

А.В.Поляков

РАЗМЫШЛЕНИЯ О ПРАВЕ

Право существует для того, чтобы оно осуществлялось. Осуществление есть жизнь и истина права, есть само право.

Рудольф фон Иеринг

Москва, 2022

*Дорогим товарищам и коллегам
Ивану Сергеевичу Карлову и
Ольге Александровне Салазкиной
на добрую память*

ПРОЛЕГОМЕНА ДОСУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ¹

Испытывай все, что может повести к оправданию. Не ставь себе препятствий собственным своим решением вопросов, которые подлежат решению суда. Ходатайствуй, не боясь ни прямых оскорблений, ни иронических пожиманий плечами, ни сухих, несколько презрительных чиновничьих гримасок. *Помни, что ты постоянно и неизменно отстаиваешь правду и милость.*

Леонид Евстафьевич Владимиров

Необходимое предуведомление: настоящие заметки ни в коей мере не претендуют на освещение всех вопросов методологии, стратегии и тактики защиты на предварительном следствии. Работа по формулированию фундаментальных выводов и простых рекомендаций есть труд значительных сил адвокатского сообщества. Очерк является лишь приближением к теории досудебной защиты, определением некоторых исходных точек. Поэтому и посвящен он помощи свидетелю, которая не есть собственно защита, но лишь ее *προλεγομένα*².

.

Краткий исторический экскурс. Российское дореволюционное законодательство знало институт досудебной защиты – в форме т.н. депутатов. «Если обвиняемые суть лица, принадлежащие к духовенству, или военного звания, или вообще лица, принадлежащие к какому-нибудь особенному ведомству, то допрос и все следствие производить при депутатах от их ведомства; из сего изъеются: 1) первоначальные распоряжения, необходимые к приведению в известность преступления; 2) такие действия, кои не терпят отлагательства, как-то: исследование происшествия по горячим следам и тому подобное; меры сего рода могут быть приняты и без депутата» - статья 76 Законов о судопроизводстве по делам о преступлениях и проступках.³ (Исключение, впрочем, составляли крестьяне и лица городского сословия – к следствиям, производимым над ними, депутатов с их стороны не требовалось – примечание 1 к статье 76).

Названные депутаты обладали некоторыми процессуальными правами. Так, «депутаты имеют право предлагать Следователям свои объяснения и указания, могущие способствовать успешному ходу дела. Если Следователь не принимает предложения депутата, то обязан объяснить в особом постановлении побудившие его к тому причины» (статья 79); «депутатам предоставляется снимать с произведенного

¹ Опубликовано в журнале «Адвокатская палата», 2008, № 1.

² Прологомена (греч.) – предисловие, введение.

³ Свод Законов Российской Империи, том XVI, часть II, издание 1892 года, Санктпетербург.

следствия, или с некоторых нужных бумаг, копии для представления их своему начальству. Верность сих копий свидетельствуется производителями следствия или местом, в котором производится дело» (статья 80). И хотя «неприбытие депутата в назначенное время не препятствует производству следствия без депутата», «но по прибытии его во время производства следствия ему предоставляются сведения о всех обстоятельствах, обнаруженных предшедшими действиями Следователя, и все акты следствия» (статья 78).

Однако институт депутатов подвергнулся справедливой критике. Петр Акимович Александров (будущий присяжный поверенный) в 1863 году писал: «рассматривая произведенные у нас до сего времени следствия, мы почти нигде не найдем ни отзывов, ни протестов депутатов, хотя нельзя сказать, чтобы следствия всегда производились беспристрастно и с охранением законных прав обвиняемого, а равно и того, чтобы депутаты готовы были сочувствовать неправильным и притеснительным действиям следователей. Единственною причиною того была невозможность вступать в борьбу с следователем, деятельно защитить нарушенные права обвиняемого, по неимению нужных для того сведений и умения. Поэтому оказалось несостоятельным учреждение депутатов, и самым лучшим доказательством тому служит то, что сами обвиняемые почти никогда не заботятся о присутствии при их следствиях депутатов, сознавая их совершенно бесполезными; сами депутаты естественно должны были утратить энергию к исполнению своих обязанностей».⁴

Дополнительные процессуальные гарантии обвиняемому предоставляли статьи 226, 227 названных «Законов...». «Вообще в продолжение всего допроса стараться приводить обвиняемого к признанию более кротостию и увещанием, нежели строгостию. Обвиняемым отнюдь не чинить пристрастных допросов, истязаний и жестокостей, но стараться обнаружить истину чрез тщательный расспрос и внимательное наблюдение и соображение связи слов и действий подсудимого». «В случае важных обвинений или явного заперательства, призывать, для увещания обвиняемого, Священника».

Помощь свидетелям на следствии не допускалась.

Такое малозащищенное положение давало основание для вывода: «нет никакого сомнения, что обеспечить положение обвиняемого от неправосудия, произвола, поверхностности и легкомыслия следователя, равно как и от его закоснелой привычки обращать подозрение в достоверность, можно только введением защиты на предварительном следствии».⁵

⁴ Журнал Министерства Юстиции, том XVIII, ноябрь, стр. 242, 243.

⁵ Леонид Евстафьевич Владимиров. *Advocatus miles* (в сборнике: «Адвокат-воин. Принципы и техника уголовной защиты». М., Статут, стр. 102).

§ 1. Уголовные доказательства есть, главным образом, сумма свидетельских показаний (все вещественные доказательства – косвенные⁶).

Большинство определяющих любое событие фактов устанавливается сообщениями о них людей, непосредственно это событие (факты) наблюдавших. Фиксация факта в следственном процессе придает ему новое качество – преобразует в доказательство. Следовательно, с момента процессуальной фиксации факта доказательством может стать не только рассказ о событии, воспринимавшемся лицом в реальности, но и разного рода умственные воображения.

Кроме того, нельзя забывать, что в отличие от показаний подозреваемого и обвиняемого показания свидетеля не подлежат подтверждению в суде, а значит, окончательны и бесповоротны.

Конечно, показания, основанные на догадках и предположениях, недопустимы, и не могут быть положены в основу обвинения (прописная истина). Однако откуда следует, что изложенные в протоколе показания «основаны на догадке, предположении, слухе»? Ведь их «достоверность» подтверждена подписями не только следователя, но и самого свидетеля и, возможно, даже адвоката.

Таким образом, логическая цепочка «событие-факт-доказательство» является материальным основанием, предопределяющим конечный результат, вероятное влияние на исход дела: вопрос виновности или невиновности лица в исследуемом деянии.

Проблема отказа от дачи показаний, т.н. «51-я статья» [Конституции]. Здесь уместней всего сослаться на предшествующий опыт. Правозащитник Владимир Янович Альбрехт в брошюре «Как быть свидетелем»⁷ писал: «как вещь нехитрая, отказ от показаний имеет достаточное число горячих поклонников. Нет, заранее отказываться от показаний, пожалуй, глупо и в известном смысле - аморально. По существу – это означает отвергать закон. Человек, отвергающий закон, не способен защитить себя законом и в этом смысле он солидаризируется со своими врагами. Закон необходимо отстаивать. По-всякому, но законно. Отказываться от этого нельзя».

Защита – незыблемое право подсудимого, и она должна быть ему предоставлена в самых широких пределах, в том числе с обеспечения достоверности свидетельских показаний.

⁶ Иеремия Бенгам. О судебных доказательствах, Киев, 1876, стр. 14.

⁷ Издание журнала «А-Я», Париж, 1983.

Все это я видел совершенно отчетливо, и свидетельствую об этом миру. Но вот всего остального – я уже не видел, и ни о чем не могу свидетельствовать.

Венедикт Васильевич Ерофеев

§ 2. Свидетель дается событием, которое он наблюдал сам, и которое должно служить содержанием его показания.

Это положение лучше всего проясняется происхождением слова «свидетель»: тот, кто видел, *с-видетель*, человек, лично присутствовавший при каком-н. происшествии, событии, очевидец (словарь Ушакова); *свидетель*, или *самовидец* дела, случая; очевидец, *притомный*, кто был при том, о чем речь идет (словарь Даля).

В судебных исследованиях факты собираются от людей, непривыкших к наблюдению и точному описанию наблюдений. Человек склонен рассказывать о виденном им событии в неразрывной связи со своими оценками, с описаниями тех ощущений и переживаний, которые его при этом посещали. Очень сложно, почти невозможно пересказать факты без соответствующей эмоциональной оценки. В чем-то свидетель сомневается, что-то помнит не слишком отчетливо. В то же время многие факты просто выпадают из рассказа свидетеля, поскольку «сами собой разумеются».

Порок воли. На психологию поведения на допросе оказывают влияние и такие факторы, как непривычность самой процедуры; вынужденность говорить о вещах, тяжелых для воспоминания; естественное желание быстрее покончить с тягостной процедурой. Кроме того, следственная практика пользуется приемом допроса лица в качестве свидетеля, с последующим привлечением в качестве подозреваемого на основе полученных от него же доказательств. Практика эта может быть известна свидетелю.

Нельзя сбрасывать со счетов и чувство безопасности (описанное Лукрецием⁸), впрочем, мнимое.

Свидетель слышал что-то, что он, по его внутреннему восприятию, определил как «беседу двух человек», однако самих людей при этом не видел. На проверку оказывается, что свидетель стал зрителем (точнее, слушателем) театральной постановки по известной детективной повести, транслируемой по радио. Возникает проблема достоверности свидетельского показания.⁹

⁸ Сладко, когда на просторах морских разыграются ветры,
С твердой земли наблюдать за бедою, постигшей другого,
Не потому, что для нас будут чьи-либо муки приятны,
Но потому, что себя вне опасности чувствовать сладко. Тит Лукреций Кар. О природе вещей, книга II. (пер. Ф.А.Петровского).

⁹ Интересный опыт с несколькими сотнями свидетелей одного события описан в работах Александра Васильевича Скопинского «Свидетели по уголовным делам. Пособие для практиков» (Москва, 1911, стр. 15) и Якова Абрамовича Канторовича «Психология свидетельских показаний» (Харьков, 1925, стр. 15-17).

Все эти факторы создают благоприятную почву для того, чтобы произвести произвольный отбор, вытравить из показаний всякое сомнение, всякое колебание, придавая силу доказательства той части рассказа, который укладывается в версию следователя.

Нравственная значимость правильных показаний была осознана с древности. Законодательство Моисея, весьма щепетильно относившееся к вопросам виновности и невиновности, возлагало на свидетеля ответственность за достоверность даваемых им показаний до такой степени, что «когда человек приговорен к смерти, свидетели, показания которых определили приговор, наносят удары¹⁰ первыми с тем, чтобы добавить последнюю степень уверенности в правоте своих показаний».¹¹

Один погрешивший погубит много доброго.
Экклезиаст, 9:18

§ 3. Задачи адвоката при оказании помощи свидетелю.

Методологически задача адвоката может быть сформулирована как работа по отделению юридически существенного от юридически бессмысленного и юридически вредного в показаниях свидетеля.

Текущие задачи вытекают из правил формирования свидетельских показаний и задач предварительного следствия.

Показание должно быть сделано добровольно, то есть не внушено свидетелю наводящими вопросами или получено от него принуждением, угрозами или обманом. «Оружие, которым располагает и пользуется на следствии каждый инквизитор¹² – чужая запуганность».¹³ Поэтому, прежде всего адвокату следует создать комфортную психологическую обстановку, вызвать у свидетеля чувство нравственной поддержки и профессиональной опоры. Психологическому нажиму следователя адвокат должен противопоставить свою волю¹⁴ к применению права.

Предварительное следствие только устанавливает факты. Следовательно, адвокату необходимо следить за тем, чтобы в протокол не попали и не стали доказательствами домыслы, предположения или фантазии. Свидетель должен быть побуждаем к сведению своих показаний к фактам.

¹⁰ Имеется в виду побивание камнями.

¹¹ Профессия адвоката. М., Статут, 2006, стр. 200. Дюпен цитирует книгу Жозефа Сальвадора «Histoire des institutions de Moïse et du peuple hébreu» (1828).

¹² лат. *inquisitio* – отыскивание, собирание необходимых улик или доказательств; *inquisitor* – исследователь, собиратель улик и доказательств, следователь.

¹³ Умберто Эко, *Имя розы*.

¹⁴ «Воля, по сути, является чуть ли ни единственным оружием адвоката в осуществлении его правозащитной миссии. У государственных чиновников, которые оппонируют адвокатам, есть властные полномочия, а зачастую и вооруженные подчиненные; у адвоката же есть только портфель, автоматическое перо, знание права и то, без чего все названные средства бессильны, — воля». Теория адвокатуры, стр. 299.

«Кто ничего не знает, тот многое может сказать». Но не так существенно слово сказанное, как важно слово написанное. Поэтому необходимо записать показание в протоколе обдуманно. Закон разрешает свидетелю пользоваться записями. Следовательно, ответ свидетеля целесообразно записать сначала в черновике, отредактировать и только после этого занести в протокол.

Выявить показания «по слуху» (свидетель, показывающий на суде по слуху от других, передает *чужое* показание; на суде появляется, таким образом, показание лица, не вызванного в качестве свидетеля). Следовательно, необходимо побудить свидетеля к точному указанию источника своих сведений.

Показание не должно заключать в себе противоречий и быть согласным как с законами природы, так и с достоверными обстоятельствами дела.¹⁵ Следует оценить саму *возможность* свидетеля видеть описываемое событие (характерный пример из фильма «12 сердитых мужчин» – простейший следственный эксперимент показал, что хромой «свидетель» не мог за установленное время пройти расстояние до места, откуда он действительно мог бы видеть).

Кроме всего, адвокат должен помнить, что показания с пороками (т.е. не отражающие действительно происходившие события) фактически являются заведомо ложными (со всеми вытекающим из этого обстоятельства уголовно-правовыми последствиями).

В целом же главная задача адвоката вытекает из основного принципа любой деятельности, связанной с оказанием помощи: не навреди. Это положение надлежит толковать в расширительном смысле: не только по отношению к свидетелю, но и к обвиняемому, по делу которого дает показания свидетель.

§ 4. Правовые средства помощи.

Универсальным средством, к тому же единственным, полностью принадлежащим власти адвоката, являются «краткие консультации». Они предоставляют возможность непосредственно влиять как на сами доказательства, так и на процесс их создания.

Вопросы – это всегда сомнения; консультация¹⁶ – это прояснение сомнений. Консультация может предполагать предварительный ее запрос. Уместна ли консультация, если о ней не попросил доверитель? Отсутствием просьбы может воспользоваться следователь, чтобы воспрепятствовать консультации.¹⁷ Однако консультация при допросе

¹⁵ Ю.Левенштейн. «О свидетельских показаниях по уголовным делам». М., 1865, стр. 41.

¹⁶ Лат. *respondere* – ответы на запросы по поводу всяких юридических сомнений.

