в котором некие неизвестные (вероятно, юристы), призывают «немедленно прекратить военную операцию и найти способы урегулировать ситуацию мирным путем». Говорить о том, что позднеенько спохватились, бессмысленно, об этом сказано уже не раз и в отношении другой группы граждан; раз уж вы так переживаете за жизни людей, то начинать надо было по крайней мере с «гуманитарной бомбежки» Югославии. Но в юриспруденции интересно, прежде

всего, обоснование: чем же руководствуются заявители? А вот чем: «нормами международного права и общечеловеческими ценностями»; «переговоры единственный возможный сценарий»; «развитие общества невозможно в условиях войны и угрозы жизням людей»; «нельзя допускать разрешения конфликтов применением силы». Вроде бы все правильно, хотя ссылка на «общечеловеческие ценности» весьма настораживает. Где же были ваши «ценности» восемь лет назад? Или произошла переоценка «ценностей»? О переговорах. Вероятно, практикующие юристы имеют представление о мировом соглашении. Как долго вы искали «способы урегулировать ситуацию мирным путем»? Лет восемь? Или терпение раньше кончалось? Президент лично два раза объяснил вам, в чем причины и цель такого решения. Что вам еще непонятно? Закрадывается подозрение, что не за жизни людей вы переживаете, а за нацистов и бандеровцев. Понятно, что большинство подписавших заявление не подумали о том, за что именно они выступают (хотя юристы и «не подумали» – это какой-то оксюморон). Но ведь кто-то его сочинил. Говоря словами принца Гамлета – подгнило что-то в юриспруденции.

P.S. Как все-таки повторяется история. Как эти сетования перекликаются с печально известной телеграммой некоего студента японскому императору в связи с Цусимским сражением. А вот «Дневник писателя», написанный перед и в начале турецкой войны 1877 года. Федор Михайлович подробно описывает все измышления либералов и даже использует термин «общечеловеки» (вероятно, им и изобретённый). И если бы товарищ Сталин упредил Гитлера, то они стонали бы и по поводу фашистов.

Да, либерализм - это фимоз головного мозга, он не лечится.

3

Весьма известный юрист опубликовал (впрочем, еще в 1977 году) книгу о внутреннем убеждении при оценке доказательств. Вопрос этот – убеждение – выходит далеко за рамки юриспруденции, это вопрос философии и теории познания, достойный таких тонких аналитиков как Аристотель, блаженный Августин, Фома Аквинский.

А еще убеждение – категория психологическая (даже мистическая), а потому не поддающаяся исчислению (автор пишет, что даже сам факт наличия или отсутствия убеждения не поддается контролю). Почему один убежден в существовании летающих тарелок, другой – в снежном человеке, а третий не убежден в электрической энергии в форме тока? Невольно на ум приходит Тертуллиан с его «верю, потому что абсурдно», то есть логически недоказуемо.

Можно ли поставить знак равенства между познанием и убеждением? Вероятно, нет, это разные категории. Познание – акт логический или эмпирический, убеждение – акт психологический. Можно познать электрическую энергию (например, сунув палец в розетку), но не быть убежденным (как

и Reichsgericht) в ее материальной природе. Но соблюдение правил логики не гарантирует материальную истинность вывода.

Алексей Александрович Эйсман пишет (в статье «Опыт логического анализа доказательств по конкретному уголовному делу»): «оценка доказательств по делу всегда предполагает выяснение *логической правильности построения* и обоснования выводов». То есть он говорит не о сущности, а о структуре, не о статике, а о динамике. Но сводится ли оценка доказательств только к правильности построения силлогизма? Возьмем пример из римского права: *impossibilium nulla obligatio est* – невозможное не может быть предметом обязательства. Юристы иллюстрировали его следующим примером: если я «обещаю явиться, а если не явлюсь, то обещаю дать кентавра», то это будет все равно, как если я обещаю только «явиться». С точки зрения логики силлогизм безупречен: «договоры должны соблюдаться надлежащим образом» (большая посылка); «мы договорились, что дашь кентавра» (малая посылка); «ты обязан дать кентавра» (вывод). Поэтому вопрос сводится к установлению факта наличия (существования) кентавра. А здесь см. выше, пассаж о снежном человеке. К чести римлян, они обладали на редкость здравым рассудком (иначе не создали бы право, которое процветает уже двадцать три столетия).

Весьма интересна глава о принципах, где автор говорит о них как объединяющем факторе для приведения совокупности норм в единую целостность. Вероятно, категория принципов – самая главная в праве (впрочем, как и в любой другой науке). Того же мнения придерживается и Михаил Соломонович Строгович, на которого и автор ссылается. Интересно суждение о самостоятельности как невозможности сведения к содержанию другого принципа, – важная отличительная особенность рассматриваемой категории. Здесь автор ссылается на Ильича, на диалектическую трактовку соотношения принцип–цель.

Об индуктивности процесса судебного исследования. Положение это бесспорно. Однако индукция распространяется лишь на малую посылку судебного силлогизма, на состав фактов, которые только и могут быть получены индуктивно. Вообще уделение значительного внимания вопросам логики при применении права весьма ценно и полезно; к сожалению, в последнее время об этом редко кто говорит.

Интересен пассаж о сомнениях, о безнравственности обвинения при непобежденных сомнениях. Вероятно, качество «сомнение» наиболее важно для юриста. Хороша формула Карнеги: «подвергайте все сомнению, задавайте вопросы, требуйте доказательств», это квинтэссенция адвокатуры как «искусства постановки и разработки юридических вопросов» (Арсеньев).

А еще книга имеет то достоинство, что в небольшом объеме (118 страниц) концентрация мыслей весьма высока. Это выгодно отличает ее от современных талмудов, где на 500-х страницах перемалывается какой-нибудь один элементарный тезис.

Кто решится утверждать, что *юридическая* логика и *юридическая* справедливость могут быть в разладе с общею логикой, выразителем коей является здравый рассудок, и с общею справедливостью? Что иное дело *jus* и иное дело *aequitas*? А между тем как часто в конструировании правовых начал при применении их на практике игнорируются оба этих начала, и, если хорошенько порыться в судебных решениях, можно найти бесчисленное множество таких патологических явлений.

Иосиф Соломонович Иосилевич

Литературные произведения, в которых главным действующим лицом выступает адвокат, не так уж многочисленны. Нередко это юмористические рассказы вроде «Чуда красноречия» Надежды Александровны Тэффи (урожденной Лохвицкой, дочери знаменитого адвоката), и речь в них идет обычно об уголовных защитах.

Из этого ряда выступает рассказ Вячеслава Михайловича Грибовского «Злое право». Сюжет таков: к молодому адвокату обращается некий инженер с просьбой помочь в «пустяковинном дельце». У инженера есть дача «недалеко от станции по шоссе, на второй версте; с боков дремучий лес, сзади за дачей огород какого-то отставного писаря, клочок земли ничтожный, домишко, колодезь, пруд». Инженер пожелал купить этот участок, «домишко снести и в ту сторону сад продолжить, пруд расчистить, углубить, лебедей пустить туда, жена их очень любит». Однако огородник не пожелал продать участок, поскольку «кормится с него, на станцию и дачникам овощи с огорода возит, через мою землю, мимо моей дачи». Тогда инженер закрыл огороднику проезд через свои владения. Огородник подал на инженера в суд «и доказывает, что право ездить по моей дороге ему принадлежит, и не пускать его я не смею».

Мировой судья принял решение «по совести»: «оспаривать иск, конечно, можно, но старика жаль». Не согласившись с решением мирового, инженер решил оспаривать его в мировом съезде (апелляционной инстанции), «и до сената дойду (т.е. до кассационной инстанции), если нужно будет». [На вопрос инженера, можно ли поправить дело, есть ли надежда, адвокат ответил весьма трезво: «в области судебного разбирательства надежды терять нельзя до последнего момента. Практика показывает, что суд приходит иногда к совершенно неожиданным выводам и решениям, как бы независимо от фактов. Иногда три инстанции высказывают три различных взгляда, и третий является столь же неожиданным, как и два первых».]

Итак, спор идет о сервитуте (раньше это называлось право участия частного). Дела эти редки сейчас, а до революции были весьма распространены.

В апелляционном заседании адвокат представил следующие доводы. Показания свидетелей о том, что проезд по участку ответчика существовал с давних времен, не дают основания к установлению сервитута потому, что дача ответчика заняла место, ранее находившееся в общем пользовании и изрезанное всякими пешеходными тропинками и колеями; если оставить пользо-

вание ими, то сад ответчика превратится в общественное место, как это и было ранее. Теперь же земля перешла в частную собственность и всякие сервитуты могут стеснять ее только при исключительных, не подлежащих сомнению условиях. На планах генерального или специального межевания дороги нет. Для права переезда через чужие дачи нужно доказать, что другого пути не существует; однако такой путь есть. Истец в своих объяснениях признал, что объездная дорога есть, но дает крюк в пять верст.

А дома у адвоката выяснилось, что его новая горничная – дочь того самого огородника; что ее отец с маленьким братом в ручной тележке (лошади у них нет) развозили зелень дачникам и на станцию, и теперь они разорились.

Вот такая драматическая история. Написано хорошо и со знанием правовой стороны дела. Не случайно автор состоял в переписке с Львом Николаевичем Толстым. И юристом был изрядным, специализировался на государственном праве.

Но что касается фактической стороны, тут возникают некоторые сомнения. Какие факты известны из текста рассказа? 1) дача инженера на второй версте от станции, с боков дремучий лес, сзади за дачей огород; 2) огород размером в десятину (десятина согласно словарю Брокгауза и Ефрона, составляла прямоугольник 80х30 или 60х40 сажень; 1 сажень - 2,13 метра; итого периметр земельного участка огородника – 426 метров). Отсюда можно сделать вывод, что дорога располагается перед участком инженера. Следовательно, если взять за середину участок инженера, то картина такая: спереди дорога, с боков «дремучий лес», сзади участок огородника. Можно предположить, что с боков участка огородника также «дремучий лес», что сзади – неизвестно, скорее всего тот же лес. Вот и первая странность: получается, что две дачи расположены в «дремучем лесу». Однако есть еще и объездная дорога; вероятно, она проходит через «дремучий лес», причем в сторону, перпендикулярную или противоположную станции (иначе откуда крюк в 5 верст?). Вторая странность: если огородник не может (по решению суда) выйти на участок инженера, то почему он не может выйти непосредственно в «дремучий лес»? Как бы ни был «дремуч» лес, по опушке всегда можно пройти (проехать на лошади с телегой, может быть, и нельзя, но у огородника нет лошади). Может быть, существовал какой-то особый запрет прохода в «дремучем лесу»? Конечно, кое-какие факты автор нам не сообщил, но и известного достаточно, чтобы усомниться в достоверности.

Это не умаляет, однако, истории в целом, и семья огородника не может не вызывать у юриста сочувствия (что, собственно, и ощутил герой в конце рассказа). Совершенно прав Иосилевич: логика и справедливость – это две единственные силы, с помощью коих вырабатываются и применяются к жизни как моральные, так и правовые правила.

Вот как в жизни бывает: ищешь одно, а находишь еще и другое, и тоже интересное. Искал стенограмму процесса люторических крестьян, а нашел

статейку под интригующим для юриста названием «Талмудическое толкование римского права». Вспомнился бабелевский адвокат, который писал в Сенат кассационные жалобы, ничем не отличавшиеся от трактатов Талмуда. Но до Бабеля еще далеко, а дело происходит в 1875 году, во время строительства сызрань-оренбургской железной дороги. В самарскую городскую думу явился некто и заявил, что правительство-де предписало построить вокзал не в самой Самаре, а в 4 верстах от города. Но! если дума захочет, то можно будет построить и в самом городе. Для этого нужно, чтобы город уступил бесплатно всю землю под станцией со всеми принадлежностями. Думцы были в принципе согласны, однако же усомнились и постановили, что «если бы впоследствии оказалось, что их ввели в заблуждение, то все соглашения [с представителем железной дороги] не были бы несколько обязательными». Естественно, что по плану постройка должна была быть в городе, а землю под нее железной дороге пришлось бы купить. Дело дошло до Сената, который постановил, что «ни факт занятия земли под дорогу, ни выраженное думой согласие [под условием, как мы помним] на безвозмездную уступку не могут считаться такими обстоятельствами, которые доказывали бы переход к обществу дороги права собственности на занятую землю».

Тогда правление дороги стало искать право собственности в Самарском окружном суде. Явился «опытный адвокат» (на самом деле ходатай) некто Трахтенберг, человек для юриспруденции того времени небезызвестный. И вот тут начинается то самое талмудическое толкование. Он прочел капильную речь (что это значит, выяснить не удалось; вероятно, опечатка, может быть автор хотел сказать «капитальную»?). «Красноречиво излагая все европейские теории договоров и понятий о собственности, блестящим, плавным языком науки он очаровывал слушателей. Он воздвиг устои из величайших авторитетов науки. Кого только он ни цитировал: и Бентоли, и Тертуллиана, и Квинта Курция, и Победоносцева, и даже акушерство Брауна и гинекологию Горвица. Он всю атмосферу суда пульверизировал кассационными решениями Сената и образовал из них такое густое карболовое облако, что бедные судьи, совершенно отуманенные, лишь хлопали глазами». Он доказывал, что если у общества железной дороги нет крепостного акта, то оно имеет постановление городской думы, которое равняется-де всяким крепостным актам, и суд обязан смотреть на это постановление как на окончательную сделку. Поверенный же города привел цитату из упомянутого постановления, которая гласила, что дума готова вступить в *предварительное* сношение и переговоры с уполномоченным [железной дороги], и что если он действительно не вводит думу в заблуждение, «то все пространство земли, необходимое под полотно железной дороги и станцию, *может быть* уступлено городом без всякого за то вознаграждения».

И здесь автор делает интересное замечание. «Все здание им («опытным адвокатом») воздвигнутое, все теории им построенные, все устои им подведенные, все исполинское сооружение, на которое он вскарабкался – все вдруг рухнуло и разбилось вдребезги об эту бесчувственную, холодную и бесстрастную глыбу, которая известна под именем *русского здравого смысла*».

Правда, говорит автор, есть еще опасность со стороны судебной палаты, в которую намерен обратиться «опытный адвокат». И это очень может быть, потому что «чем выше судебная инстанция, тем она более пропитана юридическими теориями и тем более чужда народному быту...».

Последнее замечание очень верно: хотя апелляция и вправе пересмотреть спорные факты (кассация этого делать не вправе), однако делает это крайне редко, тем самым отодвигая себя от «народного быта». И ситуация из «Злого права» это хорошо иллюстрирует: там тоже юридические теории вступили в противоречие со здравым смыслом мирового судьи. Так было, так есть и, к сожалению, так будет и впредь.

И, конечно, нельзя не сказать о «талмудическом толковании». Явление это характерно и для настоящего времени. Вместо осмысленной постановки вопроса, вытекающего из дела, вместо точного установления диагноза дела и разумного, логического, толкового и справедливого разрешения существенных вопросов и правильного применения общих начал права, очень часто спорят о предметах, фактах, вовсе не важных или маловажных, и начинается переброска «правовыми позициями» (которые постепенно переходят в разряд источников права). Жаль, что на сайтах судов не публикуются состязательные бумаги сторон; мы бы увидели, что часто они ничем не отличаются от талмудических толкований.

мужики должны были уплачивать
такіе проценты, отъ которыхъ пришелъ бы въ
изумленіе самый отвратительный ростовщикъ.

Говоря о судебных защитах Плевако, дело люторичских крестьян остается как-то в стороне; кроме защитной речи о нем мало что известно. Не спешит «либеральная общественность» сообщать какие-либо подробности. Закрадывается подозрение, что помимо произнесения речи адвокат ничего и не сделал.

На поверку оказалось, что это не так: сделал. Но обо всем по порядку. Начнем с общего впечатления, изложенного репортером «Русских ведомостей».

Вчера, 17-го числа, въ московской судебной палатѣ началось слушаніе извѣстнаго дѣла о 34 крестьянахъ дер. Люторича Енифанскаго уѣзда, преданныхъ суду за сопротивление судебному приставу, приво- дившему въ исполненіе рѣшеніе о взыска- нии 7,000 руб. въ пользу графа А. В. Бобринскаго и его управляющаго, нарскаго гражданина Фишера. Присутствіе об- разуютъ: старшій предсѣдатель судебной палаты сенаторъ Шаховъ, члены палаты Прейсъ, Глазговъ, Авцинѣровъ и Раков- скій; сословные представители: предводи- тели дворянства—влинскій Смирновъ, мо- жайскій Усовъ, серпуховской городской го- лова Черновъ и волостной старшина Ху- хриковъ. Подсудимые сидятъ въ четыре ря- да. Одѣты они почти въ лохмотья, и имѣютъ все, даже молодые, усталый, изможден- ный видъ. Отдавая подробности, пере- дадимъ общее впечатлѣніе дѣла. Кре- стьяне не допускали пристава до ис- полненія, такъ какъ не знали о постано- вленіи рѣшенія и не считали себя должны- ми. Насилія надъ судебными и полицей- скими чинами не было, а избить былъ стар- шина, котораго крестьяне считали пере- шедшимъ на противную сторону. Судебное

слѣдствіе открыло ужасающія подроб- ности эксплуатаціи, которой подвергались крестьяне со стороны экономія гр. Бобрин- скаго. По выраженію непремѣннаго члена Писарева, система экономіи состояла въ томъ, чтобы держать крестьянъ въ неоплат- номъ долгу. Все договоры заклю- чались съ круговою отвѣтственностью крестьянъ. При малѣйшей неисправности взыскивались неустойки, которыя по на- стоянію управляющаго гр. Бобринскаго, достигали чудовищныхъ размѣровъ.

Бывало и такъ, что управляющій графа Боб- ринскаго получалъ деньги въ уплату и, „забывши“ объ этомъ, взыскивалъ всю сумму сполна. Крестьяне доведены были до отчаянія и разоренія. 50 десят. земля, прибрѣтенныхъ ими по недостатку надѣла,—они получили такъ называемый „нищенскій надѣлъ“, — были куплены съ торговъ управляющимъ Фишеромъ, а черезъ нѣсколько времени введенъ былъ во владѣніе эту землю самъ графъ Бобрин- скій. Товарищъ прокурора Шадурскій отказался отъ обвиненія большей половины

подсудимыхъ, для преданія суду кото- рыхъ единственною уликою послужило ихъ неправильное сознаніе на предвари- тельномъ слѣдствіи; по отношенію къ дру- гимъ смягчилъ обвиненіе вслѣдствіе дан- ныхъ, обнаружившихся на судѣ. Защит- никъ подсудимыхъ присяжн. повѣр. Плева- ко, въ великодушн. рѣчи, отличающейся логикою, художественностью, теплотою и пафосомъ, просилъ объ оправданіи под- судимыхъ. Это можетъ быть лучшая рѣчь, какая произнесена съ русской адвока- тской трибуны. Рѣчь произвела потряса- ющее дѣйствіе. У многихъ были видны на глазахъ слезы. Вся почти зала резек- тивно отвѣтила на рѣчь оглушительными аплодисментами. Предсѣдатель сдѣлалъ приличное внушеніе, а затѣмъ предоста- вилъ „последнее“ слово подсудимымъ. Оно должно было быть и первымъ, такъ какъ подсудимые до сихъ поръ хранили тупое молчаніе, безучастно смотря на все происходившее на судѣ. Вмѣсто послед- няго слова, подсудимые бросились на ко- лѣни, со слезами на глазахъ, моля о по- щадѣ.

Обвинялись крестьяне по тремъ статьямъ Уложения о наказаніяхъ. Соответственно: если сопротивляющийся постановленію власти законной или чиновнику в отправленіи им должности не былъ вооруженъ, но однако же дозволилъ себе притомъ побой или иное явное дѣйствіями насилие (статья 271); если и безъ всякаго явнаго восстанія или сопротивления властямъ, отъ правительства установленнымъ, несколько человекъ согласятся не исполнять ка- кое-либо предписаніе сихъ властей, или уклоняться отъ исправленія какихъ-либо законныхъ государственныхъ или общественныхъ повинностей (статья 273); кто ругательными или по- носительными словами оскорбитъ чиновника, хотя не въ присутственномъ мѣстѣ, но однакожъ при исполненіи имъ обязанностей службы или вследствие сего исполненія обязанностей его (статья 286).

Интересные узаконенія (весьма, надо сказать, актуальные и для нашихъ дней). И хотя каторжныхъ работъ за нихъ не предусмотрено, но тюремное за- ключеніе до года и денежное взысканіе до ста рублей тоже санкція для кре- стьянъ суровая.

Обстоятельства сопротивленія властямъ исследовались судомъ довольно подробно. И если бы дѣло ограничилось только этимъ, все, безусловно, были бы осуждены. Но нельзя понять событія в отрывѣ отъ ему предшествовавшихъ и отъ причинъ, его породившихъ.

На предварительномъ слѣдствіи былъ допрошенъ мировой судья Писаревъ, но на судъ вызванъ только ходатайствомъ Плевако. Показанія мирового пора- жаютъ. «Система состоитъ въ томъ, чтобы держать крестьянъ въ постоянномъ и неоплатномъ долгу. Это подтверждается теми дѣлами, которые велись съ кре- стьянами. Число дѣлъ, сохранившихся въ архивѣ мирового судьи, доходитъ до 400. Въ этихъ дѣлахъ встречаются неустойки отъ 50 до 100%. Мнѣ приходится въ волостныхъ правленіяхъ просматривать те условія, которые контора графа Бобринскаго заключала съ обществами [крестьян]. Все они необычайно страннаго свойства. Тамъ есть условія, что если дѣло дойдетъ до мировыхъ учреждений, то крестьяне кроме долговой суммы должны уплатить и штрафъ со дня подачи иска до полученія исполнительнаго листа. Есть и такіе усло- вія, по которымъ крестьянинъ, снимающій яровую землю, не внесетъ въ срокъ платежа, то и другой крестьянинъ, снимающій озимую землю, теряетъ право на

получение озимого посева. На положение крестьян графа Бобринского указываю как на исключительное. (На вопрос защиты): В некоторых условиях с крестьян назначалось по 2 рубля в день штрафа со дня подачи на них иска до получения исполнительного листа. Затем на крестьян же падали все расходы по делу и штраф за написание условий с Фишером не на гербовой, а на простой бумаге. Могу еще указать на такого рода условия, где прямо сказано, что крестьяне должны обработать 25 десятин гречихи и 25 десятин овса за неустойку в 750 рублей. Платеж неустойки переведен был на работу. Если они не отработают, то неустойка остается в силе, и крестьяне теряют свою работу бесплатно».

Таковы были «добрые соседские» отношения конторы графа Бобринского с крестьянами и такова та свобода, которую предоставляет капитал «свободно» договаривающемуся с ним труду. Самое неприятное, это то, что договоры были юридически правильны.

Деятельность конторы – это типично кулацкая система. Она расшатывает и подрывает уважение к закону и существующему порядку более, нежели всякая, так называемая, подпольная деятельность. Действительный порядок и всякая неправда, насилие и эксплуатация – явления взаимно несовместимые. После такого отлично понимаешь, почему большевики совершили революцию и победили в гражданской войне.

Но нельзя не сказать несколько слов о пресловутой речи адвоката. В отличие от современного процесса, в котором прения отделены от следствия, дореволюционный нельзя было завершить без произнесения речей. Итак, закончилось судебное следствие. Ужаснувшись вскрывшимся фактам, прокурор от обвинения отказался, т.е. публично признался, что обвинение было составлено неосновательно (спрашивается, куда смотрел до этого? Ну да лучше поздно, чем никогда). Много он говорил или мало? Более вероятно, что мало. Раз прокурор отказался от обвинения, процесс по существу становится законченным и его можно было бы прекращать. О чем же рассуждать адвокату, когда сам обвинитель признает, что нет обвиняемых? Из многочисленных анекдотов о Плевако известно, что он нередко ограничивался двумя-тремя остротами (анекдот о старухе и чайнике, о священнике и грехах, о купце и часах, и т.п.).

Но нет, Плевако разразился громадной речью. Особенно изумляет начало – похвала прокурору за его *гуманное, мягкое* слово (попросту говоря, за отказ от обвинения). Вообще странно хвалить за мягкость и гуманность человека, который ни за что, ни про что бросил несколько десятков человек в тюрьму, продержал их там полгода и потом сам же объявил их ни в чем неповинными. А затем адвокат начинает подробно и обстоятельно разбирать сплетенную прокурором сеть обвинений, хотя надобности в этом никакой нет, поскольку прокурор сам признал обвинение неосновательным. Как говорил Чехов, «совсем мало людей, умеющих выражать свои мысли ясно, коротко и просто». *Non multum sed multa.*

Трудно сказать, лучшая ли это адвокатская речь, но в любом случае, описание причин и предшествующих событий дает эмоциональную окраску,

способствующую вхождению мыслей в сознание. Как говорил Ильич, «без «человеческих эмоций» никогда не бывало, нет и быть не может человеческого искания истины»; Ильич знал, что говорил, он сам был изрядным адвокатом. И нельзя не признать, что эффект все же был, и даже выходящий за рамки судебного следствия. «В трактире собралась компания в девять человек из мещан и крестьян, прочитала речь Плевако и до того была тронута, что тут же сделала складчину в пользу люторичских крестьян, которую и препроводила затем к самому Плевако, причем приложила бумагу с выражением ему искренней благодарности. Бедные люди жертвовали по 2, по 3 рубля».

И вот закономерный итог процесса:

Старший председатель, сенаторъ А. И. Шаховъ, провозгласилъ резолюцію, въ силу которой изъ 34 подсудимыхъ 30 оправданы, одна—крестьянка Екатерина Пименова—признана виновною въ оскорбленіи должностнаго лица и приговорена къ штрафу въ 5 р., трое крестьянъ—Жуковъ, Буланкинъ и Костомаровъ—признаны виновными въ сопротивленіи власти и приговорены къ заключенію въ смирательный домъ на три мѣсяца. По выслушаніи приговора, крестьяне обратились къ суду съ низкимъ поклономъ, а по закрытіи засѣданія всею толпою буквально бросились въ ноги своему защитнику, г. Плевако, горячо благодаря его. Когда уже ста-	ли расходиться, какая-то невѣдомая рука принесла письмо отъ графа Бобринскаго къ крестьянамъ, приглашавшее послѣднихъ на барскій дворъ за полученіемъ вознагражденія за „путевыя издержки“. Крестьяне, какъ одинъ человѣкъ, отказались отъ лестнаго приглашенія, приговаривая: „много довольны, графъ, много довольны!“ Присутствовавшая публика въ нѣсколько минутъ собрала для подсудимыхъ около ста руб. Замѣтимъ въ заключеніе, что почти половина крестьянъ высидѣла на предварительномъ слѣдствіи въ тюрьмѣ до 10 мѣсяцевъ, а другая половина—до 3 мѣсяцевъ. Въ Москву они пришли пѣшкомъ и кормились на средства защитника.
--	---

Судебный отчет: [«Русский курьер»](#), [«Русские ведомости»](#).

7

«Анти-Дюринг». Шибко Энгельс на него сердает. Приводимые им цитаты весьма странны. Например, «обмен веществ, который совершается посредством пластически формирующегося схематизирования (что это еще за диковина? — замечает Энгельс), остаётся всегда отличительным признаком процесса жизни в собственном смысле слова». Фраза, безусловно, корявая и, вероятно, означает, что признаком жизни является обмен веществ. Далее Энгельс пишет, что обмен веществ как таковой имеет место и помимо жизни (например, в химических процессах). То есть утверждение Дюринга принципиально неверно. Как говорил товарищ Сталин: утверждение это фактически неверно и теоретически неправильно.

И возникает вопрос: это Дюринг такой недалекий или Энгельс его неправильно цитирует? Не верить Энгельсу нет оснований, проверить же правильность цитирования довольно затруднительно: *Kursus der Philosophie* (откуда, собственно, Энгельс и взял большинство цитат) на русский не переведён.

Ещё вопрос: почему Энгельс критикует только Дюринга? Конечно, Дюринг нелিপеприятно высказывался об идеях Маркса. Но ведь это делал не

только Дюринг. И если в России Ильич отыскал двух-трёх обалдуев для своего «Материализма и эмпириокритицизма», то уж в Германии их можно было найти на порядок больше.

Может быть, потому что Дюринг был изрядным антисемитом, и Энгельс обиделся за Маркса? Книга «Еврейский вопрос, как вопрос о расовом характере и о его вредоносном влиянии на существование народов, их нравы и культуру» решением суда даже признана экстремистской (впрочем, Дюринг ругал не только евреев, но и славян, преимущественно русских; возможно, книгу запретили именно за это).¹

Надо почитать самого Дюринга. Его довольно много у нас издавали. По образованию Дюринг был юристом. Его книга «Социальное спасение – в действительном праве» легко доступна (хотя, с учетом находящихся в ней антисемитских высказываний и даже целой главы на эту тему ее, возможно, тоже скоро запретят).

Но попытаемся разобраться в его правовых воззрениях. Итак, «действительное право», что это такое и для чего оно нужно?

Специальную (9-ю) главу о «действительном праве» Дюринг начинает с критики естественного права. Естественное право² противопоставляли положительному и обычному праву; «природа и естественность казались опорным пунктом и верной квалификацией лучшего права». Однако природа и право мало согласуются друг с другом. «Только действительное право в состоянии создать гармонию, которой не хватало существовавшей доселе природе и недостаточной культуре». А путь к подлинному праву надо искать в идейно-мотивированной воле. «Действительное право должно наполнить лучшим содержанием более тесную область собственно юридического права, и таким образом реформировать его».

Каковы же критерии и принципы, на основании которых можно отличить истинное право от неистинного? Но если и должны быть найдены принципы, то «главное дело не в принципах, а в специальных теоремах, которые прежде всего будут признаны правильными, а затем уже только могут быть снабжены дедуктивными доказательствами, т.е. сведением к простейшим отношениям вещей». Какие же это теоремы? Но далее Дюринг говорит, что «самые простые понятия частного права не имеют никакого смысла, если человек мыслится вполне изолированным», поэтому «основной схемой должна быть схема двух лиц, которые соприкасаются друг с другом в своей деятельности и вторгаются своими возможными правонарушениями в сферы деятельности друг друга»³. Следовательно, должен быть какой-то принцип взаимного ограничения. Какой же это принцип? И опять Дюринг не даёт ответа.

¹ Досталось, впрочем, и французам («Франция – классическая страна не только режима преступников, но и его обнаружения»), и англичанам («Англия – рассадник не только всякого парламентаризма, но и самой утонченной парламентской испорченности»; «если бы даже и не было английского естество-познавателя à la Дарвин, то все равно в Англии скопившееся огромное бремя дурных дел, вместе со столь же дурными идеями, скоро привело бы к отчетливому формулированию дурных принципов»).

² Согласно Фоме Аквинскому, «естественное право есть то, что следует каждому по самой природе вещей».

³ Поразительная мудрость! О том, что право имеет смысл только тогда, когда количество субъектов превышает одного, знает каждый школьник, прочитавший «Робинзона Крузо».

Далее Дюринг говорит о противоречии между владеющими и невладеющими, и к какому хаосу это приведет. При этом ополчается на «пролетарство»: «с пролетарством, как таковым, нельзя связать ничего здравомысленного, солидного и честного»; «требуемая нами распролетаризация не может сделать значительных успехов, если рядом с нею не будет идти освобождение общества от разжиревших богачей». И вывод: «нужно строить на личности, обладающей умеренной имущественной самостоятельностью. У нее можно предположить наличность, в среднем, закономерного чувства порядка...».

Итак, несмотря на специальную главу, понять, что же имел в виду Дюринг под «действительным правом» не представляется возможным. Попробуем зайти с другой стороны; если удастся понять, для чего нужно «социальное спасение» и что оно такое, то, возможно, и вопрос с действительным правом прояснится.

На протяжении всей книги Дюринг указывает на всякие неустройства и несовершенства. Начинает с классовой борьбы, которая «всегда имеет склонность, сверх обычной своей непристойности, вырождаться в крайность, а именно во взаимное классовое убийство». Затем автор переходит к вопросу о гнилости массы, под которой понимает, прежде всего, пролетариат, т.е. главным образом, наемных рабочих, будет ли это городское, фабричное, или сельское, земледельческое население. С грубостью и первобытными задатками испорченности сочетается еще зараза, исходящая от разложения нравственности и интеллекта высших слоев. Большое участие в заражении масс гнилотью принимает круг литераторов, «запутавшееся социально писательство с его тщеславными вырожденками»; «беллетристика теперь деморализует низшие классы, как прежде деморализовала преимущественно классы высшие».

Естественно, юрист Дюринг не может не уделить внимания праву: «все, так называемое, право, - полу-право юриспруденции, - носит на себе черты крючкотворства. До некоторой степени право аналогично греческой софистике».

Нельзя не согласиться со следующими рассуждениями. «Если законодательные махинации служат к тому, чтобы дать средства к грабежу и воровству или присвоению путем обмана, то такие проступки не являются уже просто политическими преступлениями; они должны быть признаны общими преступлениями, учиненными путем злоупотребления политическими функциями. Здесь мы имеем нечто, похожее на то, как если бы кто-нибудь использовал свое служебное положение для учинения воровства. Худшее в этом роде — злоупотребление судебною властью. Именно здесь преступление наиболее глубоко противоречит задаче самой функции. Кассир, обворовывающей доверенную ему кассу, еще не такой прирожденный преступник как судья, осуществляющей свое личное намерение убить в форме несправедливого смертного приговора».

Весьма нелестно мнение автора об адвокатах. «Совершенно особенным образом обнаруживает гнилотное состояние и высокую степень

бессовестности образ действия адвокатского сословия, а именно в той его части, ремеслом которой служит защита или, лучше сказать, высвобождение преступников. Беспринципная защита стремится всеми средствами и изворотами, не исключая самых мерзких, вырвать из рук правосудия преступника и мошенника; и такая защита сама содержит в себе нечто преступное; ее следовало бы как нестоящее преступление, внести в уголовный кодекс.

В тех случаях, когда защитительные речи или иные адвокатские старания не могут быть сейчас же оплачены тысячами, на помощь к неимущим преступникам приходит адвокатская потребность в рекламе. Слава о виртуозном умении высвободить преступника должна быть доказана, сохранена и умножена, чтобы в прибыльных процессах ее можно было превратить в деньги».

Вывод Дюринга: «раз адвокаты пускают в ход такие приемы в интересах своего ремесла, а свою совесть приносят в жертву ремесленным побуждениям, то и они служат режиму преступников и даже составляют немаловажную часть этого режима».

Весьма любопытно следующее рассуждение. Говоря о «неправильном историческом образовании собственности», автор пишет: «для земельного хозяйства нужны человеческие силы, и простого семейного хозяйствования не далеко хватает. И потому, если нет налицо, по меньшей мере косвенно зависимых работников, которые, как не владеющие землей, вынуждены выполнять услуги за плату, то для отдельного собственника нет никакой возможности расширить свое земельное хозяйство дальше известных, весьма умеренных границ». Дюринг называет это хищнической, ложной формой собственности, носящей на себе печать насилия и основанной на ненадлежащем распоряжении человеческими силами. Отсюда вывод: нужно освободить эти человеческие силы, т.е. «эмансипировать личности, - и тогда основанное на наемном труде крупное владение распадется само собой». Следовательно, «нормальную собственность» Дюринг видит в мелком землевладении.

Разумеется, это далеко не все окаянства, на которые указывает автор; перечислять их все⁴ нет никакого смысла. Задача состояла в том, чтобы понять, что же такое «действительное право» и как оно помогает «социальному спасению». К сожалению, достичь этого не удастся.

Составляя «Тетради по империализму» Ильич иногда предварял конспект общим впечатлением от книги. Например, «автор – махровый дурак, как с торбой носящийся с дефинициями – преглупыми», или «много и лишней болтовни». В книге Дюринга дефиниции «действительного» права нет никакой, ни глупой, ни умной, а вот болтовни – и лишней, и много.

⁴ Книга довольно внушительна по объему – 250 страниц.

Престранные решения принимает иногда адвокатская палата. Вот, например, дело адвоката К. В судебном заседании он заявил: «Если надо, чтобы сейчас в отношении моего доверителя дело прекратили, я могу и стриптиз исполнить». На это судья пожаловалась в Адвокатскую палату.

Квалификационная комиссия усмотрела нарушение требований Кодекса профессиональной этики: адвокат при всех обстоятельствах должен сохранять честь и достоинство, присущие его профессии (пункт 1 статьи 4).

Адвокат оказался малый не промах, вспомнил, что лучший способ защиты – нападение, и на заседании Совета палаты заявил, что инцидент, оказывается, стал следствием действий самой судьи: она «не давала ему возможность вести допрос свидетеля, постоянно перебивала, снимала вопросы, а затем стала необоснованно укорять за якобы ненадлежащее поведение в судебном заседании». (Иначе говоря, если бы судья позволила адвокату в полной мере насладиться собственным красноречием, то он бы не пообещал то, что пообещал.)

Совет решил, что этим высказыванием адвоката авторитет судебной власти ущемлен не был, и дисциплинарное обвинение в неуважении к суду в отношении него не выдвинуто (то есть Совет ответил на то, о чем его не спрашивали; в гражданском процессе это называется выход за пределы исковых требований); указание же на готовность «станцевать стриптиз» представляет собой не что иное, как «образный речевой оборот». Фраза была произнесена «исключительно в контексте отстаиваемой защитником позиции о невиновности своего доверителя». А судья препятствовала адвокату в осуществлении защиты всеми не запрещенными законом способами.

Совет решил, что адвокат с целью достижения большей убедительности собственной аргументации вправе использовать эмоционально насыщенную лексику, выражения, содержащие метафоры, гиперболы, аллегории, гротеск, элементы иронии и сарказма. Такой ораторский прием признается допустимым многолетней практикой судебной риторики. Как отмечал П.С.Пороховщиков (П.Сергеич) в книге «Искусство речи на суде», «риторика указывает на некоторые искусственные приемы усиления мыслей формой их изложения».

Безусловно, отрадно, что Совет палаты вспоминает иногда классиков российской адвокатуры. Прискорбно только, что Совет приводит цитату в отрыве от мысли автора.

Вот что говорит Сергеич (глава 7, раздел «преувеличение»): «по замечанию Аристотеля, одним из способов подкреплять или отвергать обвинение служит преувеличение. Вместо того, чтобы доказать или отрицать виновность подсудимого, оратор распространяется о зле преступления; если это делает сам подсудимый или его защитник, слушателям представляется, что он не мог совершить такого злодеяния, и наоборот, кажется, что оно совершено им, когда негодует обвинитель. Этот прием или, если хотите, эта уловка ежедневно применяется в каждом уголовном суде. Аристотель указывает, что здесь нет логического умозаключения: слушатели делают неверный вы-

вод о наличии или об отсутствии факта, который на самом деле остается под сомнением».

Итак, суммируем утверждения сторон:

1. суд препятствовал осуществлению защиты;
2. *поэтому* и с целью достижения большей убедительности аргументации адвокат использовал «образный речевой оборот».

Хозяином процесса является судья, не прокурор и не адвокат. Только судья определяет, какие вопросы могут задать участники процесса, какие ходатайства подлежат удовлетворению, и вообще руководит судебным заседанием и обеспечивает соблюдение порядка. Несогласным с действиями судьи предоставлено право возражать, каковы возражения и заносятся в протокол. Адвокат утверждал, что судья не давала ему вести допрос, перебивала, снимала вопросы, укоряла за ненадлежащее поведение. А воспользовался ли адвокат правом возражения? Какие действия предпринял? Что на этот счет зафиксировано в протоколе судебного заседания? Какие замечания на протокол принес?

Впрочем, это и не существенно. В дисциплинарном производстве рассматривается поведение адвоката, а не судьи. Является ли индульгенцией адвокату совершение любых действий, произнесение любых слов, коль скоро ему не понравились действия судьи? Отнюдь нет.

Далее. Использование образного речевого оборота с целью достижения большей убедительности аргументации.

Известно, что адвокат «должен убеждать суд в правоте своего доверителя представлением по делу доказательств, надлежащею группировкою таковых, указанием на соответствующие законы и представлением юридических выводов и соображений» (486 фрагмент Правил адвокатской профессии). Какие же выводы, соображения или, может быть, доводы адвокат пытался «для достижения большей убедительности» подкрепить столь заманчивым предложением – продемонстрировать суду собственные гениталии, совершая при этом пластические телодвижения в обмен на прекращение уголовного преследования? К сожалению, сведений об этих соображениях и доводах в решении Совета не содержится. Да и были ли они вообще?

Следовательно, как ни пытался адвокат усилить неведомо какую мысль обещанием демонстрации некоторых органов, цели, однако же, не достиг, суд ни в чем не убедил, а слушатели «сделали неверный вывод о наличии или об отсутствии факта».

Какой же урок преподавал Совет палаты адвокатам, чему научил их? «Ловите, ребята, судей на воспрепятствовании осуществлению защиты. Задавайте участникам процесса вопросы без счета, или заявляйте ходатайства без меры (есть «мастера» заявлять сотни ходатайств), рано или поздно суд или вопрос какой снимет, или в ходатайстве откажет. И вот тогда!.. О, это будет воспрепятствованием осуществлению защиты. И тут вам разрешено всё, Совет всё покроет, Совет всё оправдает».

Можно ли с этим бороться? Можно и нужно. Если этого не хочет делать Совет, придется делать суду. Адвокат должен содействовать правосу-

дию, отнюдь не противодействовать. Задача правосудия – открыть истину, определить, на чьей стороне право. «Ничто не обнаруживает так ясно истину, как краткое и простое изложение дела». И если вместо краткого и простого изложения адвокат заваливает суд бессмысленными вопросами и ходатайствами, то он противодействует правосудию, отнюдь не содействует. И тогда суд обязан принять соответствующие меры.

Совет решил, что высказыванием адвоката авторитет судебной власти ущемлен не был. Вероятно, да, судьи еще и не такое слышали. Но речь идет не об авторитете суда, а об авторитете адвокатуры.

Учреждая сословие присяжных поверенных (адвокатов, если кто не знает) законодатель напутствовал его пожеланием, чтобы оно «представляло из себя самое верное ручательство нравственности, знания и честности убеждений», установленный над ним корпоративный надзор (Совет) должен служить «средством к водворению и поддержанию между поверенными чувства правды, чести и сознания нравственной ответственности перед правительством и обществом» (5-й фрагмент Правил профессии).

Конечно, нравственность, чувство чести, достоинство – категории трудноуловимые, правовой регламентации не поддающиеся. Что, впрочем, не мешало Советам присяжных поверенных постоянно использовать их при оценке поведения адвокатов.