¹⁷ О попытках ограничения права «краткой консультации» (Законность, 2004, № 6, стр. 25): «Его [защитника] право давать в процессе допроса в присутствии следователя краткие консультации возможно лишь в рамках оказания юридической помощи (можно ли консультировать вне «крамок оказания юридической помощи»? – А.В.П.) своему подзащитному. Оказание юридической помощи в процессе допроса *предполагает разъяснение адвокатом правовой квалификации деяния*, в

всегда больше, чем простое прояснение сомнений, поскольку в обязанности свидетеля входит сообщение только и исключительно о том, что он лично и непосредственно наблюдал. Отсюда необходимость прояснения сомнения может вытекать из обстановки.

Современный допрос характеризуется отсутствием предварительного рассказа о событии с последующим уточнением его вопросами¹⁸. И хотя добровольные показания обычно бывают достовернее, чем ответы на вопросы, свободный рассказ свидетеля заменен системой вопросов допрашивающего лица. Вопросы эти могут относиться к любым обстоятельствам *любого* дела.¹⁹ При такой постановке допроса ни свидетель, ни помогающий адвокат, не имеют возможности определить, имеют или нет знаемые свидетелем обстоятельства значение для дела. Такое знание может быть основано только на предварительном ознакомлении с характером расследуемого дела. Краткой консультацией целесообразно разъяснить свидетелю важность выяснения исходных обстоятельств расследования.

Несмотря на принципы допроса «краткость и ясность вопросов» и «запрет наводящих вопросов», все же их постановка часто бывает такой, что свидетель ставится в положение, при котором ему приходится делать либо умозаключение, либо предположение. Это противоречит сущности свидетельских показаний – «сведения, добытые путем личного наблюдения». Например, при расследовании преступлений в сфере экономики часто допрашиваются лица, занимающиеся ведением учета перемен в имуществе предприятия. Таким свидетелям предлагаются вопросы, касающиеся познаний в науках юридических. Например, «фактически, на какой территории переходило право собственности на товар?»²⁰ Свидетель не мог воспринять эти факты эмпирически; такое знание является результатом умозаключения, поскольку ответ может быть выведен только из анализа соответствующего договора и при наличии определенных познаний в праве. Однако

котором обвиняется допрашиваемый, *особенностей процедуры следственного действия и процесса расследования*» (курсив мой – А.В.П.). Такой вот *spezifisch juristischen Delirium* (Иеринг). Статья подписана доктором наук, профессором уважаемого учебного заведения. Ввиду отсутствия редакционной оговорки, высказываемые автором мнения, вероятно, разделяются как самой редакцией, так и той организацией, чьим органом журнал является.

¹⁸ Ср. Уголовно-процессуальный кодекс 1923 года, статья 165: «Допрос свидетеля начинается предложением рассказать все ему известное по делу; после рассказа свидетелю задаются вопросы». Аналогичная норма в УПК 1960 года, статья 158.

¹⁹ Ср. со статьей 166 УПК 1923 года: «Свидетель может быть спрашиваем исключительно о фактах, подлежащих установлению в данном деле, и о характере личности обвиняемого».

²⁰ Ответ на предложенный вопрос предполагает совокупность двух видов знания. Прежде всего, и главным образом, это познания в праве. Сама по себе *traditio* (передача) еще не означает прекращение права собственности у одного лица и возникновение его у другого. Традиция лишь изменяет владельца. Поэтому момент «прекращение-возникновение права собственности» – это не вопрос факта, а вопрос права, которое допускает либо диспозитивное определение, либо нормативное (по умолчанию). Следовательно, необходимо также знакомство с текстом соответствующего договора. При этом если момент перехода права собственности определен по умолчанию, то необходимы познания в специфике торговли данным товаром (в данном случае речь идет о продукции, транспортируемой трубопроводным транспортом).

часто свидетель, считая себя знатоком права, с большой охотой пытается ответить на подобный вопрос, давая фактически заведомо ложное показание.

Постановка вопросов искусство, которым владеют немногие. Правильно сформулированный вопрос — это наполовину готовый ответ. В то же время, «если в вопросе заключается слишком многое, ответ обыкновенно теряет смысл».²¹ [Яркую иллюстрацию последнего положения дал известный референдум по Союзу Советских Социалистических Республик. В одном вопросе – Вы «за» или «против» сохранения СССР – содержалось как минимум четыре: 1) о форме национально-государственного устройства (унитарное, федеративное), 2) об организационной форме осуществления власти («советы»), 3) о строе экономической жизни («социалистическое»), 4) о форме правления (по Аристотелю – монархия, аристократия, полиция²²)].

Неправильно поставленный вопрос дает адвокату не только моральное («когда ставящий вопросы желает получить ясный ответ, он расположен делать вопросы ясные и определенные; но если он имеет почему-либо побуждение запутать и затянуть дело, он ставит вопросы темные и сложные, и это самое служит указанием его недобросовестности»²³), но и тактическое преимущество. Появляется возможность выбрать (в случае вопроса типа «четыре в одном») для ответа тот вопрос, на который свидетель действительно может дать ответ, либо сослаться на невозможность ответа из-за «расплывчатости» вопроса, либо добиться его правильной формулировки. В любом случае есть основание для переговоров, и им необходимо воспользоваться, а против каждого аргумента можно найти контраргумент.

Иные средства помощи. Замечания по записям в протоколе. Ограниченность этого защитного средства состоит в том, что «замечания...» не создают собственно доказательства, поскольку а) касаются не фактической стороны дела, а процедурной; б) исходят не от свидетеля, поэтому носят аргументационный, а не фактоустанавливающий характер.

Вопросы с разрешения следователя. Данное средство также носит пассивный, зависимый характер, поскольку *решение* по нему (задавать или не задавать вопрос) принадлежит не адвокату, а следователю. Занесение же в протокол вопроса без ответа на него, никакого доказательственного значения иметь не может. Поэтому полагаться на это средство не стоит в виду невозможности его реализации в полной мере.

²¹ Рихард Гаррис. Школа адвокатуры, М., 1911, стр. 48.

²² или их извращения: «тирания – монархическая власть, имеющая в виду выгоды одного правителя; олигархия блюдет выгоды состоятельных граждан; демократия – выгоды неимущих; общей же пользы ни одна из них в виду не имеет». Политика, 1279b.

²³ Иеремиа Бентам, указ. соч., стр. 118.

Кроме того, если следователь действует недобросовестно, он обязательно ответит вопрос адвоката. Поэтому у защитника остается только одно действенное средство – краткая консультация.

В завершение очерка уместно привести слова Ивана Яковлевича Фойницкого из его «Курса уголовного судопроизводства»²⁴: «*Защитник является ближайшим помощником своего доверителя, обязанным употребить все законные способы, служащие к опровержению обвинения и облегчению участи подсудимого* (курсив мой – А.В.П.). Он изменит своему долгу, оказывая какую-нибудь помощь обвинению. Отсюда само собой вытекает, что 1) защитник может и должен защищать подсудимого, не стесняясь своим личным мнением о его вине или невинности; его обязанность – приводить исключительно доказательства, вытекающие из дела, а не высказывать свои личные убеждения; 2) защитник может и должен удерживать доверителя от таких процессуальных действий, которые могли бы быть вредны для интересов защиты, и возражать пред судом против них; он не может лишь вызывать и поощрять в своем доверителе лживых заявлений; 3) признание со стороны защитника доказательств обвинения, отвергаемых подсудимым, а тем более предоставление новых доводов в пользу обвинения, было бы грубым нарушением долга и обязанностей защиты».

P.S. Однажды автор имел удовольствие услышать обращенные к свидетелю слова следователя: «Вас бы допросить без адвоката». *Возможно, это наивысшая похвала работе защитника.*

QUOTA LITIS²⁵

По договору безвозмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги. ... Заказчик обязан оплатить оказанные ему услуги в сроки и в порядке, которые указаны в договоре возмездного оказания услуг.

Казалось бы, закон описывает вещи сами собой разумеющиеся: есть договор – его надо исполнять; нанялся – служи; за услугу – плати. Может ли возникнуть сомнение в конституционности? Неужели услуг оказывать не надо? Или не надо платить? Или платить надо, но не так, как указано в договоре? У человека, не искушенного в юриспруденции, такие вопросы вызовут недоумение. Однако...

²⁴ С.-Пб., 1907, 2 том, стр. 70.

²⁵ Опубликовано в журнале «Адвокатская палата», 2008, № 4.

Стряпческая контора подрядилась провести в суде процесс по взысканию денежных средств, успешно его провела («выиграла»), взысканное поступило на счет доверителя («клиента»). Однако договор был заключен таким образом, что вознаграждение конторы ставилось в зависимость от окончания дела в пользу «клиента», а размер – как доля от суммы «выигрыша» (так называемое соглашение *quota litis*). «Клиент» платить стряпческой конторе отказался.

Тогда контора обратилась в суд за истребованием вознаграждения.

Постановляя отказное решение, арбитраж опирался на информационное письмо²⁶, согласно которому «не подлежит удовлетворению требование исполнителя о выплате вознаграждения, если данное требование истец обосновывает условием договора, ставящем размер оплаты услуг в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем».

В обращении к Конституционному суду заявитель (стряпческая контора) подчеркнул, что говорит «не о неправильном толковании судами положений пункта 1 статьи 781 и пункта 1 статьи 779 Гражданского кодекса, речь идет о нарушении конституционных прав и свобод граждан данными нормами».

В обоснование стряпчие приводят три довода. Первый – «неопределенность формулировок этих норм»; второй – ограничение свободы договора (толкованием норм информационным письмом); третий – «невозможность представления более точного критерия определения качества услуги судебного представительства». И в качестве «совокупности доказательств»: «даже Кодекс профессиональной этики адвоката указывает на допустимость подобных договорных условий».

К сожалению, логика принятия упомянутого информационного письма неизвестна. Поэтому придется ее восполнить. Для этого надо выделить значимый момент. Он суть таков: определение факта оказания услуги решением третьего лица.

Для сравнения возьмем услуги, скажем, сапожника. Он осуществлял определенную деятельность (починку) и таки совершил определенные действия – сапоги починил. Неизвестно, насколько хорошо сделал работу сапожник, это выяснится только во время их носки. Но факт налицо: вот новые каблуки, вот видны гвозди. У потребителя не возникает сомнений – надо платить.

Теперь поставим между сапожником и потребителем третье лицо, скажем, отдел технического контроля. Научно изучив сапоги, ОТК выносит вердикт: можно носить. Налицо значимый момент: решение о сапогах принято третьим лицом, причем принято «в будущем» (по-

²⁶ от 29 сентября 1999 года № 48.

сле починки). Вывод: «размер вознаграждения должен определяться в порядке, предусмотренном статьей 424 Гражданского кодекса, с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности)».

«Фактически совершенные» сапожником действия привели к почти новым сапогам. Можно, конечно, оплатить труд сапожника не как результат, а как «фактически совершенные действия» (и даже каждое действие в отдельности), но суть от этого не меняется: и в том, и в другом случае платим так, как договаривались.

Но все же основной интерес в этом деле представляет отсылка к этическому кодексу.

Договоры *quota litis* запрещены адвокатам издревле. Сборник французских профессиональных правил мэтра Молло говорит: «Строго воспрещаются всякого рода договоры, по которым адвокат выговаривает себе в качестве гонорара часть подлежащего тяжбе объекта, или же его эквивалента. Это договор *quota litis* - договор постыдный, наказуемый законами везде и всегда (§ 104). Сходным с *quota litis* будет договор о разделе между адвокатом и его доверителем спорных имуществ, - или же договор, заключенный в течение процесса и по которому первый получает полномочие на покупку движимого, или недвижимого имущества или на совершение денежного займа. Как, в самом деле, в подобном случае удержаться от мысли, что адвокат, может быть, вынудил согласие доверителя на подобный договор своим личным влиянием. Не следует также заблаговременно устанавливать большую или меньшую сумму гонорара, сообразно с тем, будет ли дело «выиграно», или «проиграно», или же вычитать гонорар из удерживаемой для этой цели «выигранной» суммы. Словом, воспрещаются всякого рода договоры о гонораре» (§ 105).²⁷ Современные кодексы профессиональных правил (французский, европейского сообщества и др.) воспроизводят ту же мысль.

Аналогично решался вопрос и российскими присяжными поверенными²⁸. Но лучше всего профессиональную невозможность таких договоров обосновал неизвестный присяжный поверенный в работе «Возмездность в адвокатуре»²⁹. Рассуждение настолько правильное, что невозможно не воспроизвести его полностью.

«В отношении вознаграждения представляется нам в высшей степени странное явление. Весьма часто встречаются такого рода условия, что доверитель уплачивает вознаграждение только в том случае, когда дело окончится в его пользу, то есть если его иск будет удовлетворен или если он будет оправдан по делу уголовному. Поче-

²⁷ См. Профессия адвоката. Сборник работ по традициям, обычаям адвокатуры и правилам профессии. М., Статут, 2006, стр. 321, 322.

²⁸ См., например, Константин Константинович Арсеньев. Заметки о русской адвокатуре. С.-Пб., 1875, стр. 120-121, 125.

²⁹ отдельное издание. Казань. Типография Губернского Правления. 1888.

му же может ставиться такое условие, на чем оно основывается? Ведь время потрачено, человек работал, знания и способности применены, благоприятный или неблагоприятный результат тут, собственно говоря, явление совершенно случайное, с деятельностью адвоката ничего общего не имеющее. Понятна плата за сделанную работу, за достигнутый результат в таком деле, как дело портного или сапожника: сделал он платье или обувь заказанные — получает плату; не сделал или плохо сделал — платы нет; здесь есть осязаемый результат, здесь возможна однозначная оценка результата. С деятельностью адвоката совсем не то: дело сделано, сделано все, что можно было сделать, — и вознаграждения нет; его нет из-за того, что у других сложился совершенно иной взгляд на дело, и они не согласились с доводами данного лица. Завися, таким образом, в своем разрешении от взгляда посторонних делу лиц, эта сделка граничит с сделками на риск. Хотя в иных случаях такая сделка может служить для доверителя гарантией, что если человек берется за дело, то, стало быть, рассчитывает добиться его благоприятного исхода, а не для того, чтобы, возбудив ложный иск, перетянуть из чужого кармана в свой несколько рублей. Но ведь это относится не ко всем случаям таких сделок. Какое объяснение для подобной сделки по отношению к адвокату ответчика или обвиняемого? Вышеизложенное соображение тут не применимо: не будет участвовать в деле адвокат со стороны ответчика или обвиняемого — дело пройдет без него и будет так или иначе решено; не адвокат тут возбудил дело, не по его взглядам и убеждениям оно начато. В первом случае заявление адвоката можно формулировать в такой форме: я предъявляю иск, нахожу возможным это сделать — соображения мои правильны, правильность их гарантирую тем, что если с ними не согласятся, то я при неблагоприятном исходе дела ничего не получаю — пусть пропадает мой труд. Во втором случае, напротив, можно лишь сказать: дело началось, оно может кончиться и без меня, но я буду участвовать в нем, и если оно будет решено так то, то такие — последствия, если будет решено иначе — последствия другие. Здесь прямо ставка: один ставит деньги — другой ставит свой труд — третьи лица решают, кто должен потерять. Это буквально лотерея или пари, это — сделка к тому же незаконная — сделка подлежащая запрещению» (стр. 22-23 названной брошюры).