P.S. В последнее время стало модным к месту и не к месту ссылаться на злоупотребление правом. Скоро дойдет до того, что само предъявление иска будут называть злоупотреблением. В самом деле! Ведь имел же возможность истец иск не предъявлять. Имел. Но шиканозно иск предъявил. Или ответчик. Имел возможность не защищаться от иска, но шиканозно подал возражение. Злоупотребил! Идея, безусловно, плодотворная. Но надо ее творчески применить к взаимоотношениям судья/адвокат. Например, на каждое замечание адвокату говорить: судья злоупотребляет своими процессуальными правами. И писать соответствующую жалобу. Вот повеселимся!

P.P.S. Интересная, однако, книга – «Практические заметки о свойствах состязательного начала в гражданском судопроизводстве» Александра Михайловича Краевского. Обычно состязательность принято хвалить: ну как же, такое достижение демократии. Но любое явление имеет и оборотную сторону. Вот автор и пишет об обратной стороне состязательности, в частности, о произнесении бесконечных речей, и не только в заключительных прениях, но и в объяснениях позиции сторон. Называет примеры (иногда забавные), которым сам был свидетелем. «Один из тяжущихся в своей речи сделал легкий абрис функций Кассационного Сената; сделал он это совершенно напрасно, но, по крайней мере, кратко; противник же его, должно быть в отместку ему, произнес речь, тянувшуюся ровно 2 часа, в которой произвел подробнейший обзор всего хода развития наследственного права, начиная от Римлян эпохи царей и доводя до последнего кассационного решения Сената, со ссылками и цитатами из многих русских и иностранных юридических писателей». Другой пример – речь представителя стороны по не особенно сложному делу,

продолжавшаяся четыре с половиной часа без перерыва. (Поневоле вспоминаешь древнегреческое судопроизводство, в котором время произнесения речей ограничивалось показаниями клепсидры. А ведь греки любили слушать речи и понимали в них толк!) Вот это уже подлинное, без дураков, злоупотребление правом.

Далее автор говорит, что «на обязанность выслушивать судебные прения судьи смотрят как на тяжкий груз, взваленный на их плечи только ради одного соблюдения в наших судах европейских обычаев». Да, там дело иначе обстоит, например, в Англии. Известен случай (описанный Сергеичем в «Искусстве речи на суде»), когда речь адвоката продолжалась шестнадцать часов. «Весь этот состязательный порядок судебный совсем не в наших нравах. Потому он так уродливо и развивается у нас, что он слишком чужд нам. Мы не ораторы по натуре и не любим ораторства; оно в нашем понятии представляется всегда чем-то совсем бесполезным и праздным». Автор, безусловно, прав: в этом отношении мы похожи на спартанцев, которые, в отличие от остальных греков, любили, чтобы все было коротко и по делу.

То, что английские судьи с трудом уясняют из 16-часовой речи, наши вполне понимают в ходе судебного следствия. Однажды рассматривалось дисциплинарное дело трех адвокатов, отказавшихся выступать в прениях. Сидевшей рядом судье задал вопрос: был ли в ее практике хоть один случай, когда в прениях сторон было высказано что-то такое, чего не было бы известно из судебного следствия. Оказалось, не было. Какая неожиданность!

Далее автор говорит: «состязательный метод в раскрытии судебной истины есть метод ложный; в нем скорее помеха правосудию, нежели его орудие. В основу состязательного процесса положены две совершенно ложные мысли: 1) что будто из двух спорящих прав тот, кто переспорил другого, и 2) что будто спорящие на суде стороны настолько хорошо понимают свои интересы и права, что не нуждаются в содействии суда». По поводу первой автор говорит, что «ловкость – это *alfa* и *omega* словесных прений на суде»; стороны состязаются в ловкости словесных препирательств. Вывод: на суде часто, слишком часто, побеждает не правый, а ловкий.

По поводу второй автор говорит, что суд лишен всякой инициативы в исследовании дела; это неправильно. «Кто имеет обязанность судить и решать, тот должен иметь и право расследовать, и познавать им обсуждаемое». И здесь автор проводит сравнение с медициной: ни один доктор не ограничивается теми сведениями, какие ему сообщил о себе пациент, но требует откровенных признаний и таких исследований организма, которые пациенту покажутся даже и крайне неприятными. Иначе нельзя требовать от врача полезного совета.

Схоластика. Обычно ее принято ругать. Вероятно, в этом есть доля истины: любую вещь можно довести до абсурда. А вот есть ли в ней что-то положительное?

Схоластика в переводе с древнегреческого значит «школьный, учебный». А по сути это соединение католического богословия и философии Аристотеля. Конечно, католическое богословие вещь сомнительная, а вот Аристотель весьма полезен, достаточно сказать, что именно он «изобрёл» логику. А без логики в юриспруденции никуда: «логика и справедливость – это две силы, помощью коих вырабатываются и применяются к жизни как моральные, так и правовые правила» (Иосилевич).

Схоластика выработала ряд интересных правил. Например, такие: противоположности изучаются зараз, одним и тем же актом познания; там где встречается противоречие, надо установить различие (тогда не будет оснований для дальнейшего спора). Иоанн Дунс Скотт сформулировал закон *ex falso quodlibet* – из ложного высказывания следует все что угодно. Ну и знаменитая «брита Оккама», конечно, архиполезная для практической юриспруденции.

Но, пожалуй, самый знаменитый схоласт - Фома Аквинский. Его монументальная «Сумма теологии» это энциклопедия средневековой мысли. И заметное место в ней занимают вопросы права. Весьма интересен метод исследования Фомы (собственно, именно его и называют схоластическим методом). Обсуждая тот или иной вопрос (например, такой: является ли право объектом правосудности?) он формулирует тезис, затем выдвигает три (как правило) возражения, а затем приводит свои ответы на эти возражения. Собственно, именно по такой схеме - «триаде Гегеля» - происходит рассмотрение судебного спора, где тезис – исковое прошение, антитезис – возражение ответчика, и синтез – решение суда. Таким образом вопрос рассматривается с разных сторон («противоположности изучаются одним и тем же актом познания»), диалектически.

Вот как это выглядит для вопроса о соотношении права и правосудности (приведу в сокращении одно возражение и один ответ). Возражение 1. Кажется, что право не является объектом правосудности. Так, юрист Цельс говорит, что «право является искусством добродетельности и справедливого равенства». Но искусство как таковое является умственной добродетелью, а не объектом правосудности. Следовательно, право не является объектом правосудности.

На это Фома возражает: правосудности, самое имя которой указывает на некоторое справедливое равенство, как никакой другой добродетели присуще определять человека в его отношениях с другими. ...В самом деле, о человеческом поступке говорится как о правом тогда, когда он согласован с чем-то другим посредством некоторого равенства, как, например, когда размер вознаграждения соответствует оказанной услуге. ...Поэтому у правосудности есть свой особый присущий ей объект, которого нет у других добродетелей, и этот объект называется правом, что означает то же, что и «правота». Отсюда очевидно, что право является объектом правосудности.

И ответ на первое возражение. Нередко случается так, что слова помимо своего изначального значения со временем приобретают какое-то еще; так, слово «медицина», которое изначально указывало на используемые для

лечения больного средства, впоследствии стало означать само искусство излечения. И точно так же слово «jus» (право) изначально использовалось для обозначения только самой правой вещи, но впоследствии с его помощью стали определять искусство, посредством которого её распознают как именно правую. Кроме того, оно означает место, где рассматриваются правовые вопросы, как когда говорят о явке человека в суд («in jure»). Да и когда человек [просто] служит в суде, мы говорим, что он служит закону («jus»), даже если его приговор неправоу суден.

Естественно, что Фома обильно ссылается на авторитеты: Аристотеля, блаженного Августина, других отцов церкви, юристов. Такой подход весьма оправдан. «Есть два пути, которыми мы можем следовать, когда нас мучит мрак окружающих явлений: это – разум, а если не он, то – авторитет». (Это сказал Августин. Но и до него, и после него такие же мысли высказывали и другие мудрые люди.) Действительно, ограниченность знания отдельного человека не даёт возможность познать все явления и иметь по этому поводу своё собственное суждение. И здесь приходит на помощь авторитет, то есть мнение человека, изучившего вопрос ранее. (Другое дело, доверяем ли мы этому лицу, его авторитету.)

Как же все это можно использовать в юриспруденции? В нашем деле безусловным авторитетом является норма закона, то есть положение, уже кем-то когда-то высказанное и закреплённое не только опытом применения (обычаем), но и повелением верховной власти. Но важен еще и аргумент – довод, соединяющий норму с существенным фактом, то есть объяснение того, почему к данному случаю должно применить тот, а не иной закон. Сила этих положений основана только на их внутреннем достоинстве, их логичности и справедливости.

Вот, например, доказывание отрицательного факта. Сейчас об этом начинают говорить, но далеко не все знают теорию. Какой аргумент надо привести суду, обосновывающий возможность подтверждения только существования известного факта, а не отсутствие его? На мой взгляд, наиболее убедителен следующий: доказать можно только то, что оставляет по себе следы в пространстве и времени, а такие следы могут остаться только от факта совершившегося. Пока не доказано, что известный факт совершился, следует предполагать, что его не было. Высказал эту формулу в 19 веке Петр Александрович Юрнев. Конечно, выдавать это нужно без указания автора: даже если суд и знает, кто это такой, не факт, что он является авторитетом для суда. А при умолчании об авторе может сложиться впечатление, что это адвокат такой умный. Что, безусловно, пойдёт ему и его доверителю только на пользу.

ловского горкома и до декабря 1943 года занимал этот пост. В январе 1944 года направлен на работу в Латвию (дед говорил: «восстанавливать советскую власть»), после войны - в Молдавию. Награжден орденами «Красное Знамя», «Красная Звезда», «Трудовое Красное Знамя».

Как и многие сталинские выдвиженцы (не запятнавшие себя троцкизмом) дед был человеком небесталанным, владел словом (партийному организатору без этого никак), писал стихи, рассказы, басни, кое-что даже было опубликовано. Рисовал картины. Его воспоминания и составили книгу «Могучие кедры». Книга, разумеется, о людях («кадры решают все»), об уральских «могучих кедрах».

В связи с захватом фашистами осенью 1941 года Донецкого угольного бассейна особое значение приобрёл Кизеловский бассейн. И перед городским и партийным руководством встала задача значительно увеличить добычу угля. А кроме того в Пермскую область и в город Кизел в частности эвакуировались заводы: людей надо было разместить, а заводы смонтировать и как можно быстрее дать продукцию. (Прелюбопытные вскрываются факты. Вот, например, такой:

А в Кизеле уже в 1926 году бежали по рельсам электровозы. От станции Чусовская до ст. Кизел железная дорога была электрофицирована и это была вторая электрофицированная железная дорога в России. В годы войны это помогало ускорению продвижения эшелонов с каменным углем, как для железных дорог, так и для военных заводов. Такое развитие промышленных черт горного округа не могло не сказаться на населении, на его взгляды на будущее и прямее говоря на взгляды людей и их понимание значения революции. Партийной организации легла на плечи тяжелая задача - расширить железно-дорожные разветвления и подъезды к шахтам.

Все это и описывает дед в своих воспоминаниях. Попутно вспоминает своё детство и период Гражданской войны. Немного говорит и о конечном периоде Великой Отечественной, когда его вызвали на работу в Москву.

Любопытен следующий эпизод. О том, как товарищ Сталин вырабатывал и принимал решения, написано немало. Работая в аппарате ЦК, деду доводилось бывать на заседаниях политбюро. И вот что он наблюдал:

Тов. Сталин на заседаниях бюро также просил, чтобы члены бюро выступали со своими предложениями каковы бы они ни были. А, когда составлялось коллективное решение, найденной на основе всестороннего обсуждения, тогда требовалось без оговорок его выполнять. Этому методу он учил нас - молодежь. Когда приходилось бывать на политбюро, то обязательно Иосиф Виссарионович с настойчивой требовательностью просил учитывать этот метод, зная что перед ним сидят люди с низов.

И вообще о подготовке партийных кадров:

-Мне, кажется не лишним напомнить, что секретарям партийных организаций нужно знать все, что делается на предприятии, всё предвидеть. Во время войны нет мелочей. Незнаешь - спроси, не можешь найти ответа у живых людей, обратись к книгам. Никаких отговорок, никаких оправданий, за упущенное, не может быть. А теперь по местам. Работать день и ночь. Расставить правильно коммунистов, всюду иметь свой глаз и уши. Контроль, контроль и еще раз контроль.

Припомнилось мне, как учась на курсах в промакадемии, нам внушали. "Руководитель должен быть интеллектуально развит, а если не развит, то развиваться. От него требуется вникать во все. Знать литературу, экономику, искусство и многое другое.

Книга, к сожалению, не доработана, на многих страницах видны правки. Но все же фактический материал и авторские оценки небезынтересны. И возможно кто-то когда-то, собирая материалы по истории Урала, сможет извлечь что-то полезное из этого бесхитростного повествования. [А.Ф.Устинов. Могучие кедры.](#)

11

В последнее время стали получать распространение т.н. «доктринальные заключения», т.е. истолкования правовых вопросов каким-нибудь научным учреждением или ученым автором, которым («заключением», истолкованием) сторона в споре пытается оказать воздействие на суд силой научного авторитета. Иногда такие попытки увенчиваются успехом. Но обычно суд все же их отклоняет, нередко даже напоминая о правиле *jura novit curia*.

Вообще-то традиция это старая. Ещё в средние века практиковались правовые заключения университетов. А ещё ранее, в римское время, *responsa* уполномоченных юристов. Есть, правда, и существенная разница: судьи тогда (особенно у римлян) не были юристами (это как бы давать научно-юридическое заключение присяжным).

В новое время этим также увлекались. Например, известны мнения Иеринга по делу гэйской железной дороги (изданное у нас под названием «Интерес и право»), по делу лукко-пистойских акций. (Любопытно, что в гэйском деле были представлены со стороны ответчика аж три мнения. К сожалению, неизвестно, как все эти учёные рассуждения отразились на судебном решении...)

Сторонники «доктринальных заключений» пытаются даже подвести теоретическую базу. Ссылаются на нормы о доказательствах: будто бы такие заключения не что иное как доказательства, а потому непременно должны быть допущены и рассмотрены судом. Здесь, безусловно, логическая ошибка

нарушения закона тождества. Ведь что есть доказательство? «Под словом «доказательство» закон понимает все те положительно установленные средства (письменные акты, показания свидетелей, признание), имеющие целью обнаружить и констатировать существование юридических фактов». Может ли научное рассуждение в принципе «обнаружить и констатировать» существование фактов? Отнюдь. Максимум, что может, это *утверждать* существование таких фактов, причём это утверждение не основано ни на личном наблюдении (в противном случае это было бы свидетельством), ни на признании (это прерогатива участника процесса).

Тогда что же это? Не более чем «довод» - юридическая оценка фактов, критический разбор ситуации, *соображения*, посредством которых устанавливается связь и отношение фактов к иску и защите. Доводы относятся к области логики и права и имеют целью склонить ум и убеждение судьи в пользу или против того или иного положения.

Учитывая, что «научные рассуждения» занимают, как правило, не одну страницу (нередко десятки страниц), говорить об удобопонятности не представляется возможным. Как говорили английские юристы, *probationes debent esse luce clariores* – доказательства должны быть яснее света. Так что и в этом отношении «доктринальные заключения» доказательствами служить не могут. (По воспоминаниям Бонч-Бруевича, Ильич, будучи изрядным юристом и сильным логиком, если видел, что изложение страдает отсутствием ясности и понятности, то всегда спрашивал: «неужели по-русски вы не можете изложить свои мысли так, чтобы они были действительно доступны всем? Русский язык очень богатый»).

Что же остаётся? Голый авторитет. Создавая состязательные бумаги, стороны излагают в них доводы и соображения, которыми пытаются соединить утверждаемые ими факты с нормой права. (Иногда, правда, это тоже выливается в десятки страниц.) И здесь, поскольку ум отдельного человека несколько ограничен, ничто не мешает воспользоваться чужим умом. В учёных книгах (и не обязательно юридических⁵) и в судебных решениях нередко содержатся интересные формулы, удачно описывающие ту или иную правовую ситуацию. Вопрос только в том, укажем ли мы автора или нет. Если нет, то выдаём за своё («сами умные»). В этом случае вопрос о «приобщении в качестве доказательства» не стоит.

А вот если да, то является ли подлинный автор авторитетом для суда или нет? Ну и в любом случае, это давление авторитетом (даже если он таковым для суда не является), а судьи сами умные, сами знают право и в авторитетах не нуждаются.

⁵ Например, в одном деле истец утверждал, что «не знал о факте» (такое нередко бывает при применении исковой давности. Дескать, «только вчера узнал...»), на что суд очень удачно отреагировал: «истец обладал документом и не был лишён возможности ознакомиться с его содержанием». Но есть еще более удачная формула: «объективная реальность, данная в ощущениях». Юристы старшего поколения знают, что это ленинское определение материи из «Материализма и эмпириокритицизма».

Р.С. В одном деле истец представил «ходатайство о применении доктрины «срывании корпоративной вуали»» [столь вычурное название, так присущее англосаксонскому праву, означает что ответственность юридического лица может быть возложена на лиц его контролирующих], то есть просил применить иностранное право. Само по себе «ходатайство о применении правовых норм» есть что-то абсурдное, из разряда «признать воду мокрой» (в одном деле юридически неграмотная истица неоднократно ходатайствовала перед судом о вынесении решения. На что суд неизменно повторял, что для этого и проводится судебное следствие. Но это неискушенный в праве человек, ей простительно). Ну да речь идет о применении иностранных законов, что урегулировано статьями 13, 14 АПК. Но ссылка на иностранные нормы предполагает их указание. Из текста решения не видно, сделал ли это истец. Скорее всего, он «слышал звон, да не знает, где он». А суд не обязан догадываться об иностранных законах. Поэтому суд совершенно справедливо указал: «ходатайство о применении доктрины «снятия корпоративной вуали» фактически представляет собой изложение позиции истца по существу спора, которая подлежит оценке при рассмотрении апелляционной жалобы, а применение при рассмотрении дела какой-либо доктрины в качестве отдельного процессуального действия АПК не предусмотрено».

12

Оскар фон Бюлов. Считается, что он произвёл чуть ли не революцию в процессе. В сравнительно небольшой по объёму книжке «Учение о процессуальных возражениях и процессуальные предпосылки» «открыл», что процесс – это не просто совокупная последовательность значимых судебных действий, а «правоотношение». Идея эта так поразила умы юристов, что породило целое направление в науке – «бюловское».

Поэтому книгу открываешь с чувством предвкушения чего-то сверхъестественного, ожидая каких-то небывалых откровений, уповая на обогащение какими-то неслыханными познаниями. Правда несколько напрягает название: почему в нем ничего не сказано об отношениях, а говорится о каких-то возражениях и предпосылках?

Что же оказывается на проверку? Предваряя сочинение, автор полагает, что основная его задача заключалась «в устранении пронизывающего всю систему гражданского процесса ошибочного учения». Интересно! Какое же это учение и в чем его ошибочность?

Начинается книга со следующего утверждения: «не вызывает сомнений, что гражданское процессуальное право определяет права и обязанности, которые суд и стороны имеют по отношению друг к другу. Вместе с тем из этого также следует, что процесс представляет собой отношение взаимных прав и обязанностей, т.е. является правоотношением». Хорошо, правильно. Однако!.. Мысль-то банальная. Согласно словаря Ушакова, отношение (в 3-м значении) – взаимное общение, связь между кем-чем-нибудь, образующаяся из общения на какой-нибудь почве. Следовательно, процессуальное правоот-

ношение – это «взаимное общение участников процесса, связь между ними, образующаяся из общения на почве судебного спора». Неужели такое никому до Бюлова не приходило в голову? Или это было настолько само собой разумеющееся, что не имело смысла тратить чернила на доказывание очевидного?

Как бы то ни было, слово сказано. Для юриста представляют наибольший интерес те положения, в которых обосновывается взгляд учёного на тот или иной юридический вопрос либо разрешается более или менее сложный юридический казус. Значит, при таком зачине мы вправе ожидать по меньшей мере *теории* процессуального отношения (200 страниц книги вполне подходящий объём, чтобы «не растекаясь мыслью по древу» обосновать свою позицию). Однако...

...Далее автор действительно упоминает о правоотношении: «процесс представляет собой последовательное, *поступательное*, шаг за шагом *развивающееся* правоотношение». Кто бы сомневался. Хотя, оказывается, прежние исследователи «подчеркивали лишь наиболее явную сторону понятия процесса – его последовательное продвижение, *судебную процедуру*. Такая односторонность зародилась в римской юриспруденции Средневековья...». Ага! Вот в чем, оказывается, «пронизывающее всю систему гражданского процесса ошибочное учение». Однако такая ли уж большая практическая (да и теоретическая) разница между последовательным продвижением (сиречь судебной процедурой) и развивающимся правоотношением? Однако есть. Судебная процедура действительно настолько явная сторона процесса, что понятна даже неюристу. А вот профессиональные участники – судьи, прокуроры, адвокаты – если будут удерживать в голове понятие *развивающегося правоотношения*, то, пожалуй, забудут и о процедуре.

Далее. А на этом, собственно, все. Вся «теория правоотношения» заняла две с половиной страницы. Дальше автор исходит из правоотношения как само собой разумеющегося (что, в общем, правильно). И переходит к тем самым предпосылкам: «описание правоотношения прежде всего должно отвечать на вопрос, какими предпосылками обусловлено его возникновение». Опять же спора нет. Но и судебная процедура (или последовательное продвижение) также нуждается в предпосылках, начиная с обращения истца в суд. Но раз есть предпосылки, то должны быть и возражения: кто-то же должен указать на то, если вдруг предпосылки окажутся неправильными.

И здесь автор переходит непосредственно к заявленной в заглавии теме. О многих процессуальных возражениях идёт речь: *exceptio fori incompetentis, praeventionis, iudicis inhabilis vel suspecti – deficientis personae standi in iudicio – procuratoria vel deficientis legitimationis ad processum, deficientis tutorii vel syndicatus; exceptio non rite formati processus; exceptio libelli obscuri vel inepti, termini nimis angusti, loci non tuti, praestandae cautionis pro expensis vel pro reconventionem; exceptio praejudicialis, connexitatis causarum, praeposteritatis* и др.

Рассмотрим первые по тексту книги – *exceptio procuratoria* и *cognitoria*. Первая оспаривает процессуальные полномочия *procurator'a* (т.е. нефор-

мально [в отличие от *cognitor'a*] назначенного представителя, вторая – опротестовывает действительность полномочий или процессуальную способность *cognitor'a* (т.е. представителя, которого *dominus litis* представляет противной стороне *in iure*, в результате чего *cognitor* берет на себя ведение процесса и соответственно судебное решение направлено против него [или в его пользу]. Проще говоря – возражение в связи с пороком полномочий.

Итак, речь идёт о возражении против представителя стороны. Вероятно, в римском процессе, отличавшемся (на ранних стадиях) изрядным формализмом, такие возражения были весьма актуальны. Как обстояло дело в германском процессе 19 века – неизвестно. В современном российском процессе до таких возражений обычно не доходит (пишущий эти строки не видел ни одного⁶); все решается судьей при проверке полномочий. [Иногда, впрочем, не обременённая юридическими познаниями сторона пытается отвести адвоката другой стороны. Приходится разъяснять.]

Автор приводит много фрагментов римского права, в которых юристы с присущей им обстоятельностью и тонкостью анализа трактуют предмет. Это, безусловно, подтверждает актуальность вопроса в римском процессе.

Об остальных эксцепциях говорить не будем, перейдем к заключению, в котором, согласно заявлению автора, «кратко обозначены полученные в результате исследования основные предложения, направленные на совершенствование гражданского процессуального законодательства».

Вывод парадоксален. «Понятие процессуальных возражений для современного права является не чем иным, как пустой, лишенной основания и содержания для развития современного процессуального права, вытекающей лишь из ошибочных представлений и лишь вводящей в заблуждение и путаницу моделью». С этим трудно не согласиться. Автор говорит даже об *опасности* теории процессуальных возражений для правоприменения. Спрашивается, зачем писал? В целом складывается впечатление, что вся книга не более чем добротная кандидатская (в виду бесполезности) диссертация на тему римского права. А выбор обусловлен незаезженностью предмета: какому состоявшемуся ученому придёт в голову писать на столь бессмысленную тему. Учитывая, что автору в момент сочинения был 31 год, то это неплохой старт (по современным меркам) молодого учёного. Тем более обогащенного юридической находкой формулы «процессуальное правоотношение».

⁶ Хотя слышал об одном забавном случае. Некий профессор представлял известного политика в споре с Министерством юстиции. Представитель Минюста предъявил доверенность, которую профессор и оспорил – на основании того, что *печать* учреждения была проставлена не на надлежащем месте. А какое же место надлежащее? Оказывается, по ГОСТу о делопроизводстве, оттиск печати должен захватывать не подпись (то есть тот *росчерк*, который обычно считают подписью), а *должность* лица, подписавшего документ. Суд признал доверенность ненадлежащей и дело слушанием отложил.

Но только в крайности должно признавать сделку недействительной: коренное правило для юриста — всячески поддерживать сделку, ибо нельзя предполагать, что участники ее действовали напрасно, а напротив, должно дать место предположению, что они хотели постановить нечто действительное.

Дмитрий Иванович Мейер

„Да, это революционеры дела, ибо сущность дела ставят они выше его формы“.

Иосиф Виссарионович Сталин

Формализм в праве. Основополагающая теоретическая работа на эту тему — «О существе юридического формализма» Иеринга (45-й параграф «Духа римского права...»).

И вот что получается на практике. Супруги купили квартиру в долях — по одной второй каждому. Через несколько лет брак распался, и муж подал иск, требуя признать за ним право собственности на всю квартиру на том основании, что деньги на покупку получены от продажи им своей добрачной квартиры. Суды принимали разные решения, пока Верховный суд все их не отменил на том основании, что «соглашение о разделе общего имущества, нажитого супругами в период брака, должно быть нотариально удостоверено». То есть по формальному основанию.

И здесь возникает любопытный вопрос: чем воля, выраженная в нотариальном порядке, принципиально отличается от воли, выраженной в простой письменной форме?

Смысл нотариальных действий состоит в том, что стороннее, государством уполномоченное лицо, свидетельствует факт того, что сделку заключили (подписали) именно те лица, которые указаны. И кроме того, как лицо юридически компетентное, попутно проверяет законность самой сделки.

Но в судебном акте нет указаний на то, что кто-либо из участников выражал сомнение в законности договора. Да и совершить юридически правильный договор могут не только юридически образованные граждане (равно как и наоборот, впрочем). И никто из участников не отказывался от своей подписи. Следовательно, по крайней мере, данном конкретном случае, «простая письменная» воля ничем не отличается от воли «нотариальной».

Конечно, прямое и недвусмысленное повеление закона о нотариальной форме непреодолимо. Но это только если рассматривать сделку исключительно как соглашение о разделе имущества супругов. Но договор-то смешанный, а «к отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора».

То есть возможны и исключения. И вот вопрос: а не вытекает ли «иное» из данного соглашения?

Понятно, что когда супруги заключают договор об определении долей уже существующего имущества, то тут нет никаких «примесей», это договор о разделе супружеской собственности в «химически чистом» виде. Но в рассматриваемом случае логический акцент все же падает на договор приобре-

тения. Что первично: покупка или раздел? Раздел обременён покупкой или покупка разделом?

Приобретение имущества в собственность двух (и более) лиц, в том числе по долям – ничего сверхъестественного для права в этом нет. Иеринг говорит: «когда форма учреждается путём законодательства, то всегда имеется в виду определенная цель. Здесь форма одолжена своим существованием и внешним видом исключительно практическому мотиву». Следовательно, форма оправдывается практическим интересом, Иеринг говорит даже о особенной полезности формы для достижения юридических целей. В чем же интерес и какая польза в том, что приобретение имущества в долях супругами подлежит нотариальной форме, а не супругами – простой письменной, какая юридическая цель этим достигается?

К выгодам письменной формы Иеринг (сравнивая со словесной - римской стипуляцией) относит то, что укрепление действия в памяти человека менее точно, нежели на бумаге, простирается только на смысл, а не на слова [которые имеют иногда огромное значение]. Но нотариальная форма – это та же письменная, удостоверенная полномочным лицом. Следовательно, спора о смысле сделки быть не может, поскольку слова укреплены на бумаге. И опять же, никакой практической пользы по сравнению с простой письменной формой здесь нет, а цель в обременении сделок супругов нотариальной формой неясна.

Правило Мейера о всяческом поддержании сделки исходит из предположения о желании сторон постановить нечто действительное. А кассационный суд подтвердил (ещё в 1879 году!) это практически: «всякая формальность должна иметь значение лишь настолько, насколько она соответствует сущности предмета и ограждает существо дела, нисколько не препятствуя свободному осуществлению дозволенных гражданских сделок и не затрудняя законных распоряжений частных лиц их имуществом».

Любопытно, какая сторона заявила о несоблюдении формы? Вряд ли это была супруга, не в ее интересах. Тогда другой вопрос: а кто предложил приобрести в долях? Если супруг, то не нарушено ли правило *non concedit venire contra factum proprium* – никто не может действовать противоположно своему предыдущему поведению. А если супруга, то почему супруг не возражал?

Конечно, требовать от кассационного суда (исследующего только правильность применения закона) проверки всех обстоятельств безосновательно. Но право можно применить только к установленным фактам. А если фактическая сторона дела установлена неправильно?

А в завершение нужно обратить внимание на еще одно непонятное обстоятельство. Супруги приобрели квартиру, то есть недвижимое имущество. Такие сделки (точнее, права, возникающие по таким сделкам) требуют государственной регистрации, что и было сделано в данном случае. И как же так получилось, что регистрирующий орган, заведомо зная о нотариальной форме супружеского раздела, все же осуществил государственную регистрацию?

Замена ненадлежащего ответчика. Когда суд разделяет позицию, предложенную адвокатом, и принимает решение в пользу его доверителя, это всегда приятно. Когда суд не разделяет позицию адвоката и принимает решение против, это неприятно, но с точки зрения науки, вероятно, наиболее интересно, поскольку при наличии позиции⁷ и противоречащего ей судебного решения можно разобрать его по методу юридической клиники Иосилевича.

Но бывают случаи, когда суд, не разделяя позицию адвоката, все же принимает решение в пользу его доверителя. Вот один такой случай.

Наследница по завещанию супруга обратилась с иском о признании права собственности на земельный участок «в порядке наследования». Наследником обязательной доли была мать наследодателя, также умершая через год после смерти сына. Истица утверждала, что мать наследодателя «не приобрела обязательную долю». В связи со смертью наследника по обязательной доле истица требовала признать за ней право собственности на всё имущество. Ответчиком по делу указала нотариуса.

Однако мать наследодателя обратилась с заявлением о принятии наследства через неделю после его смерти, в связи с чем было открыто наследственное дело. Таким образом, мать наследственное имущество сына (свою обязательную долю) приняла. После ее смерти уже ее наследники обратились с заявлением о принятии наследства, в связи с чем было открыто соответствующее наследственное дело. Таким образом, доля наследственного имущества матери, перешедшая к ней в порядке наследования обязательной доли, переходит к ее наследникам, принявшим наследство.

Следовательно, истица права на имущество супруга (в полном объеме) не имеет.

Эта позиция и была изложена в возражении нотариуса.

Суд, однако, пошел по иному пути. Он указал, что «истцом в рамках настоящего спора избран неверный способ защиты права»; «нотариус не является надлежащим ответчиком, поскольку нотариус не может претендовать на наследство, а, следовательно, не является субъектом спорных правоотношений». И далее: «факт несогласия истца с действиями (бездействием) нотариуса не является основанием для обращения в суд с иском о признании права собственности на наследственное имущество, так как спор о праве с нотариусом у истца отсутствует».

Суд разъяснил истице право произвести замену ответчика. Любопытно, как изменялся институт замены ненадлежащей стороны. Статья 36 Гражданского процессуального кодекса РСФСР предоставляла инициативу суду; решал, произвести ли замену, разумеется, истец. Сделано это было в целях процессуальной экономии и создания реальных условий для проявления активности суда. Предположение о том, что нарушителем права является имен-

⁷ Напомню, правовая позиция — это такое соотношение юридически значимых фактов и правовых норм, при котором субъективное право могло бы быть защищено судом.

но тот ответчик, который был указан истцом, возникает на основе заявления самого истца. Предположение же о том, что субъектом обязанности (ответчиком) является другое лицо, может возникнуть в результате анализа норм материального права, подлежащего применению, т.е. служит следствием толкования норм материального права применительно к конкретной ситуации. А это уже прерогатива суда.

Иначе решался вопрос Уставом гражданского судопроизводства. Статья 571 говорила об отводе: «ответчик может, не представляя объяснений по существу дела, предъявить отвод в случае... когда требование истца должно... относиться к другому ответчику». Цель отводов заключалась как «в упрощении судопроизводства и в прекращении тяжб, не подлежащих разбирательству суда, при самом начале их, так и в воспрепятствовании ответчику уклоняться от суда под неправильными предлогами для проволочки дела».

Таким образом инициатива предоставлялась непосредственно самому ответчику (впрочем, и суд мог, даже был обязан, возбуждать вопрос об отводе независимо от воли сторон в случаях, предусмотренных статьей 584 Устава – например, «когда обнаружится, то тяжущийся не имеет права ходатайствовать в суде»). Заявление об отводе должно было быть разрешено частным определением до разрешения дела по существу.

Если же ответчик делал заявление по истечении срока для предъявления отвода, то оно уже имело значение возражения по существу и могло быть разрешено только при постановлении решения.

В современном процессе речь уже не идет о процессуальной экономии. «Суд... может допустить по ходатайству или с согласия истца замену ненадлежащего ответчика надлежащим». И если первое основание – «по ходатайству» - понятно (инициатива исходит от самого истца), то второе – «с согласия» - неясно. От кого исходит инициатива, от суда? От проявления активности суда в связи с переходом к полной состязательности процесса вроде бы оказались. От ответчика?

В рассматриваемом казусе ответчик – нотариус – в судебном заседании отсутствовал и заявить об отводе не мог. Поэтому суд вынужден был рассмотреть вопрос по существу. Хотя с учетом того, что в толкование вопросов материального права суд не входил, ограничившись правом процессуальным, то все же некоторое «упрощение судопроизводства» имело место быть. А суждение об «отсутствии спора с нотариусом» весьма напоминает обнаружение отсутствия «права ходатайствовать в суде».

«Сталин боролся за власть с Троцким». Возникает картина: есть могучая глыба – Троцкий, и его пытается побороть Сталин.

Только возникает вопрос: о какой именно власти идет речь?

Начнем с власти государственной. Сталин, как известно, занимал две государственные должности: народного комиссара по делам национально-

стей (с 1917 по 1923) и народного комиссара рабоче-крестьянской инспекции (с 1920 по 1922).

Государственные должности Троцкого: народный комиссар иностранных дел (1917—1918), нарком по военным и морским делам (с 1918 по 1926), нарком путей сообщения (1920).

Известно, что в сентябре 1922 года Ленин предлагал Троцкому пост заместителя председателя Совета народных комиссаров (об этом сказал Сталин на 12 съезде партии, в апреле 1923 года), но Троцкий отказался. В январе 1923 года Сталин опять предложил этот пост Троцкому, Троцкий опять отказался. Эти факты Троцкий не оспаривал.

Авторитет Ленина был непререкаем, потому ни о какой борьбе за государственную власть в Совете народных комиссаров речь идти не может. К тому же после 1922 года Сталин занимался только партийными делами.

Теперь о партийной власти. Как известно, высшим партийным органом в перерывах между съездами был Центральный комитет. И Сталин, и Троцкий были членами ЦК: Сталин с 1912 года (шестая «пражская» конференция, избран по предложению Ленина заочно, поскольку находился в ссылке в Вологде), Троцкий с 1918 по 1925. В 1917 году ЦК создает Бюро ЦК, в которое вошли Ленин, Сталин и Свердлов. В 1919 в ЦК создается три постоянно действующих органа: Политическое бюро (в составе 5, с 1923 года не более 7 членов) — для решения вопросов, не терпящих отлагательств; Организационное бюро (5, с 1923 года — не более 7 членов) — для направления всей организационной работы партии; Секретариат (один ответственный секретарь член Оргбюро, и пять технических секретарей их числа опытных партийных работников). Все эти органы подотчетны пленуму ЦК. Сталин был единственным членом ЦК, вошедшим во все три органа. Троцкий вошел только в Политбюро.

Где же Сталин мог бороться за власть с Троцким кроме Политбюро? Остается только пленум ЦК, ну и съезд, разумеется. Но ЦК — орган коллективный. В 1922 году он состоял из 27 членов, в 1923 — из 40, в 1924 — из 53, в 1925 — из 63. То есть ЦК — орган демократический (впрочем, как и Политбюро, и Оргбюро, и Секретариат), и бороться за власть в нем можно было только силой слова и авторитета. (Справедливости ради надо указать на такой забавный факт. На 12 съезде (1923 год) возглашались здравицы в честь партии и ее вождей. Так вот Троцкого приветствовали аж 16 раз, а Сталина — только один. Так что авторитет у Троцкого несомненно был.)

Теперь о силе слова. Считается, что Троцкий был великий оратор (хотя писания его весьма скучны) и вроде бы превосходил этим талантом Сталина. Но почему-то всегда оказывался в меньшинстве. Почему? Есть только одно объяснение: потому что высказывал взгляды, не совместимые с мнением партии. Вот, например, т.н. «заявление 46» от 15 октября 1923 года. Троцкий его не подписывал, хотя и был идейным вдохновителем. В заявлении 46 и в письме самого Троцкого от 8 октября троцкисты, не выдвигая никаких конкретных предложений, направленных на улучшение работы промышленности и сельского хозяйства, утверждали, что вся линия ЦК в отношении НЭПа

была якобы неправильной и что именно поэтому политика ЦК явилась причиной хозяйственных затруднений. Под предлогом борьбы с бюрократизмом троцкисты обрушились на партийный аппарат, требуя изменения его состава и структуры. Но состав и структуру аппарата партии может изменить только съезд. А вот съезд троцкистов не поддержал, хотя и избрал самого Троцкого в состав ЦК (в последний раз).

Несколько слов о т.н. «политическом завещании» Ленина. Кто на самом деле написал это «завещание» не известно до сих пор. В ночь с 22 на 23 декабря 1922 года у Ленина случился очередной удар, после которого он уже не мог писать. А 23, 24 и 25 декабря появился текст «завещания». Странные суждения высказываются в этом «завещании».

«Тов. Сталин, сделавшись генсеком, сосредоточил в своих руках необъятную власть...». Что такое генеральный секретарь, которым избрали Сталина 3 апреля 1922 года? С 1919 года Секретариат возглавлял ответственный секретарь, которым был один из членов Оргбюро. Изменились ли полномочия секретаря в связи с изменением названия его должности? Вероятно, да. Но предоставляли ли эти полномочия «необъятную власть»? О какой власти⁸ вообще здесь идет речь? Власти над чем? Над секретариатом? То, что власть тов. Сталина в секретариате была «необъятна», ясно из положения секретариата. Секретариат ЦК состоял из одного ответственного (переименованного на 11 съезде в Генерального) секретаря – члена Организационного бюро ЦК, и пяти «технических секретарей из числа опытных партийных работников». Были ли эти технические секретари членами ЦК – неизвестно. Но уже название должности говорит о том, что власть генерального над техническими была «необъятна».

Но секретариат, равно как и Оргбюро, и Политбюро ответственен перед пленумом ЦК. И потом, Ленин знал Сталина по меньшей мере с 1907 года (V, «лондонский» съезд). Девять месяцев – с 3 апреля по 22 декабря 1922 года работал с ним как с генеральным секретарем, и ни о какой «необъятной власти» и т.п. не говорил.

«Я предлагаю товарищам обдумать способ перемещения Сталина с этого места и назначить на это место другого человека...». Ленин сам писал Устав партии и прекрасно знал, как именно «назначаются» и «перемещаются» партийные кадры. Что же тут «обдумывать»?

Вообще сочинители т.н. «ленинских диктовок» 23-25 декабря 1922 года плохо понимали, что они пишут. Вот т.н. «дополнение к диктовке от 24 декабря» от 4 января 1923 года. «Сталин слишком груб, и этот недостаток, вполне терпимый в среде и в общении между нами, коммунистами, становится нетерпимым в должности генсека». Спрашивается, а в этой должности с кем, в какой среде должен общаться генсек? Не с теми ли же самыми коммунистами?

⁸ По этому слову можно понять, что те, кто сочинял «диктовку от 24 декабря» в праве ничего не смыслили. А ведь Ильич был незаурядным юристом и не мог не понимать разницы между властью и авторитетом.

Еще одна странность. «Завещание» якобы продиктовано Лениным. При этом со слов Крупской известно, что «Владимир Ильич выражал твердое желание, чтобы эта его запись после его смерти была доведена до сведения очередного партийного съезда». Очередной съезд после смерти Ленина – 13-й, в мае 1924 года. Если Ленин так озабочен «устойчивостью Центрального Комитета», так испуган «необъятной властью» генерального секретаря, то зачем ждать посмертного съезда, тем более, что неизвестно, когда наступит смерть? (а ближайший – 12-й съезд – в апреле 1923 года, о чем Ленин не мог не знать). Зачем же ждать так долго?

Хорошо, «переместили» Сталина из генеральных секретарей. Или вообще упразднили такую опасную должность⁹. Что произошло? И в Оргбюро, и в Политбюро, и в ЦК он остался, о «перемещении» оттуда в «завещании» ничего не сказано. Неужели власть секретаря, пусть даже и генерального, больше, чем власть члена Оргбюро и Политбюро? И неужели власть генерального секретаря может преодолеть власть 40 членов ЦК? Все это невероятно, а потому дело в чем-то другом. В чем?

Только в авторитете. Авторитет Сталина нарабатывался по меньшей мере с 1910 года, когда он был назначен уполномоченным ЦК партии («агентом ЦК»). А на чем основан авторитет? На том, что Сталин выражал интересы партии, и партия его поддерживала. Примечателен такой случай. На 14-м съезде (1925 год) Каменев заявил: «я пришел к убеждению, что тов. Сталин не может выполнять роли объединителя большевистского штаба». Тут же раздались голоса: Неверно! Чепуха! Вот оно в чем дело! Раскрыли карты! Мы не дадим вам командных высот. Сталина! Сталина! Делегаты встают и приветствуют тов. Сталина. Крики: Вот где объединилась партия. Большевистский штаб должен объединиться!

О какой борьбе с Троцким за власть можно говорить? Была ли власть у Троцкого? А что же было? На чем основаны эти заклинания?

Из стенографических отчетов съездов видно, что Троцкий и троцкисты боролись с партией. И как партия боролась с троцкизмом. Вот о какой борьбе Сталина как выразителя воли партии может идти речь. А то, что в этой борьбе победила партия и Сталин, а не Троцкий и троцкисты, так это естественно и закономерно.

Р.С. Свердлов руководил Секретариатом 12 месяцев, Стасова – девять, Крестинский (юрист, и даже был присяжным поверенным) – шестнадцать месяцев, Молотов – двенадцать. Но ни один из них так и не смог «сосредоточить в своих руках необъятную власть». А Сталин за девять месяцев почему-то смог. Интересно, почему?

Р.Р.С. А что, собственно, значит «необъятная власть»? Ведь даже у монарха власть ограничена. Да и Ленин, будучи отличным юристом, понимал, что такое власть и может ли она быть «необъятной». А что значит просто

⁹ Напоминает старый анекдот: товарищ Суслов ездил со скоростью не то 40, не то 60 километров в час. Когда ему говорили: Михаил Андреевич, можно ведь и быстрее ездить, он отвечал: «опано!» (то есть «опасно»).

власть, власть генерального секретаря в партии? В частности, власть означает, что ее обладатель отдает обязательные для исполнения распоряжения, а подчиненные их выполняют. Была ли такая власть у Сталина? Безусловно – в отношении подчиненных ему технических секретарей, но не членов Оргбюро, Политбюро и ЦК. А у Ленина? Как главы правительства – безусловно. А в отношении партийцев? Нет, он был первым среди равных, и его «первость» была следствием его авторитета. И авторитет у него был неизмеримо выше, чем у Сталина. Силы своего авторитета в партии (и государстве) Ильич не боялся, а сталинского (партийного) вдруг испугался? С чего бы? При коллегиальном-то руководстве. Следовательно, это «завещание» писал не он, а тот, кто не смог добиться ни авторитета, ни власти. И по сравнению с этим безвластным и безавторитетным властью Сталина действительно была «необъятна».

16

ПАМЯТИ ТОВАРИЩА

Вот уже скоро год, как ушел из жизни Артур Воробьев. Я познакомился с ним в конце 80-х. К тому моменту уже был кое-какой юридический опыт и понимание того, что «юрист должен работать среди юристов». В то же время в адвокатуру поступить было крайне сложно. Но разрешили т.н. кооперацию, и возникла идея создать юридический кооператив. И вот один знакомый юрист (работавший на телевидении) сказал, что у него есть другой знакомый (из Госкино), который тоже думает о создании такого кооператива. Так и произошла наша встреча.

Впечатление он произвел... своеобразное, резко отличное от всех предыдущих знакомств. Артур тогда носился с идеей союза юрисконсультов. Но итогом встречи стало создание кооператива «Претор». Впрочем, совместная работа продолжалась недолго; вероятно, я не был готов к самостоятельной деятельности.

Но в марте 95-го года я встретил одного из тех, с кем мы учреждали кооператив. И тут выяснилось, что Артур на базе «Претора» создал ни много ни мало – коллегия адвокатов (одну из 15-ти так называемых «параллельных» коллегий), в которую кооператив вошел как юридическая консультация. Меня пригласили в коллегия, называлась она «Канон», и так мы опять стали работать вместе.

Потенциал Артура превосходил возможности руководства коллегией. Тогда он задумал издавать адвокатский журнал. Не все товарищи его поддерживали, а некоторые так и активно сопротивлялись. Но его авторитет и энергия превозмогли эти трудности. Так появился журнал «Русский адвокат». Изначально он планировался как журнал академической направленности, без каких-либо картинок и юмора (Артур говорил: «без фельетонизма»); впоследствии журнал переименовали в «Вопросы адвокатуры».

Очень быстро, по настоянию Артура, коллегия стала расширяться, начали привлекать новых членов (он говорил: легко принимаем, легко рас-

стаемся). В том числе благодаря регионам, в которых открывали юридические консультации; первыми были ребята из Белгорода, Петрозаводска и Челябинска. Много хороших юристов получили возможность стать адвокатами благодаря энтузиазму Артура.

Характер, конечно, у него был не самый легкий, и юмор он понимал плоховато. Но он был умный и это восполняло все. Он, например, говорил: если выпячивать только себя, то люди, которые воспринимают всяк по-своему, могут подумать: если ты дурак, то каковы же остальные? Поэтому он говорил: мои товарищи умней меня. А про наличие нескольких высших образований: «умному человеку достаточно и одного».

Он умел и любил задавать вопросы, причём такие, которые и в голову бы никому не пришли. Считал, что никогда не надо стесняться вопросов, если что-то не понятно. И не бояться показаться дураком, их задавая. Как говорил блаженный Августин: «не постесняюсь спросить, если где сомневаюсь, и не устыжусь поучиться, если где ошибаюсь».

Подходы к решению задач у него были весьма оригинальны. Так, например, он придумал проверку на юридическое мышление: кандидату на вступление в коллегию предлагался вопрос о множественном числе слова «дно». Многие пытались измышлять некие лингвистические конструкции, другие же ничтоже сумняшеся безапелляционно заявляли, что множественного числа нет. И редко кто поступал сугубо юридически, т.е. справлялся с нормой закона, которым в данном случае служит орфографический словарь.

А у девушек любил спрашивать размер ноги. Это была проверка на дурлявость. Умная спокойно отвечала, а дура начинала выяснять зачем да почему.

Не сторонился самых обыденных житейских дел: в деловом костюме и белой рубашке (одевался он хорошо) запросто брал швабру и протирал грязный пол в коридоре.

Увлёкся охотой. Построил дом в деревне, завел собак и весьма преуспел в охоте на зайца.

После издания журнала, когда в адвокатской деятельности и в руководстве коллегией уже был наработан опыт, решил издать книгу. Так возникла «Теория адвокатуры» со знаменитыми пустыми страницами в главе о выдающихся адвокатах современности. А следующей было «Дело «Йукоса».

Нельзя не упомянуть о его профессиональной адвокатской деятельности. Вели мы с ним одно дело. Надо сказать, что у него было много знакомых врачей. И вот некие мошенники поставили в районную больницу инсулин. Прикрывались они благотворительным фондом, то есть это был дар, договор дарения. А потом неожиданно заявили, что это была продажа и потребовали денег, причем в сумме, сопоставимой с годовым бюджетом больницы. И в областном арбитраже, и в кассации – все решения были в пользу мошенников. И только в надзоре, благодаря упорству Артура, удалось отстоять справедливость.

Вообще к процессу он относился весьма скрупулезно, полагая, что только досконально все выяснив, можно принимать решение. Так в одном

уголовном процессе он отказался от прений мотивируя тем, что судебного следствия по сути не было. Возник скандал, судья написал жалобу в квалификационную комиссию. И комиссия уже готова была наложить дисциплинарное взыскание, но тут судья одумался, устыдился и жалобу свою отозвал.

В общем, Артур Воробьев был человеком неординарным, производящим сильное, незабываемое впечатление. Таким он и останется в нашей памяти.

**Куролесить в речах «можно»,
но надо же знать предел.**

Сталин

Свобода судебной речи. Некая адвокат не нашла ничего умней, как высказать свое субъективное мнение о спецоперации на Украине. В частности, она утвердительно ответила на вопрос суда о том, действительно ли она утверждает, что Россия «напала» на Украину.

Оправдываясь, адвокат заявила, что «всего лишь воспроизводила в своих выступлениях речи подзащитных и доносила до суда их позицию». Судья же задала ей, по сути, «провокационный вопрос, ответ на который не может являться правонарушением». Совет же палаты в своей позиции по делу указал, что адвокат привлечена к ответственности именно за выраженное ею при осуществлении адвокатской деятельности мнение.

Попробуем инсценировать событие. Итак, суд спрашивает: «действительно ли Вы, адвокат, утверждаете, что «Россия напала на Украину»? Предположим, что адвокат настолько умна, что сразу же распознала его как провокационный. Как же должно на него ответить? Если я, адвокат, думаю, что это так, то и ответ должен быть сугубо утвердительным. Но тогда причем здесь провокационность? Наоборот, суд, сам того не понимая, предоставил адвокату возможность выразить свою «гражданскую» позицию¹⁰.

В знаменитом письме «Елене Дмитриевне Стасовой и товарищам в московской тюрьме» (это то, где про адвоката и ежовые рукавицы) Ильич дает адвокатам совет: будь только юристом, высмеивай свидетелей обвинения и прокурора, но убеждений подсудимого не касайся, об оценке тобой его убеждений и его действий не смей и заикаться. Ильич знал, что говорил.

Как же должна была ответить на «провокационный» вопрос судьи адвокат, оставаясь «только юристом» и не касаясь убеждений подсудимых? Вероятно, так: «это утверждаю не я, а мои доверители. Я лишь цитирую».

¹⁰ Кстати о гражданской позиции. Почему, как только скажут про страну какую-нибудь гадость, так сразу заявляют, что это де моя гражданская позиция. Поневоле возникает вопрос: а гражданами какой страны вы являетесь?

А может быть все было несколько по-другому? Не было никакого «провокационного» вопроса? А было убеждение самой адвоката? Кто знает...

В 1908 году рассматривалось дело о белостокском погроме. Один из поверенных гражданских истцов некий Гиллерсон «допустил излишество в речах и упоминал об обстоятельствах, которые не вытекали из судебного следствия». При этом «был трижды остановлен председателем, потребовавшим прекращения обсуждения им в своей речи вопросов, не вытекающих из судебного следствия».

Против Гиллерсона было возбуждено уголовное дело, которое вызвало «большую сенсацию в среде адвокатуры» и породило изрядную дискуссию. Дело рассматривалось в 1909 году. Согласно обвинительного акта Гиллерсону вменялось произнесение речи, в которой «совершенно не осуществляя принятой на себя защиты материальных интересов доверителей и в опровержение доводов обвинения о том, что одною из причин, вызвавших погром, послужила существовавшая между христианскими и еврейскими рабочими элементами в Белостоке рознь», сказал, что «такой розни не могло быть, так как лозунг христианских и еврейских рабочих одинаков – «пролетарии всех стран, соединяйтесь» - а не – «пожирайте друг друга», что составляет лозунг буржуазии и бюрократии». И далее: в подтверждение сделанных им указаний на свободолюбие русского народа сослался на существовавшую новгородскую республику, причем выразил пожелание, чтобы эти времена вернулись, и чтобы заветы Великого Новгорода осуществились снова.

Безусловно, задача гражданского истца и его поверенного в уголовном деле отличается от задачи защитника обвиняемого. Читая речь Гиллерсона по отчету о Белостокском процессе, трудно не согласиться с обвинительным актом в том, что он «совершенно не осуществляя принятой на себя защиты материальных интересов доверителей». Так, например, говорил зачем-то о «славном витязе Господине Великом Новгороде» и сказал: «пал славный витязь, растерзанный полчищами Ивана Грозного... Но живы его заветы... И Россия не успокоится до тех пор, пока она не вернется к заветам своего возлюбленного Господина Великого Новгорода. Эти заветы: законность, свобода, порядок». Здесь его перебил председатель: «это не имеет непосредственного отношения к делу».

Много интересного можно найти в этой речи. Тут и «нашествие монголов, которое повернуло русскую историю, и она пошла по кривой на Москву» (так и написано: пошла по кривой на Москву. *Что бы это значило?*), и «освободительное движение нашей интеллигенции, которое уже рельефно проявилось 14 декабря 1825 года на Сенатской площади», и Цусима, и много чего еще. Нет только одного: защиты материальных интересов доверителей.¹¹

¹¹ Такая речь весьма напоминает эпиграмму Марциала:

«Не о насилии, не об убийстве или отраве
Я разбираюсь судом, а о трех только козах;
Жалуюсь, что сведены они кражей соседа.
Требует в этом судья себе доказательств;

И вот по результату дела Гиллерсона возникала дискуссия под условным названием «свобода судебной речи». В собраниях присяжных поверенных состоялись доклады, в которых выдвинут был вопрос о принципиальной невозможности преследовать адвоката за судебную речь, так как преследование это будто бы грозит не только свободе судебной речи, но грозит и делу правосудия; что привлечение адвоката за речь составляет якобы небывалое посягательство на свободу слова, как беспримерный в летописях русского суда случай.

Свобода судебной речи, как бы широко она ни понималась, не может быть безграничной. Понятно, что как прокурор, так и защитник на суде иногда по ходу процесса должны касаться и оглашать предметы сами по себе преступные. Разбирая, например, антиобщественные выступления или излагая преступные документы, которые приписываются подсудимым, и доказывая их непричастность, адвокат признает нужным говорить о них и цитировать. Но анализируя преступный материал адвокат не должен восхвалять, или выражать солидарность, или высказывать одобрение преступному, ибо в этом случае он выйдет за пределы исполнения профессиональных обязанностей и впадет в проступок, за который будет подлежать преследованию по закону.

Прекрасно сказал Правительствующий Сенат по делу присяжного поверенного Дорна (1892 год), обвиняемого в клевете: «учреждая сословие присяжных поверенных, законодатель именно предполагал, что в них правосудие получит надлежащий оплот, а суд надежных помощников в осуществлении возложенной на него обязанности; что присяжные поверенные, сознавая значение их деятельности, помня данную ими присягу, *не допустят на суде излишеств, будут строго, с полною внимательностью и осторожностью относиться ко всему, что они делают и говорят* при исполнении их обязанностей».

Но самое любопытное в том, что еще до дела Гиллерсона и дискуссии, присяжная адвокатура выработала два профессиональных правила. Первое: присяжный поверенный должен выбирать слово и знать, к чему обязывает его достоинство носимого им звания и уважение к месту, где ему приходится действовать (641 фрагмент Правил адвокатской профессии). Второе: закон, долг и совесть в его профессии выше воли доверителя (742 фрагмент). Это же правило вошло в Кодекс профессиональной этики, на которое сослался суд в деле «спровоцированного» адвоката.

P.S. Прелюбопытный, оказывается, тип этот Гиллерсон. Он ухитрился «прославиться» еще задолго до Белостокского дела. Вот что пишет автор заметки в «Судебной газете». «С московским адвокатом г. Гиллерсоном случи-

Ты же о Каннах и о войне Митридатской,
И о предательствах всех злобы Пунийской,
И о Суллах да Мариях и о Муциях громким
Голосом только звонишь, махая рукою.
Да скажи же, Постум, о трех-то ты козах».

лась необыкновенная история: он лег спать мелкой, никому неизвестной сошкой, а проснулся вдруг, неожиданно для себя и других – человеком. Г. Гиллерсон защищал доктора Юрова из Вязьмы, который обвинялся во взяточничестве и разных темных аферах во время воинского призыва. Такие дела у нас не редкость; мы знаем даже из недавних судебных хроник несколько примеров, где с этой целью создавались правильно организованные преступные сообщества. Доктор Юров был только «одним из многих»; он рвал, куда был в силе, но, увлекшись, зарвался и попал на скамью подсудимых. Его судили и приговорили к наказанию. Но судили его по статье, карающей за преступление должности, тогда как Юров обделывал делишки в качестве «вольнопрактикующего» врача. Защитник ухватился за это обстоятельство, как за кассационный повод, и принес жалобу в Сенат. Сенат уважил жалобу и предписал палате применить к обвиняемому другую статью уложения. Самый факт преступления, установленный раньше и никем потом не поколебленный, таким образом оставался вне сомнения. Когда московская палата приступила к исполнению сенатского указа, в ее заседание явился прежний защитник юркого доктора и вот здесь-то именно он и отличился, здесь-то и создал себе в некотором роде памятник нерукотворный. Г. Гиллерсон взялся убеждать судей в том, что его клиент *вовсе должен бы быть оправдан*. Он предан суду за преступление должности, а такого преступления сенат в его деяниях не признал. – Ergo... Юров – угнетенная невинность, ergo плутоватый эскулап должен получить от суда Монтионову премию [французская премия за добродетель, а также за сочинения на пользу нравственности, созданная филантропом, бароном Антуаном Оже Монтионом] за добродетель, несмотря на то, что сам его защитник подводил в своей кассационной жалобе махинации доктора под понятие простого мошенничества. Другими словами, хитроумный адвокат поучал, что простое мошенничество именно потому, что оно простое не должно влечь за собою наказания.

Новая доктрина и доктрина тем более замечательная, что автором ее является совсем еще юный софист XIX века!».

P.P.S. И еще. Вот что высказал Совет присяжных поверенных по одному дисциплинарному делу:

Совѣтъ не можетъ согласиться съ мнѣніемъ прис. пов-аго Г., утверждающаго, что разсмотрѣніе его дѣйствій является стѣсненіемъ свободы убѣжденій. Убѣжденія сами по себѣ не подлежатъ контролю Совѣта. Они остаются на совѣсти cadaго. Но это лишь до тѣхъ поръ, пока убѣжденіе не претворилось въ дѣйствіе, въ поступокъ. Въ области профессиональной всякій поступокъ, а въ другихъ сферахъ дѣятельности поступки, колеблющіе общественное довѣріе къ прис. пов-му, подлежатъ разсмотрѣнію Совѣта, какъ выразителя взглядовъ всего сословія. Слова адвоката, сказанныя передъ Судомъ, и бумаги, поданныя въ Судъ, это—его дѣйствія, наиболѣе важныя и серьезныя, больше всего затрагивающія интересы общественныя и частныя. Они не подлежатъ цензурѣ въ томъ смыслѣ, что никто не вправе дать указаній прис. пов-му, какъ надо въ такомъ то случаѣ писать или говорить. Но все сказанное или написанное въ случаѣ надобности подлежитъ разсмотрѣнію въ товарищескомъ судѣ съ цѣлью выясненія, не погрѣшилъ ли авторъ противъ обычныхъ правилъ поведенія. Думать иначе, это—значить устранить изъ компетенціи Совѣта большую часть въ дѣятельности адвоката, и при томъ наиболѣе важную.

18

Вышинский. Нетъ более ненавистнаго для юриста-либерала человека, чемъ Андрей Януарьевич. Опириуютъ они одной мантрой: «царица доказательствъ». Этого достаточно для вывода: либо они не читали «Теорию судебныхъ доказательствъ...» (что скорее всего), либо сознательно вводятъ в заблужденіе. Впрочем, одно другому не противоречитъ.

Самое любопытное, что о «царице» Вышинский действительно писал, ажъ четыре раза: на страницахъ 71, 86, 98 и 260 (3-е издание 1950 года). Только писалъ онъ *диаметрально противоположное* тому, что ему пытаются навязать.¹² Задача юриста прежде всего установить факты. Но факты бываютъ крайне неприятыя. И тогда либералъ забиваетъ юриста. Вотъ такая, понимаешь, загогулина.

Но речь не о «царице». Небольшая книжечка 1935 года «Речь т. Сталина 4 мая и задачи органовъ юстиціи». Товарищ Сталинъ о юриспруденціи вообще-то не высказывался. Что же такое юридически-полезное могъ извлечь изъ этой речи прокуроръ?

Речь 4 мая — это та самая, в которой товарищ Сталинъ далъ формулу «кадры решаютъ все». Формула, безусловно, правильная и даже очевидная. Удивительно, что никто ранее до неѣ не додумался. Видимо, только при со-

¹² Это какъ съ Ильичемъ. Дескать, онъ говорилъ, что государствомъ должна управлять кухарка. Но Ленинъ былъ умней всехъ техъ, которые ему это приписываютъ, вместе взятыхъ и другъ на друга перемноженныхъ. А говорилъ онъ какъ разъ обратное, см. томъ 34, страница 315.

циализме она получает истинный смысл. И конечно ее можно применить и к работникам юстиции. Как именно?

Практической директивой служат слова Сталина о том, что «ответственность за наши прорывы и недостатки в работе ложится на девять десятых не на «объективные условия», а на нас самих, и только на нас». Совершенно точное указание!

Поэтому прежде всего Вышинский говорит о необходимости очищения рядов от враждебных делу социализма элементов, выживания из учреждений пробравшихся туда врагов социализма. (Задача, надо сказать, актуальная и в настоящее время. Нельзя же всерьез полагать, что иностранные агенты существуют только в среде т.н. «творческой» интеллигенции?)

Далее Вышинский указывает на две основные проблемы: в судебной политике и практике и в кадрах, их воспитании и подготовке.

Недостатки судебной политики. В стадии возбуждения уголовного преследования – непродуманность, необоснованность и безответственность, массовость привлечения к уголовной ответственности. В стадии предания суду – работа по шаблону, штамповка обвинительных заключений (необходимо тщательно и добросовестно обосновать обвинение). В стадии судебного рассмотрения – то, от чего предостерегал Ленин, когда говорил, что нам не нужно судей-«торопыг».

Необходимо добиться того, чтобы каждый приговор, каждое решение было веским и убедительным; приговор должен отличаться внедрением убеждения в справедливости и неизбежности наказания. Судебный процесс, непонятный и неодобренный трудящимися, приносит больше вреда, чем приносят пользы десятков хорошо проведенных процессов. Уголовный суд – крайнее, последнее средство воздействия. Не судить за пустяки, за мелочи, серьезно и ответственно решать вопрос о привлечении к суду; в Советской стране суд – дело серьезное, ответственное. Убедить общество в справедливости приговора – задача каждого судьи, каждого прокурора. Судебное заседание больше, чем заседание другого учреждения, должно быть обставлено необходимой серьезностью и торжественностью.

Вопрос о кадрах. Расценивать работников не только по их практической работе, но и по теоретическому уровню: «теория дает нам перспективу в работе» (Сталин). Вопрос о новых методах работы органов юстиции заключается в более чутком, внимательном и бережном отношении к трудящимся, в изгнании следов бюрократического отношения.

Говоря о юстиции и правосудии нельзя ограничиться судом и прокуратурой, оставив без внимания адвокатуру. В декабре 1933 года Вышинский выступил перед московской коллегией защитников. Доклад был издан под названием «Революционная законность и задачи советской защиты». Сравнивая работу прокурора и адвоката, Вышинский говорит о том, что «положение прокурора благоприятствует ему, как общественному деятелю, и всякий шаг его может быть воспринят, как шаг того, кто стоит на страже общественных интересов, интересов пролетарского государства. Положение защитника во много раз труднее. Положение защитника на суде таково, что ему надо не-

редко поднимать свой голос в пользу того, кто, очень часто, - если хорошо и правильно проведено следствие, - в глазах всего нашего общества является врагом советского строя. Спокойно, толково и внушительно поднять голос в защиту человека, опровергая обвинение, внося в обвинительную версию свои поправки и изменения, опровергая обвинительные данные и даже всю концепцию обвинения, задача в высшей степени трудная и ответственная. ...Не всегда и не все защитники способны выполнить эту задачу именно так. Иногда они, что называется, лебезят мелким бесом перед судом и даже перед обвинителем, как бы оправдываясь, что защищают, иногда наперекор всем фактам и довольно бестактно намекают на то, что бедный человек невинно угнетаем советской властью, а вот он, защитник, добрый человек, заступает за невинно обиженного; иногда он не решается использовать в интересах подзащитного всех, имеющихся в его руках данных, говорящих в пользу обвиняемого. Иногда он уклоняется от борьбы, не борется, а «ходатайствует».

Вот такие задачи юстиции вытекают из простого лозунга «кадры решают все». Можно ли что-либо возразить по существу?

19

Довольно известный юрист высказал мнение по поводу устройства высшего суда. И в частности, о том, какими должны быть акты такого суда: «судебные акты должны быть максимально развернутыми (40, 60 страниц), а юридические рассуждения судей – максимально транспарентными [то есть открытыми, прозрачными, не содержащими недомолвок], они должны положить на бумагу все, что было у них в головах и в обсуждениях при принятии решения».¹³

Спрашивается, зачем ему акт в «40, 60 страниц»? Чем короче текст рассуждения, тем более он свободен от внутренних противоречий. А чем длиннее, тем больше вероятность ошибок и тем легче их найти¹⁴. Но это хорошо для обжалования решений (первой и апелляционной инстанций); решения же кассационного суда не обжалуются, поэтому ошибки там искать бессмысленно (исключая, конечно, научный интерес). Насладиться красотой формулировок, надеясь на то, что на «40, 60 страницах» их хотя бы несколько? Так красивые формулировки стадами не ходят.

Все познается в сравнении. У нас есть счастливая возможность сопоставить современные судебные акты с теми, что были сделаны сто лет назад. За пятидесятилетнюю историю опубликованы почти все решения кассационной инстанции – Правительствующего Сената (конечно, и они не безупреч-

¹³ Конрад Конрадович Дыновский в книге «Задачи цивилистического образования» приводит забавный случай: очень ученый судья составил в качестве члена-докладчика проект мотивированного решения, изложенного в виде 92 пунктов. Остальные члены, участвовавшие в решении дела стояли за сокращение его. В результате они пришли к заключению, что для надлежащей мотивировки решения вполне достаточно 2 пунктов и что все прочие 90 соображений являются лишними.

¹⁴ «Нужно помнить, что в очень длинном рассуждении очень легко скрывать ошибки; ошибка, которая высказана коротко и в немногих изречениях не обманула бы и дитя, может отуманить полмира, когда распущена в объемистом сочинении». Ричард Уэтли, «Основания логики», стр. 283.

ны, и их критиковали. Ну да идеального судебного решения не может быть в принципе¹⁵). И если в первые годы было в среднем по 1,5 страницы на решение (в 1867 году 531 решение на 808 страницах), то в последние (например, в 1912, 1913, 1914, 1915 г.г.) уже по 4-4,5 страницы на решение (при этом страница состояла из примерно 4,3 тысячи знаков с пробелами. Современная страница ~ 1,6-1,8 тысяч знаков).

Возьмем для примера вопрос о доказывании отрицательных фактов. Сенат обращался к нему не единожды. Вот первое такое решение - № 1125 1871 года. Две с половиной страницы. Описание сути обжалуемого акта – полторы страницы, одна – рассуждения Сената, указание на то, в чем ошибся нижестоящий суд, и юридическая формула: «...общее юридическое правило, в силу коего возможно требовать доказательство о существовании лишь положительного факта, а не отрицательного...». И зачем здесь «40, 60 страниц»?

Конечно, писать кратко и ёмко очень сложно, и времени для этого нужно немало. Не потому ли сейчас в юриспруденции развелось столько графоманов, которые на пятистах страницах пережевывают какой-нибудь простейший тезис. Но все же нужно различать рефлексии т.н. «ученых» от прагматичных судей, которым некогда (да и незачем) предаваться безудержным фантазиям, излагая «на бумаге все, что было у них в головах и в обсуждениях при принятии решения».

P.S. Заключение квалификационной комиссии адвокатской палаты – те же судебные решения, так же устанавливаются и оцениваются факты, так же начинается с описания события, затем сравнивается с нормами, мотивируется вывод. Схема проста, а вот воплощение замысловато.

Процессом написания (с технической стороны) заключений руководил адвокат-криминалист. И некоторые его требования были весьма странны. Например. Некоторые сведения можно получать из сети интернет. И в таких случаях он требовал давать подробную ссылку, вот так: «Как следует из информации, размещенной на сайте Басманного районного суда г. Москвы в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (http://basmanny.msk.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_o_p=case&case_id=160815367&delo_id=1540005)». Конечно, если работать с электронной версией документа, то проверка не составляет труда. А вот попробуйте набрать эту строку с бумажного носителя...

Опять же сравнить с заключениями советов присяжных поверенных. Конечно, и в них попадались весьма объемные (например, дело № 12 из 34 отчета совета московской палаты за 1899-1900 год – 18 страниц; но там речь идет о принципиальнейшем вопросе адвокатской тайны). Но в среднем это одна-две, редко три страницы.

¹⁵ Принцип изостении в формулировке аббата Дюбо: «ни один человек не в состоянии выдвинуть посредством рассуждений и умозаключений такое положение, которое не могло бы быть опровергнуто другим, более проницательным или более ловким, чем он».

Трудно писать коротко и ёмко; работа сокращения требует долгого терпения. Как сказал один адвокат, извиняясь перед судьями: «я не имел достаточно времени, чтобы быть кратким».

Р.Р.С. В 1940 годы издавалась серия книг «Библиотека народного судьи и народного заседателя». И вот что написано в книжке «Судебное решение». «Решение суда должно быть написано кратко, но вместе с тем с исчерпывающей полнотой и ясностью». «Неправильной нужно признать практику, когда суд в мотивировочной части судебного решения подробно излагает все доказательства, приводит полностью показания свидетелей, содержание документов и т.д., повторяя почти целиком содержание протокола судебного заседания. Это приводит к загромождению решения ненужными подробностями и не дает возможности уяснить существа решения».

Конечно, все это сказано в отношении решения суда первой инстанции. Но разве кассационные решения должны быть загромождены ненужными подробностями, не должны давать возможности уяснить их существо?

20

Сейчас модно делать всякие рейтинги, меряться некоторыми органами. Не обошло это поветрие и адвокатов. Каковы же критерии *advocatus exsuperans* – *отличного, превосходного, выделяющегося среди других* адвоката?

Первое, что приходит на ум – широкая известность посредством рекламы, участия в процессах, сторонами которых выступают известные люди. Если присовокупить к этому качества, рекомендованные неким Дюбрелем в сочинении XIV века: «адвокат должен иметь величественный вид и пропорциональное тело для того, чтобы приятно действовать на судей и слушателей, его физиономия должна быть открыта, искренна и кротка...», то таким критериям «самого выдающегося» соответствует адвокат Х.

Второй критерий – достаточное количество удачно завершенных (как многие говорят, «выигранных») процессов. Но по данному критерию определить *адвоката выдающегося* не представляется возможным, поскольку статистика таких побед не ведется, а только в соотношении удач и неудач можно выявить лидера.

Третий критерий – значительное количество или солидность доверителей (или, как многие говорят, «клиентов»). Однако и по этому критерию определить *адвоката выдающегося* также затруднительно. Похвальба «клиентами» присуща стряпчим, «аблакатам»; настоящие адвокаты о своих доверителях умалчивают (равно как и врачи о своих пациентах). По этому критерию, вероятно, *адвокатом выдающимся* стал бы тот, у которого самый солидный (например, самый богатый, или самый влиятельный) доверитель.

Четвертый критерий – диалектическая сила ума. По данному критерию непревзойденным адвокатом мог бы стать помощник присяжного поверенного Владимир Ильич Ульянов. Но Ильич избрал другой путь...

Пятый критерий – известность не только деятельностью адвокатской, но также научной. Самый выдающийся по этому критерию был бы адвокат с наибольшей широтой научных интересов.

Шестой критерий сформулировал Константин Константинович Арсеньев: «адвокатура — это искусство постановки и разработки юридических вопросов». По этому критерию пальму первенства следовало бы отдать адвокату, создавшему, скажем, новый жанр юридической литературы, или обогатившему практику выдающимися образцами юридической техники.

Седьмой критерий – историческая известность. Здесь первенство держит представитель старейшей в мире – французской – адвокатуры Этьен Паскье. Паскье прославился защитой Парижского университета по делу иезуитов (любая книга по истории ордена обязательно упоминает и этот процесс, и это имя). Литературное и юридическое наследие Паскье весьма внушительно: фундаментальные «Исследования Франции», «Письма», «Толкование Институций Юстиниана» и др.

Еще одним критерием могло бы быть профессиональное правило, выработанное русской присяжной адвокатурой: «присяжный поверенный по обязанностям своего звания должен содействовать всеми силами примирению спорящих родственников и употреблять свои знания на это и отнюдь не разъединять родственников» (схожее правило во французской адвокатуре – Молло, § 68). Но сведений о таких достижениях, к сожалению, нет...

21

Сочинять разного рода обращения, петиции, открытые письма и т.п. «за все хорошее против всего плохого» – старинная забава интеллигентов¹⁶. Как должно реагировать на такие «подметные письма»? Наилучший способ – не реагировать никак. Но иногда бывают исключения...

В 1914 году истекало авторское право Рихарда Вагнера на оперу «Парсифаль». Вагнер, без сомнения, замечательный композитор, хотя и большой оригинал. К 1914 году эту оперу, которую автор называл «Сценическое священное торжественное представление» (*Bühnenweihfestspiel*), ставили только в Байройте, в «Доме торжественных представлений» (*Festspielhaus*). Таково было условие, поставленное Вагнером, — не исполнять «Парсифаля» нигде, кроме Фестшпильхауса (автора можно понять: потратив столько сил на создание своего театра, надо было дать ему определенную привилегию).

Как связались эти два момента – публичное авторское право и частная воля композитора – непонятно. И хотя желание Вагнера исполнялось, все же истекающий срок давал поклонникам основания для беспокойства. И тогда «группа товарищей» (ученые, художники, писатели, видные чиновники и военные) обратилась не много ни мало в рейхстаг (!) с петицией продления

¹⁶ А ведь когда-то термин «интеллигенция» имел вполне приличное, и даже благородное значение. Вот, например, как определял его Фома Аквинский: «познавательный акт ума».

охраны «Парсифаля», за сохранение монополии байройтского театра. Особенно усердствовал композитор Рихард Штраус.

Он начал ругать германские законы¹⁷ об авторском праве, сравнивая их, естественно, с иностранными, в частности, с итальянскими. В Италии порядок был такой: авторское право сохранялось в течение 80 лет (в Германии – 30), но! *со дня первой постановки*. Таким образом, «Севильский цирюльник», впервые поставленный в 1816 году, защищен был до 1896 года; Россини, умерший в 1868 году, по германским авторским законам (защита со дня смерти автора) сохранял бы право до 1899. В Англии было и того интереснее: 42 года после выхода в свет, и 7 (семь!) лет со дня смерти автора.

Ну да интеллигенты никогда не утруждали себя уважением к праву. Удивительно в этой истории то, что рейхстаг воспринял сию эскападу всерьез и петицию-таки рассмотрел. И вот здесь речь уже идет о юриспруденции.

Чего в сущности домогались обращенцы? Не много ни мало – изменения закона в пользу *единичного* случая. Это называется *jus singulare* – исключительное право. Потребность практики понуждает иногда законодателя пожертвовать отвлеченным правилом ради какого-нибудь особенно своеобразного отношения, решить вопрос, который сам по себе имеет *общий* характер, в применении к данному отношению — *частным* образом. Нормы сингулярного права представляют исключения из общего права. Это бывает необходимым в случаях, например, защиты добрых нравов (запрет договоров с безнравственным содержанием), или учета особенных свойств некоторых лиц, вещей или отношений, подведение которых под общее правило явилось бы пренебрежением этих особенностей, важных по своему значению.

Что же в данном случае? Защитить право Вагнера на более продолжительный срок? Но какие для этого основания, в чем «своеобразие отношений»? Каждый композитор своеобразен по-своему... Право Фестшпильхауса? Но у театра нет права, есть только *пожелание* автора, которое и уважалось в течение тридцати лет.¹⁸

Чем же все закончилось? Народные представители проявили вполне здравый смысл и нарочито подчеркнули неосновательность «аристократических», более того – плутократических домогательств, так явно расходящихся с духом времени.

22

Забавная задачка из «Занимательная юриспруденция». Два обалдую решили постирать воздушный шар. В общественной прачечной засунули его (с трудом) в автоматическую стиральную машину, заплатили деньги. Воздушные шары сделаны из плотной синтетической ткани, не пропускающей воз-

¹⁷ Еще одна традиционная забава интеллигентов. И тогда уж о третьей – ругать власть. Вот только как совместить эту третью забаву с первой – обращением к этой же власти? Такое вот логическое противоречие...

¹⁸ Штраус выдвигал и такое соображение: законы в Германии бессильны оградить от посягательств, это признак крайне низкого уровня современной немецкой культуры; вскоре всякий будет иметь возможность ставить «Парсифаля».

дух. Далее автор книги пишет: «когда машина заработала и в нее налилась горячая вода, воздух в складках воздушного шара, согласно законам физики, расширился, и машина от образовавшегося пара взорвалась, причинив воздухоплавателям легкие телесные повреждения». Обалдуи обратились в суд с иском о возмещении материального и морального ущерба. Прачечная предъявила встречный иск о возмещении вреда. Какое решение вынесет суд?

Какое решение диктует та «бесчувственная, холодная и бесстрастная глыба, которая известна под именем русского здравого смысла»? Очень просто: не фиг совать что попало куда не нужно; сунул пальцы в розетку, последствия переживаешь сам.

Но суд-то был американский. А у них как: если в инструкции к микроволновке не написано, что нельзя в ней сушить кошек, то за гибель животного (и моральные страдания хозяина) отвечает микроволновщик. Но в данном случае суд отступил от сего благодатного прецедента и вынес не менее оригинальное решение. Удовлетворив иск воздухоплавателей, в обоснование суд заявил, что «стиральные машины должны иметь предохранительный паровой клапан; при наличии таких клапанов взрыва бы не произошло».

В стиральных машинах вода может нагреваться до 90 градусов, так что пар, безусловно, образуется. Но куда он девается, если в машине не стираются воздушные шары? (как установил суд, клапанов там нет.) Куда-то да просачивается. Но это в том случае, если между поверхностью воды и отверстиями (ну или паровым клапаном) нет непроходимой для пара прослойки. Мог ли пар пройти через плотную синтетическую ткань, не пропускающую воздух? Нет. Тогда причем здесь паровой клапан? Есть он, нет его – пар все равно до него не доходит.

Получается: скопившись в складках шара, а мы знаем, что шар большой и едва втиснулся в машину, пар заполнил весь объем внутри складок, выйти не смог бы в любом случае, и машину бы разорвало.

P.S. Любопытно, что, какая бы ни была *курьезная* (по выражению Иеринга) юридическая техника у англосаксов, все же до определенного момента они также придерживались здравого смысла (*common sense*). Так, в конце 19 века Рихард Гаррис в книге «Школа адвокатуры» (*Hints on advocacy*) писал об исключительной важности здравого смысла для юриста, причём повторяет эту мысль на протяжении всей книги. Куда все подевалось?

P.P.S. И вот еще что любопытно. Крайний формализм англосаксонской юридической техники предписывает указывать все возможные случаи (отсюда непомерная величина их договоров, инструкций и т.п. документов, как это с юмором описано у Лоренса Стерна в отношении брачного договора). Было ли в инструкции к стиральной машине запрещение стирать в ней воздушные шары?

В последнее время стало попадаться упоминание Курта Гёделя, причем в книгах, далеких как от математики, так и от юриспруденции. Наконец, согласно второго закона диалектики, количество (упоминаний) перешло в качество – интерес к герою и его трудам.

Гёдель разрабатывал математическую логику. Интересно! Применение права основано на логических операциях. Правда, несколько смущает предикат «математическая»; для юристов¹⁹ это вещь непонятная. Поэтому читать первоисточник нет смысла. Но есть логический словарь. Там написано, что сформулировал две теоремы: о неполноте формальных систем и о непротиворечивости. Тоже интересно! И формальные системы, и непротиворечивость – категории, с которыми в той или иной мере юристы имеют дело. В чем же суть теории Гёделя?

«Любая система аксиом, как бы ни была она насыщена, является неполной, и какое бы конечное число новых аксиом в нее ни добавлялось, она не может быть полной». Применима ли эта теория к праву?

Согласно мнению Милля, искусство отличается от науки тем, что основывается не на утверждениях, относящихся к фактам, а на правилах и предписаниях. Такие предписания в праве и есть аксиомы – истинные суждения, которые принимаются без доказательств и кладутся в основу доказательств всех других положений. Аксиомы эти сведены в формальные системы правил – кодексы, своды законов. Системы эти весьма насыщены – сотни и тысячи статей.

Применяя теорему Гёделя, получаем: насыщенная формальная правовая система (например, Гражданский кодекс) не может быть полной в принципе, какими положениями ее не добавляй, все равно этого будет недостаточно. Какой же вывод следует из этого?

Совсем не тот, что систему нельзя совершенствовать – можно и нужно. Среди людей, далеких от юриспруденции или плохо ее изучивших, бытует мнение, что, дескать, «законы плохие», что если-де написать «хорошие законы», то сразу наступит счастье. Согласно математически доказанной теореме Гёделя, это невозможно, и счастье надо искать в другом месте. Например, в правильном применении уже существующих законов.²⁰ Применение права – процесс творческий. И как говорил один умный юрист: закон всегда позволяет принять справедливое решение.

А еще Гёдель показал, что понятия полноты и непротиворечивости являются несовместимыми для достаточно широкого класса исчислений. Переводя на юридический язык это значит, что чем полнее правовая система, тем более вероятно появление в ней логических противоречий. Улучшательства

¹⁹ И не только. Известный ученый-физик, когда писал популярную книгу об истории времени, получил совет: каждая формула уменьшает количество читателей наполовину. Поэтому он рискнул дать всего одну: $e=mc^2$.

²⁰ Например, норма о том, что мотив, который побудил предпринять сделку, не влияет на саму сделку – *falsa causa pop poset* – известна была еще римлянам. А вот семеро судей в печально известном недавнем деле этого не знали. Борис Иванович Пугинский говаривал: «Едва ли из вас одна треть станут юристами. Ещё треть может быть будет разбираться в терминологии. Остальные отбросы...». Вероятно, эти семеро из второй трети. Если не из третьей...

ми можно заниматься, как известно, бесконечно. Вопрос только в том, не перейдут ли они в ухудшательства? Современная законодательная техника предписывает подвергать законопроекты разного рода экспертизам – лингвистическим, грамматическим, экономическим, еще каким-то... А не ввести ли еще логическую экспертизу; возможно, она будет наиболее полезной.

P.S. До Гёделя вопросом формализации математики занимался Давид Гильберт, который был убежден в том, что математика полна, непротиворечива и разрешима. Программа его исследований сводилась к тому, что математику можно представить в виде набора следствий, выводимых из некоторой системы аксиом. Он полагал, что аксиоматический метод может стать основой не только математики, но и науки в целом: «...даже в самых обширных по своему охвату областях знания нередко бывает достаточно небольшого числа исходных положений, обычно называемых аксиомами, над которыми затем чисто логическим путем надстраивается всё здание рассматриваемой теории». А до Гильберта еще Лейбниц пришел к мысли о необходимости создать такую науку, которая позволила бы решать все вопросы и споры путем вычислений.

Однако Гёдель показал, что мечтам Гильберта не суждено осуществиться. При этом выводы Гёделя оказались верны не только для математики, но и для других наук.