Итак, или адвокатура — род общественного служения со всеми его тяготами и повинностями (обязанностью проявления гражданского мужества, жертвенностью, ведением дел «по праву бедности»), или коммерческое «игроцкое» предприятие, и тогда чисто теоретический вопрос о допустимости вознаграждения *quota litis* переходит в сугубо практическую плоскость.

К сожалению, в отечественной адвокатуре наблюдается отход от суровых традиций и обычаев.³⁰ Современному адвокату отнюдь не запрещается, но только «следует воздерживаться» от соглашений *quota litis*. А это, согласитесь, не одно и то же. Один воздержался, а другой и не сумел удержаться. К тому же на имущественные споры (то есть в отношении которых, прежде всего и действовал запрет *quota litis*) данное правило не распространяется.³¹

С давних пор идет спор о том, как квалифицировать договор об оказании правовой помощи адвокатом. Спектр весьма широк: личный найм («приглашение юрисконсульту присяжного поверенного есть договор личного найма...» - Шершеневич), подряд («...а поручение ему дела из выигрыша есть подряд» - он же), возмездное оказание услуг, поручение. Но если «*один ставит деньги, другой ставит свой труд, третьи лица решают, кто должен потерять*», то такая деятельность подпадает под главу 58 «Проведение игр и пари». В самом деле, ведь «требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите», поэтому и «не подлежит удовлетворению требование исполнителя о выплате вознаграждения, если данное требование истец обосновывает условием договора, ставящем размер оплаты услуг в зависимость от решения суда или государственного органа, которое будет принято в будущем». Очень логично.

Адвокатура всегда старалась отмежеваться от стряпчего «оказания услуг»: от самоограничения принципа свободы договора до исключения из корпорации при попытке судебного взыскания гонорара. От нравственной невозможности исполнять прихоти заказчика, до «закон, долг и совесть выше воли доверителя»³². Разграничивала искусство «постановки и разработки юридических вопросов» (Арсеньев) от деятельности коммерческой, в которой «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»³³.

³⁰ Хотя некоторый сдвиг в лучшую сторону все же наметился. См. дело адвоката О. (Вестник адвокатской палаты г. Москвы, 2006, № 1 (27), стр. 25-27), изгнанного из сословия за то, что заключил соглашение «из которого следует, что за положительный результат по делу, неизвестно какой, полагается вознаграждение» (бедолаге надо было апеллировать к тому, что он не сумел «воздержаться»). Все же рассчитывать на серьезный результат не стоит: обтекаемая формулировка вместо категоричного запрета означает, что к разным адвокатам норма и применяться будет по-разному.

³¹ Справедливости ради надо отметить, что в вопросе вознаграждения по уголовным защитах единого мнения не было. Так, Санкт-Петербургский Совет присяжных поверенных высказался в том смысле, что размер вознаграждения можно ставить в зависимость от меры наказания по уголовным делам. Московский же Совет придерживался диаметрально противоположного воззрения. См. Правила адвокатской профессии в России, фрагменты 972, 973.

³² Правила..., фрагмент 742.

³³ Правила..., фрагмент 144.

(В этой связи нельзя не упомянуть пресловутое «страхование профессиональной ответственности».³⁴ За что же ответственность? За то, что суд не согласился с правовой позицией адвоката? Вспомним, что «непогрешимость в суждениях недоступна человеку, и присяжный поверенный обязан исполнять законы по крайнему своему разумению. Если распространить контроль и на правильность мнений, то большинство судебных дел, в которых со стороны истца и ответчика участвовали присяжные поверенные, оканчивалось бы дисциплинарным производством, так как присяжный поверенный проигравшей стороны подлежал бы дисциплинарной ответственности, как высказавший суждения, признанные судом неправильными»³⁵. Или за то, что действующий на другой стороне адвокат, не обремененный соблюдением профессиональных правил (фактически стряпчий), ловко объяснился с чиновниками судебных канцелярий и купил «выигрыш» дела?).

Отрадно, что за чистоту принципов адвокатуры вступился такой авторитетный орган, как Высший арбитражный суд. Однако, достоинство суда – в соблюдении закона, от слов которого не следует отступать. Адвокатура вправе накладывать на себя ограничения (не брать плату с бедных, не защищать из раздела спорного имущества) и добровольно их исполнять. Но справедливо ли в интересах одного сословия произвольно изменять закон, подвергая простое правило *pacta sunt servanda* ограничительному толкованию?

Средством от перерождения любой организации является перманентная чистка. Хорошо, когда это происходит эволюционными методами, под влиянием внутреннего побуждения. Адвокатам *quota litis* запрещены, а стряпчим – нет. Ни тебе повинностей, ни дисциплины, ни обременительной профессиональной тайны. Главное – выгода. Опять же общекорпоративных расходов нести не надо. Таким образом, сохранение возможности *quota litis* (а для этого только и нужно-то точно следовать словам закона) – вот основа для безболезненного перетекания псевдоадвокатов в стряпчие. И тогда *ab haedis segregare oves*³⁶.

³⁴ Не напоминает ли оно опус из «Канторы объявлений Антоши Чехонте» (Антон Павлович Чехов. Сочинения. М., 1944, том 1, стр. 127): «ПРИСЯЖНЫЙ ПОВЕРЕННЫЙ И.Н.МОШЕННИКОВ ведет дела. На случай обвинительного приговора предлагает залог».

³⁵ Правила..., фрагмент 21.

³⁶ от Матфея, 25, 32.

СТО ШЕСТЬДЕСЯТ ДЕВЯТАЯ СУЩНОСТЬ³⁷

Поводом к настоящим размышлениям послужило дело, основные моменты которого следующие.

Общество с ограниченной ответственностью «Б» договором пожертвования (1-ый договор), с целью реализации благотворительных программ, безвозмездно передало благотворительному фонду «Ю» акции предприятий топливно-энергетического комплекса на сумму более 31 миллиарда рублей.

Затем Благотворительный фонд учредил общество с ограниченной ответственностью «Ю-И» и в качестве вноса в уставный фонд передал (2-й договор) все акции, полученные от Общества «Б».

Суд, оценив «всю совокупность» совершенных сторонами действий, пришел к выводу о том, что договор пожертвования ценных бумаг имел целью уклонение от уплаты налогов при передаче акций и, следовательно, является сделкой, противной основам правопорядка и нравственности, и применил последствия в виде взыскания акций в доход государства.

Определил ли суд характер спорного правоотношения? Такую задачу ставит статья 133 Арбитражного процессуального кодекса как одну из главных при подготовке дел к разбирательству.

Некоторые, склонные к теоретизированию юристы, понимают под этим критерий определения подведомственности дел арбитражным судам. Однако такое толкование не вытекает из анализа предшествующей подготовке дела главы 13 «Предъявление иска». Подготовка проводится только по уже принятому, по нормам статьи 127, к производству делу, когда вопрос о подведомственности судом уже решен, следствием чего явилось возбуждение производства и переход к следующей стадии процесса – подготовке дела к слушанию.

Скорее под определением характера спорного правоотношения можно понимать установление особенностей в порядке рассмотрения спора. Поскольку для дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, хотя и рассматриваемых по общим правилам искового производства (статья 189), установлена существенная особенность – изменено бремя доказывания, то для надлежащего распределения этого бремени, как того и требует статья 65, и необходимо установить, подлежит ли оно изменению.

Хотя, конечно, ясных указаний на то, что понимать под «определением характера спорных правоотношений» законодатель не дал. В любом случае, понимать ли под «характером...» подведомственность дела арбитражу, или изменение бремени доказывания, к рас-

³⁷ Опубликовано в журнале «Адвокатская палата», 2008, № 12.

смаатриваемому решению в этой части претензий нет – можно считать, что характер спорного правоотношения суд определил.

Поскольку по заявлению истца, заключение договоров, на основании которых передавались акции, преследовало цель неуплату налогов, а результатом всех указанных действий явилось нанесение ущерба бюджету в размере более 29 миллиардов рублей, то истец должен был представить доказательства а) наличия у ответчиков *цели* неуплаты налогов, б) заявленный размер ущерба.

Вообще доказывание цели трудности не представляет. Теория сделок говорит, что «предоставление имущества другому субъекту не считается само по себе целью. Оно, напротив, служит лишь средством к достижению целей, составляющих его основание – *causa*. Такими основаниями являются (а) получение взаимной выгоды или (б) акт щедрости»³⁸. Трудность заключается в доказании *неправомерности* цели.

Истцу необходимо было найти такую положительную норму в основах правопорядка, или в нравственности, в сопоставлении с которой сделка бы очевидно выглядела «противной». Поскольку понятие нравственности несравненно более широкое, чем понятие права: «право (то, что требуется юридическим законом) есть низший предел или некоторый минимум нравственности» (Вл. Соловьев), то круг поисков можно значительно сократить – до исследования только основ правопорядка.

Под «правопорядком» обычно понимают «порядок, основанный на нормах права» (словарь Ушакова). Нормы же права содержатся (изложены), главным образом, в законах. («Основы» как вид законодательного акта в настоящее время не используется³⁹). Следовательно, необходимо найти соответствующий закон. Правда, при таком толковании непонятно, чем статья 169 отличается от 168, прямо говорящей о несоответствии закону. Разве что последствиями...

Нормы, позволяющие деятельность по бескорыстной (безвозмездной или на льготных условиях) передаче имущества, в том числе денежных средств (благотворительная деятельность) содержатся, как известно, в специальном Законе⁴⁰: источниками формирования имущества благотворительной организации могут являться как благотворительные пожертвования, так и доходы от разрешенной законом предпринимательской деятельности, в том числе доходы от деятельности хозяйственных обществ, учрежденных благотворительной организацией.

³⁸ Генрих Дернбург. Пандекты. Общая часть. М., 1906, стр. 259.

³⁹ Вот если бы существовал законодательный акт, например, Конституционный закон «Основы гражданского права», содержащий свод фундаментальных принципов, таких как «нельзя передать прав больше, чем имеешь сам», «невозможное не может быть предметом обязательства» и т.п., тогда можно было бы поверять 169 статью этими основами.

⁴⁰ от 11 августа 1995 года № 135-ФЗ.

Нормы, поощряющие деятельность по бескорыстной передаче имущества, также имеют место быть – в статье 251 Налог. код., согласно которой благотворительные взносы не облагаются налогом на прибыль.

Но сопоставление сделок с нормами института благотворительной деятельности (специальный Закон и Налоговый кодекс) неизбежно дает вывод не только о непротивности, а, наоборот – об их уважительности как правопорядку, так и особенно нравственности: «из имени твоего подавай милостыню, и да не жалеет глаз твой, когда будешь творить милостыню. Ни от какого нищего не отвращай лица твоего, тогда и от тебя не отвратится лице Божие» [Книга Товита, 4:7].

Что же заставило суд прийти к диаметрально противоположному выводу? И здесь необходимо определить обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, как того требуют статьи 65, 133 и 168. Попытаемся извлечь из текста решения их квинтэссенцию (совокупив с ними доводы в пользу принятого решения):

а) передача «благотворных» акций не способствовало достижению благотворительных целей, поскольку в цели деятельности коммерческого предприятия не входило какое-либо осуществление программ благотворительности.

б) получение прибыли коммерческим предприятием носит предположительный характер.

в) у коммерческого предприятия не только не могло возникнуть обязанности осуществления какой-либо благотворительной деятельности, но коммерческие цели исключают возможность использования акций в благотворительных целях.

г) право Фонда осуществлять распоряжение денежными средствами, полученными от своего коммерческого предприятия, не означает безусловной обязанности Фонда осуществлять распоряжение денежными средствами с целью их направления на благотворительные цели.

д) только одна благотворительная программа за год работы и только одно заседание Фонда.

е) несоразмерность денежного перечисления на благотворительную программу стоимости переданных Фонду акций.

ж) добровольная ликвидация Общества непосредственно сразу после передачи акций Фонду.

з) создание условий для невозможности принудительного исполнения налоговой обязанности путем прекращения правоспособности налогоплательщика.

Juris consultus sine lege loquens erubescit – юрист должен краснеть, если он не опирается на закон. Поэтому первое, что бросается в глаза – это неправовой характер аргументов. В силу этого сопоставлять доводы с нормами закона бессмысленно.

Здесь, однако, встает вопрос о юридической технике формулирования данного отношения.

Со времен римлян *paeta, quae turpem causam continent, non sunt observanda* – соглашения, содержащие постыдное основание, не подлежат исполнению (Дигесты, 2, 14, 27, § 4). (Понятие безнравственности претерпевает, однако, существенные изменения. Если для римлян сделка, которой женщина обязалась в публичном месте, без одежды, исполнять пластические телодвижения, безусловно, противоречит *bonae moris*, то в современном мире на таких сделках процветает целая индустрия.)

Классические гражданские кодексы также защищают добрые нравы:

Ст. 1133 Французского гражданского кодекса (Кодекса Наполеона) Основание является незаконным, когда оно запрещено законом, противоречит добрым нравам или публичному порядку. (Обязательство, не имеющее основания или имеющее ложное или незаконное основание, не может порождать никаких последствий – ст. 1131)

§ 138 Гражданского Уложения Германии (1) Сделка, нарушающая добрые нравы, недействительна.

О том же свидетельствует и история российского законодательства:

Ст. 1528 т. X, ч. 1 Свода законов ... цель [договора] должна быть не противна законам, благочинию [понятиям нравственности] и общественному порядку.

Ст. 94 Проекта Гражданского Уложения Недействительны сделки, противные закону, добрым нравам или общественному порядку.

Ст. 30 ГК 1922 года Недействительна сделка, совершенная с целью противной закону или в обход закона, а равно сделка, направленная к явному ущербу для государства.

Ст. 49 ГК 1964 года Если сделка совершена с целью, заведомо противной интересам социалистического государства и общества...

Ст. 169 Гражданского кодекса Сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна.

Суммируя (и выводя за скобки противоречие закону как требующее для доказывания сравнение с положительным законом), получаем:

- благочиние
- общественный порядок
- добрые нравы
- ущерб государству
- интересы государства и общества
- основы правопорядка и нравственности

«Вся деятельность юридической техники», – согласно Иерингу, – «может быть сведена к двум главным целям. ... *Вторая* задача техники вызвана целью *применения* права к конкретному случаю. Искусность в применении есть, правда, главным образом, дело субъекта, это

— искусство, которое может быть усвоено только упражнением, но и в этом отношении может само право соответственным построением правоположений значительно облегчить задачу, а превратным очень затруднить ее. Постановления Юстиниана, напр., о праве наследования «бедной» вдовы или о ставках, разрешенных при игре «богатым» — образчики того, каким закон *не* должен быть, ибо оба понятия вполне неопределенны и неизбежным должно быть то, что один судья их применить так, другой иначе. Напротив, применение всех законов, содержащих определенное *число* (напр., о ступенях возраста, давности, большом дарении, большой краже), весьма легко. Вот, задача-то законодательства, как и юриспруденции и заключается в том, чтобы облечь понятия, не поддающаяся верному применению, в такую форму, которая делает возможным перевести, если можно так выразиться, данное понятие с языка философа права на язык законодателя и судьи. Философско-правовая идея совершеннолетия (в смысле римско-правовой *pubertas*) заключается в зрелости умственного развития, идея же полного совершеннолетия — в зрелости характера, но для практического применения эта мысль является неподходящей, ее заменяет, поэтому *число* — потеря в правильности и корректности мысли уравнивается практической применимостью ее». ⁴¹

Исходя из этих позиций, получается, что наиболее технична (греч. *technike* - букв. «искусная») формулировка Кодекса 1922 года ⁴², поскольку ущерб (т.е. утрата или повреждение имущества) может быть исчислен в цифровом выражении. Поскольку законодателю не удалось «облечь понятия, не поддающаяся верному применению, в такую форму, которая делает возможным перевести данное понятие с языка философа права на язык законодателя и судьи», пришлось использовать «новый источник правового регулирования – правовую позицию Конституционного суда» ⁴³ (заметим, что таким «источником» стали не только итоговые решения, но и определения).