И вот тут мы опять переходим к праву. Юриспруденция – чисто аксиоматическая наука. Любой закон – это комплект аксиом. Правда, их не должно быть много. Роман Андреевич Штектардт в книге «Юридическая пропедевтика» предлагает набор из 34, извлеченных из 17 титула 50 книги Дигест (всего в этом титуле 211 аксиом). Но иногда бывает достаточно и одной. Так, сформулированная Павлом и Марцианом аксиома необходимости доказывания утверждений является краеугольным камнем процессуальных кодексов, из которой чисто логическим путем выводятся все остальные судопроизводственные предписания.²¹

И о Лейбнице. Известно, что начинал он как юрист и проблемы решения споров были для него весьма актуальны (диссертация «О запутанных судебных случаях»). Его поражала неясность многих юридических вопросов; он считал возможным упростить науку права. Взяв за основание римское право, он думал извлечь из него существенные истины или аксиомы права (*Elementa juris*). На одной большой карте должны быть размещены эти аксиомы таким способом, чтобы с помощью их сочетаний легко разрешались возможные юридические вопросы. Возможно ли это? Бог весть... У Лейбница не получилось, а ведь он был гениальным математиком. Но идея зело хо-

²¹ Если утверждения (иски) надо доказывать, то логично: а) чтобы кто-то оценивал эти доказательства. Следовательно, нужны специально обученные люди – юристы (поскольку оценке подлежат правовые категории); б) следовательно, нужны специальные учебные учреждения – юридические факультеты; в) далее, нужны специальные помещения, где будут происходить логико-юридические дискуссии (судебные заседания, слушания) – суды; г) нужны формальные правила для того, чтобы все это функционировало – процессуальные кодексы; д) наконец, нужны специальные люди, обеспечивающие порядок и исполнение судебных решений – судебные приставы.

роша! Впрочем, считается, что именно эта идея предвосхитила создание современных кодексов.

Р.Р.С. Гёдель показал, что вопрос о непротиворечивости формальной системы нельзя решить средствами, формализуемыми в той же системе, и поэтому приходится обращаться к более сильным логическим аппаратам, к некоторой содержательной интерпретации. Система аксиом непротиворечива тогда, когда никакие два принятых положения этой системы не противоречат друг другу, когда в пределах данной системы аксиом нельзя одновременно вывести высказывание А и высказывание не-А (отрицание А), которые находятся друг к другу в отношении противоположности. Иск и возражение – противоположные высказывания²² в пределах данной системы аксиом – Гражданского кодекса. Содержательная интерпретация – это доводы и соображения суда. В результате такой работы «создается ясность в вопросе», устраняется противоположность в форме установления ложности того или другого высказывания (иска или возражения). Однако, как быть в том случае, когда одна судебная инстанция установила ложность одного высказывания, а другая – противоположного? Тогда получается, что у более высокой инстанции и «более сильный логический аппарат»? Но ведь и высшая инстанция действует в той же системе аксиом. Впрочем, мы забыли о такой категории, как *aequitas* (хотя о ней и говорят теперь редко). Вот она-то, вероятно, и есть «более сильный логический аппарат». «Кто решится утверждать, что *юридическая* логика и *юридическая* справедливость могут быть в разладе с общею логикою, выразителем коей является здравый рассудок и с общею справедливостью? что иное дело *jus* и иное дело *aequitas*? а между тем, как часто в конструировании правовых начал при применении их на практике игнорируются оба эти начала и если хорошенько порыться в судебных решениях, можно найти бесчисленное множество таких патологических явлений» (Иосиф Соломонович Иосилевич).

Одною изъ главныхъ идей, положенныхъ въ основу организаціи адвокатуры, является идея полной самостоятельности и независимости присяжнаго повѣреннаго. Онъ не долженъ принимать на себя такихъ занятій или посвящать себя такому роду дѣятельности, которыя подчиняють его кому-либо или дѣлають зависимымъ.

162 фрагмент Правил адвокатской профессии

Интересный вопрос предложил коллега: «в сопоставлении врачебной и адвокатской профессий: если при лечении решение принимает за пациента врач, то кто принимает процессуальное решение, адвокат или доверитель?».

Сопоставление профессий врача и юриста встречается у разных авторов. Но восходят все они к сентенции Рабле: «все, что в нас есть и что мы имеем, заключается в трех вещах: душа, тело и имущество. К охранению

²² Как говорил товарищ Сталин: «создать ясность в вопросе путем противопоставления двух противоположных формул».

каждого из этих трех благ приставлено три класса людей: богословы охраняют душу, медики – тело, а юристы – имущество».

Отсюда понятно, что и некоторые принципы этих профессий совпадают, например, принцип профессиональной тайны. Но любопытно другое: а что, собственно, делают лица этих профессий? Имея в виду, оказывают ли они услуги или предоставляют помощь. И все не так очевидно, как казалось бы. Вот вроде бы врачи ну точно оказывают помощь. Ан нет! Они упорно говорят об услугах.²³ Да и недалекие адвокаты тоже заключают договоры об услугах. Есть ли разница?

Есть. «Принеси, подай, пошел вон» – вот формула услуги. Тот, кому служишь, приказывает. Взятся услужать – подчиняйся, делай, как указал хозяин. Если приказали резать не аппендицит, а гланды – режь гланды, мнение слуги никого не интересует. Яркий пример – услуга извозчика: он едет не туда, куда хочет, а куда велел пассажир. Поэтому один французский адвокат на фразу «нанять адвоката» отреагировал: нанимают извозчицью лошадь за два франка в час.

Не так в помощи. Как сказано еще в «Теории адвокатуры», помощь есть доставление блага, совершаемое по необходимости, поскольку его недоставление причинит существенный вред нуждающемуся в нем²⁴. Необходимость исключает волю нуждающегося.²⁵ Конечно, элемент воли пациента и доверителя тоже присутствует, но весьма ограничено. Врач ставит диагноз и назначает лечение – это его и только его прерогатива. Пациент может не согласиться с диагнозом или методом лечения – это его право. Адвокат находит правовую позицию и разрабатывает алгоритм защиты. Доверитель может с этим не согласиться и искать другого, более сговорчивого «адвоката»²⁶.

Юридически разница между услугой и помощью заключается в применимом праве. Для услуги это закон о защите потребителя²⁷, для помощи – закон об адвокатуре. Основной принцип потребительского закона – клиент всегда прав. А раз так, то оказывающий услуги юрист должен делать не то, что ему предписывают профессиональные знания, а исполнять хотения своего хозяина (по аналогии с врачами – резать не то, что надо, а то, что прикажут).

Но у адвокатуры есть одно важное отличие от врачебной деятельности. Это принцип независимости (см. эпиграф). В развитие было принято немало дисциплинарных решений и сформулировано несколько профессиональных правил. Применительно к обсуждаемому вопросу правило звучит так: адвокат «должен руководствоваться в избрании средств и способов ограждения интересов своего доверителя лишь указаниями науки, практики и своей сове-

²³ Впрочем, это не единственная странность. Вот одно весьма почтенное медицинское учреждение называет своих посетителей не пациентами, а контингентом.

²⁴ А услуга есть доставление блага, совершаемое по свободной договоренности между просящим этого блага и вызвавшимся дать его.

²⁵ Классический пример – спасение утопающего.

²⁶ «Аблакаты» обычно берутся за любое дело независимо от наличия правовой позиции – это, пожалуй, классический случай «правовых услуг».

²⁷ Современная адвокатура, идя по стопам медиков, все больше приближается к услугам и закону о потребителях; остается надеяться, что к тому времени, когда они окончательно сольются, будет создана государственная адвокатура, построенная на правильном принципе помощи.

сти, не допуская влияния и принудительных вторжений в свою профессиональную сферу ни с чьей стороны, в том числе и со стороны доверителя. Деятельность правозащитника есть обязанность, требующая полной свободы и независимости от всяких посторонних воздействий и выполняемая лишь под влиянием сознания своего долга. Всякое подчинение препятствует такому исполнению своих обязанностей» (162 фрагмент Правил).

Но необходимо различать работу адвоката в материальном и процессуальном отношении. Первая связана с установлением юридического диагноза (выражение Иеринга) дела; на этой стадии речь идет о «химически чистом» праве, и здесь какие-либо указания неюриста (доверителя) как правило абсурдны. На процессуальной стадии, то есть при работе непосредственно в суде, не так. Процессуальный кодекс не требует глубоких специальных знаний²⁸; к тому же находящийся непосредственно в судебном заседании доверитель как участник процесса, имеет приоритет в совершении процессуальных действий, и в случае расхождения его с (процессуальной) позицией адвоката суд (обычно) принимает во внимание именно действия участника процесса.²⁹ Но на пользу доверителю это как правило не идет.

Таким образом, вопрос о том, кто кем руководит, и кто кому подчиняется в делах юридических решен в пользу профессионала (с некоторой натяжкой можно сказать, что действует потребительский антипринцип «клиент всегда неправ»).

Этот вывод подтверждается и другим правилом, выработанным в совокупности принципов профессионального достоинства и независимости: «не доверитель должен указывать поверенному, как ему надлежит действовать, а, наоборот, поверенный должен или разъяснить доверителю неисполнимость и неуместность его требований, или отказаться от ведения его дела, если последний будет настаивать на требованиях, несовместимых со званием адвоката» (749 фрагмент Правил профессии).

25

Просматривая «Судебную газету» за 1884 год, обнаружил преинтересную статью Иосифа Соломоновича Иосилевича. Присяжный поверенный Иосилевич известен как основатель оригинального жанра юридической литературы – юридической клиники³⁰, о которой он говорит: «кто решится утверждать, что *юридическая* логика и *юридическая* справедливость могут

²⁸ За исключением нескольких норм, применение которых требует юридического образования. Это подпункт 4 пункта 2 статьи 131 – указание на то, в чем заключается нарушение прав истца; доказательства и доказывание – статьи 55, 56; существенные для дела обстоятельства – статьи 56, 148, 152, 196, 198, 330; апелляционные и кассационные поводы – статьи 330, 378, 387.

²⁹ Хотя бывает и наоборот, см., например, дело адвоката Т. в 7-8 выпуске Вестника Адвокатской палаты г. Москвы за 2006 год. Впрочем, противоречие там кажущееся: признав, что адвокат «дезавуировал» ходатайство доверителя (о приобщении к материалам дела некоего «доказательства») Совет явно позабыл, что ходатайство для суда является лишь просьбой, решение по которой принимает сам суд, а мнение адвоката не имеет приоритета перед действием участника процесса, т.е. доверителя.

³⁰ Не путать с юридической клиникой Дмитрия Ивановича Мейера как метода практического преподавания юриспруденции.

быть в разладе с общею логикою, выразителем коей является здравый рассудок и с общею справедливостью? что иное дело *jus* и иное дело *aequitas*? а между тем, как часто в конструировании правовых начал при применении их на практике игнорируются оба эти начала и если хорошенько порыться в судебных решениях, можно найти бесчисленное множество таких патологических явлений». Юридическая клиника и есть сборник таких патологических явлений. И вот одно из них.

«Тарутинские юридические принципы»

Есть в Анкерманском уезде село Тарутино. Оно ничем особенным не отличается; поэтому в учебниках географии об этом селе даже не упоминается, а между тем село это для нас, юристов, должно представляться весьма достопримечательным; ибо в нем вырабатываются важные юридические принципы и правовые нормы; а так как я желаю по временам предавать гласности решения наших провинциальных судов, в коих высказываются новые взгляды на силу и крепость законов и договоров, взгляды, которые способствуют к упрочению кредита, пошатнувшегося в последнее время по весьма многим и разным причинам, и к такому укреплению веры в правосудие, что у многих отнимается даже охота судиться, то я начну свою корреспонденцию из этих тарутинских принципов.

Тарутинский житель, немец Криштоф Гиршкорн, заключил в 1873 г. (27 сент.) с турецко-подданным Яковом арендный договор об отдаче последнему дворового места для постройки дома и других принадлежностей, сроком на 10 лет, ценою по 12 р. 50 к. в год, и в договоре условлено, что если Гиршкорн по истечении арендного срока не пожелает оставить это место Якову на дальнейшее время за эту самую цену, тогда за постройки, которые переходят к нему в собственность, он обязан заплатить Якову 1000 р.; если же он пожелает оставить это место Якову на дальнейшее время, то обе стороны обязаны заключить новый договор.

По заключении договора произошли следующие изменения. 1) Наниматель, турецко-подданный Яков, оказался русско-подданным, и имя его не Яков, а Монастырский. Было возбуждено против него уголовное преследование за проживание по чужому виду, и хотя он был уголовным судом оправдан, но признан Монастырским. 2) Этот Монастырский, подложно именовавшийся Яковом, скрываясь от уголовного преследования, переуступил все права свои по арендному контракту своей жене Лее Монастырской, и арендные деньги она уже платила Гиршкорну, который на контракте расписался в получении их, но расписался по-немецки. 3) По тарутинскому, если подпись немецкая и не переведена на русский язык, то она не имеет силы. На основании этого Гиршкорн предъявил у тарутинского мирового судьи иск об уничтожении арендного договора, во 1-х, потому, что первоначальные его контрагент ввел его в обман и заблуждение, назвав себя Яковом тогда, когда настоящее имя его Монастырский, и во 2-х, что в получении арендных денег он подписывался по-немецки, и эти его немецкие подписи, вопреки таким-то статьям нот. полож., не переведены на русский язык. Тарутинский мировой судья нашел эти доводы вполне согласными с тарутинскими законами и уни-

чтожил договор. Но анкерманский съезд мир. суд. отменил это решение. Если бы и съезд оставил это решение в силе, то сенат отменил «по явному нарушению законов», а в Тарутине продолжали бы действовать тарутинские принципы.

По окончании арендного срока Монастырская послала Гиршкорну чрез нотариуса заявление с просьбою ответить ей, желает ли он возобновить договор в дальнейшее время или нет, и он ей ответил, что пока он ей не запрещает жить. Монастырская думала, что Гиршкорн, не воспрещая ей пока жить, после выскажется определительнее; но он вслед затем предъявил мужу ее иск об удалении его из занимаемых им самовольно с 27 сентября 1883 г. (день окончания срока арендного договора) помещений. Возражение ответчика, что Гиршман позволил же им жить и имеет заключить новый договор, Гиршкорн опровергал тем, что в ответе своем на заявление жены ответчика он говорил «пока»; это значит – пока захочет, а теперь не хочет; мировой судья уважил иск. Тогда Лея Монастырская обратилась в Кишиневский окружной суд к Гиршкорну с иском о взыскании с него 1000 за постройки и в доказательство нежелания ответчика возобновить договор она представила как ответ Гиршкорна не ее заявление, так и только что упомянутое решение мирового судьи об удалении ее мужа. Ответчик в оправдание свое приводил следующие тарутинские возражения. После переуступки мужем жене прав своих по договору прекратились между ним и Гиршкорном всякие юридические отношения, а такие установились между ним и Леею Монастырскою. Последней же он ответил, что ей пока не воспрещается жить, а мужа ее он вправе удалить. Следовательно, он договора не нарушил и неустойки платить не должен. Против этих тарутинских принципов я, поверенный Леи Монастырской, выставил свои собственные и говорил, 1) что на вопрос Леи Монастырской: желает ли он, Гиршкорн, оставить ей место на дальнейшее время на прежних условиях, Гиршкорн обязан был дать категорический, ясный и положительный ответ; в ответе же «я пока не воспрещаю тебе жить» заключается тарутинский изворот, уклонение от ответа.

2) Что с выселением мужа *eo ipso, de jure* и *de facto*, выгоняется и жена; ибо пользование наймом сделалось уже для нее невозможным на юридически, ни фактически: юридически потому, что по силе 103 ст. X т. ч. I, супруги обязаны жить вместе, и при перемене жительства мужа жена должна следовать за ним; фактически – потому что Лея Монастырская крепко любит своего мужа, о чем имеются фактические доказательства – дети.

3) Что с выселением мужа истица уже не может пользоваться наймом на прежних условиях: по прежнему же договору она жила с мужем, и Гиршкорн не просил прежде об удалении ее мужа.

4) Что истица не ищет вовсе неустойки за нарушение договора, а уплаты за постройки, которые переходят к Гиршкорну, и в доказательство того, что это возражения Гиршкорна суть продукт тарутинской юриспруденции, я имел неосторожность представить решение мирового судьи об уничтожении договора. Окружный суд отверг мои доводы.

Сообщая эту грустную весть моей доверительнице, я вместе с тем счел нужным посвятить ее простой ум в тайны юриспруденции и познакомить ее с следующими двумя правовыми положениями, вытекающими из решения окружного суда.

1) Если хозяин заключает договор найма с женою, то он вправе выбросить мужа, оставаясь в сношениях с нанимательницею.

2) Если же он заключает договор с мужем, то он может удалить жену.

Она, однако, этому не поверила и принесла жалобу в Палату и года через два она узнает: верны ли эти принципы или нет, а пока торжествует тарутинский немец, который находит решение суда вполне правильным.

26

Не так уж редко бывает, что в процессе судья спрашивает: а на какую статью ссылаетесь? При этом не всегда этот вопрос благожелателен или хотя бы нейтрален. Скорее подтекст такой, что ежели не ответишь, то и будет тебе неудовольствие. Поэтому надо бы выработать какую-то формулу ответа на такой вопрос.

Конечно, юрист не должен помнить все номера³¹ статей, да и не может, разве что несколько самых употребительных; он должен знать смысл применяемой нормы. И все же после такого вопроса чувствуешь себя как-то неуютно.

И вот какой случай произошел однажды. Был большой арбитражный процесс в кассации (тогда это было нечто вроде современной апелляции), с обеих сторон участвовало по четыре представителя. Среди противников был Борис Иванович Пугинский; все мы у него учились, да и судьи тоже. И вот он выступает, а судья вдруг задает вопрос: а на какую статью, Борис Иванович, ссылаетесь? И Пугинский не моргнув глазом отвечает: а на 309-ю – договоры должны соблюдаться настоящим образом.³²

Ответ был хорош! Просто образцовый ответ. Загвоздка только в том, что статья эта относится к наиболее употребительным, да и не всегда может быть применена с учетом конкретных обстоятельств. Следовательно, необходимо найти более универсальный ответ.

³¹ Вопрос напоминает анекдот о том, как кандидату на должность задают вопрос, сколько погибло в Нагасаки, а затем просят назвать поименно.

³² Вел Борис Иванович семинары по гражданскому праву. И выдавал вот такие афоризмы: «Вы идете по улице, на дороге стоит фонарный столб, и Вы об него ударились головой. Будет ли фонарный столб источником повышенной опасности?»; «табор цыган может являться юридическим лицом?»; «Ваш сосед решил завести в квартире льва-вегетарианца (сосед говорит, что лев ручной, мясо не жрет из принципа). Сосед каждый день выгуливает ручного льва, народ разбегается. Будет ли лев источником повышенной опасности?»; «в вытрезвитель должны были поставить 20 железных двухярусных кроватей с завода, но их привезли без пружин. Это некачественная или некомплектная поставка продукции?»; «нехорошо, нехорошо товарищ, сокращенные сроки исковой давности [были тогда такие] не знаете, это вам любой постовой скажет»; о вине юридического лица: «фабрика недопоставила мытищинскому торгу вагон пряников. Почему? «Мы недопоставили пряники потому, что там все жулики». И бесценный совет: «если хотите иметь в старости кусок хлеба – учите гражданское право».

И вот, по прошествии многих лет, и в очередной раз попавшись на уловку суда, такой ответ нашел. Давным-давно его дали римляне. Звучит он так: *jura novit curia*. Суд сам знает закон.

Действительно, суд никак не связан правовыми указаниями сторон; задача стороны – назвать и доказать факты. Не случайно среди предписаний к форме искового заявления нет требования ссылки на закон. Но даже в арбитражном процессе, где такое требование к иску зачем-то есть, суд все равно руководствуется своими знаниями, которые всегда выше, чем знания стороны, пусть она представлена даже самыми выдающимися адвокатами. И если суд вдруг *забыл* номер статьи (а не пытается «подколоть» адвоката), ничего страшного, спокойно говорим: суд сам знает закон. Ничего обидного тут нет, наоборот, очень даже уважительно.

27

Полезно иногда освежать память в отношении формулировок закона. Пример: известно, что среди требований к форме искового заявления нет указания ссылки на законы (как это зачем-то сделано в арбитражном кодексе). Это правильно, поскольку «суд сам знает закон» и не нуждается в поучениях.

Но если в деле участвуют юристы, то избежать цитирования законов, пожалуй, невозможно. А уж если эти юристы оказываются «аблакатами», то здесь бывают самые фантаσμαгорические нагромождения разного рода законоположений (впрочем, адвокаты тоже этим грешат). И как же суду реагировать на такой, по выражению Иеринга, специфический юридический бред (*spezifischer juristischer delirium*)?

Казалось бы, разумнее всего – никак не реагировать. Раньше это было возможно, поскольку в решении требовалось отразить только те нормы, которыми руководствовался суд. Но требование к содержанию решения изменилось, и теперь суду необходимо изложить мотивы, по которым он не применил законы и иные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле.

Вероятно, практика когда-нибудь выработает какой-то универсальный мотив отклонения бредовых ссылок.³³ Пока же происходит следующее: рассматривается дело в взыскании недоплаченного налога. Причем иск подан через четыре года после истечения налогового периода. Естественно, ответчик заявляет о применении исковой давности (которая предусмотрена не только в Гражданском, но и в Налоговом кодексе).

Предположим, что ссылка на норму об исковой давности неосновательна. Как суд изложил мотивы неприменения этой нормы?

³³ Сейчас, вроде бы, суд использует такую формулу: «суд отклоняет доводы, т.к. они основаны на ошибочном толковании норм права». Не самая удачная, ну да за неимением лучшей...

А вот как: «суд считает необходимым отметить, что положения гражданского законодательства о трехлетнем сроке исковой давности к рассматриваемым правоотношениям не применимы». Простенько и со вкусом.

Но где же здесь мотивы? Что такое вообще мотив? «Мотивы судебного решения составляют суждение суда, те соображения, на основании которых он пришел к определенному выводу». Так говорит комментарий к ГПК РСФСР 1991 года издания. «Мотивировать значит объяснить и точно высказать свой взгляд на вещи, а не отделаться трюизмом». Это Ленин. Устав гражданского судопроизводства использует термин «соображения» (хотя в кассационных решениях и встречается понятие «мотив»).

Какими же *соображениями* руководствовался суд вынося такое суждение? Мы знаем, что решение должно быть законным (и обоснованным). Следовательно, должна существовать такая норма в каком-то законе, которая прямо отменяет действие исковой давности к налоговым правоотношениям. Но если она есть, то почему суд на нее не сослался, а отделался трюизмом?

Juris consultus sine lege loquens erubescit – юрист должен краснеть, если он не опирается на закон. Эта максима, безусловно, относится не столько к адвокатам, сколько к судьям (правило *jura novit curia*, фактически содержащееся в статье 131 ГПК). Хотя и не говорит об указании номера статьи.

Как именно должны быть указаны ссылки на законы? Воспроизведен весь текст статьи (обычно так и делают; это значительно увеличивает объем решения, что, вероятно, придает ему солидности)? Или достаточно одного номера статьи? Можно поставить вопрос и по-другому: что важнее: указать норму закона, которую нарушил суд, или объяснить, в чем именно заключается нарушение?

В 19-м веке вопрос этот неоднократно поднимался кассационным судом. Вот характерное решение - № 70 за 1888 год: «неприведение судебным местом закона не служит достаточным поводом для отмены решения, если принятые судом основания не противоречат закону». Интересно и основание этого мнения: «неподкрепление судом соображений ссылками на законы не может иметь существенного значения потому, что большая часть решения основана не на юридических положениях, а на выводах, сделанных из истолкования содержания и смысла разных документов, а такие выводы, очевидно, могут быть подкреплены только текстом документа, но никак не ссылкой на тот или другой закон».

В принципе это верно. Но не совсем: истолкование содержания и смысла документов, безусловно, является важнейшей функцией суда, без которого (истолкования) невозможно получить малую посылку судебного силлогизма – фактических обстоятельств дела. Но без большей посылки – нормы закона – силлогизм построен быть не может. Хотя он может быть и в сокращенной форме (называемой энтимемой), если большая посылка очевидна.

Защита отечества осуществляется в любом уголке нашей страны, в любом деле, даже самом маленьком, в любой области — экономике, политике, культуре, науке, литературе, искусстве, философии.

Пётр Евстафьевич Вышинский

Вырождающиеся — не всегда преступники, развратники, анархисты, или обще-признанные сумасшедшие; иногда они бывают писателями, представителями искусства, но въ нихъ преобладаютъ одни и тѣ же умственные, въ большинствѣ же случаевъ, и физическія черты одной и той же антропологической семьи, вооружающія руки однихъ ножемъ или динамитнымъ патрономъ, руки другихъ — перомъ или кистью.

Макс Нордау

Злоупотребляющіе же словомъ ничѣмъ не отличаются отъ злодѣевъ. Рѣчь ненавистливая есть родъ меча и злорѣчіе такія же раны наноситъ, какія и отъ него бываютъ. Дѣйствіе и того и другаго отзывается на жизни гибельно. Таковы послѣдствія рѣчи непотребной.

Климент Александрийский

из речей одни печалат, другие радуют, третьи устрашают, четвертые ободряют, некоторые же отравляют и околдовывают душу, склоняя ее к чему-нибудь дурному.

Горгий

В 1683 году некий английский политик был обвинен в государственной измене. В качестве доказательства вины суду был представлен его трактат об управлении государством. Обвинитель заявил: *scribere est agere*, что означает «писать — значит действовать».

То, что писания бывают подчас опасней деяний, известно давно. Ильич говорил: «идеи становятся силой, когда они овладевают массами». Сократ, как известно, был обвинен в трех преступлениях, хотя он только говорил, а не писал. Со времени изобретения книгопечатания не допустить вредные идеи до широкого распространения становится все труднее. А в условиях повального доступа к интернету это стало задачей невыполнимой.

Чего больше в доступности разного рода писаний, вреда или пользы, сказать трудно. На первый взгляд — вреда. Но если раньше, в условиях цензуры, каждая критическая статья была отражением реально существующего факта, то сейчас многие публикации являются измышлениями больного разума. А галлюцинации душевно расстроенных людей нередко увлекают других; в этом, безусловно, их вред.

Графоманство³⁴ — характерный душевный признак вырождения. Также вырождающимся свойственно отсутствие понятий о нравственности и правде. Отсюда ясно, почему кропают свои писульки эти существа и почему они проникнуты такой злобой и ненавистью.

³⁴ Графоманы — полуненормальные люди, одержимые писательским зудом.

Но если свободу самовыражения нельзя ограничить цензурой, то надо придумать что-то другое. И жизнь сама позаботилась об этом, дав ассиметричный ответ – вседоступность средств распространения информации. В результате мнение каждого отдельного желающего его поведать «тонет» в массе; чтобы лист был незаметен, надо вырастить лес.

По счастью, одних идей, как бы они ни были обольстительны, для распространения бывает недостаточно; необходим еще материальный носитель – группа подвижников-проповедников, а еще лучше – партия. Но для этого идея должна быть не только привлекательной по виду, но и значимой для широкого круга людей. То есть не просто идея, а целая задача, например, освобождение труда от эксплуатации и т.п.

Конечно, сказанное не исключает необходимость цензуры. Однако о возврате к ней пока речь, к сожалению, не идет. И если уж вырожденцев³⁵ нельзя изолировать от общества, то противопоставление им нравственно здравых суждений будет хорошим средством; «защита отечества осуществляется в любой области, включая литературу, искусство, философию».

Престранное решение вынес Верховный суд. Некий адвокат возжелал перейти на упрощенную систему налогообложения, мотивируя тем, что он-де зарегистрировался в качестве индивидуального предпринимателя. Налоговая инспекция отказала, адвокат-предприниматель обжаловал отказ в суде. Суды в иске отказали, руководствуясь тем, что «гражданин, имеющий статус адвоката, не может одновременно быть индивидуальным предпринимателем и осуществлять помимо адвокатской деятельности предпринимательскую деятельность».

«Однако выводы судов нельзя признать правомерными» сказал Верховный суд. «В настоящем деле рассматривается вопрос о праве применения упрощенной системы налогообложения лицами, зарегистрированными в качестве индивидуальных предпринимателей в целях осуществления предпринимательской деятельности, не связанной с осуществлением адвокатской деятельности, но имеющими при этом статус адвоката», поэтому «запрет на право применения упрощенной системы налогообложения лицами, зарегистрированными в качестве индивидуальных предпринимателей в целях осуществления предпринимательской деятельности, не связанной с осуществлением адвокатской деятельности, но имеющими при этом статус адвоката, положения статьи 346.12 Налогового кодекса не устанавливают». «При рассмотрении дела заявитель приводил доводы о том, что предпринимательская

³⁵ Любопытно, что в русской традиции вырожденцев принято называть психопатами. Слово это ввел в употребление психиатр Оттон Антонович Чечотт, выступавший в качестве эксперта по делу Мироновича, Безака и Семеновой – известный процесс об убийстве Сары Беккер.

деятельность, в отношении которой он планирует применять упрощенную систему налогообложения, не связана с осуществлением адвокатской деятельности. Однако суды не дали оценку указанным доводам».

Из этих пассажей видно, что Верховный суд допускает возможность одновременного, одним лицом, осуществления адвокатской и предпринимательской деятельности. В этом суть проблемы.

Конечно, требовать от суда знания адвокатских тонкостей³⁶, пожалуй, несколько опрометчиво, с учетом того, что и сами адвокаты в подавляющем большинстве случаев их не знают и не понимают. Поэтому в данном случае важна была бы позиция Адвокатской палаты (которая, по идее, такие тонкости знать обязана).

Какие же правила существуют на сей предмет? Поскольку обобщения современной дисциплинарной практики нет, а Этический кодекс обязывает адвокатов соблюдать сложившиеся в адвокатуре обычаи, традиции и правила адвокатской профессии, необходимо к ним и обратиться.

Вопрос о совместимости адвокатуры с какой-либо иной (коммерческой, государственной службой и т.д.) деятельностью не раз обсуждался при рассмотрении дисциплинарных дел. И всегда решения выносились в пользу исключительности. Мотивы: «те самые качества, которые в [предпринимателе³⁷] будут считаться положительными, в присяжном поверенном будут признаны отрицательными. Погоня за клиентами и самая широкая реклама, создающая успех коммерческого предприятия, в присяжной адвокатуре служили бы несомненным признаком ее деморализации и упадка» (Правила адвокатской профессии, фрагмент 140); «весьма нежелательно, чтобы практикующие присяжные поверенные принимали частное, прямое и непосредственное участие в деятельности коммерческой, в особенности, потому, что присяжному поверенному, занимающемуся торговлею, трудно избежать влияния того, что называется коммерческим духом, то есть свойств и привычек, выработанных торговлею, как профессией, и не вносить эти привычки в свою адвокатскую деятельность» (фрагмент 144).

Конечно, суд, даже Верховный, не обязан следить за моральным и нравственным состоянием адвокатуры, поэтому может позволить себе смешение несовместимых понятий. Ведь действительно, положения статьи 346.12 Налогового кодекса запрета на осуществление адвокатами предпринимательской деятельности не устанавливают.

Итак, суд использовал принцип *quae non sunt prohibita permisisse intelliguntur* – что не запрещено, считается разрешенным. Принцип, безусловно, правильный. Вот только применять его надо с умом.³⁸ Например, в упомянутой статье 346.12 не запрещено воровать. Означает ли это, что если ловкий адвокат станет защищать вора ссылкой на эту статью и принцип, то и воровство преступлением не считается?

³⁶ Хотя нижестоящие суды их, похоже, и знали.

³⁷ В подлиннике речь идет о страховом агенте.

³⁸ Вспоминаются слова известного политического деятеля: «есть марксизм догматический и марксизм творческий»; он стоял на почве последнего. Может быть, и суду стоило так сделать?

Конечно, если адвокатура никак на сию эскападу не отреагирует, то та деморализация и упадок, о которой говорили присяжные поверенные, не за горами. Однако все еще можно исправить. Если уж адвокат нашел для себя более выгодное поле деятельности, то у него есть возможность оставить адвокатуру и перейти в торговлю (или что он там нашел). Ну или палата может принять соответствующие дисциплинарные меры.

30

Несколько лет назад адвокатскую общественность взволновал следующий случай. В одной из палат систематически расхищались денежные средства (разумеется, одним из «четырёхсот сравнительно честных способов»). Адвокаты обратились в компетентные органы.

Это, однако, не понравилось адвокатской администрации. Совет федеральной палаты признал, что обращения адвокатов к органам государственной власти с заявлениями о проведении проверок в отношении органов адвокатского самоуправления является нарушением законодательства об адвокатуре и адвокатской деятельности и норм профессиональной этики. Предписал, что такие обращения должны становиться поводом для дисциплинарного реагирования уполномоченных органов адвокатского самоуправления и возможного привлечения адвокатов к дисциплинарной ответственности.

Таким образом, федеральный совет создал новое правило – запрет обращения на действия органов адвокатуры под угрозой дисциплинарного взыскания.

Основание Совет усмотрел в Кодексе профессиональной этики, полагая, что «такое поведение адвоката прямо противоречит пункту 2 статьи 5 Кодекса, согласно которому адвокат должен избегать действий (бездействия), направленных к подрыву доверия к нему или к адвокатуре. Кроме того, пункт 5 статьи 9 Кодекса содержит принципиальное указание о том, что в любой ситуации, в том числе вне профессиональной деятельности, адвокат обязан сохранять честь и достоинство, избегать всего, что могло бы нанести ущерб авторитету адвокатуры или подорвать доверие к ней».

Следовательно, по мнению Совета, обращения адвокатов в органы государственной власти с заявлениями о проведении проверок в отношении органов адвокатского самоуправления: а) направлено к подрыву доверия к адвокатуре, б) умаляет честь и достоинство адвоката и в) есть действие в ущерб авторитету адвокатуры.

Однако такое решение противоречит основам правопорядка и профессиональной нравственности (этике).

Под правопорядком понимается закрепленный в нормах права и охраняемый государством порядок общественных отношений. Соблюдение правового порядка, направленного на обеспечение интересов всего общества, основывается на высокой сознательности граждан³⁹.

³⁹ Большая советская энциклопедия, 2 издание, том 34, стр. 360.

В свою очередь сознательность граждан означает нетерпимость к разного рода антиобщественным проявлениям, в частности, к злоупотреблениям, правонарушениям и преступлениям. Общественная безопасность требует своевременного выявления антиобщественных проявлений с целью их пресечения и устранения последствий их совершения.

Адвокаты не имеют права противопоставлять себя интересам общества, иметь иную нравственность. «Учреждая сословие адвокатов, законодатель напутствовал его пожеланием, чтобы оно «представляло из себя самое верное ручательство нравственности, знания и честности убеждений»; установленный над ним надзор должен был служить «средством к водворению и поддержанию между адвокатами чувства правды, чести и сознания нравственной ответственности перед правительством и обществом» (Правила адвокатской профессии в России, фрагмент 5).

Совершение злоупотреблений и правонарушений органами адвокатского самоуправления затрагивает интересы всей организации в целом. Поэтому в интересах прежде всего самих органов самоуправления выявить нарушения и устранить их последствия. Правила адвокатской профессии (фрагмент 106) предписывают: «естественным стремлением каждого адвоката при подаче на него жалобы должно явиться желание как можно скорее выяснить недоразумение или опровергнуть взводимое против него обвинение, чтобы как можно скорее рассеять малейшее подозрение насчет его непорядочности и снять с себя всякую тень сомнения».

Согласно определению, доверие – это отношение к действиям др. лица и к нему самому, которое основывается на убежденности в его правоте, верности, добросовестности, честности, искренности⁴⁰. В свою очередь доверие основано на авторитете – умственном влиянии, возбуждающем уважение, доставляемое обладанием превосходной и признанной власти или выдающейся и признанной мудрости, знания, добродетели⁴¹. Авторитет является одним из факторов поддержания общественной дисциплины и преемственности в развитии общества⁴². Но не может быть ни доверия к тому, ни авторитета у того, кто скрывает злоупотребления.

Запрет, под угрозой причинения вреда, сообщений органам правопорядка о совершенных правонарушениях с целью их сокрытия характерен для преступных сообществ.

Следовательно, подрывом доверия к адвокатуре и действием в ущерб ее авторитету является не сообщение органам правопорядка о действиях органов самоуправления, а напротив, замалчивание действий, которые носят антиобщественный характер. Такой запрет свидетельствует об «этическом гниении» (по выражению Л.И.Петражицкого⁴³) органов адвокатуры.

Согласно Кодекса профессиональной этики (преамбула, статьи 1, 4) деятельность современной адвокатуры строится на традициях. Обращение к

⁴⁰ Словарь по этике под ред. А.А.Гусейнова и И.С.Кона, шестое издание, М., 1989, стр. 79.

⁴¹ Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона, т. 1, стр. 126.

⁴² Словарь по этике, стр. 11.

⁴³ Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1907, т. II, стр. 494.

органам правопорядка с указанием на признаки совершенных адвокатами преступлений имеет исторические корни. Известны не менее двух таких случаев.

Первый – в отношении адвоката Снарского (23-й отчет Санкт-Петербургского Совета присяжных поверенных за 1888-89 г.):

94) Въ январѣ 1889 г. бывшій военно-медицинскій студентъ А. принесъ жалобу Совѣту на дѣйствія присяжнаго повѣреннаго С., не выдающаго ему полученныхъ по мировой сдѣлкѣ съ противникомъ денегъ, причемъ заявилъ, что онъ обращается къ Совѣту прежде обращенія къ уголовному суду, которому подлежатъ поступки С., такъ какъ въ нихъ содержатся всѣ признаки дѣянія, предусмотрѣннаго въ ст. 1681 Улож. о нак. (присвоеніе или растрата).

При изслѣдованіи дѣла обнаружилось, что въ мартѣ 1887 г. С. -му поручено было взыскать съ В.—на 4.363 р. по векселю и 1.678 р. по закладной. По письменному условію С. выговорилъ въ свою пользу 15% съ взысканной суммы и судебныя издержки. Въ условіи постановлено еще, что гонораръ этотъ долженъ быть уплаченъ и въ случаѣ окончанія дѣла миромъ, или прекращенія довѣренности, въ полной суммѣ, сообразно количеству предъявленнаго въ судѣ взысканія. С. получилъ отъ своего довѣрителя деньги на расходы, въ счетъ гонорара и даже 115 р. заимообразно подъ вексель. Судомъ были удовлетворены всѣ исковыя требованія А. и денегъ присуждено съ В. болѣе 8.000 р., но взысканіе затягивалось и только въ сентябрѣ 1888 г. по мировому соглашенію С. -го съ повѣреннымъ В. К.—вмѣстѣ дѣло было кончено на 4.600 р., которыя С. получилъ въ Вильнѣ отъ К.—ва закладными листами Виленскаго зем-

ельнаго банка. Получивъ эти цѣнности въ сентябрѣ или октябрѣ, С. ихъ употребилъ на свои надобности, увѣряя въ то же время ложно А., что деньги имъ еще не получены.—8 ноября онъ писалъ А.: „не позже 29 сего мѣсяца я отправлюсь уже за деньгами“, а 30 ноября увѣрилъ, что деньги должны быть скоро получены. 11 декабря, не передавая денегъ, С. послалъ своему довѣрителю расчетъ, въ которомъ высчиталъ, что за нимъ останется болѣе 50% получки, а именно 2.302 руб. Вскорѣ затѣмъ А. поставленъ былъ въ извѣстность объ употребленіи его денегъ С. на свои надобности; 13 декабря С. выдалъ ему обязательство объ уплатѣ ему въ 3 срока 3.750 р. (1 т. къ 23 декабря 1888 г., 1750 р. къ 1 января 1889 г. и 1000 р. къ 1 марта 1889 г.). Не исполнивъ этого обязательства ни въ одинъ изъ указанныхъ въ обязательствѣ сроковъ, С. старался оправдать себя передъ Совѣтомъ голословными заявленіями, опровергаемыми со стороны А., что сей послѣдній разрѣшилъ ему будто-бы воспользоваться взысканными съ В. деньгами, отсрочивъ ихъ платежъ. Совѣтъ этому оправданію не повѣрилъ и, находя С. виновнымъ въ присвоеніи и растратѣ денегъ своего довѣрителя 3.750 р., постановилъ исключить С. изъ числа присяжныхъ повѣренныхъ и о дѣйствіяхъ его сообщить прокурору Спб. окружнаго суда (п. 4 и 5 ст. 368 уст. учр. суд. уст.).

(28 января).

Второй – в отношении адвоката Z. (29-й отчет Санкт-Петербургского Совета присяжных поверенных за 1895-96 г.):

128. Вслѣдствіе сообщенія помощника присяжнаго повѣреннаго N съ приложеніемъ телеграммы и письма присяжнаго повѣреннаго Z изъ Нью-Йорка, а также сообщенія Предсѣдателя Рижскаго Окружнаго Суда объ учрежденіи Окружнымъ Судомъ по дѣламъ означеннаго присяжнаго повѣреннаго попечительства, Совѣтъ, разсмотрѣвъ дѣло, нашелъ, что означенный присяжный повѣренный скрылся изъ мѣста своего постоянного жительства, не извѣстивъ Совѣтъ и не оставивъ уполномоченнаго для веденія принятыхъ имъ на себя дѣлъ; что, судя по телеграммѣ и письму, онъ покинулъ

Россію на всегда, а судя по признанію въ письмѣ на имя своего помощника, имъ совершена растрата ввѣренныхъ ему цѣнностей, что въ дѣйствіяхъ его усматриваются признаки преступленія предусмотрѣннаго 1711 ст. Улож. о Нак., а потому постановилъ: исключить присяжнаго повѣреннаго Z изъ списка присяжныхъ повѣренныхъ, а объ усмотрѣнныхъ въ дѣйствіяхъ Z признакахъ преступленія сообщить прокурору Рижскаго Окружнаго Суда.

(12 ноября 1894 г., ст. 10).

Несмотря на то, что адвокаты и в то время «противостояли правоохранительным органам в судах», Санкт-Петербургский Совет не затруднился ни этим фактом, ни «обеспечением независимости корпорации от государства», ни «насаждением атмосферы доносительства», не посчитал такие обращения ни подрывом доверия к адвокатуре, ни умалением чести и достоинства адвоката, ни ущербом авторитету адвокатуры.

Адвокаты, конечно, обжаловали решение в суде. Но увы, с отрицательным результатом.

(нередко с одинаковым успехом) диаметрально противоположные вещи⁴⁴. На проверку оказалось, что все несколько сложнее. Платон описывает софистов-философов, а были еще и софисты-риторы, весьма уважаемые и обеспеченные (впрочем, как и софисты-философы) люди. И вот отличительным признаком такого софиста было умение говорить экспромтом, импровизировать на любую заданную тему.

Импровизация – умение ценное, но насколько применимое в судебных делах?

Квинтилиан утверждал, что умение говорить экспромтом лучший результат учения, а кто окажется не в состоянии приобрести его, должен отказаться от мысли о профессии юриста.⁴⁵ Источники указывают на то, что освоение импровизации дело весьма нелегкое; если учебников риторики было немало, то пособий по речам без подготовки нет.

Импровизация, будь то при уголовной защите, а особенно в делах гражданских – вещь едва ли допустимая, поскольку к делу надо тщательно готовиться; адвокат в гражданском деле – ученый, знаток, теоретик⁴⁶. Об импровизации в процессе можно говорить только как о способности быстро реагировать на изменившиеся обстоятельства. Правда, такие обстоятельства возникают не сказать чтобы очень редко.⁴⁷

Одинъ молодой челоувѣкъ нанялъ осла для поѣздки изъ Аѳинъ въ Мегары. Дѣло было лѣтомъ. Полуденное солнце жгло немилосердно. Оба, и молодой челоувѣкъ и погонщикъ, старались укрыться въ тѣни, отбрасываемой солнцемъ, но не пускали другъ друга. Одинъ говорилъ, что молодой челоувѣкъ нанялъ осла, а не тѣнь его; другой — что онъ воленъ распоряжаться имъ по своему усмотрѣнью, такъ какъ нанялъ его.

Спор о тени осла. De asini umbra disceptare. Пословица говорит о споре о пустяках. Действительно, забавно. Но для юриста размер спорного права не имеет значения, поскольку спор остается спором, и его надо разрешить. Конечно, если подходить к нему не как абдеранцы из романа Виланда, а как к игре юридического ума. «Юриспруденция обыденной жизни» - очень удач-

⁴⁴ Видя изощренность софистов, афиняне даже запретили им участие в судебных процессах, поскольку они «одолевают несправедным словом праведное и выворачивают истину наизнанку».

⁴⁵ Хотя его соображения на сей предмет довольно противоречивы. С одной стороны, он говорит о том, что есть масса случаев, когда необходимо говорить экспромтом. С другой (он все же адвокат) о том, что никто не берется вести процесс, не изучив его.

⁴⁶ Вроде бы это сказал Кони. Примерно те же мысли высказал Андреевский в лекции «об уголовной защите».

⁴⁷ Или «аблакат» что-нибудь ляпнет, или судья. Однажды у адвоката, выступавшего по довольно запутанному делу, судья спросила: а вы читали закон? Вопрос странный, чтобы не сказать хамский. На адвоката снизошло вдохновение, и он ответил: я его писал.

Оказывается, по этому поводу есть чудесный еврейский анекдот: Свидетель Иеговы: здравствуйте! Вы читали Библию? Раввин: рыба моя, ми ее писали.

ное название подыскал Иеринг. Собственно, из обыденной жизни и родилось право.⁴⁸

Первое, что приходит на ум – главная вещь и принадлежность; осел – главная, тень – принадлежность. Но это так, для разгона мысли. Все же принадлежность тоже является вещью, отделима от главной и может быть использована сама по себе, например, скрипка и ее футляр. Тень же от осла неотделима и самостоятельного существования не имеет. Значит, надо искать какой-то другой принцип.

Принцип «не действует с умыслом тот, кто пользуется своим правом» (Д.50.17.55, Гай) здесь не применим, поскольку необходимо выяснить объем прав, предоставленных по договору найма осла. А он зависит от свойств самого предмета сделки. Не было ли ошибки в объекте (*error in corpore*), заблуждения относительно тождества вещи, составляющей предмет сделки? Такое могло бы быть, если бы был возможен случай разделения осла и его тени: наниматель арендовал осла с тенью, а осел оказался без нее. Или заблуждение в свойстве предмета (*error in substantia*), в способности осла отбрасывать тень?

Но природа вещей такова, что при наличии источника света (в данном случае солнца) все вещи дают тень, независимо от нашей воли и сознания; это факт физический. А раз так, то получив в пользование осла, мы получаем и все, что ему сопутствует, в частности его тень. Следовательно, применимый принцип здесь, пожалуй, такой: *cui licet, quod est plus, licet utique quod est minus* – кому разрешено большее, не должно запрещаться меньшее (Д.50.17.21, Ульпиан). Если я законно пользуюсь ослом в целом, то и его тенью мне нельзя препятствовать пользоваться.

Но совсем иначе дело обстоит с точки зрения англосаксонского права. Было в договоре аренды осла условие о пользовании тенью? (Как, собственно, и сказал погонщик зубодеру в книге Виланда). Не было. А если еще приплести сюда «права человека»... Есть у погонщика такие «права»? Несомненно. Входит в них право на защиту от солнца? Безусловно. А раз так, то судьба молодого человека незавидна. На ваше робкое возражение, что и у него тоже вроде бы есть аналогичные права вам ответят: «это другое».

33

Джон Стюарт Милль высказал любопытную сентенцию. Он разграничил науку и искусство по следующему принципу: все, что говорит утверждениями о фактах, есть наука, а что правилами и предписаниями – искусство. Можно выразиться и по-другому: есть науки естественные – те, которые основаны на установленных фактах. А раз так, то должны быть (для баланса вселенной) науки противоестественные – это те, которые основаны на мнен-

⁴⁸ Оказалось, что ситуация очень даже жизненная. Вот что сообщила коллега. Наблюдала на пляже Анапы такую картину: стоят зонтики от солнца, и они сдаются в аренду. Но тень от зонтика всё время перемещается, т.к. солнышко по небу ходит. И некоторые ушлые граждане расстилают свои покрывальца не под зонтиком, а в его тени. Соответственно человек, арендовавший зонтик, не может двигать свой лежак вместе с тенью, т.к. на пути лежит чьё-то тельце. Таких ушлых продавцы зонтиков гоняют, говоря, что тень платная, а эти товарищи возмущаются: «я же не под зонтиком лежу».

ниях. И вот такой классической «противоестественной» наукой и является юриспруденция.

В самом деле. Возьмем такое основополагающее для судебной юриспруденции предписание, как «истец должен доказать свой иск» (соответственно «ответчик – свои возражения»). Известен автор – юрист III века Павел. Однако это не более, чем мнение (вполне, впрочем, разумное), отнюдь не объективная реальность, данная нам в ощущениях. Представим себе, что ни Павел, и никакой другой авторитет такого правила не высказал. Что произойдет?

Предположим, вы дали соседу займы сто рублей, а он их не отдает. Вы идете к околоточному надзирателю и заявляете об этом. Околоточный идет к вашему соседу, лупит его палкой по голове и тот возвращает вам долг. Почему так? Так ведь доказывать ничего не надо, никто об этом ничего не сказал! Экономия сил, средств и времени колоссальная: не надо сочинять процессуальный кодекс, обучать тьму юристов, строить здания судов и т.д. и т.п. Сплошные плюсы и только один минус – если сосед прибежит к околоточному раньше вас.

Замечательная аксиома «то что утверждается без доказательств может быть отвергнуто без аргументов» (*quod gratis asseritur, gratis negatur*), в равной мере как математическая, так и юридическая. Обычно приписывается Евклиду. Вот только какому именно? В источниках упоминается не менее восьми Евклидов⁴⁹. Но самых известных два: Евклид Александрийский, математик, написавший «Начала», и Евклид Мегарский, философ, основатель мегарской школы, написавший шесть диалогов. Оба могли высказать такую максиму. «Начала» доступны, но для юриста трудны в восприятии; беглый же осмотр результата не дал.

Остается Евклид-философ. Как ученик Сократа, он воспринял и сократический диалектический метод. Кроме того, известен как изрядный спорщик («эристик»): «ловкий в спорах муж Евклид, мегарцам вдохнувший страсть к словопрениям» – так переводится стих Тимона (или «спорщик Евклид, который принес мегарцам ярость спора»). Понятно, что такой человек уделял внимание теории доказательств и аргументации. Проблема только в том, что диалоги его не сохранились и о них известно из очень ограниченных источников.

Теперь, собственно, о самой аксиоме и как она применяется в юриспруденции. Первым, как известно, доказывает свою правовую позицию истец. Следовательно, если он ее не докажет, то ответчик может ограничиться простым отрицанием иска. Весьма характерно это выразилось в старинном кассационном правиле: обязанность ответчика представлять доказательства в подтверждение своих возражений возникает только тогда, когда исковое тре-

⁴⁹ Это Евклид Платоник, комментатор сочинений Платона; Евклид Неоплатоник, тоже философ, ученик Ямвлиха; Евклид архонт епоним (самое высокое должностное лицо в Афинах); Евклид Афинский – обладатель большой библиотеки; Евклид сын Смикрина, парасит (помощник при исполнении религиозных культов), славившийся остроумием, и Евклид из Олинфа, «искуснейший в составлении постановлений».

бование основано на предусмотренных законом доказательствах. Правда, есть проблема: расценил ли суд то, что представил истец, как доказательства, и посчитал ли их достаточными для подтверждения требований; это выяснится только из текста решения. Но если то, что представил истец, явно не является доказательствами, то ответчику достаточно просто отрицать.

34

К сто первой годовщине образования СССР. Известно, что были принципиальные расхождения позиций Ленина и Сталина: Ленин был за федерацию, Сталин за автономию. Через 100 лет стало окончательно понятно, что прав был Сталин. Но вот какая странная фраза в письме Ленина.

ОБ ОБРАЗОВАНИИ СССР

ПИСЬМО Л. В. КАМЕНЕВУ
ДЛЯ ЧЛЕНОВ ПОЛИТБЮРО ЦК РКП(б) ¹³⁶

26/IX.

т. Каменев! Вы, наверное, получили уже от Сталина резолюцию его комиссии о вхождении независимых республик в РСФСР.

По-моему, вопрос архиважный. Сталин немного имеет устремление торопиться.

¹³⁶ 10 августа 1922 года Политбюро ЦК РКП(б) предложило Оргбюро создать комиссию, поручив ей подготовить к очередному пленуму Центрального Комитета партии вопрос о взаимоотношениях РСФСР и независимых национальных советских республик.

Сталин разработал проект резолюции комиссии — «О взаимоотношениях РСФСР с независимыми республиками», который предусматривал вступление Украины, Белоруссии, Азербайджана, Грузии и Армении в Российскую федерацию на правах автономных республик.

Сталин, не уяснив интернационалистской сущности идеи создания СССР, расценил позицию Ленина как «национальный либерализм».

Что значит «устремление торопиться»? Означает ли это, что Ильич в целом соглашался со Сталиным, но считал, что автономизация несколько преждевременна? А тогда, когда было бы своевременно?

И еще любопытно. К сожалению, составители примечания не указали, из какого источника взяли суждение о «национальном либерализме» (не сами ли придумали?). То, что Сталин был признанным авторитетом в области национальных отношений, общеизвестно; возможно, даже превосходил в этом Ленина. И о «национальном либерализме», конечно, мог сказать даже Ильичу (вспомним характеристику «Сталин груб» и его признание в грубости. Да Ленин и сам не отличался кротостью языка). Хотя здесь дело не в крепких выражениях. Возможно, на тот момент «национальный либерализм» был важнее автономизации. Но, вероятно, Ильич видел и его предел, отсюда и «устремление торопиться». Жаль только, что Ленин не дал хотя бы приблизительных ориентиров нужного времени.

Но насколько актуально это столетнее выражение для текущего момента!

Еще в памяти то время, когда перестройщики пытались многое, мягко говоря, переделать (грубо говоря – сломать). Не обошел этот процесс вниманием и право. Много говорили тогда о прецедентах, намекая, что сию полезительную вещь не худо бы и нам завести. К счастью, времена те прошли.

Но осмысленное суждение о предмете предполагает уяснение того, что же именно мы имеем в виду, употребляя тот или иной термин. Какое же значение вкладывают сторонники введения прецедента в это понятие?

Слово *praecedo* означает предшествовать, идти впереди. Термин имеет два смысла: 1) общеупотребительный – предыдущий случай, служащий как бы примером для подобного решения; 2) специальный – юридическая доктрина английской системы права.

В первом смысле понятие прецедента употребляется на протяжении обозримой (с 1864 года) истории русского процесса и имеет значение средства для судебного толкования закона. Так, статья 815 Устава гражданского судопроизводства устанавливала, что решениями Кассационных Департаментов Сената разъясняется точный смысл законов для руководства к единообразному истолкованию и применению. При этом логическое содержание не выходит за пределы логического содержания толкуемой нормы, прецеденты-толкования не создают новых норм права.

Вот пример. Статья 793 упомянутого Устава определяет условия кассации решений: в случае явного нарушения прямого смысла закона или неправильного его толкования. Свод кассационных положений (издание 1914 года) содержит ряд прецедентов, разъясняющих то, что кассационным поводом не признается: фактическая сторона (т.н. существо дела), проверка правильности выводов суда из обстоятельств дела, правильность толкования актов, оценка доказательств и т.п. Все разъяснения иллюстрируют норму, но не изменяют ее содержание.

Английская правовая доктрина исходит из качественно иного значения прецедента: он является источником права. Особого значения прецедент сам по себе не имеет: обязателен не он, а та норма, на которой он основывается и доказательством которой является. Не весь текст решения образует прецедент, а только правовая аргументация, *ratio decidendi* (сущность решения) (в отличие от *obiter dictum* – попутно сказанного). Значение и силу прецедента получает решение не всякого суда, а только высшего.

Наиболее значимый довод в защиту прецедентного права тот, что оно является более гибким и приспособляющимся к новым условиям, чем законное. Прецедент «Парадин против Джейна» («дело о сгоревшем сарае») действовал с 1647 года и был изменен только после Первой мировой войны. Срок в 250 лет вряд ли свидетельствует о «гибкости и приспособляемости», хотя римский принцип *impossibilia non obligatio*, который служит основанием изменения этого прецедента, известен и юристам английской системы в

форме *lex non cogit ad impossibilia* – закон никогда не требует невозможного (статья 3531 Калифорнийского уложения).

Главными недостатками системы прецедентов является ее казуистичность (прецедент не дает четких правил, выраженных в твердых и определенных словах), бессистемность выявления правовых категорий и неопределенность в существовании установленной нормы. (Последнее выражается в том, что устаревший прецедент отвергается не потому, что в нем установлена плохая норма, а потому, что в нем не оказывается никакой нормы.) А практика даже высших судебных учреждений не отличается ни принципиальностью, ни устойчивостью.

Исходным для прецедента считается постулат *stare decisis* – решать так, как было решено ранее, сходные дела разрешаются сходным образом. Однако этот принцип в большей степени присущ римской системе, в которой он имеет выражение не в случайных решениях, а в научной обработке. Обобщение права в форме правил, сентенций и определений не прекращается с периода поздней римской классики; все современные кодификации являются результатом такого обобщения.

Со второй половины 18 века роль судебных прецедентов постепенно ослабевает. Процесс кодификации идет и в Англии, и в Америке. Например, Закон о купле-продаже товаров 1893 года, Закон о праве собственности 1925 года – в Англии, Калифорнийское гражданское уложение (1873 года), Единообразный торговый кодекс – в Америке. Имеют употребление сборники извлеченных из судебных решений юридических тезисов (т.н. частные кодификации): «Свод английского права» Дженкса, Свод договорного права США.

Таким образом, как форма судебного толкования прецедент существует в действующей системе права, а как источник права для современных кодифицированных систем прецедент является анахронизмом. Следовательно, итог может быть выражен в форме «бритвы Оккама»: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem* – сущности не должны быть умножаемы сверх необходимости.

Описывая азиатское красноречие (азиатский слог), Цицерон говорит, что оно бывает двух видов. Один – полный отрывистых мыслей и острых слов, причем мысли эти отличаются не столько глубиной и важностью, сколько благозвучием и приятностью. Второй – не столько обильный мыслями, зато катящий слова стремительно и быстро, причем в этом потоке речи слова льются и пышные и изящные. То есть независимо от вида, слог этот характеризуется скудостью мыслей. В качестве примера Цицерон приводит Менекла. Менекл известен по эпиграмме Лукилла:

Я потерял поросенка, козу и корову
И за них получил ты, Менекл, небольшой гонорарец.
Общего нет ничего у меня с Отриадом
И не триста из Фермопил у меня утащили.
Я с Евтихидом сужусь,
Так как же мне Ксеркс и спартанцы помогут?
Я прошу помянуть меня хотя бы для вида,
Иначе я всем расскажу, что Менекл одно говорит,
А поросенок другое.⁵⁰

Такая манера, по мнению Цицерона, больше к лицу юности, чем старости; для стариков в них слишком мало весомости. С этим трудно не согласиться.

Ко времени, когда «разум и речь уже в полном бывают расцвете»⁵¹ большинство людей уже может отличить пустую говорильню от речи по существу. И если Цицерон говорил о речах судебных, то от них существо дела требуется в наибольшей степени. Но это в том случае, если адвокату есть что сказать, т.е. есть ли у него правовая позиция. В противном случае надо как раз создавать «шумиху и неразбериху», которая и является признаком отсутствия позиции. На примере Менекла это хорошо видно.⁵²

И еще кое-что. «Как только несколько индивидов соберутся вместе, то они уже составляют толпу, даже в таком случае, если они – выдающиеся ученые». Этот факт установил исследователь психологии толпы Гюстав Лебон. Здесь, конечно, может возникнуть сомнение, какое именно число составляет «толпу», когда количество переходит в качество (см. парадокс Евбулида «куча»). Психологическая практика показывает, что, как минимум, двенадцать человек – уже толпа.⁵³

«В толпе может происходить накопление только глупости, а не ума». Неспособность толпы рассуждать препятствует ей критически относиться к чему-либо. Влиять на толпу, действуя на ум и рассудок, т.е. путем доказательств, нельзя. Суждения толпы никогда не бывают результатом всестороннего обсуждения. Толпой нельзя руководить посредством правил; надо отыскивать то, что может произвести на нее впечатление и увлечь.

А если к этому прибавить «отрывистые мысли, благозвучие и приятность, стремительные и быстрые слова, пышные и изящные», то не здесь ли кроется секрет приговоров присяжных?

⁵⁰ Палатинская антология, XI, 141. Отриад – спартанец, был послан для решения спора с аргивянами и один уцелел после поединка, в то время как со стороны аргивян уцелели Хром и Алканор. Когда эти последние поспешили домой, чтобы известить о своей победе, Отриад не оставил места битвы, а удерживал его как победитель. Поэтому на другой день вновь возгорелась битва и решилась в пользу спартанцев. Известен Евтихид - древнегреческий ваятель и литейщик, ученик Лизиппа. Но вряд ли он спер поросенка. Хотя, как знать, как знать...

⁵¹ Согласно Солону, это седьмая и восьмая седмицы, то есть период от 42 до 56 лет.

⁵² Хотя не исключено, что на суд именно эта речь и произвела впечатление.

⁵³ «В театре умолкает голос рассудка». Кратин.

Суть учения Сократа Теодор Гомперц находит в суждении о том, что неправильные поступки основаны на ошибке разума – «никто не делает ошибок добровольно» (niemand fehlt freiwillig); недостаток разума есть единственный источник всякого морального несовершенства.

Русская традиция переводит соответствующие места⁵⁴ у Платона несколько по иному. Наиболее характерная формулировка в диалоге «Горгий». В переводе Карпова (1863): «никто не наносит обиды по желанию»; в переводе Маркиша (1968): «никто не чинит несправедливости по доброй воле». Ошибка, обида и несправедливость все-таки понятия несколько разные. Но поскольку Сократ развивал этическую сторону философии и много внимания уделял категории справедливость (например, в «Государстве»), то за отправную точку возьмем именно это представление. Тем более, что «справедливость» - наиважнейшая категория в праве – *ius est ars boni et aequi*.

И еще одна мысль Гомперца, высказанная при описании учения Сократа. «В ремесле и во всякой специальности качество работы повышается с расширением умственного кругозора».⁵⁵

Применим теперь эти положения к юриспруденции. Нередко бывает так, что иск сформулирован при отсутствии правовой позиции.⁵⁶ Или возражение говорит о чем угодно, но только не опровергает иск по существу. Что это, узкий умственный кругозор? Или следствие ошибки разума? А может быть злостное, недобросовестное поведение, юридическая диверсия? А что же тогда можно сказать о судье, принявшем решение в пользу данного адвоката?

38

Известный юрист в последней книге сделал следующее заявление: «хочется надеяться, что ... удастся сохранить динамику развития частного права или предотвратить его деградацию...».

На вопрос, на основании каких посылок сделано такое умозаключение или, проще, какие факты позволили соорудить такой вывод, от ответа уклонился, заявив, что такие вопросы с кондачка не решаются.

Странно, конечно. Вряд ли таких фактов может быть много, один-два максимум. Тем более, что это утверждение он делал и в предыдущей книге. Вероятно, причина в том, что фактов этих нет вовсе. Милль сказал, что самое действенное средство обнаружить *petitio principii* (предвосхищение основания) – это потребовать от аргументирующего доказать свои посылки; как только он попытается это сделать, непременно попадет в «круговое доказа-

⁵⁴ Например, Протагор 345d, Горгий 509e, Менон 77de, Государство 413a и др.

⁵⁵ Кстати, этот же совет дает адвокатам Герман де Бетс. «Нужно много читать, то есть, пользоваться наблюдением других людей, заключенным в книгах; читать, без сомнения, юридические книги, но не ограничиваться ими, так как тот, кто ограничивается чтением только книг по известной специальности, становится человеком крайне односторонним. Читайте газеты, журналы, романы, поэтические произведения; читайте научные сочинения, направляйте вашу любознательность по всем ветвям человеческого знания».

⁵⁶ Бросающиеся в глаза признаки: непомерный объем текста, масса ненужных подробностей, воспроизведение произвольно выбранных статей кодексов и постановлений пленумов и т.п.

тельство». Поэтому проще от ответа уклониться (признав тем самым отсутствие исходных фактов).

И вообще: что есть развитие права? Какой факт говорит о том, что право развилось хоть на чуть-чуть? Какое-то изощренное решение высшей судебной инстанции? В законах XII таблиц ничего не говорилось о том, что правовые позиции на суде нужно доказывать; в III веке Павел сформулировал такое правило. Это развитие? Гражданское уложение разрабатывалось и обсуждалось тридцать лет, но до революции так и не было принято, а большевики на его основе приняли кодекс в 1922 году. Это развитие права? Норма о принятии наследства фактическим вступлением во владение появилась только в кодексе 1964 года. Это развитие?

И еще странность. Если «динамика развития» (которую-де надо сохранить) все же есть, то может ли одновременно быть и деградация? А если динамики уже нет, то это еще не значит, что началась деградация. И вообще, как проявляется «деградация» в праве? В отказе от научной обработки и возврате к прецедентам?

39

Factum negantis probatio nulla est – несуществование чего-либо нельзя доказать. Аксиома эта весьма актуальна для юриспруденции.

В советском праве доказыванию отрицания уделялось мало внимания. Вопрос этот обсуждал Карл Сергеевич Юдельсон в книге «Проблема доказывания в советском гражданском процессе» (1951), а до него – Андрей Януарьевич Вышинский в «Теории судебных доказательств в советском праве» (1950). Вышинский ссылается на книгу Бонье (1852), тот – на Кокцеи, а Кокцеи упоминает неких юрисконсультов 16-го века *Franciscus Herculanus Perusinus* и *Martinus de Fano*⁵⁷.

В 1698 году Генрих Кокцеи опубликовал юридическую диссертацию «о прямом доказывании отрицательного» (*de directa probatione negativae*). Вкратце теорию он выражает так: отрицательные обстоятельства не должны приниматься как доказательства не в силу своей отрицательной формы, а в силу своей неопределенности. И единственный способ доказать отрицание – это заменить его положительным, определенным заявлением. Классический случай – алиби: несуществование подозреваемого лица на месте преступления в момент его совершения. Общее правило при этом не изменяется: доказывается положительный, существующий факт – нахождение в другом месте.

В современном праве заморачиваться теорией не стали, а перешли непосредственно к практике. Большую популярность приобрели иски о признании права отсутствующим. Проще говоря, стали доказывать нечто несуществующее. Но поскольку право есть логический вывод, явление мышления, то познать его органолептически нельзя, только умственно. А раз так, то доказать можно все что угодно, если обладать буйной фантазией, не обра-

⁵⁷ 65-й тезис в книге «*Tractatus de probanda negativa...*»: *negativa juris probanda non est*.

щать внимание на законы вывода и руководствоваться правилом *ex falso quodlibet*.

А попутно Кокцеи высказал и другие интересные мысли. «Прежде всего, существуют два главных обстоятельства, которыми пользуются в судебных процессах: познание права и доказательство деяния. Из них первым является право, хотя безуспешно спрашивать о праве, если прежде всего неизвестно о деянии. Следовательно, их рассмотрения по законной форме, со всем искусством и опытом — заслуга и обязанность всякого адвоката». «Нет для судьи большей славы, чем мастерски приписать деянию право, большей славы для адвоката так подготовить и представить причины деяния, чтобы судья не смог не обратить внимание на его действие. Адвокат не должен быть в неведении относительно права, которое хочет обнаружиться из деяний, не более, чем философ то, что выводится из предпосланного; потому что как из предпосланного делается вывод, так и из суждений о представленном деянии право; и никаким другим не должно быть решение судьи, кроме как вывод из суждений».

40

— А у насъ, ваше превосходительство,— говоритъ Порфирій Петровичъ:— случилось на прошлой недѣлѣ обстоятельство. Получили мы изъ рожновской палаты бумагу-съ. Читали мы, читали эту бумагу—ничего не понимаемъ, а бумага, видимъ, нужная. Вотъ только и говоритъ Иванъ Кузьмичъ: „позовемте, господа, архивариуса—можетъ быть, онъ пойметъ“. И точно-съ, призываемъ архивариуса, прочиталъ онъ бумагу. „Понимаешь?“ спрашиваемъ мы,— „Понимать не понимаю, а отвѣчать могу“. Вѣрите ли, ваше превосходительство, вѣдь и въ самомъ дѣлѣ написалъ бумагу въ палецъ толщиной, только еще непонятнѣе первой. Однако мы подписали и отправили.

Михаил Евграфович Салтыков-Щедрин

Азиатский и аттический стили. Их различает Квинтилиан: первый — надутый и пусторечивый, второй краткий, чистый и сильный; в одном недостатке точности и меры, в другом нет ничего излишнего.

О том же и Гомер:

«Царь Менелай всегда говорил, изъясняясь бегло,

Мало вещал, но разительно; не был Атрид многословен».

Конечно, бездумно эти советы применять нельзя. Плиний Младший предупреждает: предательством будет пропустить то, о чем следует сказать; предательством бегло и кратко коснуться того, что следует втолковывать, вбивать, повторять.

Говоря о целях юридической техники, первая из которых — усвоение права, Иеринг полагает, что она достигается путем качественного его упрощения. Со времен «законов XII таблиц» и «Русской правды» в этой части достигнут значительный прогресс. Вторая же задача техники, вызванная целью применения права к конкретному случаю, есть дело субъекта, это искусство может быть усвоено только упражнением. Но поскольку право (субъективное) может возникнуть только из фактов («сила факта рождает право»), задача состоит в том, чтобы указать те, которые относятся к делу (*frustra admit-*

titur probandum quod probantur non relevat – нет надобности доказывать факты, безразличные для спора). А таких не может быть много.

Следовательно, состязательные бумаги азиатского стиля есть не что иное, как попытка ввести в заблуждение. На них, конечно, можно ответить также в азиатском стиле (как это сделал архивариус у Салтыкова-Щедрина), но вот будет ли толк? Писать все, что приходит в голову, безотносительно к смыслу – легко (есть даже специальное название для этого – поток сознания), сокращать и упорядочивать – трудно, работа эта интеллектуально нелегкая. Но для того и предназначены юристы.

41

Некий студент воспылил любовью к идеям Локка о собственности и сделал по этому поводу доклад. Но, к сожалению, не пояснил, какая именно идея пришлась ему наиболее по вкусу. А ведь таких идей у Локка всего две; одна из них правильная, вторая – перспективная.

Первая – правильная – идея о трудовом происхождении собственности: «труд человека и работа его рук принадлежат ему. Благодаря своему труду человек присоединяет [к предмету, данному природой,] что-то такое, что исключает общее право других людей. Поскольку труд является неоспоримой собственностью трудящегося, ни один человек, кроме него, не может иметь права на то, к чему он однажды его присоединил». Эту идею Локка одобрял Маркс.

Вторая идея. «Главным предметом собственности является сама земля. Собственность, возникшая благодаря труду, может перевесить общность владения землей. Ведь именно труд создает различия в стоимости всех вещей. Улучшения благодаря труду составляет гораздо большую часть стоимости». Пока все верно и высказанное не противоречит первой идее. Но вот самое важное с точки зрения перспективы: «не может быть более ясного доказательства этому, чем то, которое являет ряд американских племен; они имеют обширные земельные владения; ...и все же эти племена, так как их земли не улучаются благодаря труду, не обладают и одной сотой тех благ, которыми мы наслаждаемся».

А отсюда важнейший вывод: если ты, как американские индейцы, не извлекаешь из своей земли «тех благ, которыми мы наслаждаемся», то собственностью ты владеешь *неправильно*, и ее нужно у тебя *отобрать*. Что и проделали с индейцами. А еще можно придумать идеологическую подоплеку. Приписать себе обладание чем-нибудь материально неуловимым, скажем, *демократией*. И в сочетании с неправильным владением землей отсутствие этого неуловимого является неопровержимым доводом в пользу отобрания.

Гитлер, вероятно, тоже вдохновлялся идеей Локка. Да и демократом он был изрядным...

42

«Договор предполагает, что вступающие в него признают друг друга лицами и собственниками; ...момент признания в нем уже содержится и предполагается».

Гегель, Философия права, § 71

Владѣніе вещами есть реальность или видимость собственности; въ одномъ этомъ опредѣленіи владѣнія—вся его теорія.

Рудольф фон Иеринг

Знакомый нотариус задал интересный вопрос: как удостовериться в праве собственности продавца на движимую вещь?

Начнем с исторического экскурса. «Руководство к совершению актов, договоров и обязательств на основании Положения о нотариальной части»⁵⁸: «§ 371. Продавать можно только то имущество, коим владелец может распоряжаться по праву собственности. *Право собственности* на имущество имеет тот, кто, быв первым приобретателем имущества, по законному укреплению его в частную принадлежность, получил власть, в порядке гражданскими законами установленном, исключительно и независимо от лица постороннего владеть, пользоваться и распоряжать оным вечно и потомственно, доколе не передаст сей власти другому, — а также тот, кому власть сия от первого ее приобретателя дошла непосредственно, или через последующие законные передачи и укрепления».

Следовательно, заверяя купчую на движимость, нотариус должен был удостовериться в *праве собственности* продавца. Однако, как же исполнялось это на практике?

«Сборник узаконений по нотариальной части...»⁵⁹ составленный нотариусом Выдриным дает следующий образец:

Тысяча восемьсотъ семьдесятъ девятого года, Марта восемнадцатаго дня, мы, нижеподписавшіеся, Воронежскій купецъ Андронъ Сидоровъ Пестровъ и Коллежскій Секретарь Ананій Николаевичъ Шафорстовъ, учинили между собою этотъ договоръ въ томъ, что я, Шафорстовъ, продалъ Пестрову сложенные у меня на дворѣ при домѣ моемъ, въ г. Воронежѣ, на Поповомъ рынкѣ, въ Вигелевскомъ переулкѣ, три сажени трехполенныхъ дровъ разныхъ древесныхъ породъ, мѣрою каждый сажень съ задней стороны въ высоту два аршина четырнадцать вершковъ, а съ остальныхъ сторонъ по три аршина, таѣъ называемый сажень коммерческій, цѣною по четырнадцати рублей за каждый сажень, каковыя деньги я съ него, Пестрова, получилъ сполна, и онъ имѣетъ право таковыя дрова взять въ теченіи трехъ дней отъ сего числа, но за цѣлость дровъ въ теченіи сего времени я, Шафорстовъ, предъ Пестровымъ не отвѣчаю.

То есть нотариус право собственности на движимость продавца удостоверять только лишь на основании его о том слов (заявления) и факта владения.

А вот образец из «Практического руководства к составлению и совершению договоров»⁶⁰ Михневича и Товстолеса:

⁵⁸ С.-Пб., 1872, стр. 121.

⁵⁹ Воронеж, 1880.

⁶⁰ С.-Пб., 1904.

17. Образецъ акта на продажу движимаго имущества.

Тысяча восемьсотъ девяносто пятаго года, Декабря двадцатаго, я, нижеподписавшійся, коллежскій секретарь Иванъ Ивановичъ Павловъ, продаю полковнику Петру Михайловичу Мухину собственно мнѣ принадлежащую крытую трехмѣстную карету фабрики Шмидта, за № 515, за сумму пятьсотъ рублей, которые я, Павловъ, отъ него, Мухина, сполна получилъ. Подпись.

Обратите внимание, что используется термин «принадлежащий».

Положение 1866 года неоднократно изменялось и дополнялось, и, наконец, был подготовлен и в 1904 году издан Проект новой редакции Положения, в который была введена норма о засвидетельствовании предъявления художественных произведений. В Объяснительной записке к Проекту говорилось: «сущность этого рода засвидетельствования заключается в том, что нотариус, по сличении подробного описания произведения с подлинным произведением, удостоверяет, что это произведение ему предъявлено таким-то, признающим себя автором оною. Таким образом это засвидетельствование является удостоверением известного факта предъявления и относится не к категории совершения актов, а удостоверения факта».⁶¹

И опять-таки, право на движимую вещь устанавливалась нотариусом на основании только лишь заявления предъявителя.

Такое логическое заключение имеет под собой нормативную основу — статью 534 Законов гражданских: движимые вещи почитаются собственностью того, кто ими владеет, пока противное не будет доказано. Такая же норма была и в Проекте Гражданского уложения, статья 751.

В кассационном решении № 291 1880 года было выражено, что «не только сам сделавший вещь, но и приобретший ее от другого лица по закону может не иметь и обыкновенно не имеет письменных доказательств в подтверждение того, от кого и по какому договору он приобрел вещь, а потому покупатель не может требовать от продавца письменных доказательств его права собственности на продаваемую вещь. В виду этой особенности движимые вещи почитаются собственностью того, кто ими владеет, доколе противное не будет доказано».

Иосиф Иванович Карницкий в книге «Проект положений о приобретении права собственности на движимые вещи с объяснениями»⁶² пишет: «На практике, в самом деле, никто не сомневается в том, что, покупая какую-нибудь вещь, при обыкновенных условиях, покупатель приобретает право собственности на эту вещь, коль скоро он ее получает в свое владение, иначе говоря, когда ему передается эта самая вещь. Никто не требует от торгующего в лавке доказательств права собственности на продаваемые в ней предметы, никто, купив добросовестно вещь, не признает своего права на нее поколебленным хотя бы впоследствии пришлось узнать, что торговал в лавке не собственник или его доверенный, а постороннее лицо, не имевшее права собственности на проданную вещь. Итак, на практике, наглядным, для всех понятным признаком права собственности на движимые вещи является *владение*

⁶¹ Объяснительная записка к проекту новой редакции Положения о нотариальной части, С.-Пб., 1904, стр. 361-362.

⁶² С.-Пб., 1895, стр. 7.

ние ими. Отсюда, для не-юриста, средне развитого обывателя, выражения: «собственник и владелец» представляются однозначными».

Все вышесказанное является действием римского принципа «блаженны владеющие» (*beati possidentes*) в его позднейшей формулировке *non possessori incumbit necessitas probandi possessiones ad se pertinere* – владелец не обязан представлять доказательства, что имущество принадлежит ему. Французское право в статье 2279 *Code civil* формулирует: *en fait de meubles possession vaut titre* – в отношении движимостей владение равносильно правооснованию.

«Таким образом, практически достаточным признаком права собственности на движимые вещи является *владение* ими и никому не придет в голову требовать еще каких-либо иных доказательств».⁶³ *Nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere* — на владельце не лежит обязанность доказывать, что [вещи] принадлежат ему (Кодекс 4.19.2).

Теперь о современности.

Нормы, аналогичной статье 534 Законов гражданских («владение предполагает собственность»), в Гражданском кодексе нет.⁶⁴ Но! Нет оснований отвергать этот принцип, который постоянно осуществляется на практике; мы совершаем множество покупок, но «никто не требует от торгующего доказательств права собственности на продаваемые предметы». А действующие Основы законодательства о нотариате используют (в статье 55) более широкий и менее юридически определенный, чем «право собственности», термин «принадлежность»: при удостоверении договоров об отчуждении или залоге имущества, права на которое подлежат государственной регистрации, нотариус проверяет *принадлежность* данного имущества лицу, его отчуждающему.⁶⁵

Следовательно, а) нет оснований для документального подтверждения права собственности (поскольку такового, как документа, так и права, может и не быть; «владение движимость не есть безусловное доказательство права собственности, а лишь законное предположение этого права и может быть опровергнуто») и б) вполне допустимо ограничиться термином «принадлежность» как охватывающим и право собственности, если таковое все же есть.

Далее. Если покупатель соглашается с тем, что продавцу «принадлежит» (по крайней мере на основании фактического господства над вещью) продаваемое имущество (т.н. взаимное признание фактов, *confessio in jure*; «нет надобности в доказывании фактов, признанных противной стороной»), то это обстоятельство говорит о безусловной действительности договора.

Наконец, заверение о принадлежности имущества продавцу в порядке статьи 431.2 Гражданского кодекса (заверение об обстоятельствах, имеющих

⁶³ Приобретение права собственности на движимость по договору. Юридическая газета, 1903, № 47, стр. 1.

⁶⁴ Вероятно, законодатель посчитал, что в современных условиях лица, имеющие юридическое образование достаточно подготовлены в знании элементарных аксиом права; граждане же, не обремененные таковым, ничуть не затрудняются в установлении принадлежности движимых вещей, будь то в Древнем Риме или в современной России.

⁶⁵ Инструкция о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами РСФСР 1987 года (п. 35) говорила о праве собственности и его подтверждении документами; но там речь была об имуществе, подлежащем регистрации.

значение для заключения договора) позволяет судить о серьезности его намерений и добавляет уверенности покупателю.

43

Анатолий Григорьевич Быков читал лекции по хозяйственному праву. Читал вдохновенно и говорил, что будь он поэтом, то изложил бы гражданское право в стихах.

Поэзия бывает разной. Вот японский жанр хокку: ничего лишнего, все предельно просто, все по существу.⁶⁶ Некие умельцы вывели даже формулу: первая строка – картинка, вторая – раскрытие темы, третья – неожиданный вывод.

В романе Гончарова есть такая характеристика Обломова:

Онъ учился всѣмъ существующимъ и давно несуществующимъ правамъ, прошелъ курсъ и практическаго судопроизводства, а когда, по случаю какой-то покражи въ домѣ, понадобилось написать бумагу въ полицію, онъ взялъ листъ бумаги, перо, думалъ, думалъ, да и послалъ за писаремъ.

И вот какое получилось юридическое хокку:

...и римское право учил.

В полицию как заявить о покраже?

За писарем разве послать...

Еще одно юридическое хокку. Во втором томе «Мертвых душ»:

Этотъ юрисконсультъ былъ опытности необыкновенной. Уже пятнадцать лѣтъ какъ онъ находился подъ судомъ, и такъ умѣлъ распорядиться, что никакимъ образомъ нельзя было отрѣшить его отъ должности. Всѣ знали, что за подвиги его слѣдовало бы шесть разъ послать его на поселенье. Кругомъ и со всѣхъ сторонъ былъ онъ въ подозрѣніяхъ, но никакихъ нельзя было возвести явныхъ и доказательныхъ уликъ. Тутъ было дѣйствительно что-то таинственное, и его бы можно было смѣло признать колдунѣмъ

Опытен сей юрисконсульт зело.

Много лет под судом, но улик нет как нет!

Уж не колдун ли какой?

В романе Стерна о жизни Тристрама Шенди есть глава о брачном контракте его родителей – многостраничный документ, страшно далекий от поэзии хокку.

Брачный контракт:

⁶⁶ Правилу следуй упорно:

Чтобы словам было тесно,

Мыслям — просторно. Некрасов.

Много написано слов, а сказано лишь, что жена
В Лондоне может рожать.

Неграмотный деревенский ростовщик Шакспер (которого некоторые считают поэтом Шекспиром) оставил завещание – убористый трехстраничный документ. Дотошно, до пенса, распределив свое имущество, в конце вспомнил и о жене.

Последняя воля поэта:
А любимой жене завещаю
Второго сорта кровать.

Въ области права Лейбница
непріятно поражала запутанность и неясность многихъ юридическихъ вопросовъ; онъ считалъ возможнымъ упростить науку права. Взявъ за основаніе римское право, онъ думалъ извлечь изъ него существенныя истины или аксіомы права (Elementa juris). На одной большой картѣ должны быть размѣщены эти основныя истины такимъ способомъ, чтобы съ помощью ихъ сочетаній легко и бѣзъ бы сами собой разрѣшались всѣ возможные юридическіе вопросы.

Путано право весьма.
Как же его упростить?
Неужто таблицу составить какую.

Аксиомы римского права сами по себе почти хокку. *Impossibilium nulla obligatio est.*

Физическія границы человѣческой воли обозначаются въ Римскомъ Правѣ весьма точнымъ выраженіемъ «impossibilia.» Они въ Правѣ имѣютъ то важное вліяніе, что, связывая чью нибудь волю, они уже освобождаютъ его отъ всякихъ обязательствъ.

В суд волокут:
Луны обратную сторону не предъявил.
Что-то судья нарешает?..

Dolum malum venditor debet, qui fallendi causa obscure loquitur (злой умысел продавца, который выражается неясно).

Продавец промолчал,
Что котенок... от тигра.
Если б знать...

Учиться праву настоящим образом, ввести порядок
Ленин

Надо ли право учить?
Да ведь нужен порядок.
Какой же порядок без права.

В буржуазныхъ странахъ продолжаетъ царить старое средневековое представленіе о значеніи и качестве доказательствъ, среди которыхъ личное сознаніе обвиняемого считалось лучшимъ, считалось «царицей всехъ доказательствъ». Этотъ принципъ совершенно не принимаемъ для советскаго права и судебной практики.
Вышинский

Как доказать?

Буржуи придумали: пыткой.
Не наш это метод.