И хотя Конституционный суд и попытался «наполнить содержанием оценочные понятия и определить их в целях обеспечения единообразного понимания и применения соответствующих законоположений», однако все ограничилось лишь прибавлением (так и подмывает сказать – мягкого знака к теории коммунизма) к диспозиции 169-й статьи прилагательного «антисоциальный». Уточнение же «заведомости» вводным словом «очевидно» ситуацию только запутывает, поскольку очевидность – атрибут смотрящего, но не предмета рассмотрения: для некоторых очевидны летающие тарелки и снежный чело-

⁴¹ Юридическая техника. М., 2008, стр. 35-36.

⁴² И если пренебречь при этом юридически неопределенным понятием «обход закона».

⁴³ Вадим Анатольевич Белов. К вопросу о недобросовестности налогоплательщика. М., 2006, стр. 30.

век, для других (в том числе одной высшей судебной инстанции) неочевидна электрическая энергия в форме тока⁴⁴.

Видимо, наполнить содержанием оценочные понятия лучше, чем сделал Кодекс 1922 года, не удастся. Проблема только в том, что тогда ущерб надо будет доказывать. А это всегда сложнее, чем приводить умозрительные доводы. (Почему-то подобные «доводы» невольно ассоциируются с мечтаниями Манилова о том, «как бы хорошо было, если бы вдруг от дома провести подземный ход или через пруд выстроить каменный мост, на котором бы были по обеим сторонам лавки, и чтобы в них сидели купцы и продавали разные мелкие товары, нужные для крестьян».)

Впрочем, суд установил-таки один объективный (то есть основанный на норме закона) недостаток исследуемой сделки, точнее ее последствий: «при передаче обществом «Б» акций благотворительному фонду не была учтена норма пункта 2 статьи 280 Налогового кодекса. Данный пункт устанавливает обязанность исчислить налог на прибыль не только при совершении операций по реализации акций, но при любом их выбытии. Из пункта 2 статьи 280 Налог. код. следует, что при отчуждении ценных бумаг (реализации или иного выбытия) возникает объект налогообложения по налогу на прибыль, и доходы от реализации (иного выбытия) ценных бумаг должны были быть учтены для целей налогообложения».

Конечно, юридическая неопределенность терминологии Налогового кодекса не позволяет достоверно установить, какая именно правовая конструкция скрывается под словосочетанием «иное выбытие». Включается ли в это понятие выбытие по безвозмездной сделке, и если да, то как соотносить этот факт с категорией цены, на которую указывает пункт 2 статьи 280? Представляется, что *цена* реализации или иного выбытия исключает выбытие безвозмездное, и наоборот.

Так что единственное положительное (то есть основанное на правовых нормах) обвинение негодяев основано на неправильном применении нормы материального права – пункт 2 статьи 270 Арбитраж. процесс. код., пункт 2 статьи 288, и, вероятно, часть 1 статьи 304.

Необходимо вспомнить и о заявленном истцом «нанесении ущерба бюджету в размере более 29 млрд. рублей».

Ни в мотивировочной, ни в резолютивной части решения об ущербе нет ни слова. Вероятно, истец и не ставил задачу ущерб взыскать. Об этом говорит, в частности, возражение ответчиков «истец в таком случае вправе был решить вопрос о начислении налога», которое суд отклонил «поскольку ст. 12 ГК РФ предусматривает способы

⁴⁴ См. Николай Андреевич Гредескул. К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Харьков, 1900, стр. 136-137. Или статью Иосифа Владимировича Гессена «Творческая роль суда», Журнал Министерства юстиции, 1897, июнь, стр. 215.

защиты нарушенного права, которыми сторона, право которой нарушено, вправе обратиться с использованием предусмотренного законом способа защиты своего права». Кроме того, недоплаченный налог в 29 миллиардов от отчуждения ценных бумаг на сумму 31 миллиард доказать несколько затруднительно.

Но самый парадоксальный вывод суда состоит в следующем: «воля участников данных правоотношений была направлена непосредственно на закрепление акций в собственность нового хозяйствующего субъекта, сопряженной с неисполнением налоговой обязанности, являющейся следствием сделки, не имеющей цели ее заключения». Если сделка вообще «не имела цели ее заключения» (что само по себе странно, см. выше теорию сделок), то как согласовать это с диспозицией статьи 169 Гражд. код., прямо указывающей на (противоправную) цель как необходимое условие для накопления юридического состава?

Несколько слов о совокупности. В последнее время «совокупность» становится каким-то заменителем доказательств, универсальным средством доказывания. Особенно этим злоупотребляют в уголовных делах: стоит произнести волшебное слово «совокупность» и две-три жалких бумажки, которые не доказывают ровным счетом ничего, чудесным образом превращаются в Доказательство, приобретают новое качество, вина становится несомненной.

Но *revenon à nos moutons*. Если завод скобяных изделий изготовил кухонный нож и совершил с ним сделку поставки торговой организации, у которой затем потребитель с заведомо и очевидно противонаправленной целью зарезать соседа приобрел этот нож, то независимо от того, зарезал ли покупатель потом соседа, последняя сделка, безусловно, противоречит основам правопорядка и нравственности, поскольку была совершена с противной (в смысле отвратительной) целью – резать людей безнравственно. Но как в этом случае быть с первой сделкой, между заводом и магазином? Сама по себе первая сделка ничего противоправного и безнравственного не содержит. Эти зловредные признаки появятся в первой сделке только в том случае, если оценивать «всю совокупность» совершенных сторонами действий. В ту же «всю совокупность» можно включить добычу и отгрузку руды, из которой была выплавлена сталь, из которой был изготовлен злодейский нож, договор транспортной перевозки руды (и ножа), трудовые договоры с рабочими, изготовлявшими изделие, горняками, добывшими руду (и шахтерами, добывавшими уголь, на котором варились сталь), и т.д. и т.п. Идиотический абсурд позволяет, однако, вспомнить простой процессуальный принцип – сделки надлежит обсуждать по отдельности.

Теперь о справедливости.

Вопрос справедливости этого и подобных ему решений кроется в теории ничтожности сделок, точнее, в отсутствии таковой теории.

Сама по себе ничтожность применялась еще римлянами. «Ничтожность состоит в том, что сделка сама собою считается лишенной юридических последствий в силу порока в ее составе»⁴⁵. Так, например, «стипуляция, которая совершается посредством слов, ничтожна, если нет согласия» – *stipulation, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* - Дигесты, 2, 14, 1, § 3, и т.п.

В общем-то, современная доктрина также придерживается концепции изучения самого акта (но не его эффекта) при определении ничтожности. Из этого ряда выступают лишь рассматриваемая 169-я статья, и часть первая следующей, толкующая о мнимости сделок. Но в последнем случае речь идет о таком пороке *causa* – юридически значимой цели сделки, как ее отсутствие, то есть бесцельности сделки. В этом случае вывод суда не так уж и парадоксален. Но для мнимых сделок закон не предусматривает взыскания всего полученного в доход государства...

Как вообще доказывается порочная цель сделки? Некто приобретает в магазине кухонный нож и десять лет режет им овощи, а на одиннадцатый год – соседа. Означает ли это, что целью приобретения ножа была смерть соседа? И как определить, что такая цель была противна заведомо, то есть была «загодя ведомая, наперед известная» (Даль)?

Процесс доказывания – это процедура установления фактов, логический переход от сомнительного к достоверному. При этом ряд фактов изначально считается достоверным в силу своей общеизвестности (т.н. *ноторные факты*) – *notorium non eget probatione*. Однако граница между ними и обстоятельствами спорными довольно неопределенна и весьма относительна. Так, например, автор слышал от умудренных жизнью людей рассказ о некоем жителе не столь отдаленной автономии, который прислал в Моссовет просьбу выдать справку о том, что столица во время Великой войны не была оккупирована фашистскими войсками. Это, конечно, случай анекдотический, исключительный, но как всякое исключение, подтверждающий правило.

А правило может быть сформулировано так: всё, что изучается судом, сомнительно, пока не постановлено решение. Задача суда – посредством рассмотрения доказательств установить правовую определенность. Этому отвечает и принцип непредустановленности доказательств. В случае сомнения суд может и должен требовать доказательств факта, и не принимать факты сомнительные за общеизвестные

⁴⁵ Вениамин Михайлович Хвостов. Система римского права, М., 1996, стр. 187.

и очевидные. А это ставит под сомнение концепцию ничтожности как действия, не подлежащего судебному установлению.

В этом и состоит проблема ничтожности – в отсутствии судебной проверки. Стоит истцу произнести «сделка ничтожна, применить последствия», как та единственно важная часть, ради которой, собственно, и ведется процесс – стадия проверки доказательств перескакивается, и суд незамедлительно переходит к рассмотрению последствий. Хорошо еще, что сейчас это безобразие ограничили тремя годами давности, хоть какая-то защита...

Неестественность выводов суда о незаконных следствиях из законных посылок говорит о том, что здесь нарушен какой-то принцип, не только логический, но и правовой. «Законные выводы из фактов относятся к юридической, а не фактической стороне дела и подлежат доказательствам только косвенно, именно только фактические условия их могут быть предметом доказательства. Нельзя, например, допрашивать свидетелей по вопросу о том, вытекает ли из договора купли-продажи обязательство к платежу покупной цены. Этот вывод решается законом. Стороны могут спорить против фактов, которые лежат в основании его, и эти факты служат предметом доказательства. Но самый вывод можно опровергать только основанными на законе и на характере факта соображениями или доводами и объяснениями. Притом есть выводы, которых нельзя опровергнуть, если существует факт, на котором они основаны».⁴⁶

Вот принцип: вывод решается законом. Если законом (даже системой законов – Гражданским и Налоговым кодексами, Законом о благотворительной деятельности) предусмотрена та или иная сделка, и эта сделка совершена, то суд не имеет права брать на себя функцию превратного истолкования закона. «Ни в каком случае смысл закона или милость справедливости не терпит, чтобы то, что введено для пользы людей, мы обращали путем жестокого толкования в строгость, идущую вразрез с благополучием людей» - Дигесты, 1, 3, 25.

Напоследок уместно вспомнить «бритву Оккама» - сущности не следует плодить без необходимости. Коль скоро правопорядок – это порядок, основанный на нормах права (защищаемый статьей 168), а понятие безнравственного существенно изменяется под воздействием забот «о нуждах низкой жизни» (см. выше), то так ли уж необходима 169-я сущность?

* * *

Обстоятельно исследуя категорию прекрасного (диалог «Гиппий больший»), Платон подвел итог словами Солона: «прекрасное – трудно». И если уж для мудрейших из людей нелегко было определить прекрасное, то для нас постижение юридической сущности заведомой

⁴⁶ Кронид Иванович Малышев. Курс гражданского судопроизводства, том первый, СПб., 1876, стр. 273-274.

противности цели сделки основам правопорядка и нравственности и вовсе представляется невозможным.

СПРАВЕДЛИВОСТЬ И ЗАКОННОСТЬ⁴⁷

Отклик на интервью с заместителем председателя Высшего арбитражного суда Василием Витрянским, опубликованное в «АГ» № 16 (105)

В отношении высказанной Василием Владимировичем Витрянским мысли о равнозначности понятий законности и справедливости (для «любого опытного судьи») есть сомнения. Полагаю, что коллизия между велениями закона и требованиями справедливости не только не разрешилась с римских времен, но наоборот, приобретает все большую жизненность в настоящее время.

Прежде всего, в тезисе содержится логическая ошибка в определении содержания (совокупности существенных признаков) понятий «законность» и «справедливость». Последнее – более широкое, поскольку «законность» ограничивается чисто техническим моментом – следованию установленным правилам. «Справедливость» же – субъективное понятие нравственного порядка, и до сих пор, несмотря на многовековое развитие философской мысли, не поддается убедительному определению. Но даже если рассматривать справедливость в узкотехническом смысле, как один из приемов интерпретации закона (так считает Александр Львович Боровиковский в книге «Отчет судьи»), то все равно содержания этих понятий не совпадают.

Далее, если следовать только и исключительно одной «законности», то рано или поздно, в силу принципа неизбежного отставания закона от жизни, это должно привести к тому, что римляне определяли формулой *summa jus summa iniuria* (а ведь в ней речь идет о понятии более широком, чем законность). (Вероятно, именно этот факт имела в виду Екатерина II, говоря, что «кроме закона, должна быть еще и справедливость».) И если сущность законности в однообразном применении установленных правил, то, как заметил французский адвокат Шарль Конт, «только одной законностью еще не обеспечиваются ни права, ни свобода граждан, так как правильность и однообразие можно внести и в грабеж, и в дележ награбленного [но самим ограбленным от этого не легче]».

Ныне непопулярный Владимир Ильич Ленин считал, что «первый камень судебной справедливости закладывается точным применением закона». Значит, законность лишь часть, начальная стадия в осуществлении справедливости.

⁴⁷ Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2011, № 18.

Таким образом, если по Вл. Соловьеву право есть низший предел нравственности, то, пожалуй, законность - это минимум справедливости.

Позвольте сослаться на один пример (хотя доказать что-либо примерами невозможно, любой из них может быть опровергнут сотней других). Дело (справедливое само по себе, а не только «закономерностью тех требований, защитником которых адвокат является, и наличием тех данных для удостоверения в действительности защищаемого права, кои предустановлены законом, или сим последним покровительствуются») было лет 12 назад. Арбитражное решение было утверждено кассацией и дважды подтверждено надзором. И только после третьего обращения было, наконец, опротестовано. В какой момент справедливость совпала с законностью? Если «справедливость есть законность» - то после кассации, и уж во всяком случае, после первого надзора.

По формуле силлогизма следствие (судебное решение) должно вытекать из соотношения большой (право) и малой (факт) посылок. Ошибка в одной из посылок исключает правильное умозаключение, приводит к неправильному решению. Но вот ни одна из инстанций не усмотрела оснований для отмены (а такие случаи, к сожалению, далеко не редкость), и поэтому со стороны закона все правильно. Почему же это решение нужно считать приобретшим новую качественную характеристику – справедливость? (Особенно обидны такие решения в делах общей юрисдикции – человек всегда теряет сравнительно больше, чем лицо юридическое. Хотя, вероятно, адвокаты воспринимают их более обостренно, чем судьи, у которых как у врачей, может быть, выработалась профессиональная невосприимчивость.)