В романе «На шахтах» забытого писателя Световидова есть такой эпизод:

Привезенный Золотиловым арендный договор приво-
диль адвокатовъ въ крайнее изумленіе, недоумѣніе, смущеніе, и
вообще произвелъ въ ихъ средѣ большую сенсацию, можно даже
сказать—положительный фуроръ. Всѣ эти знаменитые юристы,
достаточно искусившіеся во всѣхъ тонкостяхъ юридической ка-
зуистики, единогласно признавали, что этотъ интересный доку-
ментъ есть своего рода образцовое, почти идеальное произведе-
ніе. Въ этомъ рѣдкостномъ контрактѣ, теорія самаго наглаго и
безднаказаннаго расхищенія чужаго имущества, въ видахъ обога-
щенія арендатора, была проведена съ замѣчательною послѣдова-
тельностью и поразительною дерзостью.

Затеял чужое расхитить.
Найму аблаката, составит он
Полный коварства контракт.

Ius civile vigilantibus scriptum est (гражданское право написано для бди-
тельных).

Будь начеку,
Договор прочитай повнимательней.
Иначе потерпишь ущерб.

Nemo potest transfere in alterum plus juris quam ipse habet (никто не мо-
жет перенести на другого более прав, чем их сам имеет).

Эту вещь от меня ты желаешь?
Увы, не могу:
Столько прав не имею.

Однажды был задан вопрос: нашел некое устройство на свалке пред-
приятия. Могу ли я, отремонтировав это устройство, использовать его в лич-
ных целях?

Стал ли я собственником
Если ни купли, ни мены, ни дара?
Вещь хоть на свалке — чужая.

Павел: «Выброшенная вещь остается принадлежащей ее собственнику и не стано-
вится вещью захватившего ее, так как она не считается той, от права собственности на ко-
торую отказались». Дигесты, 14.2.2.8.

Nemo locupletior fieri potest cum alterius damno aut detrimento (никто не
становится богаче от разорения другого).

Соседа-то я разорил
Но богаче не стал.
Принцип римского права, однако.



(что утверждается без доказательств без доказательств и отрицается – *приписывается какому-то из Эвклидов*).

«Существо гражданского процесса показывает, что он происходит именно вследствие сомнения двух лиц в правоте обоюдных требований или доказательств». Николай Филиппович Депп

Представь доказательства.

Нет их?

Так я отвергаю.

Non potest videri desisse habere, qui numquam habuit (не считается переставшим иметь вещь тот, кто никогда ее не имел).

Говоришь, что утратил?

Но ведь не имел никогда.

Значит, утратить не мог.

Чайковский, как известно, учился в Училище правоведения, по окончании которого несколько лет проработал в Министерстве юстиции.

— А Петя-то, Петя! Какой срам! Юриспруденцию на гудок променял! — гневно воскликнул дядя будущего композитора Петр Петрович, «дядя самых честных правил», семидесятилетний генерал в отставке, который не мог найти никакой логики в столь нелепом, на его взгляд, поступке племянника.

Юриспруденцию на гудок?!?

Срам-то какой!

Да и логики нет...

«Контора объявлений Антоши Чехонте»:

ПРИСЯЖНЫЙ ПОВЕРЕННЫЙ

И. Н. МОШЕННИКОВ

ведет дела. На случай обвинительного приговора предлагает залог.

Выигрываю дела.

А если вдруг нет -

Залог предлагаю.

Папиниан: Намеревающийся отправиться за границу для сохранности сокрыл деньги в земле. Был задан вопрос: перестал ли он владеть деньгами, так как, вернувшись, не мог вспомнить место сокрытия клада? Я сказал: поскольку предполагается, что деньги были сокрыты для их сохранности, не считается прекратившимся право владения того, кто спрятал, и владению не приносят вреда слабость памяти. Д.41.2.44.

Куда-то засунул богатство.

Хоть не помню куда,

Но владения не утерю.

Гай: Ни на кого не возлагается обязательство в силу дачи им совета даже если совет не принес пользы тому, кому он был дан; так как каждый волен сам исследовать, пригоден ли совет для него. Д.17.1.2.6.

Совет не принес тебе пользы?

Пригоден ли он сам ты решал.

Обязательства нет из совета.

А босякъ-ходатай слушалъ ее, пилъ водку и хвасталъ передъ мужиками своими юридическими познаніями.
— Я только такую статью пуцаю, которая гласитъ. Но въ случаѣ, ежели статья не гласитъ, такъ я ее не пуцаю. Налейко-сь, бабка, еще стаканчикъ!

Аблаката совет:

Пуцай ту статью, что гласит,
Что не гласит — не пуцай!

— Такъ вы думаете, что поправить дѣло можно? И надежда есть?
— Въ области судебного разбирательства надежды терять нельзя до послѣдняго момента, увѣренно отвѣчалъ Хохряковъ,—практика показываетъ, что судъ приходитъ иногда къ совершенно неожиданнымъ выводамъ и рѣшеніямъ, какъ-бы внѣ зависимости отъ фактовъ. Иногда три инстанціи высказываютъ три различныхъ взгляда, и третій является столь-же неожиданнымъ, какъ и два первыхъ.

Отчего же рѣшенія чудны,
Отчего не зависят от фактов?
Что ни инстанция, то неожиданность.

Въ современной адвокатской практикѣ выработалось такое убѣжденіе, что невозможныхъ дѣлъ не существуетъ. Вотъ почему адвокаты рѣдко останавливаются на соображеніяхъ этого рода, но прямо приступаютъ къ вопросу о вознагражденіи.

Правовая позиция?
Нет, не слышал.
Гонорар от нее не зависит.

Ульпиан: К случаям вины надо причислять и неопытность: ибо, сказал Цельс, взялся как мастер своего дела. Д.19.2.9.5.

Опыта хоть не имел
Но взялся за дело гражданское.
Виновен в ущербе.

Сталъ я имъ писать по ихъ вкусу. Напримѣръ: надо представить вексель ко взысканію — и всего-то десять строкъ письма, а ему пишешь листа четыре. Начинаю такъ: „будучи обремененъ въ многочисленномъ семействѣ количествомъ членовъ“. И всѣ его орнаменты вставишь. Такъ напишешь, что онъ плачетъ, а вся семья рыдаетъ до истерики.

По векселю надо взыскать.
Много страниц аблакат исписал.
Вот это по-нашему, по-купецки!

— Аблакаты, вишь, его отклонили... Аблакаты, братъ, мира, какъ чортъ ладана, боятся, потому игдѣ миръ состоится, такъ аблакату одинъ только кукишъ съ масломъ очистится...

— Мировая для аблакаты—вредъ...

Аблакат и мировая?

Никак нельзя,

То вещи несовместные!

В романе о жизни Тристрама Шенди есть забавный персонаж – дядюшка Тоби. Когда у него не хватало аргументов для обоснования своей позиции он начинал насвистывать «Лиллибулливо». Главный герой называет это *свистательным доводом* и считает, что это один из наиболее неопровержимых аргументов, обогативший искусство логики; он должен быть известен под наименованием *argumentum fistulatorium*, и ставиться в ряд с *argumentum baculinum* [палочный довод] и *argumentum ad crumenam* [довод при помощи кошелька].

Выдвинул сильный истец аргумент!

Только *свистательным* доводом

Можно его опровергнуть.

Защитнику никогда не подобает говорить о своих убеждениях по дѣлу. Въ процессѣ нужны не убѣжденія его, а доводы.

Леонид Евстафьевич Владимиров

Говоришь, убежден в невинности.

А доводы где же?

Вывод: виновен клиент.

На «бритью Оккама» (сущности без необходимости не должны быть размножаемы):

В тридцать страниц

Иск сочинил аблакат.

Оккама нет на него!

Афанасий Афанасьевич Фет начал хозяйствовать после отмены крепостного права. И поэтому ему надо было нанимать работников, договариваться с мужиками. А мужички-то были себе на уме.

Тутъ новыя объясненія безопасности контракта, и за всякимъ разомъ возгласъ:

— Оно такъ, да на что жъ вы малаго-то подъ *кундрахъ* подвели. Мы люди темные, такъ что намъ *кундрахъ*. Мнѣ *кундрахъ* не нуженъ.

— Я писалъ контрактъ не для забавы, и писалъ его не для темныхъ людей, а для себя, и если онъ тебѣ не нуженъ, то онъ мнѣ нуженъ.

(Иеринг: «укрепление действия в памяти человека менее точно, нежели на бумаге, простираясь только на смысл, а не на слова»)

Условия сделки

В точности как сохранить?

Нужен, однако, *кундрах*.

все, что въ насъ есть и
что мы имѣемъ, заключается въ трехъ
вещахъ: душа, тѣло и имущество. Къ
охраненію каждаго изъ этихъ трехъ
благъ приставлено три класса людей:
богословы охраняютъ душу, медики—
тѣло, а юристы—имущество.

Франсуа Рабле

Полезные люди, однако:
Врач, богослов и юрист.
Тело и душу, и барахлишко хранить.

Врач видит человека во всей его слабости; юрист — во всей его
дрянности; богослов — во всей его глупости.

Артур Шопенгауэр

Слабость, глупость и дрянность.
Чтоб их видеть нужны:
Врач, богослов и юрист.

Даже Форумъ (кто бы могъ это подумать!) весьма удобенъ
для любви. Не разъ рождалось чувство на судѣ. Часто около мраморнаго храма, посвященнаго Венерѣ, въ томъ мѣстѣ, гдѣ бьетъ фонтанъ Аппія, любовь охватываетъ юрисконсульта, и тотъ, кто умѣлъ защищать другихъ на судѣ, себя защитить не можетъ.
Здѣсь часто недостаетъ словъ самому краснорѣчивому оратору. Его отвлекаютъ собственные интересы и онъ вынужденъ защищать свое дѣло.
Изъ сосѣдняго храма, глядя на него, улыбается Венера. Прежде онъ былъ патрономъ, къ нему обращались за совѣтомъ, а теперь онъ самъ готовъ сдѣлаться кліентомъ.

Эрот поразил адвоката,
Нет от него защиты юристу.
Венера смеется.

В юриспруденции часто бывает так, что все понятно, но ничего не
работает. А почему не работает - непонятно

О.А.С., современный юрист

Понятно все в праве
Но не работает ничего.
В чем здесь загвоздка?..

Allegans contraria non est audiendus – утверждающий противоположное
не выслушивается.

Здравый ли разум
Утверждать «да» и «нет» в то же время?
Лишь разумное слушает суд.

То, что демократия является наихудшей формой правления, знал не только аристократ Аристотель, но и такой «демократ из демократов», как Сократ. «В нем говорило научно-обоснованное убеждение. Он находил, что, если вообще в обыденной жизни с каждым делом обращаются к человеку сведущему в данной области, то в высшей степени неразумно в самых важ-

ных, в общественных делах предоставлять решение не разуму, а жребии или (что еще хуже) выборам».⁶⁷

С этим трудно не согласиться. Навязываемая миру Североамериканскими соединенными государствами т.н. «демократия» ни к чему хорошему не приводит; сейчас, по прошествии более тридцати лет, нам это совершенно ясно. Возьмем узкую, но юристам близкую, деятельность – законотворчество. Как происходило это при Советской власти? Работали научные институты: Институт государства и права, Институт советского законодательства; практики: Верховный суд, Генеральная прокуратура. То есть люди, сведущие в данной области. Затем собирались на сессии Верховного совета люди труда: рабочие и колхозники, знатные оленеводы, ткачихи и т.п. и торжественно принимали подготовленный сугубыми профессионалами акт. Да и законов тогда было относительно немного, практикующий юрист мог обзреть и воспринять их все. Не было у советских депутатов стимула плодить сущности без необходимости.

В самом деле. Зачем два процессуальных кодекса? (не считая уголовно-процессуальный). Чем они принципиально отличаются друг от друга? А еще кодекс административного судопроизводства. Крайне путаная прецедентная система англосаксонских государств, безусловно, рассчитана на введение людей в заблуждение, чтобы только специально обученные и прикормленные юристы могли как-то разбираться в праве. Не для того ли и у нас наплодили кодексов?

Ну и возвращаясь к т.н. демократии. Факты, данные нам в ощущениях, извратить достаточно сложно. А вот слова – сколько угодно. И их многозначность тому порука. Словарь Ушакова (1935) дает четыре значения слова «демократия». Сейчас уже больше. И вот читаем: «в резолюции Европарламента депутаты призвали не признавать итоги выборов президента России, которые в тексте названы недемократическими». Что сие означает? А Бог весть. С точки зрения логики только одно: нематериальному субъекту можно давать какой угодно предикат;⁶⁸ все зависит от произвола дающего. А о евродепутатах можно сказать, перефразируя слова старой баронессы фон Боценгейм профессору Грюнштейну: ах, как им приятно, зольдاتيкам!

45

Поэтические описания судебных процессов – случаи исключительные. Собственно, можно назвать разве лишь «Венецианского купца» Шекспира, хотя там процесс и вымышленный. А вот это шуточное произведение Петра Ивановича Кичеева написано на основе реального дела.

⁶⁷ Как говорил Артур Воробьев: заблудившись в лесу, решать голосованием куда идти.

⁶⁸ Китайцы говорили, что проще всего рисовать дракона: его никто не видел.

Струсбергиада.

(СТРАШНОЕ МОСКОВСКОЕ СКАЗАНИЕ).

Sic transit gloria mundi

I.

Так же, как и Генрих Гейне,
Только дѣлѣ строки рѣжу,
Это страшное сказанье
Міру, днесь, изображу я.
Въ немъ природы—описаній,
Знай читатель, не найдется—
Стихъ на тему о природѣ
Мнѣ совсѣмъ не уместенъ.
Въ самомъ дѣлѣ: сколько разъ я
Пѣть природу ни рѣшался,
Въ массѣ слушателей тотчасъ
Дружный хохотъ раздавался...
Но стѣбаясь, мнѣ твердили:
"Вѣрѣте, пѣсни ваши жалки,
"Въ рощахъ вашихъ—не деревья,
"Роса только тамъ да палки.
"Соловей вашъ не возможенъ,
"Въ его пѣсняхъ столько-жъ вадора
"Какъ въ любой красной рѣчѣ
"Молодого прокурора.
"Розы ваши такъ же мало
"На цѣfty—весны похожи,
"Какъ на ликъ Мурильо—"Дѣвы"
"Нашихъ будочниковъ рожи...
Съ этихъ поръ, ужъ я ни разу
Пѣть природу не дерзну
И всегда мои творенья
Прямо съ "сути" начинаю...
И теперь, какъ Генрихъ Гейне,
Только дѣлѣ строки рѣжу,
Это страшное сказанье
Прямо съ "сути" вамъ начну я.

II

О, москвичи! въ Кремлѣ ты знаешь,
Здѣсь дивно стоитъ,
Это зданье—храмъ Фемиды,
Гдѣ она свой судъ творить.
Въ этомъ зданьи, по заслугамъ
Всѣмъ "законно" воздають
И зовутъ его "Окружный,
Новый, правый, скорый судъ".
Преступленія, позора,
И нечестія сыны,
Подъ мечомъ сѣвной Фемиды,
Здѣсь раскаяться должны...
Здѣсь свѣтлѣетъ добродѣтель
И завѣтный татъ и воръ
Испыталь не разъ, сколь грозенъ
Нашъ россійскій прокуроръ.
Рѣчью, полной "словъ жестокихъ",
Какъ юрисконсультъ и либералъ,
Поразитъ всегда готовый
Всѣ пороки напавалъ.

III.

Съ днѣй Гомера, всѣ поэты
Навсегда постановили,
"Что-бъ въ твореньяхъ ихъ герои
Всѣ лицомъ красивы были.
Этимъ правиламъ рутиннымъ
Я совсѣмъ не подчинюсь
И въ стихахъ уродовъ даже
Очень часто пѣть рѣшаюсь...
"Красота не долговѣчна!
Такъ съ собой я разсуждаю,
Если въ зеркалѣ свой образъ,
Заглянувъ въ него, узнаю...
"Чортъ-ли въ томъ, что не красивъ я,
"Что такъ худъ, такъ желтъ и стра-
шенъ,
"Что кривой мой подбородокъ
Жидкимъ волосомъ украшенъ!
"Что немножко я хромоу,
"Что на правый бокъ такъ гнуся,
"Что въ герои драмъ французскихъ
"Совершенно не годюсь?...
"Наша жизнь, такая драма,
"Что въ ней мѣсто всѣмъ найдется.
"Красоту-жъ наше время
"Удивить ужъ не придется..."
Разсужденьямъ этимъ вѣрный,
Продолжаю я однако
И воспѣть намѣренъ дѣло,
Гдѣ такъ сѣздался Плевако,
Тотъ, который даромъ слова
Такъ природой надѣленъ,
Что, въ сравненьи съ нимъ, блѣднѣетъ
Самъ Маркъ-Туллій-Цицеронъ.
Нашихъ днѣй Эсхинъ—Урусовъ
Былъ разбитъ имъ напавалъ,
Въ дни, когда Кострубы-дѣло
Судъ Рязанскій разбиралъ.

IV.

Мая въ день двадцать девятый,
Вмѣстѣ съ утренней зарницей,
Въ нетерпѣнны пробудилось
Все, живущее въ столицѣ;
Бросивъ мягкія перины,
Неуспѣвши помолиться,
Всякъ спѣшилъ за самоваромъ
Калачами подкѣрпиться...
Въ изумленіи на сборы
Кони тучные взирали
И, со страхомъ, у подѣздовъ
Мѣдной сбруей потрясали...

V.

Десять разъ металлъ Сатурна
Прозвучалъ на башнѣ Спасской
И по стогнамъ замелькали,
Мчася, коляска за коляской...
Поспѣвая другъ за другомъ
И, столпившись цѣбью дружной,
Кувыркаясь по канавамъ,
Всѣ спѣшили въ Судъ Окружный.
Впереди, въ каретѣ—парой,
Съ *айдукомъ въ цѣпной лицевѣ*,
Вхалъ докторъ Бетель Струсбергъ
Съ ликомъ полночи мрачнѣе,
А за нимъ, въ лондо, въ коляскахъ,
Поспѣшали въ дружномъ цугѣ,
Беззаботно развалившись,
Сотоварищи и други.
Были здѣсь: еврей-Ландау,
Миллюти, Борисовскій,
Ляминъ, Волковъ, Редеръ, Граббе
И кудесникъ Гивартовскій;
Былъ Крестовниковъ, Корзинкинъ,
Вишняковъ, Грачовъ, Полянский.
Былъ Шумахеръ, Пренъ, Лѣвиновъ
И Ильинъ—, артистъ Рязанскій".
Дружно эти три плеяды
Мчались свѣтлой вереницей,
Въ элегантныхъ экипажахъ
По встревоженной столицѣ.
Вслѣдъ за ними, крупной рысью,
Тайнымъ трепетомъ объята,
Въ фэтонахъ, эгоисткахъ,
Поспѣшали адвокаты...

VI.

Здѣсь-бы намъ воспѣть хотѣлось
Честь и умъ, и просвѣщеніе
Сихъ цѣлѣвъ адвокатуры,
Но безсильно вдохновенье!...
Если-бъ всѣ Олимпа-боги
Разметали перлы слона,
Если-бъ выскохъ въ напращены
Мозгъ Ливанова, Каткова,
Если-бъ лиру мы вложили
Въ руки доблестнаго Фета
И тогда-бъ напрасны были
Всѣ усилія поэта!...
Скажемъ кратко: былъ Плевако—
Мудрый, храбрый, безподобный,
Былъ Пржевальскій—алатуустый,
Адвокатъ жены разводной;
Былъ Шайкевичъ—бичъ Вертгольда,
Былъ Шелканъ—звѣзда "Совета"
(Стройный станъ его не въ силахъ
Описать перо поэта!)
Былъ танцмейстеръ Вышеславцевъ,
Инокентій Харитоновъ,
Былъ Капеллеръ, гѣломъ тонкій,
Толстый въ аваніи законовъ,
Казаковъ, Коврайскій, Вульфбергъ,
Зодіакъ—Стрѣлецъ "Куперникъ",
Самодѣль-Громницкій, Геннертъ,
Рихтеръ—страшный всѣмъ соперникъ.
Былъ Эротъ безкрылый—Спиро,
Распѣвающій кантаты,
Былъ и Лохвицкій—мучитель
И Сената и Палаты...
Были всѣ... И другъ за другомъ
Прокатили по столицѣ,
Разметавши искры взглядовъ,
Какъ съ побѣдой колесницы...

VII.

А за ними, полны страха,
Еле-слышными стопами,
Подъ палачимъ зносомъ солнца,
Потянулись толпами,
Всѣ, кто деньги трудовыя
Отдалъ въ акціи и вклады
Тѣмъ, кто нынѣ пребываетъ
Въ царствѣ нѣги и прохлады...
Были здѣсь: купцы, мѣщане,
Люди служилыя и чиновныя,
Были баре, иностранцы,
Бѣдный труженикъ бездомный...
Всѣ они, въ числѣ двухъ тысячъ,
Спотыкаясь о канавы,
Шли по улицамъ московскимъ,
Алча праведной расправы.

VIII.

Ротъ часы на Спасской башнѣ
Мѣрно полдень прозвучали
И открылся судъ великій,
"Судъ надъ банкомъ" въ *крулой залѣ*
Но, уны!.. открылся только,
Чтобы въ тотъ-же день закрыться!
Адвокаты порѣшили,
Что суда не состоится.
Утивъ *прямо, откровенно*
Заявилъ, что онъ боится
Начинать такое дѣло,
Опасаясь "провалиться".
Какъ вдова прося на бѣдность,
Утивъ плакалъ и винился,
Объясняя, что къ защитѣ
Не *готовъ...* не доучился,
Началъ свой "протестъ" Шайкевичъ,
Но, сконфузаясь, смолкъ учтиво,
Началъ Лохвицкій, стараясь
Говорить умно, красиво...
Но старанья адвокатовъ
Всѣ успѣха не имѣли,
Судьи, "банковское дѣло"
Разобрать тотчасъ хотѣли...
Вдругъ... о, боги! самъ Плевако
Со скамьи своей поднялся
И подъ сводомъ "крулой залы"
Зычный гласъ его раздавался:
"Судъ коварный! ты не право
"Листъ съ присяжными составить,
"Что-бъ ты могъ подборъ намъ дѣлать—
"Нѣтъ такихъ въ "Уставахъ" *пра-*
" *вилахъ!*"
Рѣкъ и смолкъ онъ... Въ залѣ шо-
потъ...
Судъ въ смущеньи... Дамы плачутъ...
Подсудимые ликуютъ
(Нынче ихъ въ острогъ не спрчутъ).
О, Калипсо! Предсѣдатель
Возглашаетъ вдругъ публично:
"Господи! Плевако! ваше
Заявленье—*неприлично!*
"За него вамъ Судъ Окружный
"Объявляетъ замѣчанье,
"А теперь... вы всѣ свободны,
"Закрываю засѣданье!..."
И поникъ glavой мятежной
Нашъ Плевако знаменитый,
Какъ Кавриковъ бичъ подъ Заммой,
Ганнибалъ, врагомъ разбитый...
"О, Фемиды!—рекъ онъ мрачно,
"И погибъ во мнѣнны свѣта,
"На меня теперь съ-полгода
"Станутъ лаять всѣ газеты!"
Не смущайся, о витія!
Ты-ли брани устыдишься?
Самъ же ты сказалъ однажды,
Что печати не боишься.
Что газетные писакы
Всѣ въ глазахъ твоихъ бараны,
Что тебѣ одни лишь милы
Златомъ полные карманы...
Ободрись и знай: не мало
На Руси плутовъ найдется,
Ни одинъ изъ нихъ, конечно,
Вѣзъ тебя не обойдется!...

Оказывается, поэма Кичеева не единственное поэтическое произведе-
ние по мотивамъ процесса Струсберга. Федор Богданович Миллер (издатель
юмористического журнала «Развлечение» и автор известнейшего детского
стихотворения о зайчике и охотнике) написал целыхъ три стихотворения. Вот
баллада.

ДОКТОРЪ СТРУСБЕРГЪ

БАЛЛАДА.

Въ кабинетѣ своемъ докторъ Струсбергъ сидитъ
И глубокую думаетъ думу:
«Nohl' der Teufel! вездѣ потерялъ я кредитъ,
А мнѣ нужно бы крупную сумму.
Гдѣ достать мнѣ ее? Гдѣ найду я страну,
Мнѣ могущую дать вспоможенье?
Я готовъ умолять самого сатану,
Чтобы мнѣ онъ послалъ вдохновенье».
И лишь только онъ чорта въ умѣ помянулъ,
Какъ онъ самъ на лицо тутъ явился:
Хвостъ кольцомъ подвернулъ и съ улыбкой на стулъ
Предъ хозяиномъ онъ опустился.
«Я помочъ тебѣ радъ, дорогой мой камрадъ!
Ты для насъ человекъ преполезный:
Я не знаю, ей-ей, кто морочитъ людей
Такъ умѣлъ бы, какъ ты, мой любезный.
«Вотъ тебѣ мой советъ: здѣсь тебѣ быть не слѣдъ,
Поѣзжай-ка въ Россію скорѣе:
Тамъ народъ простоватъ, для жидовъ тароватъ,
И успѣхъ твой тамъ будетъ вѣрнѣ».
Такъ сказалъ ему бѣсъ и мгновенно исчезъ.
Докторъ Струсбергъ вскочилъ торопливо,
Полонъ радости, онъ съѣлъ поспѣшно въ вагонъ
И примчался въ Россію счастливо.

Вотъ въ Москвѣ онъ въ роскошномъ отелѣ живетъ
Съ цѣлой свитой приличнаго штата,
И дивится ему простодушный народъ,
И считаетъ его за магната.

Каждый день съ министерскою важностью онъ
По всѣмъ банкамъ Москвы разѣзжается:
Не найдется-ль такой, кто ему миллионъ
Или два одолжить пожелаетъ.

Но прижимисты всѣ,—всюду горькій отказъ;
Лишь нашелся одинъ безразсудный,
Что ссудилъ ловчаку семь миллионъвъ заразы:
Знать затѣмъ и зовется онъ «Ссудный».

Онъ ссудилъ да и съѣлъ самъ какъ ракъ на мели,—
Водворились въ немъ страхъ и смятенье;
И зловѣщіе толки повсюду пошли,
И подъ судъ угодило правленье.

Докторъ Струсбергъ, почуявъ бѣду, поскорѣй
Тягу далъ, но былъ схваченъ дорогой,
И теперь онъ сидитъ не въ квартирѣ своей,
А подъ стражей въ коморкѣ убогой.

Да, онъ въ яму попалъ, его рокъ покаралъ,—
По дѣламъ афферисту и мука.
Ссудный банкъ потерялъ чрезъ него капиталъ;
Но другимъ это банкамъ наука.

1875.

Большое
римское право вовсе не знало принципа „грѣхъ-пополамъ“,
ибо у этого народа даже и вообще не существовало принципа
взаимной ответственности. А между тѣмъ, по свидѣтельству
Оршанскаго, въ древней Греціи это начало существовало.

То, что спор Протагора с Эватлом — дело весьма запутанное, признал даже такой гений, как Лейбниц (хотя и разрешил его). Не случайно греческие судьи от вынесения решения уклонились (якобы под страхом объявления его недействительным), сочинив при этом каламбур: «от плохой вороны плохие яйца»⁶⁹.

⁶⁹ По другой версии, спор этот произошел не между Протагором и Эватлом, а неким Кораксом и его учеником Тисием. Коракс в переводе — ворона. Вот как это изложено в книге Гилярова «Греческие софисты»:

Но раз и в Греции действовал принцип «грех-пополам», то что мешало судьям его применить? Если «как дело не разбирай, толку не отыщешь», то случай как раз подходящий. В то же время факт обучения налицо, ответчик его не отрицает. Следовательно, вполне можно присудить Протагору половину искомой суммы. В своих расчетах стороны исходили из полной суммы, либо присужденной, либо отклоненной. Но решение по принципу «грех-пополам» создает иную ситуацию: при частичном удовлетворении дело не только отчасти «выиграно», но и в отказанной части «проиграно». И это вполне устраняет разногласия.

47

Интересно все-таки сравнить, как рассматривались дела в 19-м веке и сейчас. К счастью, тогда популярны были т.н. стенографические судебные отчеты; к сожалению, гораздо чаще это были отчеты о делах уголовных.

**Тизій, научившись отъ
Коракса риторическому искусству, самъ выступилъ учителемъ риторики и, полагаясь на свою ловкость вести судебныя дѣла, не пожелалъ заплатить своему учителю условленнаго вознагражденія. Кораксъ потребовалъ Тизію къ суду. Скажи мнѣ, Кораксъ (обратился къ своему бывшему наставнику Тизій), чего я объявляю себя учителемъ?—Искусства убѣждать кого угодно (отвѣчалъ Кораксъ). Но если ты выучилъ меня этому искусству, то вотъ я тебя убѣждаю ничего съ меня не брать; если же ты меня не выучилъ убѣждать, то и въ этомъ случаѣ я тебѣ ничего не долженъ, такъ какъ ты не научилъ меня тому, чему обѣщалъ. На это Кораксъ возразилъ: „Если, научившись отъ меня искусству убѣждать, ты убѣждаешь меня съ тебя ничего не брать, то ты долженъ мнѣ отдать вознагражденіе, такъ какъ ты умѣешь убѣждать; если же ты меня не убѣждаешь, то ты опять таки долженъ заплатить мнѣ деньги, такъ какъ я тобою не убѣжденъ не брать съ тебя денегъ. Судьи вмѣсто приговора сказали: У плохаго ворона плохія и яйца. Какъ воронята готовы пожрать своихъ родителей, точно также и вы здѣсь пожираете другъ друга“ ¹⁾.**

¹⁾ Proleg. in Hermog. p. 6. Sext. Emp. adv. Math. II, 96, сл. Cp. Cicero, De Orat. III, c. 21, 81: quare Coracem istum veterem patiamur nos quidem pullos suos excludere in nido, qui evolent clamatores odiosi et molesti. Подобное же слышимъ мы о тяжбѣ между Протагоромъ и его ученикомъ Еваеломъ. Diog. Laert. IX, 56; Quint. Instit. Or. III, 1; Apul. Floril. IV, 18. Рассказы, однако, не тождественны, и возможно, что и тотъ и другой равно правдивы: сходство можетъ быть объяснено одинаковостью обстоятельствъ дѣла и одинаковостью руководства, указаніямъ котораго въ томъ и другомъ случаѣ слѣдовали тяжущіяся стороны. Считать эти рассказы вымысломъ не вижу основанія.

Ипполит Иосифович Лютостанский был интересным человеком с замысловатой судьбой. Вероятно, не совсем здоровым. Антон Павлович Чехов упоминает его в одном из своих первых рассказов: «посреди зала стоял Лютостанский и показывал нам фокусы: он делал из хлеба и колбасы маленьких еврейчиков и глотал их». И вот его процесс с Цедербаумом. Зачем Цедербаум опубликовал стенограммы отдельными брошюрами, непонятно (почему его поместил в издании своих речей Андреевский – понятно: любили адвокаты себя таким образом разрекламировать).

Итак, процесс. Лютостанский обвинял Цедербаума по статье 131 Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями – за нанесение обиды на письме, с обдуманым заранее намерением, а равно лицу, имеющему по особым к нему отношениям, право на особое уважение [к таким лицам может быть отнесено духовное лицо, хотя бы и не христианского вероисповедания, по отношению к лицам того же исповедания]; виновный подвергается аресту не свыше одного месяца или денежному взысканию не свыше ста рублей.

Цедербаум прислал письмо (прочитанное на суде), в котором приглашал Лютостанского на диспут. В самом тексте Лютостанский ничего оскорбительного для себя не усмотрел; оскорблением он посчитал надпись на конверте. Надпись гласила: «Его Высокопреподобию протоиерею Ипполиту Лютостанскому». Лютостанский считал, что адрес этот «насмешливый», а называя его протоиереем Цедербаум «глумился над ним». Обиду усмотрел в том, что «если умышленно называют лицо, не имеющее этого сана, то это есть ничто иное как глумление, оскорбление».

К лицам, имеющим право на особое уважение, как установил Сенат, может быть отнесено духовное лицо, хотя бы и не христианского вероисповедания, но по отношению к лицам того же исповедания. Но поскольку Лютостанский и Цедербаум относятся к лицам разных вероисповеданий, есть ли Лютостанский духовное лицо или нет, данное квалифицирующее обстоятельство значения не имеет.

Надпись на конверте адвокат пояснил справкой адресного стола, в которой Лютостанский назван протоиереем. Сам Лютостанский утверждал, что таковым не является, о чем представил справку того же стола. Следовательно, спорный вопрос свелся к тому, является ли оскорблением поименование Лютостанского протоиереем.

В современном процессе такой вопрос был бы поставлен на разрешение лингвистической (филологической) экспертизы. Проводилась ли такая экспертиза в 19-м веке? Объяснительная записка к судебным уставам говорит (в отношении медицинских экспертиз), что «вызов в суде экспертов и истребование заключений врачебных управ и даже медицинского совета, все это крайне затруднило бы производство сих дел у мировых судей»; такие дела (требующие медицинских экспертиз) изъяты из ведения мировых судей. Поэтому с достаточным основанием можно предположить, что если и проводились лингвистические экспертизы в 19-м веке, то не в мировых судах (поскольку «это крайне затруднило бы производство»). Остается лишь оценка по внутреннему убеждению судьи.

Свидетели. Казалось бы, если обида нанесена на письме, то какие еще могут быть доказательства, в частности свидетелями. Однако один свидетель был. (В апелляционном суде адвокат Лютостанского попытался заявить еще четырех, однако почему-то не доставил их, а «ждал разрешения съезда». Признав причину неявки неуважительной съезд в допросе отказал).

В Уставе гражданского судопроизводства (как и в современном Гражданском процессуальном кодексе), содержалась норма, согласно которой «тяжущийся, ссылающийся на свидетеля, обязан при самой ссылке изъяснить те обстоятельства, о коих следует допросить свидетеля». В Уголовном уставе такой нормы не было (вероятно, потому же, почему и сейчас: «свидетель может быть допрошен о любых относящихся к уголовному делу обстоятельствах»). Свидетель обвинения показывала, как она получила адресованное Лютостанскому письмо и что при этом наблюдала. Имело ли это отношение к делу? По мнению обвинителя, вероятно, имело...

Вопрос об адвокате. В первой инстанции адвокат был только у Цедербаума, в апелляции и у Лютостанского – присяжный поверенный Климовский. Что же сделали адвокаты?

Андреевский говорил много, в частности, указал на «странность» обвинения (с этим трудно не согласиться). Собственно, на этом его защита и закончилась. Далее он стал распространяться о личности обвинителя и его книгах. И в конце договорился до того, что назвал обвинение «недобросовестным». Действительно, статья 782 Устава уголовного судопроизводства говорила о том, что «на лицо, возбуждившее судебное преследование, взыскание вознаграждения оправданному подсудимому обращается лишь тогда, когда лицо это действовало недобросовестно, искажая обстоятельства происшествия, делая ложные показания или подговаривая к тому других, или же употребляя иные незаконные или предосудительные средства». Суд пошел на поводу у адвоката и признал обвинение недобросовестным (однако о вознаграждении обвиняемому умолчал).

В апелляционной инстанции Андреевский опять говорил о личности. Указал на то, что эпизод с «оскорблением посредством Высокопреподобия» смешон (пожалуй, хотя это можно было выразить и поделикатнее). Выразил мнение, что «вообще не могло заключаться никакого глумления в титуловке званием, которое действительно принадлежало Лютостанскому и несколько его не позорило». И в завершение: «у Лютостанского честь очень нежная, чувствительная, исключительная, такая честь, которая оскорбляется от поступков самых простых, самых вежливых, которая страдает там, где бы ничья честь в мире не могла пострадать. От такой чрезмерной чувствительности недалеко до явного сутяжничества. В этом деле вы встречаете со стороны Лютостанского всю ту придирчивость, те натяжки, то желание оскорбиться во что бы то ни стало, которые и составляют типическую черту кляузы». И еще раз про недобросовестность обвинения.

Климовский говорил не меньше Андреевского. Начал он хорошо – со спора на признание мировым судом обвинения недобросовестным. (Вообще это очень напоминает модное сейчас среди некоторых адвокатов заклинание

о злоупотреблении правом – к месту и не к месту и без всякого повода. Вот и Андреевский пошел по этому пути.) Далее долго говорил о личности Лютостанского. И наконец собственно о судебном решении (с упором, правда, на недобросовестность). И в самом конце – об оскорблении. При этом в основном о некоем анонимном письме, якобы тоже принадлежащем перу Цедербаума (статья 300 Устава уголовного судопроизводства: «безыменные пасквилы и подметные письма не составляют поводов к начатию следствия»). И хотя об этом анонимном письме много говорили оба адвоката, смысла, в силу ст. 300, в этом никакого не было.

Прокурор в своем заключении высказался в пользу отсутствия оскорбления в поименовании Лютостанского «преподобием». В отношении недобросовестности: «при известном взгляде обвинение могло представиться легкомысленным, но отсюда до недобросовестности далеко».

Решением апелляционной инстанции приговор в части оправдания Цедербаума утвержден, в части недобросовестности Лютостанского – отменен.

Вот такой любопытный процесс. В таких делах все решают не факты – они бесспорны, если изложены на письме, а исключительно филологические изыски, рассуждения «по поводу» (хотя адвокаты себя этим и не утрудили). Предположим, есть два экспертных лингвистических заключения. И там, и там обосновано (писали ученые люди!) доказываются противоположные утверждения.⁷⁰ Как быть суду? Вероятно, примерить на себя, оскорбляет меня поименование «высокопреподобие» или нет? И отсюда выводить решение.

А вообще мало что изменилось. Все также адвокаты говорят много слов, но мало по делу. Все также пытаются сунуть свидетелей туда, где их показания не имеют смысла. Все также суд отвлекается на несущественные вопросы. Разве что бумаг раньше было меньше.

... „Партійная борьба придаетъ партіи силу и жизненность, величайшимъ доказательствомъ слабости партіи является ея расплывчатость и притупленіе рѣзко обозначенныхъ границъ, партія укрѣпляется тѣмъ, что очищаетъ себя“ ... (Изъ письма Лассаля къ Марксу отъ 24 іюня 1852 г.).

...Партия укрепляется тем, что очищает себя от скверны. Сталин.

⁷⁰ Вспоминается следующий случай. Академик от филологии Николай Яковлевич Марр выдвинул теорию о том, что язык произошел от «трудовых выкриков», при этом и называл их: САЛ, БЕР, ЙОН и РОШ. Как он мог это установить? Бог весть... То, что забывая мамонта, древние люди что-то кричали, сомнения не вызывает. Но именно эти слова?.. Пришлось товарищу Сталину критиковать Марра за идеализм в языкознании. Так что даже в филологии возможны противоположные мнения.

Изречение Лассалья (помещенное Ильичем в качестве эпиграфа к книге «Что делать?») безусловно верно. Причем правильность его проверена опытом: как только Хрущев дал партии послабление, так и начался закат страны (а в Конституции 1977 года партия, уже разлагающаяся⁷¹, была объявлена руководящей и направляющей силой. Вот она и направила...).

Однако принцип очищения актуален не только для идеологических сообществ (равно как и всех других, например, адвокатуры), но и для страны в целом. Были, есть и, вероятно, будут всегда маргиналы, недовольные всем и вся; почему-то, как правило, это представители т.н. «творческой» интеллигенции, вполне оправдывающие ленинскую характеристику о «мозге нации»⁷². И естественно, что кусок такого «мозга» отравляет пространство вокруг себя. Как с этим бороться?

Большевики поступили совершенно правильно посредством т.н. «философского парохода». Содержать «мозг нации» пусть даже и в местах, не столь отдаленных не слишком практично: их надо кормить, а работать они не умеют по определению. Так что пароход – весьма оптимальное решение.

Времена, однако, изменились; для парохода нужна стальная политическая воля. Но вот началась Специальная военная операция. И о чудо! Она сработала лучше парохода: г...ый «мозг» сам побежал, началось самоочищение и укрепление страны.

Что ж, если «мозг» желает разлагаться, то за пределами страны для этого наилучшее место. Но в то же время далеко не все желают жить в атмосфере, благоприятной для «мозга», остались и там еще здоровые люди. И вот тут как нельзя кстати подоспел Указ о «деструктивных неолиберальных идеологических установках». Подобное тянется к подобному: мы вам «мозг», вы нам здоровых людей. Равноценный обмен.

„Какую цѣль вы поставили бы себѣ при преподаваніи логики новичкамъ? На что можно было бы, по вашему мнѣнію, съ основаніемъ рассчитывать?“ — „Если бы они могли изучить, что такое выводъ, этимъ уже было бы кое-что достигнуто“.

Бернард Бозанкет

И Ленин, и Сталин изучали логику. Ленин в гимназии, Сталин в духовной семинарии. Изучали по замечательному учебнику Генриха Егоровича Струве «Элементарная логика» – простому и понятному. В предисловии Струве писал: введение логики, как предмета преподавания, есть мера столь благоразумная и утешительная, что от нее следует ожидать самых благодарных последствий. Логичность выступлений Ленина и Сталина отмечали со-

⁷¹ В 70-е годы ходил анекдот: ученые открыли новый химический элемент – кпссий; период полураспада 50 лет.

⁷² Для молодого поколения, не знакомого с работами Ленина: «Интеллектуальные силы рабочих и крестьян растут и крепнут в борьбе за свержение буржуазии и ее пособников, интеллигентов, лакеев капитала, мнящих себя мозгом нации. На деле это не мозг, а г...». 5ПСС, том 51, стр. 48.

временники. И не случайно логика была введена в школьную программу в 1946 году специальным постановлением Центрального комитета.⁷³

В университете логику изучают, во всяком случае на юридическом факультете. Юристу без логики никуда. Ведь для чего Аристотель ее придумал? Для правильного ведения споров. А в споре самое важное правильный вывод. А право есть вывод в самом «химически» (перефразируя Иеринга) чистом виде. «Право есть ничто иное, как вывод из фактов или действий, которые по закону считаются способами установления или приобретения права»⁷⁴. Если вы имеете в руках какую-то вещь, то само по себе это факт владения; правом он становится только в силу логического уموпостроения, правильного сочетания бóльшей (норма закона) и мёньшей (установленные факты) посылок по формуле силлогизма.

Следовательно, в изучении логики юристом самое необходимое усвоить ее законы (их всего четыре; причем четвертый – закон достаточного основания – одновременно является и краеугольной нормой процессуального кодекса) и правила силлогизма (их всего восемь). Тогда для получения правильного вывода уже будет кое-что достигнуто.

50

В книге Вильяма Годвина «Рассуждение о политической справедливости» есть глава о праве. В частности, он пишет: «для того, чтобы устранить возможность обхода закона, его часто делают многословным, подробным и обстоятельным». А ведь Годвин был не единственным, кто говорил о многословии законов. На это указывал и такой авторитетный юрист как Бентам, и смеялся сатирик Стерн.

Сама по себе подробность в праве, может быть, и правильна. Вот другой автор – юрист Вильям Ансон в книге «Договорное право»: заключающие сделку стороны, естественно, исходят из того, что она будет выполнена, и потому не всегда четко выражают ее в точной терминологии, которую использовали бы *юристы, чья профессия обязывает предполагать возможность возникновения в будущем споров*. Если сузить общий термин «закон» до его частного проявления – договора (т.е. закона для контрагентов), то видно, что англосаксонская юриспруденция не знает меры в простейших актах: чтобы выразить простую мысль «жена имеет право рожать в Лондоне» надо исписать три страницы («сила речи, как всякий знает, заключается в ясности и краткости, а не в продолжительности и многословии»⁷⁵). Вероятно, это и есть то, что Иеринг называл «юридическим рококо», курьезной юридической техникой. Или, по Квинтилиану, «азиатский слог».

И кроме того, как пишет тот же Годвин, следствием безграничности права является его неопределенность. Противоречивость – частный случай неопределенности. Понятия полноты («безграничности») и непротиворечи-

⁷³ Правда, с приходом к власти Хрущева логику в школе упразднили. Вот он троцкизм в действии.

⁷⁴ Кронид Иванович Малышев, Курс гражданского судопроизводства, СПб., 1876, том 1, стр. 247.

⁷⁵ Рихард Гаррис, Школа адвокатуры, СПб., 1911, стр. 7.

ности являются несовместимыми для достаточно широкого класса исчислений (Гёдель). То есть чем многословнее документ, тем больше вероятность проявления в нем противоречий.

Возражение решенным делом – *exceptio rei judicatae* – безусловное основание для прекращения дела. И это правильно: «по справедливой причине было признано, что каждому отдельному спору достаточно одного иска и одного исхода процесса, дабы иначе умножившееся количество судебных дел не создавало крайнее и непреодолимое затруднение, особенно если принимаются различные решения. Поэтому имеет место эксцепция о судебном решении» (Дигесты, 44.2.6, Павел).

Однако принимая поручение, адвокат не может знать, имело ли ранее аналогичное дело по тождеству объекта, правооснования и тяжущихся. И даже если доверителю задать прямой вопрос, то ответ будет сомнителен, поскольку доверитель может, в силу незнания, не придавать значения этому обстоятельству, либо дать отрицательный ответ в надежде получить благоприятное для себя новое решение.

Таким образом, адвокат вынужден принять поручение (при наличии правовой позиции, разумеется), воспринимая утверждение доверителя всерьез и на него полагаясь. В результате может получиться нехорошая ситуация: при наличии *rei judicatae* дело прекратится, толком не начавшись и встанет вопрос о возврате гонорара – в лучшем случае, в худшем – жалоба в адвокатскую палату.

В палате могут задать вопрос: почему принял поручение? какие меры предпринял для недопущения подобной ситуации? И многое будет зависеть от адекватности членов квалификационной комиссии...

Что касается гонорара, то вопрос тоже не простой. С одной стороны, работа не сделана, хотя и не по вине адвоката. С другой, все же кое-какие действия адвокат выполнил: готовил дело, участвовал в судебном заседании (а то и не в одном). Вероятно, справедливее всего было бы применить принцип «грех пополам» и вернуть какую-то часть гонорара.

Но есть, пожалуй, один способ избежать неприятной ситуации, а именно предоставленный статьей 431.2 Гражданского кодекса. Несомненно, для оказания юридической помощи наличие решенного дела имеет весьма существенное значение. Следовательно, если включить в соглашение заверение доверителя об обстоятельстве отсутствия *rei judicatae*, то можно решить вопрос совершенно законным способом. Разумеется, ни о какой неустойке (о возможности которой говорит п. 1 ст. 431.2) в отношениях адво-

кат/доверитель речи быть не может в силу Правил адвокатской профессии⁷⁶. Но вот убыток в виде напрасно потраченного времени вполне может быть компенсирован удержанием части полученного гонорара.

52

В книге «Смешное и серьезное в юриспруденции» Иеринг, высмеивая «Карманную книгу гражданского права», в шутку предлагает напечатать юридические игральные карты с положениями из *regulis juris*. Забавная мысль! А почему бы не воплотить ее в жизнь?

Карты удачно подходят для показа разного рода последовательностей и совокупностей. Чехов, в рассказе «Винт», придумал карты с фотографиями чиновников, есть знаменитая колода «Русский стиль». Современные карты являют великое разнообразие сюжетов и стилей, и широкий простор для фантазии художников, несмотря на ограниченность поля деятельности. А однажды карты стали предметом юридической полемики между профессором Шершеневичем и неким присяжным поверенным о том, вещь эта потребляемая или непотребляемая.⁷⁷

В каждой шутке есть доля шутки. А значит возможны и юридические карты с правилами римского права. И главная сложность здесь – произвести отбор. Среди нескольких тысяч *regulis* необходимо выбрать самые существенные. Правда, такая работа уже проделывалась неоднократно. Роман Андреевич Штекгардт выбрал 34, назвав их юридическими аксиомами или основоположениями, Феликс Фроммельт – около двух тысяч, примерно столько же – юридический словарь Бувье (даже англосаксы не могут обойтись без римского права). Издательство «Юридическая литература» анонсировало выпуск в 1990 году книги словацкого романиста Кароля Ребро «Латинские юридические выражения и изречения»; к сожалению, плану этому не суждено было осуществиться. Но есть весьма обстоятельные сборники Никифорова (1979) и Темнова (1996).

⁷⁶ «Совет находит недопустимым введение в гонорарный договор неустойки. Идея неустойки противоречит самой сущности отношений, как они должны сложиться между поверенным и его доверителями. Доверие – есть цемент, связывающий адвоката и его доверителя; неустойка же создается, наоборот, мыслью о недоверии, предположением, что договор исполнен не будет». Фрагмент 938.

⁷⁷ А вопрос не так прост, как могло бы показаться. Конечно, когда вы дома играете в преферанс, то карты служат вам годами, то есть не потребляются. Но вот в «Пиковой даме» Пушкина играли в азартный фараон, и колоду использовали только один раз. А значит, в этом случае карты были вещью потребляемой. На это и указывает Шершеневич. Диалектика, однако: все имеет свое время и место, все должно рассматриваться в соответствии с конкретными условиями.

А как же могут выглядеть такие карты? Например, вот так:





Иногда карты были причиной юридических казусов. Вот один из сборника задач Рудольфа Штаммлера:

По окончании карточной игры на деньги в гостинице «Солнце», адвокат Михаэлис отказался уплатить хозяину Саллеру обычных за игру деньги. В то время как хозяин утверждал, что имеет право взимать эту плату с каждого игрока, адвокат развивал юридическую точку зрения и старался объяснить, между прочим, и своим партнерам, что у хозяина нет законного права требовать денег за предоставление карт, а наоборот, каждому игроку, не участвовавшему в заказе карт, предоставляется внести плату или не внести; пусть хозяин ищет денег за карты с того, кто их потребовал.

Обосновано ли это мнение?

юристов – Гая, Павла, Папиниана, Ульпиана и Модестина придавалось решающее значение в случае разногласий) пишет, что это называлось «приведение мест», т.е. зачитывание цитат из соответствующих сочинений. И такие «предъявленные на суд сочинения» считались действующими. А отсюда уже недалеко до предположения, что адвокаты могли пытаться сбить с толку несведущего судью всевозможными цитатами.

Вот только почему «предположение» и «могли пытаться»? Свое суждение Брунс подкрепляет ссылкой на Марцеллина. Последний, в свою очередь, ругательно ругает разного рода «насильников и грабителей», которые «опутывают дело нерасторжимой сетью и стараются смутить покой всякого тяжбами. Они нарочно заваливают запутанными вопросами суды, которые являются храмами справедливости, когда действуют правильно, а когда развращаются, становятся обманными волчьими ямами». Так что и пытались, и сбивали. В России 19 века таких называли «аблакатами».

Но грешили этим и адвокаты. Иосилевич с горечью пишет о «пальбе сенатскими решениями и тезисами, которыми стороны перекидываются. А судьи, заваленные этими решениями, с головами, отяжелевшими от бремени так называемых принципов, идущих и не идущих к делу, которые стороны делают из того или другого сенатского решения без проверки с логикой, уходят в свою совещательную комнату без выяснения себе сути дела и решают его, как Бог на душу положит».

В настоящее время дурной обычай «талмудического толкования», в связи со всеобщей грамотностью, приобрел иной вид. Теперь «приведение мест» воплощается непосредственно в состязательных бумагах. Конечно, «места» эти выбраны не из римских юристов (о них современный адвокат имеет весьма смутное представление), а из Кодекса и постановлений Верховного суда. И их так много, что потом, переключивая в решение, занимают в нем от 30 до 70 (!) % текста.

А еще Марцеллин приводит замечание Цицерона: «Так как нет ничего в государстве, что в такой мере не должно подвергаться извращению, как приговор в суде, то я не понимаю, почему достоин кары тот, кто подкупил деньгами, а заслуживает даже славу тот, кто достиг того же самого красноречием. Тот, кто совращает судью речью, делает больше зла, чем тот, кто его подкупает, так как честного человека никто не может подкупить деньгами, а речью может».

Презабавные идеи высказывает иногда кассационный суд.

Имея намерение переехать в другой город, где жила его сестра, истец продал свою квартиру и поручил сестре приобрести новую. Сестра подыскала квартиру и заключила предварительный договор (на свое имя), а затем и

основной, также на свое имя, обещав переоформить потом на истца. Однако сделать это впоследствии отказалась. Тогда истец предъявил иск о неосновательном обогащении.

Ответчица, не отрицая факт получение денежных средств, утверждала, что деньги были переданы ей в дар.

Решениями судов первой и апелляционной инстанции исковые требования о взыскании неосновательного обогащения были удовлетворены.

Несмотря на объем кассационного решения (девять страниц, из которых 34% занимают выписи из различных правовых актов) нарушение закона суд усмотрел в невыполнении «обязанности суда высказать свое суждение о том, могли ли перечисленные истцом денежные средства в период нахождения в родственных отношениях ответчиком рассматриваться в качестве неосновательного обогащения. Этого судом первой инстанции сделано не было, а соответствующий довод ответчика [о том, что деньги получены в дар] в нарушение требований части 4 статьи 198 ГПК не получил какой-либо правовой оценки».

Итак, кассационный суд установил нарушение процессуального закона – требование к содержанию решения суда. Нарушение, безусловно, опаснейшее, подрывающее самые основы правосудия и влекущее, конечно же, безусловную отмену состоявшихся решений.

Таким образом, перед апелляционной инстанцией встали две задачи: 1) высказать суждение о том, могли ли денежные средства рассматриваться ответчиком в качестве неосновательного обогащения, и 2) дать правовую оценку доводам ответчика о дарении.

В отношении первой задачи существует неопределенность, вытекающая из неясности формулировки. Что означают слова «в период нахождения в родственных отношениях»? Разве родственные отношения между братом и сестрой могут быть прекращены? А если все же могут, то как это обстоятельство повлияет на факт обогащения?

Далее. «Могли ли денежные средства ответчиком рассматриваться в качестве неосновательного обогащения» (то есть решение кассационный суд поставил в зависимость от мнения ответчика). Какое судебное суждение может быть высказано по поводу этого кассационного предписания?

Оценка («рассмотрение») человеком того или иного происходящего с ним события относится к психической стороне его деятельности, к работе головного мозга. Внешний, сторонний наблюдатель может познать эту информацию только со слов самого «рассматривающего». А оценки могут быть самые разные. Кто-то и свою зарплату может рассматривать в качестве неосновательного обогащения⁷⁸, а кто-то и украденное рассматривает как свою законную собственность... Вероятно, человек, на которого неожиданно-негаданно свалились деньги, вряд ли будет «рассматривать» их как основательные и предпримет действия для их возврата. Человек же, желающий при-

⁷⁸ Вот только это написал, как появилась информация о том, что печально известная краснодарская судья попыталась «вернуть в бюджет средства, которые были перечислены ей в качестве зарплаты». То есть посчитала свою зарплату неосновательным обогащением. А вы говорите...

своить себе такие средства, ни за что не будет «рассматривать» их неосновательным обогащением и постарается подыскать какое-то основание. А тот факт, что ответчик активно возражала против иска говорит о том, что полученные средства она отнюдь не «рассматривала» как неосновательные.

И здесь мы переходим ко второй задаче: дать оценку *доводам* ответчика о наличии договора дарения.

Свидетели показали следующее. 1-ый (он же представитель третьего лица⁷⁹ – юрист агентства недвижимости): «истец сам передал деньги для вручения продавцу квартиры; при этом постоянно звонил и несколько раз повторял, что хочет подарить квартиру сестре»; 2-й: (сын ответчицы): «истец хотел купить именно квартиру для сестры, поэтому никакого договора дарения не оформлялось».

Какие же выводы можно сделать из свидетельских показаний? Когда дарение сопровождается передачей дара одаряемому допускается устная форма сделки. «Истец передал деньги для вручения продавцу квартиры». Кому передал? Представителю агентства недвижимости? - Тогда это не дарение денег ответчице, поскольку не сопровождается передачей дара одаряемому. «Хочет подарить квартиру сестре». - Тогда должно быть совершено две сделки: первая – приобретение квартиры самим истцом и вторая – сделка дарения истцом квартиры ответчице; юрист этого не знать не мог.

Показания второго свидетеля говорят о том, что он не понимает, что говорит. «Истец хотел купить квартиру для сестры» - что это, как не обещание дарения в будущем (которое должно быть совершено в письменной форме). Но «никакого договора дарения не оформлялось» - то есть хотел, обещал, но не подарил.

Et ideo testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt – свидетели, которые вопреки честности колеблются в своих показаниях, не должны быть выслушиваемы.

Таким образом, для вывода о наличии договора дарения хоть денег, хоть квартиры нет достаточных оснований.

Следовательно, не может быть речи и о «доводах» ответчика. Что есть довод? Юридическая оценка *доказательств*, соображения, посредством которых устанавливается связь и отношение доказываемых фактов к иску и защите. Доводы относятся к области логики и имеют целью склонить ум и убеждение судьи в пользу или против того или другого положения. Для того, чтобы оперировать доводами, нужно иметь доказательства, к которым доводы и прилагать. А отсутствие доказательств логическими рассуждениями не восполняется.

Судя по неестественности кассационного аргумента решение было принято либо под влиянием «рекомендательных писем за подписью князя Хованского», либо иных неблагоприятных мотивов. Пока известна только резолютивная часть решения апелляционного суда – не убоявшись грозного

⁷⁹ Так написано в кассационном определении. И представитель стороны, и свидетель одновременно. Оригинал, однако...

предписания, на основании принципа *valide stulta est consultatio tua* иск он удовлетворил. Подождем мотивировки, посмотрим, как он обосновал свое решение.

Любопытная информация обнаружилась в сети. «В последнее время все чаще оказывается, что сложные модели, особенно в области искусственного интеллекта, дают более точные прогнозы и превосходят свои упрощенные аналоги. Новое исследование ученых ставит под сомнение слепую приверженность принципу парсимонии⁸⁰ и утверждает, что это ограничение может приводить к ошибкам и упущенным возможностям в науке».

Практика – критерий истины. И вот, воспользовавшись рекомендованной нейросетью DeepSeek, решил задачу перепоручить ей, поставив ее на место апелляционного суда и сформулировав вопрос так: «кассационный суд отменил решение на том основании, что апелляционный суд не выполнил «обязанность высказать свое суждение о том, могли ли перечисленные истцом денежные средства в период нахождения в родственных отношениях ответчиком рассматриваться в качестве неосновательного обогащения». Какое суждение должен высказать апелляционный суд [в данном случае – нейросеть DeepSeek] во исполнение этого предписания?»

А вот и ответ хваленой нейросети: «Апелляционный суд должен четко сформулировать свое мнение о том, могут ли перечисленные средства квалифицироваться как неосновательное обогащение, основываясь на фактических и правовых обстоятельствах дела».

В этом предписании особенно понравилось слово «четко»: не просто сформулировать, а *четко сформулировать!* Это напоминает ноздрёвское «клик-матрадура, что значит двойное клико».

Любопытно, как бы отреагировал на сей пассаж кассационный суд?

Ну вот и подоспело решение апелляционного суда.

Весьма обстоятельно суд подошел к рассмотрению дела. Понятно, что никаких новых доказательств представлено не было, да и быть не могло. Вопрос стоял только в надлежащей оценке уже имеющихся в сопоставлении их с обстоятельствами дела.

Но прежде всего привлекает внимание рассуждение о бремени доказывания (а суды, надо сказать, делают это весьма и весьма редко)⁸¹; а ведь это, пожалуй, наиболее существенная часть следствия, его отправная точка. Был договор дарения или нет? Истец отрицает, и встает проблема доказывания отрицательного факта. На ком лежит бремя? Апелляционный суд сказал: «исходя из объективной невозможности доказывания факта отсутствия пра-

⁸⁰ Принцип парсимонии — если для объяснения какой-либо группы явлений предложены две или более правдоподобные и обоснованные научные теории, то среди них предпочтительнее та, которая выглядит более простой и более понятной. Проще говоря, речь идет о «бритве Оккама», которую и критикует автор публикации.

⁸¹ А ведь распределение обязанности (бремени) доказывания – одна из задач подготовки дела к судебному разбирательству.

воотношений между сторонами, бремя доказывания обратного (наличие какого-либо правового основания) возлагается на ответчика».

Совершенно точное указание! В его развитие суд определил: «доказательств, с достоверностью подтверждающих то обстоятельство, что денежные средств, уплаченные истцом по договору купли-продажи квартиры и переданные ответчику на приобретение мебели и бытовой техники в указанную квартиру были подарены ей истцом в нарушение положений статей 56, 57 ГПК, предоставлено не было».

Собственно, этого было достаточно для постановки правильного апелляционного решения. Но! *Bonus iudex varie ex personis causisque constituet* – хороший судья вынесет постановление в зависимости от лиц и особенностей отдельных случаев. И такую работу суд проделал. Само по себе предположение, что истец, продав единственное жилье в одном городе затем подарил большую часть денег сестре, фактически оставив себя без жилья, невероятно. *Nemo in necessitatibus liberalis exsistat* – никто не проявляет щедрости в нужде. И суд сделал по этому поводу следующее рассуждение: «истцом было продано единственное жилье именно для того, чтобы на вырученные средства приобрести для себя жилье в другом городе. Истец является пенсионером, инвалидом 2 группы, единственным источником его дохода является пенсия. Свободные денежные средства на приобретение жилья у истца отсутствуют». Все существенные, «в зависимости от лица и особенностей случая» обстоятельства судом учтены.

И еще один редкий момент – исследование воли. *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* – в соглашениях в большей мере принимается во внимание воля контрагентов, нежели их слова. «Для признания договора дарения денежных средств заключенным в устной форме необходимо установить не только наличие реального факта передачи указанных денежных средств, но и также наличие воли у дарителя на передачу денежных средств именно в дар. Такой договор в письменной форме, из которого могло бы однозначно явствовать, что воля истца была направлена на передачу денежных средств именно в дар, ответчиком суду представлен не был».

И наконец оценка достоверности свидетельских показаний. «Показания свидетеля о том, что, когда дядя решил приобрести квартиру для сестры (матери свидетеля) не могут быть признаны бесспорными, поскольку, являясь сыном ответчика, он безусловно, заинтересован в благоприятном для нее исходе дела».⁸²

В общем, апелляционный суд в очередной раз доказал, что чем ближе судебная инстанция к народному быту, тем больше в ее решениях здравого смысла.

⁸² Мейер, Дмитрий Иванович: «родственная приязнь помрачает способность дать справедливое показание или исключает добрую к тому волю».

Р.С. Афанасий Афанасьевич Фет в течение 10 лет был мировым судьей. И вот он вспоминает о таком деле. В одном селе был великолепный деревянный мост, который по разверстке угодий отошел в крестьянский надел. Но крестьянское общество не в состоянии было поддерживать такого дорогого моста. Вот некий управляющий соседнего уезда прибыл с молотильной машиной и паровиком, чтобы переехать на противоположную сторону реки. Но мост к тому времени уже значительно ослабел, и по просьбе крестьян, во избежание катастрофы приказано было переждать два дня пока не будут поставлены подпорки. Однако ночью управляющий нашел людей, которые за водку перекатали машину и паровик на руках, причинив повреждение мосту. Фет взыскал с управляющего штраф и убытки. Далее Фет пишет: «Решение это было обжаловано; и каково же было мое разочарование, когда съезд отменил его, мотивируя свое постановление тем, что *мост должен выносить всякую тяжесть*. Я должен был воочию прийти к убеждению, что коллегиальное решение не всегда справедливее единоличного».

55

В книге «Вы, конечно, шутите, мистер Фейнман!» есть рассказ о встрече автора со студентами Еврейской теологической семинарии. Несколько будущих раввинов задали вопрос: является ли огонь электричеством. Но по ходу разговора Фейнман понял, что их интересует не наука как таковая, а только как средство истолкования Талмуда. Тогда он решил повеселиться и заманить их в логическую западню (выросшему в еврейской семье было не привыкать пользоваться педантской логикой⁸³). Но не учел, что будущие раввины умеют проделывать подобные штуки гораздо лучше него. Он думал, что набрел на оригинальную мысль, а она, оказывается, столетиями обсуждалась в Талмуде. И будущие раввины переиграли физика (Нобелевского лауреата!) с легкостью, как младенца.

Кое-что о Талмуде Фейнман знал, но самой книги ни разу не видел. Оказалась очень интересная книга. Талмуд эволюционировал, все сказанное в нем обсуждалось снова и снова, очень тщательно, со средневековой доскональностью мышления⁸⁴. Книга замечательная, великая, огромное попури из всего на свете. Действительно, даже изображение страниц Талмуда вызывает удивление. Посредине большой страницы сам текст, а по краям в строго определенном порядке комментарии различных авторитетов. Юристу все это напоминает глоссы к римскому праву.

Но раз «все сказанное в Талмуде обсуждалось снова и снова» на протяжении нескольких веков, следовательно, должны быть и какие-то апории, которые надо истолковать.

⁸³ Дословно: I had been brought up in a Jewish home, so I knew the kind of nitpicking logic to use – я вырос в еврейской семье, поэтому знал, какую логику следует использовать, чтобы придирается к мелочам.

⁸⁴ «Средневековая доскональность мышления» ярко проявляется у Фомы Аквинского. Каждый вопрос он обсуждает диалектически, выдвигая против довода три контрдовода и затем опровергая их.

Толкование права – одна из основных функций юриста, ибо «не могут все отдельные случаи быть предусмотрены законом» (Юлиан), а «поскольку законом введено то или иное правило, имеется удобный случай, чтобы было восполнено путем толкования то, что имеет в виду те же потребности» (Ульпиан).

То есть задачи и у талмудистов, и у юристов было примерно одни и те же. Значит, должны были быть выработаны и правила толкования. И действительно, в огромном корпусе Талмуда (более 80 книг) есть и учение миддот, то есть о методах толкования – логические формулы, употреблявшиеся творцами устного учения для решения галахических⁸⁵ вопросов, на которые библейский текст прямого ответа не дает, но о которых может быть сделано заключение из наличных библейских законов, как из предпосылок.

Очень авторитетный законоучитель Гиллель сформулировал семь миддот (а всего их 32).⁸⁶ Прежде всего три герменетические формулы: умозаключение по аналогии (этот прием скрывает в себе первый силлогизм Аристотеля), умозаключение из менее и более важного (буквально – вывод из «легкого с отягощением», в логике — *conclusio e minore ad majus* – по меньшему заключать о большем) и вывод из тождественных выражений.

Умозаключение на основании тождественных выражений представляет весьма ценный метод толкования, которым всегда пользовались юристы всех времен и народов. Если в какой-нибудь статье закона встречается выражение, допускающее два толкования, и если в другой статье, однородной по характеру с первой, находится то же самое выражение, но в ясном, самим законом определенном смысле, то этот смысл можно перенести и на первую статью.

Четвертый метод — умозаключение из двух текстов, противоречащих друг другу. Так как в законе противоречие недопустимо, то необходимо подыскать третий текст, который бы примирил это противоречие. Иногда этот третий текст может быть толкуем двояким образом, и если одно из этих толкований устраняет данное противоречие, то это толкование и признается истинным.

Последние три правила Гиллеля весьма развил его ученик Исмаил (а всего он сформулировал 13): 5) Метод построения основной посылки (метод построения одного общего основания для аналогии из двух или более законов).

6) Умозаключение из сочетания общего с частным. А. «Если в законе за общим выражением следует частное, то нет в общем больше того, что содержится в частном». Другими словами, если объектом закона является какое-нибудь родовое понятие, а в пояснение его приводится вслед затем один или несколько видов этого родового понятия, то закон толкуется в самом ограниченном смысле.

⁸⁵ Т.е. такой, который соответствует написанному в Галахе (традиционное иудейское право, совокупность законов и установлений иудаизма).

⁸⁶ Дальнейшее изложение приемов толкования основано на статье из Еврейской энциклопедии, 1911 года издания, том 11, стб. 1-24. Очень, надо сказать, познавательное и полезное для юристов чтение.

Б. «Частное, предшествующее общему»: если в качестве объектов закона исчислены несколько видовых понятий, а за ними следует выражение общего характера, то закон получает самое распространительное толкование.

В. «Выражение частное между двумя общими выражениями». Правило толкования при этом гласит: «обобщай, но лишь в пределах того, что аналогично частному выражению».

Г. «Общее, нуждающееся в частном, и частное, нуждающееся в общем», т.е. когда одно без другого недостаточно понятно. В этом случае не только частное ограничивает общее, но и общее ограничивает частное.

7) Вывод из контекста.⁸⁷

Понятно, что при таких изоциренных познаниях, отточенных на множестве тонких примеров у профессора физики никаких шансов против раввинов не было. Узнав (со слов студентов), что Талмуд ни на один язык не переведен⁸⁸ Фейнман удивился: уж больно ценная книга.

Теперь надо дождаться какого-нибудь замысловатого юридического казуса и попытаться применить к нему эти миддот⁸⁹. Что-то выйдет?..

Занятную норму установил Верховный суд. В известном постановлении 2010 года № 10/22, пункт 38, абзац 4 читаем: «собственник вправе опровергнуть возражение приобретателя о его добросовестности, доказав, что при совершении сделки приобретатель должен был *усомниться* в праве продавца на отчуждение имущества».

Норма уникальна, поскольку говорит не о знаниях, а об «усомнениях». Категория презумпции знания в той или иной форме («знал или должен был знать», «знало или заведомо должно было знать», «узнал или должен был узнать», «не знал и не должен был знать», «не знал и не мог знать») встречается в кодексе более 50 раз, «усомнения» - ни разу.

⁸⁷ Любопытен пример, приводимый Исмаилом для этого миддота: «Если у кого на голове вылезли волосы, то это плешивый, он чист». Можно было бы подумать, что этот человек вообще чист, что к плешивому никакая ритуальная нечистота не пристает; но рядом сказано: «если же на плечи или на лысине будет белое или красноватое пятно, то на плечи его расцвела проказа». Ничего не напоминает?

⁸⁸ На самом деле это не так. Впервые частичный перевод Талмуда на русский язык был сделан в 1897-1911 годах Наумом Абрамовичем Переферковичем – тем самым, который под псевдонимом Н.Абрамов издал замечательные книги: «Словарь русских синонимов и сходных по смыслу выражений», «Словарь русских рифм» и серию «Дар слова», включающую в себя практические руководства по русской риторике («Искусство излагать свои мысли», «...разговаривать и спорить», «...произносить речи», «...писать сочинения», «...вести заседания» и т. п.). Есть и современное, 15 томное издание Вавилонского Талмуда на русском языке.

⁸⁹ В сборнике «Юрист в истории, литературе и юморе» (The Lawyer, in History, Literature, and Humour), в главе о святом Иво Кермартенском, покровителе адвокатов, сказано, что после изучения в Париже гражданского и канонического права он поехал в Ренн, где изучал методы библейского толкования. Не миддот ли он изучал?

Конечно, сомнение, как основание всякого исследования, важная юридическая операция. Цицерон говорит, что прояснение юридических сомнений – *respondere* – одна из трех форм деятельности юристов. «Существо гражданского процесса показывает, что он происходит именно вследствие сомнения двух лиц в правоте обоюдных требований или доказательств» (Николай Филиппович Депп). Но как соотносится знание и сомнение?

Знание – проверенный практикой и удостоверенный логикой результат процесса познания действительности, адекватное ее отражение в сознании человека в виде представлений, понятий, суждений, теорий. Знание обладает различной степенью достоверности, отражая диалектику относительной и абсолютной истины.⁹⁰ Сомнение – психологическое состояние, характеризующееся недоверием или неспособностью принять решение, либо гносеологическая процедура, сопровождающаяся воздержанием от суждения.⁹¹

Следовательно, разница между знанием и сомнением прежде всего в том, что первое – объективная реальность, данная в ощущениях, а второе – субъективная форма отображения реальности. Сомнение – промежуточный этап между незнанием и знанием.

Что значит «знал или должен был знать»? Это означает, что существуют некоторые объективные данные (факты), которые могут быть осознаны любым лицом. «Знание не следует оценивать ни с точки зрения любопытнейшего человека, ни с точки зрения небрежнейшего, но знание должно быть оцениваемо с точки зрения того, кто при заботе об этом деле мог бы узнать о факте путем внимательного исследования».

В качестве примера можно привести знаменитый судебный процесс конца 19 века о том, подходит ли электричество под понятие телесной вещи (проще говоря, о материальности электрического тока). Объективность, материальность тока может постичь каждый, просто засунув два пальца в розетку. Эта процедура и есть юридическое «знал или должен был знать». А вот до акта засовывания это, конечно, чисто психическое состояние сомнения, которое, однако, положил уголовный *Reichsgericht* в основание своего решения.

Получается, что вместо того, чтобы основывать решения на объективной реальности судам предписывается устанавливать субъективные психологические переживания. При том, что выявление таких переживаний поддается лишь специально подготовленным врачам, но не юристам. Можно ли это назвать как-то иначе, чем юридическая диверсия?

Очередной скандал в адвокатском семействе. Либералы негодуют и топают ножками. Из-за чего сыр-бор?

⁹⁰ Философский энциклопедический словарь. М., 1983, стр. 192.

⁹¹ Словарь философских терминов. М., 2007, стр. 532.

Оказывается, осудили двух, с позволения сказать, «адвокатов». Бывает, не все одинаково хорошо изучили Правила профессии. Но все же, кто такие? Оказывается, экстремисты и террористы; на это указала сама адвокатская палата (федеральная). Тогда почему же надо удивляться что за ними следили компетентные органы? Удивительно было бы, если бы не следили. И вот это-то слежка и дала материал для применения мер уголовного преследования.

А вот что действительно достойно удивления, так это то, что экстремисты и террористы почему-то оказались членами адвокатского сообщества. Почему же палата не прекратила их статус, как только узнала об их экстремизме и терроризме? Получается, что своим бездействием кто-то им поспособствовал, прикрыл их разрушительную деятельность.

Да, подгнило что-то в адвокатском королевстве...

58

Falsa causa non nocet.

Ложная причина не вредит

De fide et officio judicis non recipitur quaestio; sed de scientia, sive error sit juris sive facti — о добросовестности и должностном поведении судьи не может возникать вопросов; но о его знаниях — может, независимо от того, касается ли это ошибки в праве или в факте

Итак, Верховный суд поставил точку в деле о мошеннической продаже квартиры. Вынесенное им решение весьма обстоятельно и интересно. Можно надеяться, что теперь судебная практика наконец пойдет по правильному пути.

Если прежде приходилось довольствоваться только куцыми сведениями из т.н. обезличенных копий, то теперь доступны вполне достоверные. И открываются удивительные вещи!

Например, ложь продавца, утверждавшего, что денег от покупателя не получил. Еще как получил, аж два чемодана домой припёр. А еще такой поклёп бросал тень на покупателя: получалось, что он (покупатель) вместо того, чтобы передать деньги продавцу, отдал их непосредственно мошенникам. Уж кто это придумал, сам ли продавец или его адвокаты, неизвестно. Но только адвокат довольно мерзко обвинял покупателя в том, что он якобы «не проявил даже минимальный уровень разумной осмотрительности и осторожности, проигнорировал все сопутствующие сделке обстоятельства, очевидно свидетельствующие об искажении воли истца». И при этом не постыдился даже пояснить, какие именно это обстоятельства.

Так, по словам адвоката, покупатель не настоял на получении справки из психоневрологического диспансера. Возникает вопрос: а на ком лежала

обязанность представления такой справки? Не на продавца ли? Выполнил ли он свое обязательство? Адвокат об этом стыдливо умолчал.

Еще одно. Покупатель, оказывается, проигнорировал факт расчета наличными деньгами. Наличный расчет, как правило, преследует цель уклонения от уплаты налогов лицом, получившим доход. В данном случае он выгоден продавцу; для покупателя же это дополнительные хлопоты, и, возможно, дополнительные расходы в виде комиссии банка. Так кто же настоял на наличных?

Наконец, покупатель не настоял на нотариальном удостоверении сделки, хотя это, по мнению адвоката, является обычной практикой. Тот факт, что нотариальная форма в данном случае не является обязательной, вероятно, адвокату неизвестен.

Ну и конечно совершенно потрясающее мнение о том, что возвращать средства покупателю должны мошенники (каковое мнение в виде предписания и вошло в решения судов). И это при том, что никаких взаимоотношений между покупателем и мошенниками не было, а значит, если бы даже мошенников изловили, ни покупатель не являлся бы надлежащим истцом в таком деле, ни мошенники надлежащими ответчиками. *Actio nulla est contra eum, cum quo nihil negotii gestum* – нет иска против того, с кем не было никаких дел.

По общему правилу каждое изъятие воли в юридических сделках должно обсуждаться независимо от его мотивов. Какие же мотивы были у продавца?

О том, что некие неустановленные лица склоняли его к продаже, известно только со слов самого продавца, никаких объективных данных для этого нет: то ли потусторонние голоса нашептывали, то ли барабашки настукивали, то ли сирены насвистывали. Что именно нашептывали, настукивали и насвистывали – неизвестно. Но известно, что деньги мошенникам продавец отдал. Причем в сумме, втрое превышающую полученную от покупателя и при этом задолго до сделки с квартирой. То, что аппетиты мошенников, видя такое благорасположение продавца, росли понятно. Отсюда понятен мотив продавца: удовлетворить все потребности мошенников.⁹² Вот только для покупателя это никакого значения не имеет, куда потратит продавец уже свои деньги – пропьет ли, проиграет в казино или порадует ими мошенников – покупателя не касается.

Конечно, люди, разбирающиеся в юриспруденции, ожидали, что Верховный суд применит двустороннюю реституцию, что было очевидно (но почему-то не было очевидно ни для апелляционного суда, ни для кассационного. И это, пожалуй, главная юридическая загадка этого дела). А вот то, что суд посчитает неправильной применение недействительности, не ожидал никто. Так что возможно теперь суды не будут бездумно идти на поводу у ист-

⁹² Французский юрист Марсель Пляниоль определяет мотив как пользу или удовольствие, которое видит сторона [сделки] в том, что она избавится от известной вещи или же приобретет какую-либо новую вещь. Видимо, в данном случае речь шла не о пользе, а об удовольствии. Но удовольствие быстро проходит, поэтому продавец и стал оспаривать сделку.

цов, утверждающих, что им кто-то что-то нашептал, настучал или насвистел. И возможно, что в таких исках будут требовать от истцов гарантий исполнения двусторонней реституции, например, в виде депозита полученной от покупателя суммы (и стоимости произведенного им ремонта) на счет суда или нотариальной конторы. Тогда мошеннические аппетиты продавцов заметно убавятся.

P.S. Иван Иванович Хемницер, баснописец 18 века, написал басню «Лев учредивший совет». Речь идет о том, что в совет Лев назначил Слонов, но за неимением их в достаточном количестве, пришлось добавить туда Ослов в надежде на то, что Слоны наведут Ослон на ум. Однако получилось наоборот: Ослы свели Слонов с ума. Наверняка среди семи судей, рассматривавших дело о мошеннической продаже, был хотя бы один разумный. Но супротив остальных это все равно как в этой басне.

59

Все-таки великая вещь – римское право! Верно говорит Иеринг, что с его помощью можно решать даже такие вопросы, которые выдвинуло наше время. Вот, например, печально известное «дело певицы». Три инстанции приняли решения, по выражению Иосилевича, «поражающие своей экстравагантностью и абсурдностью». *Multitudo imperitorum perdit curiam* – множество невежественных практиков губит суд. А ведь истину можно было раскрыть даже при не особенно большом знании законов – в пределах первого курса университета; об отношении мотива к сделке написано в учебниках римского права.

Но речь о другом. Утверждая Дигесты, император Юстиниан льстил себя надеждой, что противоречия не нашли себе места в этом кодексе и «не откроются в нем даже в том случае, если кто с изощренной душой будет искать доказательств противоречий». И в подтверждение этого санкционировал, чтобы «никто из тех, кто в настоящее время обладает знанием права, и кто будет обладать им впоследствии, не дерзнул добавлять к этим законам комментарии». А еще он опасался, чтобы «многословие толкований из-за путаницы не прибавило бы какое-либо позорное пятно» (да, многословие — это бич современной юриспруденции).

Надеждам Юстиниана не суждено было сбыться. Явились глоссаторы, о которых, впрочем, Рабле говорит, что «юридические книги представляются великолепным, блестящим и драгоценным платьем с разводами из грязи; разводы в них, то есть толкования Аккурсия до того неопрятны и подлы, что являются чистейшей грязью и дрянью». И далее процесс пошел по нарастающей и высшей стадии достиг в конце 18 века, когда Христиан Фридрих Глюк начал публиковать свой комментарий. Здесь приключилась забавная история, вошедшая в сборник казусов Иеринга.

Первоначально Глюк планировал комментарий в шести томах, по подписке. Но затем стало понятно, что объем будет значительно больше. И тогда

один из подписчиков, получивший уже три тома, отказался принять следующие и потребовал, чтобы издатель взял их назад и возвратил цену. Последний сослался на предисловие ко второму тому: «если эта часть моего труда содержит в себе меньшую часть титулов и книг, чем можно было ожидать, то в оправдание я могу сказать, что этим я желал единственно удовлетворить большую часть подписчиков, что сочинение мое, сокращенное таким образом и втиснутое в шесть томов, много потеряет в своей основательности и ясности» (в общем-то, разумное намерение). Иеринг спрашивает: 1. обязан ли подписчик взять все остальные тома сочинения? 2. или, по крайней мере, шесть? 3. или не может ли он возвратить назад полученные три тома? Подписчик утверждает даже, что можно заставить издателя на основании обещания написать комментарий в шести томах. Что сказать по этому поводу?

Всего же Глюк успел издать 33 тома. После его смерти труд продолжили другие юристы и довели дело до 41-й книги Дигест.

Примером Глюка вдохновился Жан Шарль Флоран Демоломб. И повод у него был достойный: Французский гражданский кодекс, называемый Кодексом Наполеона. Наполеон весьма гордился своим кодексом, считая его чуть ли не лучшим своим творением. И тоже думал, то создал нечто вечное и неизменное. И очень расстроился, когда узнал, что кодекс начали комментировать (еще не Демоломб), воскликнув: «пропал мой кодекс!».

Демоломб же не ударил в грязь лицом и успел написать аж тридцать один том (хотя планировал всего двадцать). При этом довел комментарий только до середины кодекса (дело его продолжили другие). Демоломб обращал внимание не только на теорию права, но и на судебную практику. Труд его весьма авторитетен, на него ссылаются французские юристы. Например, Марсель Пляниоль в книге «Курс французского гражданского права» (русское издание 1911 года), Евгений Годамэ в книге «Общая теория обязательств» (русское издание 1948 года).

Но вернемся к римскому праву. Современный испанский юрист Гарсия Гарридо отметил интерес к нему вообще и к решениям римских юристов в частности среди не только студентов-юристов, но и практикующих адвокатов. Изданный им сборник таких казусов стал в Испании бестселлером.

Множество здоровых предписаний содержится в римском праве. Пожалуй, нет ни одной даже самой современной нормы, которая не имела бы источником Дигесты. А еще Юстиниан гордился тем, что собрал *utilissima quam pulcherrima iura continentem* – наиболее полезные и *красивые* правовые нормы. Вот потому он и боялся многословных толкований, что ясности не прибавится, а красота пропадет.

Еще раз о «деле певицы». Желание обобщить ближнего, к сожалению, неискоренимо. «400 сравнительно честных способов отъёма денег» постоянно совершенствуются и дополняются. В связи с известным решением Верховного суда способ, когда суд «ставит силу договора в зависимость не от

выраженного обеими сторонами согласия на него, а от цели одной из них к его заключению», т.е. посредством ссылки на мотив сделки, вероятно, постепенно сойдет на нет. Количество же оснований недействительности законом ограничено (трудно представить себе, что будут признавать такие сделки противозаконными или противными нравственности⁹³).

И вот ушлые люди вспомнили о таком способе: если мотив облагодетельствования мошенников больше не работает, то почему бы не сослаться на неспособность понимать значение своих действий и руководить ими? Здесь, конечно, возникает системная трудность доказывания: доказать надо *отрицательный* факт – не-способность. Представьте, что вам надо доказать неспособность, скажем, писать, т.е. неграмотность. Способность писать доказать просто – взять и что-нибудь написать. А вот неграмотность?.. Довольно оригинальный способ придумал некий истец в 1871 году (кассационное решение № 643). Он просил признать завещание его брата недействительным на том основании, что завещатель находился не в здравом уме и не в твердой памяти и в подтверждение этого ссылался на «нелогичность, сбивчивость и противоречивость сделанных им распоряжений» (то есть отрицательный факт доказывал вполне положительными, хотя и оценочными, категориями), вследствие чего «распоряжения эти не могут быть приведены в исполнение». Однако суд нашел, что сама по себе «нелогичность завещательных распоряжений не доказывает еще умопомешательства завещателя».⁹⁴

В Законах гражданских (т. X ч. 1 Свода законов) специальной статьи о недействительности сделок нет. Но есть статья 1383 о недействительности продажи, учиненной лицами, состоящими под законным запрещением, как-то: безумными и сумасшедшими. Общая норма о недействительности по причине безумия появилась только в Проекте Гражданского уложения, статья 93: недействительны сделки, совершенные в состоянии умственного расстройства или вообще в таком состоянии, в котором лицо не могло действовать рассудительно и понимать значение своих действий. Затем была воспроизведена в статье 31 Кодекса 1922 года и во всех последующих.