В соотношении понятий справедливость - законность не упомянута еще третья составляющая – «милость», о которой так любили говорить в 19 веке. Но сейчас это понятие прочно и, вероятно, навсегда, забыто.

В завершение позвольте напомнить статью 379 Уголовно-процессуального кодекса, устанавливающую одним из кассационных (и надзорных) поводов несправедливость приговора. Конечно, можно, вероятно, изыскать принципиальное различие между актами уголовного и арбитражного судопроизводства и отсюда выводить необходимость такой категории исключительно в уголовном праве. Но все же значение (в том числе количественное) права гражданского неизмеримо больше уголовного. И в этом смысле нельзя не сожалеть о том, что воззрение на соотношение категорий справедливости и законности (а по сути, отрицание справедливости как таковой, поскольку при равнозначности понятий одно из них становится излишним, именно то, которое отсутствует в положительном праве) в гражданском правосудии принципиально отличается от уголовного.

Почему же вопрос о справедливости актуален? Из чисто практических соображений. Потому, что после исчерпания всех технических («правильность, однообразие») аргументов об «обоснованности и законности», апелляция к справедливости (если угодно, нечто вроде старинного «права печалования») является последней возможностью добиться этой самой справедливости.

СУД И ТОЛПА⁴⁸

Разве можно уличным гвалтом решать судебные дела?

Лев Александрович Тихомиров

В защиту содеянного группой с неупотребительным в светском разговоре названием (а потому мы его пропустим) выступили уже почти все: писатели и поэты, певцы и музыканты, журналисты и политики, даже один комический актер. И вот сказали свое слово адвокаты. Слово тем более важное, что позволяет отделить мнение толпы от воззрения профессионалов.

Ситуация во многом напоминает сложившуюся сто лет назад вокруг процесса по печально известному делу Бейлиса. И хотя дело то не стоило выеденного яйца (убогого обвинили в немислимом и оправдали), однако т.н. «либеральная общественность» не упустила случая высказать свое отношение к институту судопроизводства. Свою лепту внесли и адвокаты. Во главе с Керенским (тем самым!) они выступили с «протестом против извращения основ правосудия, проявившегося в создании процесса» (для самих адвокатов последствия протеста оказались безрадостными). То есть адвокаты - «необходимые участники правосудия»! - высказались против порядка управления, отрицая правосудие как таковое. (А ведь это, по меньшей мере, странно: те, для кого суд является единственным оправданием существования, отрицают самих себя, потому что без суда институт адвокатуры утрачивает смысл.) В те времена адвокаты давала клятву «не писать и не говорить на суде ничего, что могло бы клониться к ослаблению государства, общества, семейства и доброй нравственности», и – нарушили ее.

Нашелся тогда один человек, который не выдержал глумления над правосудием – Лев Александрович Тихомиров. Он писал: «приговор суда, конечно, не есть безапелляционное свидетельство истины. Мы обязаны подчиняться решению суда, но никто не обязан находить его безошибочным. Всякий может разбирать решение, критиковать его, находить в нем ошибки. Но надо же дать решению состояться.

⁴⁸ Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2012, № 16.

Пока суд совершается, мы обязаны дать ему спокойную и чуждую давлению атмосферу разбирательства и суждения. Иначе – зачем же и поручать дело суду?».

Современные юристы заявили о том, что своим мнением не имеют намерения повлиять на суд. Если нет цели влияния, то каковы тогда истинные цели выступления? Говорят: высказываем свое убеждение – в том, что действие девиц не является преступлением. Но ведь составление по делу убеждения и его высказывание есть задача суда (который и решает дела по *своему убеждению*). Поэтому «убеждение» адвоката равным счетом никакого значения не имеет. Более того, никакого значения не имеет «убеждение» адвоката даже и в том случае, если он непосредственно участвует в процессе! Вот что по этому поводу говорит Леонид Евстафьевич Владимиров: «защитнику никогда не подобает говорить о своих убеждениях по делу. В процессе нужны не убеждения его, а доводы – таково требование логики процесса». Адвокаты Бейлиса с этой задачей справились блестяще.

Адвокаты говорят: привлечение девиц к ответственности является юридической ошибкой и противоречит законодательству.

Действия следователя и прокурора влекут за собой известные процессуальные последствия и не могут быть отменены по произволу сторонних лиц. Считая тот или иной поступок преступлением следователь, равно и прокурор, могут ошибаться. Но и тот, и другой – фигуры процессуально значимые, поэтому их мнения (выраженные в обвинительном акте) приобретают особое качество – быть исследованными в суде. Иная процедура, то есть решения вопроса виновности самим следователем или даже прокурором, был бы противоречием праву, то есть произволом. Именно для проверки справедливости обвинения и исправления возможной ошибки и существует суд, который поверяет утверждения сторон обрядом судебного следствия. Кто-то должен это делать. Общество говорит: это будет делать суд, на нем лежит обязанность и ответственность. Все прочие мнения и убеждения, как необязательные и безответственные, значения не имеют.

Если «по убеждению» адвокатов этот процесс есть юридическая ошибка, тогда и копыя ломать не из-за чего: суд ошибку (неправильное мнение следователя и прокурора) обязательно исправит. Но, опять же, *надо же дать решению состояться. Пока суд совершается, мы обязаны дать ему спокойную и чуждую давлению атмосферу разбирательства и суждения.*

Известно было и в 1913 году, известно и сейчас, что нельзя судить о деле по отрывочным газетным известиям, часто передающим события в извращенном виде, что всякое решение нужно основывать только на тех данных, которые проверены на суде с соблюдением всех, предписанных законом, формальностей. Это катехизис всякого судебного деятеля. Долг адвоката, о котором говорили и тогда, и те-

перь, может призывать только к одному: к тому, чтобы до решения дела не распространять предвзятых взглядов и непроверенных слухов, а после постановления приговора – подчиниться состоявшемуся приговору.

Оставим правовую оценку события непосредственным участникам процесса и дождемся решения. Поговорим о нравственности. В этой связи в «возникшей общенациональной дискуссии» наблюдается одна странность.

Право, по формуле Владимира Сергеевича Соловьева, есть часть нравственности, ее низший предел, минимум, равно для всех обязательный. И если вопросы права должны решать только специально подготовленные участники данного процесса, то вопросы морали могут обсуждать все. Наличие юридического образования в этом случае не требуется, достаточно только житейского опыта и чувства такта. И вот что странно: в первую голову вопросы нравственности есть работа людей пишущих, их призвание. Однако «инженеры человеческих душ» упорно от этого уклоняются, пытаются присвоить несвойственную им функцию суда. Потому что не могут или не хотят?

Для подхода к исследованию нравственной стороны возьмем за точку отсчета максимум Джона Стюарта Милля (не лишенную, впрочем, определенного юридизма): «с нравственной точки зрения вы будете иметь право сделать то или другое в том случае, если все люди нравственно обязаны не мешать вам в этом». Обязаны ли были посетители храма не мешать? Учитывая как сакральное, так и культурно-историческое значение места, сомнительно, чтобы такая обязанность была не только у верующих, но и у иных присутствующих. Аналогично вопрос решается в отношении иных культурных площадок – концертных залов (если, конечно, зал не предназначен для выступления именно этого коллектива), художественных галерей, музеев, библиотек. Во всех случаях если не посетители, то сотрудники охраны обязаны были принять надлежащие меры. Следовательно, нравственного права на совершение поступка у девиц не было. Понимали ли они это? Знали ли они о том значении, которое имеет для страны (не только для верующих) этот храм? Вероятно, знали и понимали.

Православные храмы – не единственное место отправления культов. Допустив нравственную возможность совершения подобных поступков, мы тем самым допустим их и в католических костелах, и в лютеранских кирхах, и в мусульманских мечетях, и в иудейских синагогах. Если Вы исповедуете какую-либо религию, как отнесетесь к подобному «выступлению» в своем храме?

А если не исповедуете, а «выступление» состоялось в Вашей любимой картинной галерее, или концертном зале, или в музее, например, на Поклонной горе (тоже памятник Великой победе в

страшной войне). Нравственно это или безнравственно, обязаны Вы не мешать или не обязаны?

Церковь от государства отделена. Но от него не отделены верующие (как не отделены и носители иных мировоззрений, убеждений и интересов), все они остаются гражданами страны, а значит частью самого государства и носителями одной культуры. Поэтому для всех нас вопросы морали и нравственности являются первостепенными.

ДИСЦИПЛИНАРНЫЙ ВОПРОС О ПРЕНИЯХ⁴⁹

Какие последствия должен повлечь отказ от выступления в прениях с защитной речью?

В Адвокатскую палату обратился судья районного суда с представлением, в котором предъявил адвокатам, отказавшимся от выступления в прениях, дисциплинарное обвинение: «нарушение обязательств по защите подсудимых». Основание – «отказ от выступления в прениях с «защитной» речью»; его можно прояснить вопросами: допустим ли в принципе отказ от участия в прениях, возможно ли окончание процесса, если прения не состоялись.

Тезис «нарушение обязательств по защите» на первый взгляд выглядит вполне закономерным. Но если расставить знаки пунктуации, логически разделив понятия «нарушение обязательств» и «защита подсудимых», то становится очевидной его правовая несостоятельность. Обязательство, как известно (юристам), связывает лишь его участников. Является ли судья лицом, участвующим в обязательстве? Нет, не является. Судья в данном случае такое же стороннее третье лицо, как и все остальные. Поэтому выставление такого тезиса есть системная ошибка, нарушающая один из основных принципов права – принцип *res inter alios*⁵⁰ (третьи лица от договора не страдают): исполнение обязательств, равно как и нарушение, по соглашению об оказании юридической помощи может констатировать только лицо, в чьих интересах договор заключен.

Далее. Принцип «был адвокат – была и защита» довольно последовательно проводится высшими судебными инстанциями. Вот, например, определение Верховного суда № 72-012-41: «доводы кассационной жалобы осужденного о нарушении его права на защиту ввиду недобросовестного отношения защитника к исполнению своих обязанностей признаны несостоятельными. Защиту интересов осужденного как в ходе предварительного следствия, так и в судебном разби-

⁴⁹ Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2013, № 23.

⁵⁰ Евгений Годэмэ, Общая теория обязательств, М., 1948, стр. 219: «соглашения не вредят третьим лицам, и, с другой стороны, они и не дают им выгод. Этот принцип выражается афоризмом: *res inter alios acta alii neque nocet neque prodest* (дело, имевшее место между одними, другим ни вредит, ни приносит пользы)». Следовательно, других и не касается.

рательстве осуществлял адвокат В. На протяжении всего судопроизводства по делу К. не заявлял ходатайства об отказе от услуг данного адвоката, не ссылаясь на ненадлежащее исполнение им своих профессиональных обязанностей. При таких обстоятельствах право осужденного К. на защиту нарушено не было».⁵¹

Следовательно, тезис дисциплинарного обвинения юридически несостоятелен.

Основания тезиса: «отказ от выступления в прениях с «защитной» речью». Какие последствия должен повлечь этот факт?

Здесь можно сделать следующие замечания. Во-первых, в праве отсутствует норма, обязывающая непременно произносить речь (и как следствие, отсутствие прений не есть кассационный повод). Следовательно, действует принцип *ubi jus incertum, ibi nullum*⁵².

Во-вторых, отсутствие легальных определений, как судебного следствия, так и прений⁵³.

Однако дефиниции следствия и прений вывели наука и практика еще в 19 веке. Константин Константинович Арсеньев⁵⁴: «судебное следствие обнимает собою чтение обвинительного акта, допрос подсудимого, свидетелей и экспертов, чтение актов и протоколов предварительного следствия, рассмотрение вещественных доказательств – одним словом, изложение, поверку, а в некоторых случаях и дополнение фактических данных, собранных предварительным следствием». «Судебное следствие есть не что иное, как рассмотрение и поверка в судебном заседании всех собранных по делу доказательств».

Он же⁵⁵ о прениях: «когда все доказательства, собранные обвинением и защитой, прошли перед глазами присяжных заседателей, тогда и наступает время для их оценки, основания для которой стороны представляют присяжным в заключительных речах своих». «Сопоставление и оценка показаний могут иметь место только в судебных прениях».

А вот суждения практики: «предметом судебных прений должны быть вопросы, касающиеся фактической стороны дела и виновно-

⁵¹ Этого же правила придерживалась и высшая судебная инстанция Империи – Правительствующий Сенат: «вообще не может служить поводом к отмене приговора указание на недостаточность или слабость защиты, даже защитника, назначенного судом»; «незаконные действия защитника, избранного самим подсудимым, не могут быть указываемы последним как повод к отмене приговора» (решения 1868 года № 243, 1870 № 135, 1868 № 585, 1872 № 320).

⁵² Христиан Вольф, Естественное право, 1743, параграф 480: «*cum non plus valeat obligatio incerta, quam nulla, nec jus incertum plus valeat, quam nullam*» - поскольку неопределённое обязательство имеет не больше силы, чем отсутствие обязательства, то и неопределённый закон имеет не больше силы, чем отсутствие закона.

⁵³ Впрочем, последнее верно только отчасти и только для современного УПК. Устав уголовного судопроизводства определил, что «защитник объясняет в защитительной речи все те обстоятельства и доводы, которыми опровергается или ослабляется выведенное против подсудимого обвинение», статья 744.

⁵⁴ Судебное следствие, СПб., 1871, стр. 165.

⁵⁵ Там же, стр. 154, 153.

сти подсудимых, а не вопросы о юридическом значении тех обстоятельств, относительно которых в судебных прениях следует разъяснить – могут ли они считаться доказанными, или нет»⁵⁶. «Оценка доказательств сторонами должна иметь место не при судебном следствии, а при заключительных прениях и должна состоять в фактических выводах, а не в изъявлении голословного сомнения...»⁵⁷.