Симулировать неспособность понимать и руководить (отсутствие воли и сознания), вероятно, можно, но только перед людьми, не знакомыми с психиатрией. Поэтому насколько эффективны будут такие иски покажет время, профессионализм судей и честность психиатров.

P.S. Вот тут один товарищ рассказал следующую историю. Почувствовал он себя плохо и решил сделать завещание. А нотариус ему и говорит: я рекомендую вам сходить к (некому) психиатру, он за 28.000 (двадцать восемь тысяч!) рублей выдаст вам справку о том, что в день совершения заве-

⁹³ Хотя, как знать, как знать... Судьи, принявшие решения «абсурдные и экстравагантные» пока не уволены.

⁹⁴ Немецкий юрист Карл Дикель в книге *Rechtsfalle. Zum Gebrauche bei juristischen Uebungen* (Юридические казусы. Для использования при юридических упражнениях) пишет: нередко приходится в делах наталкиваться на такого рода завещания и договоры, которые, хотя и составлены юристами, но в выражениях столь загадочных, что пессимист может предположить у их авторов желание по возможности размножить процессы.

щания вы находились в состоянии, *способном* понимать значение своих действий и руководить ими. Это будет, как говорил профессор Преображенский, окончательная бумажка, фактическая, настоящая. Броня! И ни один суд ваше завещание не оспорит. Дааа... А где гарантия, что тот же психиатр не выдаст другую бумажку, не менее окончательную, фактическую и настоящую, но только диаметрально противоположного содержания? Скажем, за тридцать тысяч рублей? Вот то-то и оно...

P.P.S. Ссылка мошенников на «неспособность понимать значение своих действий» порождает вопрос об исследовании намерений участников сделки. Антон Фридрих Юстус Тибо в книге «System des Pandektenrechts» пишет (§ 54): «наиболее надёжным способом выяснить намерение сторон обычно являются преамбулы (вводные части) сделок». При этом ссылается на Дигесты 45.1.134.1, слова Павла: *plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur* - «чаще всего то, что было сформулировано во вводных частях (преамбулах), считается повторённым и в стипуляциях». Получается, что преамбула не такая уж бесполезная часть сделки (хотя, конечно, гарантий ее устойчивости не дает). Правда, не совсем понятно, что именно подразумевали римские юристы под преамбулой. Вот другой перевод этого фрагмента: «чаще всего то, что признается согласованным при переговорах, считается повторенным в стипуляциях». Отсюда следует, что преамбула – это то, что согласовано при переговорах. Тоже хорошо. Это перекликается с кассационной практикой Сената, который допускал свидетельские показания «для приведения в известность существования таких событий, обстоятельств или фактов, которые предшествовали или сопровождали совершение сделки» (решения № 122 от 1867 и 1875 г.г.).

Эпидемия приобретает какие-то фантасмагорические формы. Вот очередной казус. Некая гражданка заключила кредитный договор, непосредственно при личном присутствии в банке. Потом якобы отдала кому-то деньги и завопила, что действовала под влиянием чужой воли. Ее представитель в суде утверждал, что сотрудник банка «должен был заметить ее неуверенность, грусть в глазах и вывернуть ее на изнанку». По счастью, в первой инстанции решение было в пользу банка (но мы помним, что судья, вынесшая решение по «делу певицы», уже заседает в апелляции...).

Поговорим о хотелках представителя, о «грусти в глазах». Только Инструкция о порядке совершения нотариальных действий 1987 года (ныне не действующая) обязывала государственных нотариусов отказывать в совершении нотариального действия, если за его совершением «обратилось лицо хотя и дееспособное, но находящееся в данный момент в таком состоянии,

что не понимает значения своих действий или не может руководить ими». В отношении других лиц (не государственных нотариусов) обязывающих предписаний не было и сейчас нет. Да и не может человек, не имеющих специального медицинского (психиатрического) образования обнаружить состояние непонимания. Хотя нотариусы и стараются это делать.

Немецкий юрист Эрнст Беккер в книге *System des heutigen pandektenrechts* (Система современного пандектного права) говорит: каждое волеизъявление (*Willenserklärung*) состоит из внутреннего действия — «воли» (*Wille*) и внешнего действия — «заявления» (*Erklärung*). «Воля» по своей природе неуловима, тогда как «заявление» — осязаемо (*Der Wille ist ungreifbar, die Erklärung greifbar*). Однако человеку не дано органа для прямого познания неуловимого (чисто внутреннего психического процесса) в другом лице, поэтому в деловом общении и в судебном разбирательстве могут учитываться лишь те проявления воли, которые воплощены в заявлениях.

Отсюда следует, что содержание волеизъявления определяется исключительно по его внешнему выражению; пока не доказано обратное, предполагается, что заявление адекватно отражает волю лица.

Побудительные причины (мотивы, внутренний психический процесс) вступления в сделку весьма многообразны: возможно, вырученные деньги лицо желает потратить на приобретение какого-то имущества, положить в банк под проценты, подарить кому-то или просто присвоить без намерения возврата кредитной организации. В последнем случае правдоподобно звучит версия о влиянии чужой воли. Но недоказуемо.

И здесь возникает вопрос: требуют ли ответчики доказательств утверждаемых истцами фактов? Много можно потребовать доказательств: того, что деньги действительно переданы третьим лицам (а не утаены самим истцом); того, что помянутые третьи лица — мошенники; того, что на истца влияла чужая воля и чья именно воля, и т.д. и т.п. При этом заявление в полицию (если оно даже и было) факт передачи отнюдь не доказывает. (Но вот что еще интересно: как же компетентные органы возбуждают такие дела, да еще признают потерпевшими? На основании простого голословного заявления? И это при том, что они (органы) вообще неохотно возбуждают дела, особенно такие безнадёжные.)

В данном случае можно бы вспомнить правило *non jus tibi deficit, sed probatio*. Но вопрос решается проще, поскольку нет *deficit jus*: сила договора ставится в зависимость от выраженного обеими сторонами согласия на него, а не от цели (мотива) одной из них, и действует другое правило: *falsa causa non nocet* — ложная причина не вредит. Но и Михаил Евграфович, к сожалению, прав в отношении свойств юридических ересей.

Некий юрист, рассказывая занимательную историю в стиле пресловутого «дела певицы» из цикла «четыреста сравнительно честных способов

отъема денег» дал совет о «волшебном пункте» в договоре: «всегда требуйте вписать в договор фразу о том, что продавец гарантирует...».

Да, любят у нас «гарантировать», сам когда-то писал курсовую на эту тему. Вот только почему-то вся надежда только на произнесение слова; никто не дает себе труда определить, с кем и какие правовые отношения при этом должны возникнуть.

Георгий Константинович Гинс в статье «Юридическое значение частной гарантии» говорит, что «лучший исследователь вопроса о гарантии» - Рудольф Штаммлер, книга «Der Garantievertrag» [Гарантийный договор] (весьма обстоятельная, надо сказать, книга).

Гарантийные договоры (Garantieverträge) — это соглашения, в которых гарант (Garantiegeber) обязуется перед бенефициаром (Begünstigten) принять на себя риск определённого события или обеспечить определённый результат. [Штаммлер делает оговорку о том, что «предоставление совета, разумеется, ещё не означает принятия на себя гарантийных обязательств»; nemo ex consilio obligatur]. В частности, Штаммлер цитирует Светония, который рассказывает, как император Клавдий, во время особой нужды Рима в хлебе, гарантировал корабельщикам определённый доход, приняв на себя и возможные их убытки от кораблекрушения: *Nam et negotiatoribus certa lucra proposuit suscepto in se damno, si cui quid per tempestates accidisset* – также он предложил торговцам гарантированную прибыль, принимая на себя убытки, если с кем-либо что-либо случится из-за непогоды. Это так называемое *promissio indemnitis* – обещание возместить возможный вред.

Но «наиболее частый и наиболее простой вид гарантии – гарантия продавца», согласно которой он обязуется принять вещь обратно или поменять ее при наступлении резолютивного условия. Попробуем применить это на практике. Певица продает квартиру и «гарантирует» сделку. Если это «наиболее простой вид гарантии», то, вероятно, это означает, что в случае, если она предъявит иск о недействительности сделки, то она предоставит другую квартиру такого же качества. Но что мешает ей предъявить и второй (и третий, и четвертый и т.д.) иск? Сколько же потребуется таких «гарантий» и какая будет «окончательная, фактическая, настоящая»?

Получается следующее. Продавец принимает на себя обязательство и не выполняет его. При этом он обещает («гарантирует») и другое обязательство. Всего два обязательства от одного лица. Но если не выполнено первое, где «гарантия» выполнения второго?

Как работала советская гарантия? Магазин продавал телевизор, на него действовала гарантия. Это означало: в случае поломки государство чинило этот телевизор, для чего: а) существовала сеть ремонтных мастерских, и б) соответствующая нормативно-правовая база. С одной стороны, это напоминает «наиболее частый и наиболее простой вид гарантии», поскольку и продавец, и ремонтник действуют от лица государства. Но с другой это все же *promissio indemnitis*, поскольку магазин и мастерская разные юридические лица. Особенность договоров *promissiones indemnitis* в том, что риск предприятия принимает на себя третье лицо.

В договоре купли-продажи обязанность продавца – передать объект сделки. В случае внесения в договор «волшебного пункта» о том, что «продавец гарантирует», какие еще обязательства он на себя возлагает? Получается, что никаких, по принципу *he that promises too much means nothing* – кто слишком много обещает, на самом деле ничего не обещает. Греки выражались грубее: так много благ, что опростаться негде. Или еще грубее: так много благ, что негде и п...рать.

63

Известное решение Верховного суда пробудило интерес к вопросу мотива в сделке. Учебники римского права весьма обстоятельно освещают эту проблему, хотя казуистика и не столь богата: Помпоний Д.12.6.52, Павел Д.12.6.65.2, Папиниан Д.35.1.72.6 и Институции 2.20.31.

И вот на эту тему есть любопытный казус из сборника Иеринга:

За нѣсколько времени передъ возвращеніемъ Фридриха-Вильгельма IV, короля прусскаго, изъ предпринятой имъ въ 1840 г. при вступленіи на престолъ поѣздки по странѣ, городъ Берлинъ рѣшилъ устроить ему торжественную встрѣчу. Днемъ въѣзда назначено было 15 сентября. Въ виду этого въ тѣхъ улицахъ, по которымъ долженъ былъ двигаться королевскій поѣздъ, многими наняты были за весьма высокую цѣну комнаты и окна. Позднѣе узнали, что въѣздъ произойдетъ только 17 сентября; тѣмъ не менѣе, многіе изъ хозяевъ требовали условленной наемной платы за 15-е число, а помѣщеніе отдали на 17-е другимъ. Имѣли ли они право на то и на другое?

Итак, есть договор аренды, а «договоры должны соблюдаться настоящим образом», *pacta sunt servanda*. Следовательно, воспользовался арендатор нанятым имуществом или нет, но платить обязан, и арендодатель имеет право требовать. [В этой связи интересно вспомнить английский прецедент 1647 года Пардин против Джейна, «дело о сгоревшем сарае». Любопытна аргументация суда: «если кто-либо им самим заключенным договором возлагает на себя обязанность, он обязан ее исполнить, несмотря на случаи неизбежной необходимости, *ибо он мог в своем договоре их предусмотреть*» (*jus vigilantibus scriptum est*). И хотя речь идет о т.н. невозможности исполнения, однако под этот прецедент стали подводить случаи, когда исполнение не стало невозможным, но возникли такие условия, что человек разумной предусмотрительности, если бы он мог их предвидеть, не вступил бы в договор; эти случаи получили название «расстройство планов», «уничтожение замыслов», *frustration of adventure*.]

Но все это только на первый взгляд. Имеет ли в данном случае значение мотив сделки (побудительные причины, предварительные соображения)? (В известном деле семеро судей в трех разных инстанциях не усомнились в решающем значении мотива.) Можно ли поставить силу договора в зависимость не от выраженного сторонами согласия на него, а от цели одной из них к его заключению? И нет ли здесь ошибки в мотивах (который сводится к тому, что решение принято под влиянием ложных представлений о существенных обстоятельствах)?

Начнем с последнего. Насколько представления жителей о проезде короля были реальны? Все-таки это событие значительного, можно сказать –

государственного масштаба. И хотя бы на этом основании его можно считать вполне вероятным, а значит ошибку в мотивах можно исключить.

Следовательно, речь идет о препятствии на пути к достижению цели – ожидали увидеть короля 15 сентября, а он приехал только 17-го. Так бывает: хотел одного и в ожидании совершил сделку, а ожидание не оправдалось. Действительна ли сделка?

То, что мотив не имеет влияния на саму сделку, установлено не только в учебниках права, но и в кодексах (например, пункт 3 статьи 178 ГК). «Имеет значение не то, чего сторона желает внутри себя, а то, что из её внешнего поведения очевидно другим участникам как её воля» (Konrad Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen rechts, § 64). И в этом отношении аренда 15 сентября комнат и окон несомненно действительна и порождает безусловную обязанность платить.

Но правила о мотивах содержат и исключения; не случайно упомянутая статья 178 делает оговорку: «...не является достаточно существенным для признания сделки недействительной». А что же достаточно существенно?

Итак, «изъявление воли обсуждается независимо от мотивов». (Исключения составляют случаи, когда на волю оказывало влияние злонамеренное действие контрагента.) Но связь мотива со сделкой все же есть: закон достаточного основания не допускает совершения чего-либо без причины. Для того, чтобы мотив имел значение в сделке, необходимо сформулировать его в качестве условия. Рудольф Леонгард (Rudolf Leonhard) в книге «Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Recht: ein Beitrag zur Vereinfachung der Vertragslehre» («Заблуждение в ничтожных договорах по римскому праву: к вопросу об упрощении учения о договорах»), §13 пишет: если какое-либо ожидание было решающим для заключения договора только для одной стороны, другая сторона должна признать его условием сделки, если это было для неё очевидно. «Должна признать» есть выражение *conditio tacita* – молчаливого, подразумеваемого условия.

Было ли какое-то «решающее ожидание» в сделке найма? Безусловно. Причем ожидание это было известно всему городу (и не только городу), в том числе, разумеется, и наймодателям. Договоры считаются недействительными из-за неосуществленного мотива, если мотив согласован как условие, даже если это не сформулировано явно. А раз так, то никакого права требовать деньги за 15 сентября хозяева не имели.

Иначе обстоит дело с наймом 17 сентября. Никаких обязательств по изменению договора перед нанимателями 15 сентября хозяева не имели; обязательство огранивалось только этим днем (тем более, что проезд короля событие весьма непродолжительное по времени). Преимущественного права наниматели 15 сентября также не имели. Следовательно, договор 17 сентября мог быть заключен с кем угодно (в том числе с нанимателями 15 сентября, если бы они проявили соответствующую активность); все были в равных условиях.

Как назвать решения по пресловутому «делу певицы» - мягко и интеллигентно (в хорошем смысле этого слова), как это сделал бы Иосилевич – *экстравагантными и абсурдными*, или с присущим современности цинизмом – идиотскими – дело воспитания. Как бы то ни было, вероятно, надо досконально разобраться в том, что же такое «мотив». В этом отношении, пожалуй, наиболее интересна и полезна книга профессора гражданского права юридического факультета Парижского университета Анри Капитана (Henri Capitant) «Об основании обязательств (договоры, односторонние обязательства, легаты)», 1927 год издания, стр. 22-25:

«Различие в причине и мотиве.

Приведённые пояснения позволяют легко разграничить понятие «основание» (cause) или «цель» и понятие «мотив» (motif, mobile déterminant – «определяющий мотив», «решающий побудительный фактор»), который побуждает должника принять на себя обязательство.⁹⁵

Мотив — это случайная, субъективная причина, а потому она меняется от человека к человеку; именно она побуждает лицо заключить договор. Так, один продаёт вещь, потому что ему нужны деньги для погашения долга, либо потому, что он покидает местность, где находится эта вещь, либо потому, что хочет сделать более доходное вложение, и т.д. Точно так же покупатель может руководствоваться совершенно разными соображениями в зависимости от обстоятельств. Тот, кто берёт займы, делает это либо для погашения долга, либо для спекуляции, либо для строительства, либо по любой другой причине.

Мотив оказывает решающее влияние на волю контрагента: он побуждает его принять на себя обязательство. Между мотивом и обязательством существует несомненная причинно-следственная связь. И тем не менее известно, что ошибка относительно мотива не аннулирует обязательство. Право не принимает его во внимание, хотя в таком случае согласие и не соответствует действительной воле контрагента; тем не менее право признаёт действительность обязательства. Как это можно объяснить?

Причина в том, что договор — это прежде всего соглашение воли; именно соглашение воли определяет его содержание. Всё, о чём договорились заинтересованные стороны, то есть то, в отношении чего они достигли согласия, становится составным элементом договора. Напротив, то, что не было известно и не входило в волю обеих сторон, остаётся за пределами договорного поля и, следовательно, не может оказывать никакого влияния на действительность обязательств. При этом психологический мотив, побуждающий каждую из сторон принять на себя обязательство, не является частью их соглашения воли. Действительно, хотя кредитор всегда или почти всегда знает основание (каузу) обязательства должника — ведь в принципе это основание вытекает из самой природы заключённого договора, — он чаще всего не знает мотива, по которому должник принял на себя обязательство. Это

⁹⁵ Немецкие юристы используют слово *Beweggrund*, чтобы обозначить мотив, и противопоставляют его *Rechtsgrund* — правовому основанию (причине) юридического акта.

связано с тем, что данный мотив безразличен для кредитора, а должник зачастую заинтересован в том, чтобы не раскрывать его, опасаясь, что его знание может повлиять на условия договора. *Мотив, в отличие от цели, не входит в акт волеизъявления должника*⁹⁶. В нём нет ничего юридического: он предшествует соглашению воле. Поэтому не имеет значения, истинен он или ложен, правомерен или неправомерен — должник тем не менее остаётся надлежащим образом обязанным. Не имеет значения даже то, что кредитор фактически знал о мотиве: одного этого недостаточно, чтобы включить его в состав договора. Иное было бы лишь в том случае, если бы стороны сами сделали его элементом договора, то есть если бы он являлся для обеих сторон определяющей причиной их соглашения.

Полезен пример, чтобы подкрепить это различие.

Предположим, что некто покупает здание, чтобы разместить в нём игорный дом, но не сообщает продавцу о своём намерении. Несомненно, купля-продажа будет действительной, и покупатель, если полиция закроет игорный дом, не сможет требовать расторжения договора. Но, напротив, сделка будет ничтожной, если речь идёт о здании, которое уже использовалось для игорной деятельности, либо если обе стороны согласились, что продажа совершается именно для организации такой деятельности.

Таким образом, как видно, важно не путать основание (каузу) и определяющий мотив. Мотив — это психологический фактор, который не входит в акт волеизъявления, порождающий обязательство, и, следовательно, не является составным элементом соглашения воле; в то время как кауза — неотъемлемая часть этого акта волеизъявления и, соответственно, договора.⁹⁷»

65

Вопрос принятия дел - «одного из наиболее кардинальных и спорных» - неоднократно обсуждался русской присяжной адвокатурой. В отношении дел уголовных мнения таких авторитетов как Владимиров, Фойницкий, Платонов и Барымов, а также Эдмон Пикар совпадают: в уголовных делах отказ от защиты не допускается, вплоть до случая признания виновности подсудимым⁹⁸.

Относительно же дел гражданских было высказано много интересных и противоречивых суждений.

⁹⁶ Курсив мой — А.В.П.

⁹⁷ Можно добавить, что мотив обычно связан с прошлым: он определяет проявление воли, тогда как цель будет достигнута лишь в будущем или, по крайней мере, самое раннее - в самый момент заключения соглашения.

Тем не менее не всегда верно, что мотив - это предшествующий факт. Так, в приведённом примере (приобретение дома для размещения в нём азартных игр), мотив заметно сближается с целью; можно сказать, что он становится второстепенной целью. Но тем не менее он остаётся вне рамок договора - если только стороны не включили его в договор.

⁹⁸ В этом отношении интересен рассказ из книги Владимирова «Advocatus miles» (стр. 5-7): узнав от подзащитного о его виновности, адвокат, попавший в трудное положение, запросил мнение судьи о возможном продолжении защиты. Тот ответил: он должен продолжить защиту и имеет право изложить все те аргументы, которые при добросовестном толковании могут быть извлечены из доказательств, представленных на суд.

Наибольшую, пожалуй, известность получило дело адвоката Лохвицкого (которое послужило поводом для брошюр Джаншиева и Васьковского). После прохождения всех судебных инстанций Сенат сформулировал правило: «на обязанности адвоката не может быть возложено разыскание нравственной чистоты дела и потому принятие им гражданского дела к своему производству может регулироваться только закономерностью тех требований, защитником которых он является, и наличностью тех данных для удостоверения в действительности защищаемого права, кои установлены законом или сим последним покровительствуются».

Но этот вопрос волновал не только русских адвокатов. Юрист 18 века Юстус Мёзер написал любопытную книгу «Патриотические фантазии». И в ней есть Глава XXXIX «Вопрос совести одного адвоката»:

«Я адвокат и защищал множество дел в суде, но среди них не было ни одного, которое я счёл бы настолько несправедливым, чтобы отказаться от его защиты. Однако мой клиент более одного раза был приговорён к оплате всех судебных издержек, и я был вынужден заключить, что, должно быть, занимался защитой несправедливого дела. Это беспокоит меня, и я хотел бы знать, насколько далеко простираются границы моих обязанностей.

Один старый добрый друг сказал мне, что адвокат должен вести себя как солдат, который должен наилучшим образом защищать дело своего господина, не заботясь о справедливости этого дела, подобно военной стратегии. Как в войне нельзя использовать яды и убивать пленных, так и в адвокатской практике нельзя использовать поддельные документы и ложные свидетельства, и если сторона в конфликте стремится к миру, нельзя отговаривать её от этого — вот и все обязанности адвоката.

Однако, по моему мнению, это сравнение не совсем точное. Существуют более высокие причины, по которым солдат может заботиться о справедливости дела, за которое он рискует своей жизнью. А то, что никто не должен прибегать к обману и препятствовать стремлению сторон к миру, — это общая обязанность, лежащая на всех людях. Таким образом, вопрос остаётся нерешённым.

Хотя некоторые советуют самый надёжный путь в таких случаях — не действовать против своей совести и не браться за защиту дела, которое сам считаешь несправедливым, — это не даёт мне достаточного руководства, поскольку я неоднократно замечал, что дело, которое поначалу казалось мне несправедливым, впоследствии, когда я ознакомился со всеми обстоятельствами и деталями, приобретало совершенно иной облик. Поэтому я всегда принимал все дела, которые при первом взгляде казались мне несправедливыми, из осторожного недоверия к своим первоначальным впечатлениям. Возможно, именно поэтому я никогда не отказывался от защиты порученного мне дела.

Следовательно, адвокату либо должно быть позволено принимать и защищать все дела без различия, либо ему следует указать критерий, с помощью которого он мог бы отличать справедливые дела от несправедливых. Именно такой критерий я и прошу указать.

N.N.

Advocatus immatriculatus («адвокат, не внесённый в реестр»))»

И вот еще суждение, из главы XXX «О важном различии между действительным (материальным) и формальным правом»:

«Самый печальный случай, в котором нередко оказывается судья, — это когда он явно усматривает действительное право, но не может придать ему силу формального. Тем не менее лучше, чтобы скорбел один человек, чем чтобы всё оказалось в опасности; а именно это и произошло бы, если бы каждый судья мог сразу признавать правомерным то, что он считает действительным правом».

66

Беседа могильщиков из первой сцены пятого акта «Гамлета» всегда напоминала разговор каких-то алкашей.⁹⁹ Но все оказалось гораздо серьезнее и интереснее! Первое почти полное собрание сочинений Шекспира, так называемое Первое фолио 1623 года, обнаруживает, что никаких могильщиков там нет. А есть «two clownes», то есть «два клоуна». Вот это номер! Тогда диалог приобретает несколько иной характер. Позднейшие издатели гадали, почему клоуны? И решили, что это амплуа актеров, которые играли могильщиков. Довольно странное суждение, тогда надо было бы указывать амплуа и других актёров.

Опытные люди давно заметили, что уж очень много в пьесах встречается юридических терминов и понятий; подсчитано, что в 124 местах, то есть в среднем не менее трех мест в каждой пьесе. Сходу это определить довольно трудно, поскольку беседу «могильщиков» самые известные переводчики — Лозинский и Пастернак — перевели совершенно цивильно (не в смысле гражданского, т.е. гражданского права). В общем-то это совершенно правильно, поскольку при точном переводе пришлось бы объяснять их значение. В английском же тексте использованы термины: *se offendendo* («могильщики»), а в сцене с черепом юриста — *quiddits, quilllets, cases, tenures, tricks, action of battery, statutes, recognizances, fines, double vouchers, recoveries*.¹⁰⁰

На тему «Шекспир и право» написано довольно много книг. Вероятно, самая авторитетная — «Юридические познания Шекспира» лорда Джона Кэмпбелла, доктора права, генерал-атторнея, генерал-солиситора, лорд-канцлера Ирландии, лорда-главного судьи Суда королевской скамьи, Лорд-канцлера Великобритании. В конце главы о «Гамлете» Кэмпбелл пишет, что «все эти специальные термины употребляются, по всей видимости, с полным пониманием их значения; и даже некоторых практикующих барристеров, с которыми я знаком, поставило бы в тупик требование пройти по всем им подряд и удовлетворительно определить каждый из них».

⁹⁹ В былые времена автору доводилось слышать перебранку алкашей о том, кто сколько кому стаканов портвейна задолжал. Очень похоже.

¹⁰⁰ То есть: «по собственному посягательству», «придирки по форме», «юридические крючки», «дела», «земельные держания», «трюки» (в процессе), «иск о побоях», «статуты», «обязательства под поручительство», «штрафы», «двойные поручительства», «восстановления прав».

Юридическое образование автора пьес под псевдонимом «Шекспир» (точнее – Шейкспир – Shakespeare, Shake-speare – «потрясающий копьем»; не путать с Шакспером – Shakspere или Shaxper – неграмотным ростовщиком из Стратфорда, завещавшим своей жене «вторую по качеству кровать») доказано с высокой степенью вероятности. Вот любопытный факт. Бельгийский историк Демблдон обнаружил в списках иностранных студентов Падуанского университета имена двух студентов из Дании – Розенкранца и Гильденстерна (Гильденстерн засветился потом и в России в свите герцога Шлезвиг-Голштинского в 1602 году). Изучали они право, а вместе с ними учился и Роджер Мэннерс, граф Рэтленд – один из вероятных претендентов на авторство шекспировских сочинений.

Но вернемся к «могильщикам». Даже без *offendendo* речь звучит весьма витиевато. Но оказалось, что их диалог пародирует весьма известное дело Хейлс против Пети (*Hales v. Petit*), о котором Шекспир читал в «Отчёте» Плоудена (*Les commentaries ou les reportes de Edmund de Plowden*, 1571 год).

О чем же шел спор? Сэр Джеймс Хейлс (младший судья Суда общих тяжб, хотя этого в отчете Плоудена и не говорится) владел правом аренды «200 акров болот¹⁰¹ со всеми принадлежностями¹⁰², расположенные в Грейвни, называемый Грейвни-Марш, иначе Клифф-Марш», а также «семью волами, одной тёлочкой, одной коровой, пятью меринами и одной тысячей овец и ягнят» (которые, вероятно, на этом болоте и паслись). За причастность к заговору Хейлс был привлечён к ответственности, однако его помиловали и освободили из тюрьмы. Тем не менее он был настолько напуган возбуждённым против него делом, что лишился рассудка и, после попытки свести счёты с жизнью при помощи перочинного ножа, утопился, войдя в реку (ни про заговор, ни про помраченный рассудок, ни про перочинный нож в отчете Плоудена не сказано).

Итак, было установлено, что «упомянутый Джеймс, не имея Бога перед очами своими, но будучи совращён искусством дьявола, добровольно вошёл в реку и там преступно и добровольно утопился, нарушив мир (правопорядок)». И тем самым стал *felo de se* (самоубийцей, совершившим фелонию). В таких случаях закон постановляет, что после такой смерти «товары и движимое имущество, принадлежавшие ему в момент совершения деяния, ставшего причиной смерти, более не будут его собственностью, а перейдут к королю».

Что и было проделано. Затем право аренды было передано ответчику Кириаку Пети, который, по утверждению истицы, «силою и оружием ворвался в её огороженный участок и её траву стоимостью 40 фунтов, недавно там произраставшую, скотом съел, потоптал и уничтожил, а также учинил иные

¹⁰¹ Напоминает рассказ капитана войск Фортинбраса за какой лоскут земли они идут воевать.

¹⁰² Помните слова Озрика при вызове Гамлета на дуэль: «король поставил шесть берберских коней против чего заложено шесть французских рапир и кинжалов с их принадлежностями». И здесь Шекспир пародирует судебный стиль.

обиды¹⁰³, к великому ущербу названной Маргарет и против мира госпожи королевы».

Итак, вопрос: правомерно ли вдова была лишена права аренды?

И вот самое интересное: аргументы адвокатов и суждение судей.

«При таком виде фелонии надлежит учитывать два момента: во-первых, причину смерти; во-вторых, смерть, последовавшую за этой причиной, - и именно эти два элемента составляют фелонию; без того, чтобы оба они были совершены, фелония не считается оконченной. Причиной смерти является действие, совершённое лицом при жизни, которое и повлекло за собой смерть. В данном случае действием, повлёкшим смерть, стало добровольное бросание себя в воду - именно оно и явилось причиной смерти».

«До тех пор, пока смерть не наступила окончательно, лицо не считается *felo de se*. Ибо, если бы оно убило другого, оно не считалось бы преступником до тех пор, пока другой не умер. По той же причине оно не может считаться *felo de se* до тех пор, пока его собственная смерть не наступила полностью и окончательно. Ибо смерть предшествует фелонии и смерть предшествует конфискации».

«Деяние состоит из трёх частей. Первая - это замысел (*imagination*), то есть размышление или обдумывание ума: удобно ли ему лишить себя жизни и каким способом это можно сделать. Вторая - это решение (*resolution*), то есть твёрдое намерение ума уничтожить себя и сделать это тем или иным конкретным способом. Третья - это совершение (*perfection*), то есть исполнение того, что ум решил сделать».

Лорд Дайер (судья) сказал, что в этом деле следует рассмотреть пять вопросов. «Во-первых, характер преступления сэра Джеймса Хейлса; во-вторых, против кого совершено преступление; в-третьих, чего он должен лишиться; в-четвёртых, с какого момента должна начинаться конфискация; и в-пятых, будет ли срок аренды изъят у жены».

«В данном случае самоубийство было заранее обдумано и решено в уме до совершения самого деяния; таким образом, всякий, кто решает лишить себя жизни, делает это по наущению дьявола и тайно, *nullo praesente, nullo sciente* («никого нет рядом, никто не знает»), дабы никто не помешал ему совершить это. Следовательно, по своему характеру данное преступление является убийством».

Судья Браун сказал: «сэр Джеймс Хейлс мёртв - так как же он пришёл к своей смерти? На это можно ответить: путём утопления. А кто его утопил? Сэр Джеймс Хейлс. А когда он это сделал? При жизни. Следовательно, сэр Джеймс Хейлс, будучи живым, стал причиной смерти сэра Джеймса Хейлса; и деяние живого человека стало смертью умершего человека».

«Своим деянием - а именно бросанием себя в воду - он совершил два действия: во-первых, он лишил жизни одного из подданных короля;

¹⁰³ Напоминает позов Ивана Никифоровича к Ивану Ивановичу: «всякие пакости, убытки и иные ехидненские и в ужас приводящие поступки мне чинит, как разбойник и тать, с топорами, пилами, долотами и иными слесарными орудиями забрался ночью в мой двор и в находящийся же в оном мой же собственный хлев, собственноручно и поносным образом его изрубил».

во-вторых, тем самым он избежал предъявления обвинения и судебного приговора, который должен был быть вынесен против него, - и таким образом он бежал от закона и ускользнул от его правосудия».

Сравните теперь эти высокоученые рассуждения с беседой «могильщиков». Становится понятно, что никакое это не аплуа актеров, а самая обычная (хотя и с юридическим уклоном) клоунада. Большой юморист, однако, был этот Шекспир!

67

Английские право, конечно, весьма своеобразно и, по меткому выражению Иеринга, *schwerfällige und baroke Art der juristischen Technik* [den juristischen Rococoſtyl] (дословно: тяжеловесная и барочная манера юридической техники [юридический стиль рококо]) или, в удачном русском переводе - *курьезно* (во всяком случае, для юриста континентальной школы). В самом деле: если научная обработка права, то есть извлечение из казусов общих начал началась у римлян в 6 веке (Дигесты, Кодекс Юстиниана), а у нас по меньшей мере с 12 века («Русская правда»), то в Англии как не тщатся, а уйти от прецедентов так и не могут (хотя там есть т.н. частные кодификации, например, Эдуарда Дженкса, изданная у нас в 1941 году).

Но вот в чем Иеринг был неправ, это в том, что английская юриспруденция незнакома с римским правом (*Die englische Jurisprudenz athmet bei all' ihrer Unbekanntschaft mit der römischen*).

Конечно, при таком объеме материала (например, в «Дайджесте английского гражданского права» Дженкса, второе издание, 1921 год, первый том (общая часть, обязательства и право собственности) перечень статутаов занимает 30 страниц, а прецедентов – 187) ориентироваться в нем почти невозможно. Вероятно поэтому в англосаксонской юриспруденции приобрели популярность разного рода правовые словари и энциклопедии, а также сборники римских максим. Вот несколько примеров: «*Encyclopaedia of the Laws of England with Forms and Precedents by the Most Eminent Legal Authorities*», 1897–1903 (13 томов); Herbert Broom «*Legal Maxims*», 1845; John Bouvier «*Law dictionary and concise encyclopedia*», 1839; Edmond Wingate «*The Order of the Maximes of Reason; Or the Reason of the Common Law of England*», 1658. Ну и наконец Francis Bacon «*Collection of Some Principall Rules and Maximes of the Common Law*»¹⁰⁴, 1630 – один из первых (если не самый первый) такого рода сборников. И максимы иллюстрируются многочисленными прецедентами.

Возьмем для примера норму, основанную на высказывании Цельса (Д.8.3.11), впоследствии получившую формулировку *non concedit venire con-*

¹⁰⁴ Полное название: *The Elements of the Common Lawes of England, Branched into a Double Tract: The One Contayning a Collection of Some Principall Rules and Maximes of the Common Law, With Their Latitude and Extent. Explicated for the More Facile Introduction of Such as are Studiously Addicted to that Noble Profession. The Other the Use of the Common Law, For Preservation of Our Persons, Goods, and Good Names. According to the Lawes and Customes of this Land.*

tra factum proprium – никто не может действовать противоположно своему предыдущему поведению, или *allegans contraria non est audiendus* — противоречивые заявления не должно слушать. В сборнике максим Брума она названа элементарным логическим принципом; действительно, это второй логический закон – закон противоречия (*lex contradictionis*): всякое противоречие в мышлении исключает возможность познания истины.

Правило *allegans contraria* применено (хотя и не воспроизведено непосредственно в тексте судебного акта¹⁰⁵), в частности, в деле 1591 года «Батлер против Бейкера». Фабула: муж по завещанию оставил жене, у которой уже была вдовья доля [*jointure* – специально выделенное имущество или доход, который закреплялся за женой на случай смерти мужа] пожизненно манор (поместье). Если же она выберет *jointure*, завещательное распоряжение утрачивало силу. Вдова отказалась от *jointure* во внесудебном порядке и вступила во владение поместьем. То есть завещатель поставил вдову перед выбором: либо *jointure*, либо поместье; сочетать то и другое нельзя. Вступление во владение поместьем несовместимо с удержанием *jointure*, поэтому суд оценивал её поведение как несогласование с правом наследования. Суд признал, что внесудебный отказ вдовы лишил её *jointure*; после такого выбора она уже не могла сослаться на *jointure*.

Вот из такого рассуждения (довольно, впрочем, путанного) и выводится, что было применено правило *allegans contraria non est audiendus*.

Как бы то ни было, но правило весьма здоровое и применимое ко многим ситуациям. Например, распространились случаи (особенно после «дела певицы») после продажи недвижимости сослаться на непонимание своих действий и требовать расторжения договора. Не применимо ли здесь правило *allegans contraria*?

А еще английские судебные акты любопытны тем, что в них приводятся высказывания судей, иногда весьма интересные. Вот, например, в деле Батлер-Бейкер такое: «право придаёт большее значение действию без слов, нежели словам без действия»¹⁰⁶ (*the law doth more respect an act without words, than words without an act*). «Никакая юридическая фикция не может превратить законное действие в противоправное; ибо юридические фикции никогда не причиняют вреда» (*no relation shall make that tortious which was lawful; for relations are fictions in law, which will never do wrong*).

В сборнике Эдмунда Уингейта «Система максим разума, или Разум английского общего права» [в котором право излагается как система разумных оснований (*maximes of reason*), выведенных из судебной практики. Собственно, как и в Дигестах] под номером 11 указана максима *The Law delighteth in apt Expressions* – «право радуется уместным выражениям» (или «право любит

¹⁰⁵ Максима помещена в маргиналии [примечание, расположенное на поле страницы] одного из сборников судебных отчетов.

¹⁰⁶ Впрочем, это тоже римляне: «при заключении договора то, что фактически совершается, следует считать определяющим». Д.12.1.3. Помпоний; «при купле-продаже следует руководствоваться скорее тем, что было сделано, чем тем, что было сказано». Д.18.1.6.1. Помпоний; «в стипуляциях и прочих договорах мы всегда руководствуемся тем, что было совершено». Д.50.17.34. Ульпиан.

уместные формулировки»). Заканчивается её объяснение так: «статуты, принятые до правления Генриха VIII [то есть до 1509 года], были краткими и лаконичными, но с того времени они стали значительно более сложными и объёмными, тогда как законы и предписания должны быть краткими и ясными, чтобы их можно было легко понять и лучше запомнить, — согласно Эразму в его «Религиозных беседах»¹⁰⁷: «лучше выучить немного с увлечением, чем многое с утомлением» (*praefero pauca avide discere, quam multa cum taedio devorare*)). Пожалуй, это наилучшее объяснение увлечения английских юристов латинскими правилами.

In dicendo autem vitium vel maximum sit a vulgari genere orationis atque a consuetudine communis sensus abhorreere – в красноречии нет порока больше, чем уклонение от обыкновенного склада речи и от общепринятых понятий. Цицерон, Об ораторе, 1, 3, 12.

Искусство судопроизводства в сущности есть ничто иное как искусство пользоваться доказательствами.

Иеремия Бентам

Мысль фразы, вынесенной в эпиграф, вряд ли вызовет сомнение как в части значения для процесса процедуры доказывания, так и определение его не как науки, а как искусства¹⁰⁸.

Робер-Жозеф Потье в «Трактате о гражданском процессе» (*Traite de la procedure civile*), глава III, артикул IV, § 1, пункт 158 говорит: «когда решение по делу зависит от факта, оспариваемого сторонами, который может быть подтверждён показаниями свидетелей, та сторона, которая основывает на этом факте свои требования или возражения, должна чётко его сформулировать, не смешивая с какими-либо рассуждениями; другая сторона должна ответить таким же образом. Судья, прежде чем распорядиться о представлении доказательств, должен проверить: 1) может ли этот факт быть подтверждён свидетельскими показаниями; 2) не относится ли он к числу тех фактов, свидетельские показания в отношении которых запрещены регламентом; 3) зависит ли от подтверждения этого факта решение по делу».

¹⁰⁷ У нас издавались под названием «Домашние беседы», 1938 и «Разговоры запросто», 1969.

¹⁰⁸ По мнению Милля «все, что говорит правилами или предписаниями, а не утверждениями, относящимися к фактам, есть искусство». Пользоваться доказательствами и значит – применять правила – четыре правила логики (собственно, само доказывание как таковое – это и есть четвертое правило).

Третий пункт этого предписания по сути выражает мысль *allegari non debuit quod probatum non relevat* («не следует утверждать то, что, будучи доказанным, не имеет отношения к делу»)

И хотя в гражданском процессе свидетели заявляются все реже и реже, все же такие случаи еще бывают

Кронид Иванович Малышев в «Курсе гражданского судопроизводства, том 1 пишет: «Суд не вправе обременять тяжущихся излишними доказательствами, не вправе требовать от сторон, чтобы они тратили время и средства на удостоверение таких предметов, которые совсем не относятся к делу или не должны играть никакой роли при решении их спора. *Frustra probatur quod probatum non relevat*. Нарушения этого правила происходят обыкновенно оттого, что суд не точно понимает юридические отношения сторон, не умеет разложить их на элементы и выделить их от посторонних примесей. Часто сами тяжущиеся вносят в свое состязание разные вопросы, не имеющие связи с делом, и судье нужно владеть большим тактом и привычкой к анализу, чтобы распутывать их отношения» (стр. 278).

Юрист XIV века Чино писал: *Ista est lectura Iacobi praedicti, sed Petrus non stat in ea, quia non probatur lege, et sine lege erubescimus loqui* – такова трактовка Жака, но Пьер ее не одобряет, поскольку она не подтверждается законом, а мы стесняемся утверждать что-либо без ссылки на закон.¹⁰⁹

С этим не согласен Иеринг: Буквы решают дело! Что написано, то действует; что не написано, то не имеет никакого значения! Это – символ веры во всей его наготе и простоте. Я сомневаюсь, чтобы теперь ещё кто-нибудь подписался под этим символом веры, но кто не знает того, что он некогда имел право гражданства, что были времена, девиз которых гласил: *juris consultus sine lege loquens erubescit* – юрист должен краснеть, если он не опирается на закон.¹¹⁰

¹⁰⁹ Cinus Lectura in Codicem, de pactis. n. 20, fol. 460. v. col. 1.

¹¹⁰ Задача современной юриспруденции. Юридический вестник, 1883, № 8, стр. 562.