(В пользу прений сомневался Леонид Евстафьевич Владимиров⁵⁸, поскольку «они составляют совершенно самостоятельный отдел в процессе», «оторваны от бывшего на судебном следствии разбора доказательств», «стирают живое впечатление, оставленное доказательствами».⁵⁹)

Но место прений в системе уголовного процесса изменилось. Это видно из нижеследующей сравнительной таблицы:

Устав уголовного судопроизводства 1864	УПК РСФСР 1922	УПК РСФСР 1960	УПК России
Прения – неотъемлемая часть судебного следствия	Прения – самостоятельная часть процесса, за рамками судебного следствия		
<p>Глава восьмая</p> <p>О заключительных прениях по судебному следствию</p> <p>735. судебное следствие завершается прениями по существу рассмотренных и поверенных доказательств.</p> <p>736. заключительные прения состоят:</p> <p>1) из обвинительной речи Прокурора или частного обвинителя;</p> <p>2) из объяснений гражданского по делу истца, и</p> <p>3) из защитительной речи защитника, или из объяснений самого подсудимого.</p> <p>744. защитник подсудимого объясняет в защитительной речи все те обстоятельства и доводы, которыми опровергается или ослабляется выведенное против подсудимого обвинение.</p>	<p>Глава XXII. О СУДЕБНОМ ЗАСЕДАНИИ</p> <p>Статья 307. По рассмотрении всех имеющихся в деле доказательств, председатель опрашивает стороны, имеют ли они чем-либо дополнить судебное следствие, а затем обсудив и удовлетворив или отказав в возбужденных ходатайствах, объявляет судебное следствие законченным.</p> <p>Статья 308. По окончании судебного следствия суд переходит к выслушиванию прений сторон. Прения состоят из речей: сначала обвинителя, гражданского истца, а затем защитника или самого подсудимого, если защитника не имеется.</p> <p>Статья 313. После последней речи защитника председатель объявляет прения сторон законченными и предоставляет подсудимому последнее слово, после чего суд удаляется для вынесения приговора. Во время последнего слова не могут задаваться подсудимому вопросы судом и сторонами.</p>	<p>Статья 294. После рассмотрения всех доказательств председательствующий опрашивает обвинителя, подсудимого, защитника, а также потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей, желают ли они дополнить судебное следствие и чем именно. В случае заявления ходатайств о дополнении судебного следствия суд обсуждает эти ходатайства и разрешает их.</p> <p>По разрешении ходатайств и по выполнении необходимых следственных действий председательствующий объявляет судебное следствие законченным.</p> <p>ГЛАВА ДВАДЦАТЬ ЧЕТВЕРТАЯ</p> <p>Судебные прения и последнее слово подсудимого</p> <p>Статья 295. После окончания судебного следствия суд переходит к выслушиванию судебных прений. Судебные прения состоят из речей обвинителей, а также гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей, защитников и подсудимого, если защитник в судебном заседании не участвует.</p>	<p>Статья 291.</p> <p>1. По окончании исследования представленных сторонами доказательств председательствующий опрашивает стороны, желают ли они дополнить судебное следствие. В случае заявления ходатайства о дополнении судебного следствия суд обсуждает его и принимает соответствующее решение.</p> <p>2. После разрешения ходатайств и выполнения связанных с этим необходимых судебных действий председательствующий объявляет судебное следствие законченным.</p> <p>ГЛАВА 38. ПРЕНИЯ СТОРОН И ПОСЛЕДНЕЕ СЛОВО ПОДСУДИМОГО</p> <p>Статья 292.</p> <p>1. Прения сторон состоят из речей обвинителя и защитника. При отсутствии защитника в прениях сторон участвует подсудимый.</p>

Видим, что изначально прения составляли со следствием одно процессуально-логическое целое, были столь же необходимы, как «рассмотрение и проверка доказательств», являлись вершиной этого рассмотрения. Непроизнесение прений не давало возможности завершить процесс (не отсюда ли проистекает стойкое заблуждение об обя-

⁵⁶ Решение Уголовного Кассационного Департамента Правительствующего Сената № 1838 за 1871 год.

⁵⁷ Решение Сената № 602 за 1869 год.

⁵⁸ Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. Харьков, 1873, стр. 243-244, 340.

⁵⁹ Есть, однако, разница между восприятием профессионального судьи и «дилетантским» восприятием присяжных.

зательности прений?⁶⁰). Но затем прения были отделены от судебного следствия, составили самостоятельную часть процесса, а впоследствии (с 1960 года) были приравнены к последнему слову подсудимого – приравнены как по смыслу, так и по значению.

Действительно, из сравнения задач следствия (рассмотрение и проверка доказательств) и прений (оценка доказательств в логических выводах) становится понятным, что вся тяжесть процесса лежит только на следствии⁶¹, без следствия нет процесса, не может быть и приговора; прения же являются лишь факультативом, поскольку юридические выводы и сопоставления суд может и должен сделать сам (принцип *jura novit curia*). С точки зрения логики для построения судебного силлогизма (большая посылка – норма закона, малая – состав установленных фактов, вывод – приговор) судебное следствие является процедурой образования малой посылки; если таковая получена – вывод следует сам собой⁶², без помощи каких-либо поясняющих «прений».

Отсутствие логической необходимости прений и зафиксировало уголовно-процессуальное законодательство (любопытно, что к такому же итогу пришел и гражданский процесс *de facto*: прения уже редко когда в нем произносятся⁶³).

Кроме того, тождество места и значения прений и последнего слова позволяет ответить на вопрос «возможно ли в принципе окончание процесса, если прения не состоялись» точно также, как и на вопрос «возможно ли в принципе окончание процесса, если не состоялось последнее слово подсудимого» (имея в виду, разумеется, что на то была воля адвокатов и подсудимого соответственно).

Теперь необходимо исследовать вопрос: «допустим ли в принципе отказ от участия в прениях»?

Примем два постулата Арсеньева: а) что судебное следствие есть рассмотрение и проверка собранных по делу доказательств, и б) что в судебных прениях имеют место сопоставление и оценка показаний. Первое действие есть акт физический – непосредственное восприятие явлений внешнего мира; второе – акт логический: сравнение воспринятых явлений с целью их классификации, установления тождества или различия. Следовательно, второе без первого невозможно. И если акт восприятия у всех более или менее одинаков (случаями

⁶⁰ Впрочем, желание говорить речи может происходить и из иного основания. Речь по удачно завершенному делу, если ее опубликовать – неплохая (и единственно возможная) реклама для адвоката.

⁶¹ «Искусство судопроизводства в сущности есть ничто иное как искусство пользоваться доказательствами». Иеремия Бентам, О судебных доказательствах, Киев, 1876, стр. 2.

⁶² «Силлогизм же есть высказывание, в котором при утверждении чего-либо из него необходимо вытекает нечто отличное от утвержденного и именно в силу того, что это есть». Аристотель, Аналитики первая и вторая, М., 1952, стр. 10.

⁶³ В гражданском процессе прения появились только в Кодексе 1964 года; ни в Уставе гражданского судопроизводства 1864 года, ни в Кодексе 1923 категория «прения» не содержится.

расстроенного психического здоровья пренебрежем), то выводы из воспринятого делаем разные: прокурор – одни, адвокат – совершенно другие.

Следовательно, отсутствие необходимости в пояснениях того, какие выводы сделал тот или иной участник процесса, возможно в двух случаях: когда исследование произведено настолько полно⁶⁴, что какие-либо объяснения уже не необходимы, либо, когда исследование не произведено вовсе и объяснять просто нечего.⁶⁵ А значит, отказ от участия в прениях не только допустим, но и (по крайней мере, в двух случаях) возможен.

Далее. Необходимо установить, какова мера свободы адвоката в процессе, обязан ли адвокат совершать все без исключения действия, упомянутые в кодексе, или есть для него возможность усмотрения. Правило по этому вопросу выработала еще присяжная адвокатура. Так, в 1909/10 гг. Санкт-Петербургский Совет присяжных поверенных сформулировал: «разрешение общего вопроса о наилучших способах ограждения вверенных присяжному поверенному интересов его доверителя и целесообразности принятия тех или других мер предоставлено свободному усмотрению ведущего дело поверенного»⁶⁶. Подобного правила держится и современная дисциплинарная практика.

Однако *практическим* выводом обвинительных тезисов явилось решение судьи *отстранить адвокатов от дальнейшего участия в судебном процессе*, предоставить обвиняемым защитников по назначению суда.

Juris consultus sine lege loquens erubescit! – юрист должен краснеть, если он не опирается на закон. Истинность древней максимы подтвердила апелляциянная инстанция: «уголовно-процессуальный закон не предусматривает отстранение адвоката от участия в судебном процессе», «отстранение адвокатов от участия в рассмотрении дела повлекло существенное нарушение гарантированного законом права на защиту, что влечет безусловную отмену приговора».

Конечно, этот апелляциянный вывод не может быть расценен как прямое признание неправильности посылки «отказ от выступления в судебных прениях есть процессуальное нарушение». Но как косвенное – может. Если при повторном рассмотрении ситуация в

⁶⁴ Декарт употребляет термин «энумерация»: «эта энумерация, или индукция, есть столь тщательное и точное исследование всего относящегося к тому или иному вопросу, что с помощью ее мы можем с достоверностью и очевидностью утверждать: мы ничего не упустили в ней по нашему недосмотру», «только посредством энумерации мы можем создать всегда прочное и достоверное суждение о вещах, с которыми имеем дело». Правила для руководства ума, М., 1936, стр. 80-81.

⁶⁵ А.С. Френкель в статье «К вопросу о сравнительном изучении судебной защиты и ее этики» пишет: «защита, находясь в связи с свойством правонарушений, находится также в непосредственной зависимости от средств и способов *доказательств*. ... В отношении к судебной защите центр тяжести лежит в доказательствах, которые и играют первенствующую роль в судебном процессе». Журнал гражданского и уголовного права, 1890, № 8, стр. 103-104.

⁶⁶ «Правила адвокатской профессии в России», фрагмент 45.

точности повторится, то суд уже не сможет «отстранить защитников» и заменить их другими, но и не постановить приговор также не может. Значит, ничего другого, кроме как завершить процесс в отсутствие прений, суду не остается. Вот и ответ на вопрос «возможно ли в принципе окончание процесса, если прения не состоялись».

P.S. Узнав, что приговор отменен, судья свое представление отозвал.

К ИТОГАМ ДИСКУССИИ О ПРЕНИЯХ⁶⁷

Было ясно, что при таком разброде в некоторых прослойках партии найдутся люди, любители дискуссий, разные оппозиционные «лидеры», которые постараются навязать партии дискуссию.

Так оно и произошло.

Иосиф Виссарионович Сталин

Дискуссию о прениях, начатую в 23 номере [за 2013 год] «Новой адвокатской газеты» и продолженную затем на просторах интернета, можно, пожалуй, считать завершённой. Доводы сторон иссякли, пора подвести итоги.

Как и следовало ожидать, в ходе дискуссии произошла подмена тезиса (логическая ошибка *ignoratio elenchi*): исходное положение «можно ли завершить процесс при отсутствии прений» был заменен тезисом «надо ли говорить речи» («правомерен ли отказ защитника от участия в прениях»). Но такое изменение пошло на безусловную пользу. Действительно, вывод по исходному тезису неопровержим, поскольку основан не на среднем термине силлогизма, а на категорическом нормативном суждении «закон к прениям не обязывает». Обсуждение его вряд ли способно привести к новому знанию.

Напротив, второе положение весьма перспективно, потому что основано на диалектической категории возможности. Речь может идти о *полезности* судебной речи, каковая доказана вековым опытом применения этого инструмента. А значит, можно говорить лишь о *целесообразности* его использования.

Адвокатура – процесс сугубо творческий, и как таковой не терпит механического следования инструкциям. Например, часть 2 статьи 53 УПК предоставляет защитнику три специальных правомочия при производстве следственного действия. Означает ли это, что адвокат должен обязательно делать (не может не делать) письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе? А

⁶⁷ Опубликовано на интернет-ресурсе, ныне не существующем.

если их нет? Статья эта хотя бы содержит слово «вправе», в статье же 292 и этого нет, есть лишь описание того, из чего состоят прения.

Для прояснения вопроса полезно произвести лингвистический анализ. Словарь Дмитрия Николаевича Ушакова дает три значения слова «прения», каждое из которых сводится к слову «спор». То есть закон говорит: спор состоит из произнесения слов (речей). Налицо тавтология – ни из чего другого спор состоять и не может.⁶⁸ Даже если это спор на страницах научного издания – все равно это слова, только записанные. Судебное следствие тоже состоит из спора – в форме речей. Поэтому для истолкования суждения «спор есть произнесение слов» в смысле *обязанности* говорения речей нет достаточных оснований.

Судебные речи придумали, как известно, греки, толк в ораторском искусстве они знали, и диспуты разные очень любили (вследствие чего изобрели и логику). Но древнегреческий процесс принципиально отличался от современного: «речи сторон заменяли наше судебное следствие»⁶⁹. С тех пор процесс значительно усовершенствовался, *утверждения и рассуждения* уступили место *исследованию доказательств*. Поэтому в 1922 году стадии следствия и прений были разделены.

Но тогда в чем же специфика и смысл прений, каковы их цели и задачи? Ответ на этот вопрос из процессуального сборника ушел. Пробел могли бы заполнить диспутанты, но, видимо, легче твердить как шаманское заклинание: «речи надо говорить», чем строго определить исследуемое понятие.

Несколько слов об «игре ума». Все общественные науки и есть сплошная «игра ума». И, пожалуй, в наибольшей степени это относится к праву. При этом иногда известно даже, игра чьего именно ума есть та или иная норма. Например, фундаментальное положение о том, что в правовом споре все надо доказывать – есть «игра ума» юриста Павла – см. Дигесты, книга 22, титул 3, фрагмент 2. Другой пример: краеугольный камень юриспруденции – дефиниция юридических фактов – есть «игра ума» Фридриха Карла фон Савиньи⁷⁰. И т.д., и т.п. Вся «игра ума» выдающихся юристов была направлена на совершенствование права вообще и техники его защиты в частности.

Некоторые диспутанты ссылаются на статью 248 как на основание к произнесению прений (правда, другие этой же статьей обосновывают необходимость их произнесения). Действительно, защитник «излагает суду свое мнение по существу обвинения и его доказанности, об обстоятельствах, смягчающих наказание подсудимого или

⁶⁸ Исключение составляет знаменитый диспут Панурга и Таумаства посредством знаков, описанный Франсуа Рабле в XIX главе второй книги.

⁶⁹ Сергей Иванович Соболевский, «Лисий. Речи», М., 1994, стр. 39.

⁷⁰ Система современного римского права, § 104.

оправдывающих его, о мере наказания». И нельзя разумно ожидать, что делать это он будет исключительно после судебного следствия, только в прениях. Норма носит общий характер, что следует как из ее содержания, так и из места в структуре процессуальных правил.

Один из диспутантов заявил, что легальное определение судебных прений (содержание выступлений в прениях) «с предельной ясностью раскрывается» в названной статье. Однако такой вывод сделан без достаточных оснований. К прениям можно было бы отнести ту часть статьи, где говорится о том, что защитник «излагает суду свое мнение по существу обвинения и его доказанности, об обстоятельствах, смягчающих наказание подсудимого или оправдывающих его, о мере наказания». Но свое мнение адвокат может изложить не только в заключительной речи, но и непосредственно в судебном следствии. Собственно, это и предлагал Леонид Евстафьевич Владимиров в «Методе разработки доказательств», исходная посылка которого состоит в том, что *«заключительные прения оторваны от бывшего на судебном следствии разбора доказательств»* (курсив Л.Е.). Владимиров пытался перенести на русскую почву разумную часть английских процессуальных порядков, но такое перенесение могло быть только механическим, посему на ниве адвокатуры он и не преуспел. Во всяком случае, «слава адвоката» едва ли является достойным аргументом в научном диспуте, тем более что слава эта во многом строилась на публикации речей (а как иначе сообщить миру о своих достижениях? телевидения и интернета в то время не было), которую (публикацию) так любили Плевако и др.

Несколько слов в защиту Владимирова. Леонид Евстафьевич не оставил после себя сборников речей, а посему не стяжал славы выдающегося адвоката. Это факт. Но судебная речь, как и судебный процесс – вещь скоропреходящая, быстро забываемая. Верно подметил Максим Моисеевич Винавер: «более напряженный драматизм борьбы приковывает больше внимания именно к уголовному процессу». Согласно же закону сохранения энергии, чем больше внимания к событию, тем быстрее оно и забывается. Судебная речь имеет исключительно историческую ценность; ценность научная, зависящая от сиюминутных обстоятельств, стремится к нулю. Слава адвоката Владимирова – другого рода: его книги своей научной ценностью будут служить руководством не одному поколению адвокатов.

Один из диспутантов ссылается на практику Верховного суда, согласно которой неучастие защитника в прениях оценивается как «фактическое устранение от осуществления защиты», «не выполнение обязанностей по защите», «лишение осужденного права на защиту». (Есть, однако, и противоположные оценки.) Прецедентная практика нигде и никогда не может сохранять постоянство в принципе. Однако рано или поздно судьи Верховного суда вспомнят, что и они – юри-

сты, и поэтому должны руководствоваться если не законом, то хотя бы принципами права.

Один мой добрый друг и однокурсник высказал следующую мысль: «зачем тогда исследование доказательств, если ты отказываешься участвовать в прениях и давать анализ этого исследования». Постановка вопроса несколько странна. Получается, что все судебное следствие ведется исключительно для того, чтобы произнести речь, в которой и поразить суд тонкостью правового анализа. Но с анализом любой психически здоровый человек может справиться сам. Например, малограмотные крестьяне конца XIX века прекрасно это делали (см. заметку «Суд присяжных в городе Александрове»). Но *невозможно сделать никаких выводов там, где отсутствуют факты*. Так что же: человек для субботы или суббота для человека? Установить факты – *необходимо*, произнести речь – целесообразно, полезно (иногда – приятно, временами – выгодно), одним словом – *возможно*.

Здесь можно сделать возражение: кто является хозяином процесса – адвокат или судья? Вправе ли адвокат посчитать, что судебного следствия не было и по этой причине отказаться от прений? Безусловно, нет. Выясняет дело судья; адвокат и прокурор лишь помогают ему в этом. Мнения о степени выясненности дела у судьи и у адвоката могут разойтись, но только судья имеет право завершить следствие. Вероятно, именно этот момент и является точкой формирования судейского убеждения.

В этом месте необходимо сделать отступление. Некоторые диспутанты высказывают суждения типа: в прениях «у адвоката имеется реальная возможность обеспечить своему подзащитному наиболее перспективный исход (результат) по делу»; «убежден, что именно участие в прениях сторон в уголовном процессе является наиболее важной для защиты законных прав доверителей формой воздействия на итоговое решение суда по делу». И далее: «мне известно большое количество случаев, когда именно выступление защитника в прениях становилось решающим для исхода уголовного дела». К сожалению, проверке последнее утверждение не поддается. Судейское убеждение не может быть объяснено даже самими судьями (забавным примером служит описание процесса принятия решения в 40 главе третьего тома «Гаргантюа и Пантагрюэля»). Хотя любопытно было бы узнать, был ли *хоть один* случай, когда после судебного следствия убеждение у судьи сформировалось одно, а после прений изменилось на диаметрально противоположное. Опыт процессов гражданских показывает, что убеждение формируется задолго до прений, более того, выступление в прениях (буде таковые кто-то вознамерится произнести) ничего, кроме раздражения у судей не вызывает. (Впрочем, можно представить такой гипотетический случай: если дело недостаточно выяснено,

существенные факты не установлены. Правда, в этом случае судья вряд ли завершит судебное следствие).

Что такое *убеждение* с логической точки зрения. Не что иное, как *вывод*. Обязателен ли для суда вывод адвоката? Нет, не обязателен, поскольку вывод получается из сравнения факта с законом, в отношении же закона действует принцип *jura novit curia*. Кроме того, предлагаемый суду вывод не один, а два: прокурор также делает свой вывод.

«Отказ от участия в прениях недопустим; ненадлежащая защита» говорят некоторые диспутанты. Сильный аргумент, известный в формулировке Антона Павловича Чехова как «этого не может быть, потому что не может быть никогда», аргумент, по силе равный «палочному» (*argumentum baculinum*) и «свистательному» (*argumentum fistulatorium*) аргументам Лоренса Стерна; «убедительность, так сказать, опережала каждое его слово, элементы логики и риторики были гармонически соединены в нем». Посмотрим, однако, на итоги. Приговор был отменен! Значит, есть надежда (слабая, впрочем) на то, что при повторном рассмотрении все же будут соблюдены хоть какое-то правила состязательности. Возразят: «Верховный суд расценил отказ от прений как ограничение права на защиту». Представим ситуацию: зная о том, что Верховный суд неизбежно отменяет приговоры на основании отказа от прений, адвокаты будут намеренно от них отказываться. Конечно, это уже будет злоупотребление правом. Но каков эффект! И у дисциплинарных органов не будет основания для применения к адвокату мер воздействия: приговор-то отменен, цели защиты достигнуты. Надолго ли сохранит Верховный суд такую практику?

P.S. В самом начале упомянул одну известную дискуссию. Подводя ее итоги, Ильич высказал тезис, что вопрос [о роли профсоюзов] не является главным вопросом политики партии в данный момент, и охарактеризовал профсоюзную дискуссию как «навязанную», «непозволительную роскошь» (хотя она и предоставила самому Ленину возможность обогатить теорию материалистической диалектики). Можем ли мы что-то подобное сказать о настоящей дискуссии?

БЕЗОТЗЫВНЫЙ ГОНОРАР⁷¹

Правовая природа соглашения об оказании юридической помощи не вызывает сомнений. Какие-то колебания еще были в XIX веке: «отношения между подсудимым и защитником его на суде принадлежать к договору личного найма. Поверенный по гражданским делам является представителем своего клиента, а потому они связаны вза-

⁷¹ Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2014, № 22.

имно договором доверенности»⁷². Но теперь установлено бесспорно, что это договор поручения (договор доверенности по терминологии Законов гражданских, римский *mandatum*).

В отличие от меновых договоров, которые строятся на взаимной имущественной выгоде, в основе поручения лежит авторитет лица, которое может сделать то, чего не хочет или не может сделать сам поручитель. То есть поручение основано на доверии. «*Mandatum* заключается по особому личному доверию к другому контрагенту»⁷³; «поручение предполагает строго личную связь между контрагентами, основанную на доверии»⁷⁴. Поскольку доверие акт однонаправленный, то доверительный характер поручения имеет отличительную особенность, выделяющую его из ряда прочих классических договоров – возможность одностороннего расторжения: «право отмены составляет существенную черту договора доверенности»⁷⁵.

Интерес доверителя состоит в том, чтобы переложить требующую квалификации работу на специально подготовленное к ней лицо. Интерес же поверенного, по большей части, материальная выгода (лишь на ранней стадии развития римского права *mandatum* был безвозмездным; собственно, право отмены и вытекало из безвозмездности). Значит, последствия досрочного расторжения для поверенного необходимо минимизировать. Отсюда норма: поверенного вознаграждать *пропорционально*. Справедливость такого подхода очевидна.

Но вот с каким феноменом сталкивается Квалификационная комиссия. Нередко в соглашениях об оказании правовой помощи содержатся условия о возможности удержания вознаграждения *сверх* выполненной работы. Несколько примеров. Адвокат П. включил в договор положение о «безотзывном гонораре»; адвокат Г.: «если соглашение расторгается по инициативе гражданина немотивированно, то деньги, уплаченные адвокату, не возвращаются»; адвокат М.: «адвокат имеет право расторгнуть договор без выплат внесенной денежной суммы вознаграждения». «Творчески» подошел к делу адвокат В.: «поверенный вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения поручения и расторгнуть договор, если в процессе его исполнения от доверителя будут исходить требования, несовместимые с кодексом профессиональной этики адвоката. При этом выплаченные суммы возврату не подлежат».

Казалось бы, юрист обязан иметь представления о системе и принципах права (собственно, именно это и отличает его от неюриста), в крайнем случае – сверять свои действия с законом. Например, вспомнить о принципе пропорциональности вознаграждения выпол-

⁷² Габриэль Феликсович Шершеневич, Учебник русского гражданского права, том 2. М., 1915, стр. 197.

⁷³ Юлиус Барон, Система римского гражданского права, Выпуск 3, книга 4. С.-Пб. 1910, стр. 230.

⁷⁴ Генрих Дернбург, Пандекты. Обязательственное право. М., 1911, стр. 310.

⁷⁵ Марсель Пляниоль, Курс французского гражданского права. Петроков, 1911, стр. 870.

ненной работе, или заглянуть в статью 978 Гражданского кодекса. Откуда же берутся такие условия?

Адвокаты так объясняют их появление: «из типового договора», «скачал из интернета». Известно, что познание осуществляется либо разумом самого познающего, либо посредством авторитета. Безусловный авторитет в праве – это текст закона. Если же авторитет источника сомнителен, то юрист обязан руководствоваться разумом: «здравый смысл есть основание адвокатского искусства»; «среди всех трудностей, окружающих адвоката, здравый смысл будет его надежнейшим руководителем»⁷⁶. Но, к сожалению, о юридическом осмыслении «типовых договоров» речи нет.

Адвокат В. сделал еще одно прелюбопытное изыскание: «в случае невыполнения доверителем обязательств по оплате вознаграждения доверитель уплачивает поверенному неустойку в виде пени от неуплаченной, несвоевременно уплаченной суммы за каждый день просрочки». Научный интерес заключается в самой возможности обеспечения поручения неустойкой. Вопрос этот не всегда решался одинаково. Так, решениями 1868 года №№ 305 и 421, 1874 года № 93 и 1875 года № 483 Правительствующий Сенат высказал тезис о том, что «договором, коим установлены последствия (неустойка) прекращения доверенности ранее установленного срока, не противен закону». А затем, решением 1903 года № 83 возможность неустойки Сенат изъяснил в том смысле, что «от преждевременного уничтожения доверенности предполагались могущими пострадать интересы поверенного; если же не имело другой цели, кроме *ограничения свободы доверителя* (курсив мой – А.В.П.), то к присуждению такой неустойки никаких законных оснований нет». Аргументация, представляющая интерес и в наше время.

Вопрос о неустойке неоднократно возникал в деятельности Советов присяжных поверенных. Во всех случаях Советы указывали на предосудительность такого рода договоров. «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»⁷⁷.

Заявители дисциплинарных жалоб, конечно, не указывают ни на условие об удержании гонорара (их волнует сам факт, неправильность удержания они понимают интуитивно), ни о неустойке. Поэтому согласно принципу *quod non est in actis, non est in mundo* Квалификационная комиссия не входит в обсуждение этих вопросов. Но она не мо-

⁷⁶ Рихард Гаррис, Школа адвокатуры, С.-Пб. 1911, стр. 15, 280.

⁷⁷ Правила адвокатской профессии в России. М. 2003, фрагмент 938.

жет не остановить внимания на том, что противоречит непредпринимательскому характеру адвокатской деятельности, традициям российской адвокатуры (которые, согласно Кодексу профессиональной этики, адвокаты поддерживают и развивают) в целом и правилам адвокатской профессии (которые, согласно Кодексу профессиональной этики, для адвокатов обязательны) в частности. И неизменно отмечает это в своих заключениях.

ПРАВИЛА АДВОКАТСКОЙ ПРОФЕССИИ⁷⁸

Лекция, прочитанная стажерам Адвокатской палаты Московской области 24 октября 2016 года

На протяжении пяти веков (с I в. до н.э. по IV в. н.э.) римские юристы (адвокаты) давали согражданам советы по различным вопросам: проясняли всякие юридические сомнения, казусы (это называлось *respondere*), помогали составлять формальные акты (*савере*), вести дела в судах (*агере*). И самое главное – не ленились записывать (*scribere*) все это в книги. Наконец, назрела необходимость для перехода накопленного материала из количества в качество. Для исполнения этой работы император Юстиниан повелел министру юстиции Трибониану возглавить специальную комиссию, в которую вошли одиннадцать адвокатов и четыре профессора права. Комиссия произвела пересмотр 1625 сочинений 38 адвокатов, выбрала из них наиболее важные и актуальные фрагменты и собрала их в единый документ, получивший название Дигесты, что значит «собранное», «приведенное в систему» (или, по-гречески, Пандекты – «содержащее в себе все»), и утвержденный в качестве закона в 529 г. Вот это и было тем, что мы называем римским правом и что послужило отправной точкой для последующего развития всего права.

В 1864 г. Учреждением судебных установлений была введена адвокатура, а в 1866 г. появились первые адвокаты и были образованы первые Советы присяжных поверенных – «корпоративный надзор, служащий средством к водворению и поддержанию между поверенными чувства правды, чести и сознания нравственной ответственности перед правительством и обществом». Для исполнения предписаний законодателя о «самом верном ручательстве нравственности, знания и честности убеждений» Советы были наделены дисциплинарной властью – правом рассматривать различные действия адвокатов и разрешать возникшие в отношении них споры. Дисциплинарная практика Советов печаталась в ежегодных отчетах (первый опубликованный отчет – двенадцатый Московский – за 1877–1878 гг.).

⁷⁸ Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2016, №№ 23, 24.

Таким образом, к 1913 г. был накоплен значительный дисциплинарный материал, который требовал систематизации и упорядочивания. Этот труд исполнил московский адвокат Александр Николаевич Марков, издав книгу «Правила адвокатской профессии в России». В предисловии он писал: «правила эти создались и живут в целом сословии...; эти правила строгой морали составляют внутреннюю силу сословия и его могучее орудие против раздающихся иногда нападков на адвокатуру».

Таково происхождение Правил адвокатской профессии, которые послужили основой для Кодекса (ст. 1) и соблюдения которых требует Кодекс (ст. 4). Следовательно, в таком же отношении, в каком действующее право относится к праву римскому⁷⁹, так же соотносится и этический Кодекс с Правилами профессии.

Рассматривая в 1871 г. вопрос об участии адвокатов в разрешении вопросов общего интереса, комиссия московских адвокатов выразила следующее: «в адвокатских корпорациях Совет всегда является представителем чести и достоинства сословия. Он блюдет чистоту обычаев, он хранит предания о славных днях корпорации...».

Честь и достоинство звания, профессии, сословия – вот отправная точка рассмотрения дисциплинарных дел (непосредственные ссылки на категорию «достоинство» содержатся в каждом десятом решении). Круг предметов сравнения необычайно широк: от состояния в услужении частного лица (утрата профессиональной независимости – фрагмент 139⁸⁰) до убеждения контрагента в солидности сделки (фрагмент 170), от рекламирования своих «услуг» (фрагменты 191, 202, 208, 211, 213, 214, 219, 220, 225) до незнания законов (фрагмент 360), от предъявления бездоказательного иска (фрагменты 391, 490) до нечестных приемов судебной борьбы (фрагмент 484), от введения в заблуждение посредством недостаточно точного и ясного определения условий сделки (фрагмент 506) до поучения свидетелей к даче показаний (фрагменты 554, 555), от участия в обыске (подчинение воле доверителя – фрагмент 566) до глумления над потерпевшим (фрагмент 646), от участия в защите без должной подготовки к делу (фрагмент 670) до грубых утверждений в судебных бумагах (фрагмент 1048) и т.д. и т.п.

Несколько лет назад в сети «Интернет» появился ролик, на котором видно, как некоего адвоката суд пытается выдворить из зала заседаний; адвокат активно сопротивляется. На первый взгляд действие выглядит каким-то произволом; но за кадром остается важная часть: *что же именно учинил адвокат, что послужило причиной* реакции су-

⁷⁹ Рудольф фон Иеринг говорил, что Рим дал нам свое право, но не в виде обязательного для нас законодательства, даже не в практическое пособие нашему отечественному праву, а как науку.

⁸⁰ Всего в книге 1189 фрагментов.

да? Неизвестно. Известен лишь результат⁸¹ – судебные приставы вынесли упирающегося адвоката из зала. Достоин ли выглядит человек в такой ситуации? Едва ли. А ведь можно было сохранить лицо. Фрагмент 652 Правил говорит: «Если способ обращения с защитником со стороны председателя является грубым и неприличным, замечания ему делаются в резкой, не соответствующей достоинству Суда форме, то защитник не должен терпеть такого унижительного обращения, но обязан заявить Суду о невозможности продолжать при подобных условиях свою защиту и, сложив с себя обязанности защитника, удалиться из зала судебного заседания. Такой исход представляется единственно возможным средством охранять как достоинство и честь адвокатского сословия, так равно и интересы правосудия, ибо, конечно, при сказанных условиях защитник не в состоянии надлежащим образом разумно и спокойно продолжать исполнение своих обязанностей по защите вверенной ему подсудимым участи».

Может ли присяжный поверенный, заключая с доверителем условие о размере гонорара, обязывать его неустойкой в случае неплаты им гонорара в срок? Ответ на вопрос дает 938 фрагмент: «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». Самый факт такой неустойки, с точки зрения корпоративной этики, представляется чем-то аномальным, шокирующим нравственное чувство членов корпорации.

Особый интерес представляют недопустимые способы вознаграждения. Можно ли гонорар за уголовную защиту назначать в зависимости от оправдания подсудимого? Московский Совет неизменно придерживался мнения, что такой способ вознаграждения недопустим. Согласно фрагменту 973: «постановление размера вознаграждения в зависимости от меры наказания, по мнению Совета, следует признать нежелательным со стороны присяжных поверенных, ибо такой способ вознаграждения назначает защитнику как бы премию за случайные последствия уголовного дела – делает его самого лично заинтересованным в этих последствиях, нарушая характер общественного служения, присвоенный уголовной защите» (в фрагменте 974 говорится: «Являясь членом общества и служителем правосудия, присяжный поверенный не может быть непременно заинтересованным в оправдании всякого подзащитного и, конечно, не может заранее знать, сможет ли он при известных обстоятельствах, которые могут обнару-

⁸¹ Впрочем, он был вполне предсказуем: в силу закона председательствующий в судебном заседании является «первым после Бога» и имеет право применить к нарушителю порядка власть. Адвокат обязан был это знать и результат такой предвидеть.

житься на Суде, не идя против своей совести, настаивать на оправдании подсудимого»).

Нельзя, однако, сказать, что все Советы придерживались такой позиции. Санкт-Петербургский: «Адвокатский гонорар нередко определяется не только потерей необходимого для защиты дел времени и трудом, но и большею или меньшею успешностью защиты, т.е. исходом дел; такое раздробление гонорара представляется естественным, ибо для доверителя важно не количество потраченного адвокатом времени и труда, а результат ходатайства или защиты». Поневоле приходит на ум рассказ Антона Павловича Чехова «Контора объявлений Антоши Ч.»: «Присяжный поверенный И.Н. Мошенников ведет дела. На случай обвинительного приговора предлагает залог».

Другие недопустимые способы. Гонорар в зависимости от времени продолжения процесса, фрагмент 911: «Присяжный поверенный не должен заключать таких договоров о своем вознаграждении за ведение дела, в которых самый размер вознаграждения оставался бы неопределенным с точностью и ставился бы в зависимость от таких обстоятельств, которые не имеют никакого отношения к труду поверенного по ведению дела. Определять свое вознаграждение в зависимости от времени продолжения судебного процесса тем более неудобно, что самая продолжительность ведения дела может быть в некоторой степени поставлена в зависимость от воли и желания поверенного». Гонорар за каждый выход в суд: «Совершенно невозможно допустить, чтобы труд присяжного поверенного по ведению дела оплачивался по системе вознаграждения за каждый выход его в суд, такое условие представляется прямо невероятным; подобных условий с доверителями присяжные поверенные никогда не заключают и заключать не могут, если они дорожат достоинством носимого ими звания» (фрагмент 926).

Весьма непросто вопрос о постановлении гонорара в зависимость от исхода процесса. Такой договор – *actum de quota litis* – был запрещен еще в римском праве. Запрет этот действует во всех странах, и не только романской правовой группы, но, как это ни странно, даже англосаксонской. В Кодексе такой гонорар почему-то допустим (правда, в прежней редакции норма звучала обтекаемо: адвокату рекомендовалось *воздерживаться* от таких соглашений). Не случайно авторы комментария к Кодексу, не упускающие случая сослаться на различные европейские нормы, воздерживаются от сравнений в вопросе о *quota litis*. Пожалуй, что вопрос о гонораре *quota litis* перешел в разряд «вечных вопросов адвокатуры»⁸². Но не стоит все же забывать и об известном постановлении Конституционного суда по данному предмету.

⁸² Первым «вечным» вопросом стал вопрос о так называемом ведении неправых дел.

Процессуальный кодекс дает лишь упоминание о возможности заключить мировое соглашение, не поясняя, что же это такое. Не дает ответа и материальный свод. И когда на практике обсуждается вопрос о мировом соглашении, то, оказывается, даже адвокаты не представляют себе, что это такое, понимая мировое соглашение либо как признание иска, либо как отказ от иска – в зависимости от того, на чьей стороне выступает адвокат.

В связи с этим необходимо определить, что же такое мировое соглашение или мировая сделка. Теория вопроса весьма проста: мировое соглашение (*transactio*)⁸³ – это договор о взаимных уступках с целью прекращения спора о праве гражданском. «Мировое соглашение является, в сущности, договором о взаимных уступках с целью вывести отношения сторон из состояния спорного в бесспорное и выходит из сферы процесса в область договорного материального права» (фрагмент 348). Какие же правила существуют в этом вопросе для адвоката?

«Миссия адвоката заключается не только в ведении, но и в предупреждении процессов или в мирном завершении их до окончательного определения суда» (фрагмент 792). Здесь необходимо указать правило, сформулированное французской адвокатурой: «адвокат должен позаботиться об устранении всего, что может воспрепятствовать мировой сделке»⁸⁴. Ни судья, ни адвокат не могут заставить участников процесса завершить дело миром. Но вот определить, что же мешает доверителю заключить мировую, адвокат, может, и должен. И по возможности позаботиться об устранении препятствия.

При совершении мировых сделок адвокату необходимо соблюдать особую осторожность. «Присяжный поверенный как в целях ограждения интересов своего доверителя, так и в целях ограждения самого себя от всяких нареканий, только тогда может заключить мировое соглашение, если получит на это от своего доверителя ясно выраженное согласие. Согласие это должно быть дано в письменной форме» (фрагмент 347).

Правила о мировых сделках русская присяжная адвокатура дополнила еще одним, самым, пожалуй, важным. Правило это не вошло, к сожалению, в сборник Маркова, а опубликовано в книге Андрея Евдокимовича Носа «Двадцатипятилетие Московских присяжных поверенных» (не известно, откуда именно извлечено это правило, вероятно, из одного из первых одиннадцати неопубликованных отчетов). Известно, что весьма значительную часть гражданских споров составляют споры между родственниками, причем отличаются они наибольшей непримиримостью. В связи с этим в одном из дисципли-

⁸³ См., например, Бернгард Виндшейд, Об обязательствах по римскому праву, § 168; Проект Гражданского уложения, ст. 2575.

⁸⁴ Франсуа Этьен Молло, Правила адвокатской профессии во Франции, § 74.

нарных дел Московский Совет выработал замечательное по благородству правило: «Присяжный поверенный по обязанностям своего звания должен содействовать всеми силами примирению спорящих родственников и употреблять свои знания на это и отнюдь не разъединять родственников. Противные этому правилу действия присяжного поверенного в высшей степени неблагоприятны и заслуживают полного порицания».

Кодекс предписывает нам поддерживать профессиональную честь и развивать традиции адвокатуры. Но делать это можно только тогда, когда мы знаем, что именно поддерживаем и что развиваем. Вот для этого и существуют Правила адвокатской профессии. И если мы в своей деятельности будем руководствоваться высокими заветами русской присяжной адвокатуры, тогда пожелание законодателя о том, чтобы сословие адвокатов представляло собой «самое верное ручательство нравственности, знания и честности убеждений», неизбежно осуществится.

ДЕЛО СУБЪЕКТА⁸⁵

Юридической техникой называется искусство формулировать юридические правила и сделки. Материал для тех и других дает жизнь, но форму должно дать искусство юристов.

Николай Павлович Боголепов

Понятие «юридическая техника» до XIX века было вовсе неизвестно, а ныне основательно забыто. Сейчас оно сузилось до термина техника законодательная. Отчасти это понятно: нельзя сравнивать эпоху создания *права*, «игру ума» Гая, Павла, Ульпиана и иже с ними, и современный процесс написания законов. Сочинение законов – лишь часть юридической техники. Причем это исключительная прерогатива «мужей искомых, нужд отечества печальников», сфера, простому юристу недоступная.

Что есть техника в обыденном понимании? Это приемы и способы, применяемые для получения наибольших результатов при наименьшей затрате труда, а также владение этим инструментарием. Самоё понятие «юридическая техника» создал Рудольф фон Иеринг, определяя ее посредством решаемых задач. Усвоение права – первая задача: «это усвоение может быть ему [применяющему право] либо облегчено, либо затруднено, смотря по характеру самого права. Облегчение этой работы путем возможно большего количественного и

⁸⁵ Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2017, № 18.

качественного упрощения права составляет одну из двух главных задач техники». На сегодня это задача техники законодательной.

«Вторая задача техники вызвана целью *применения* права к конкретному случаю. Искусность в применении есть *дело субъекта*, это – искусство, которое может быть усвоено только упражнением».

Итак, две цели: усвоение и применение. Соответственно, два раздела: искусство разработки права и искусство его приложения.

Что касается первого, то за истекшие полторы тысячи лет искусство это значительно усовершенствовалось и достигло известных высот, можно даже сказать, превратилось в индустрию, производящую добротный продукт. Достаточно вспомнить Кодекс Наполеона, Германское гражданское уложение, Проект Гражданского уложения, ныне действующий Кодекс.

Со вторым дело обстоит иначе. Сложность в том, что этому искусству нигде не учат. В свое время Дмитрий Иванович Мейер умел наглядно преподавать применение права посредством созданной им юридической клиники⁸⁶. Но, к сожалению, методических разработок он сделать не успел. Так что, если не считать римских правовых формул, книга Иеринга остается единственным пособием.

По понятной причине (*дело субъекта*) указаний по решению второй задачи, достижению второй цели Иеринг не дал. Но все же надо попытаться это сделать.

По определению Марка Туллия Цицерона вся практическая деятельность юриста сводится к трем видам: *agere, cavere, respondere*, т.е. составление состязательных бумаг и процессуальное ведение дел, выработка формул для юридических сделок и подача советов по вопросам права и судопроизводства. Но ни в процессе, ни при сделках юрист не подменяет собой личность тяжущегося или контрагента, то есть действует совещательно. В этом смысле и *agere* и *cavere* являются частными случаями проявления *respondere*.

Подача советов (*respondere*) является, пожалуй, наиболее сложным видом деятельности. Прежде всего сложность состоит в том, что консультация – дело, как правило, сиюмоментное, совершаемое при отсутствии времени на раздумья. В отличие от письменной формы, употребляемой при *agere* и *cavere*, устный совет психологически более подвержен ошибкам: проговориться, как подметил Иеринг, легче, чем прописаться. Причем исправление ошибки зачастую уже невозможно. А значит, консультация требует максимальной концентрации внима-

⁸⁶ Строго говоря, «юридическую клинику» изобрел Семен Ефимович Десницкий. В 1778 году он высказал программу юридического образования в университетской речи «Юридическое рассуждение о пользе знания Отечественного Законоискусства и о надобном возобновлении оногo в государственных высокопокровительствуемых училищах». Помимо теоретической части программа включала в себя и практическую: студенты под руководством «практического профессора» должны заниматься разбором «тяжебных дел». Но термин «юридическая клиника» создал все же Мейер, говоря, что «клиника сама по себе означает только применение знания к делу».

ния и немалых познаний в праве. И познания эти должны выходить на системный уровень («цивилист должен знать как общую систему права, так и все ее подробности» – Сергей Аркадьевич Андреевский). Таким образом, при консультировании юрист должен полагаться больше на правовые принципы, чем на правовые положения.

Правовое знание основано на авторитете, т.е. на аргументе, вытекающем из принятых юридических положений. По существу, вся юридическая процедура есть не что иное, как особая разновидность логики, отнесенной к вопросам права. Причем применение права – операция, не выходящая за пределы логики формальной (еще называемую школьной). Изучая ту или иную жизненную ситуацию с точки зрения права прежде всего необходимо разобраться в проблеме, разложить ее на составляющие, выделить из них юридически значимые. То есть произвести логическую операцию анализа. Евгений Владимирович Васьковский так описал этот процесс: «юридический анализ схож с медицинским диагнозом подобно тому, как врач выбирает из целой массы болезненных симптомов, на которые жалуется пациент, только несколько существенных и по ним распознает болезнь, так и юрист отделяет от бытовых элементов конкретного случая юридические и из них строит юридический казус».

Таким образом, смысл анализа – сложное, посредством разложения на составные элементы, сделать простым, а потому и понятным. Собственно, простота и ясность, с точки зрения методологии и есть цель деятельности правоведа.

За анализом следует синтез. То есть либо подачи собственно юридического совета, либо формулирования того или иного акта, либо разработки правовой позиции. Наибольшее значение здесь имеет принцип простоты [*principium parsimoniae*], получивший название «бритва Оккама». Сам Уильям Оккам формулировал его так: *pluralitas non est ponenda sine necessitate* – множественность не следует допускать без необходимости. Или так: *frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora* – не существует основания для того, чтобы объяснять с помощью многих [допущений] то, что может быть объяснено с помощью меньшего числа [допущений].

Но наибольшее распространение получила максима *entia non sunt multiplicanda sine necessitate* – не следует умножать сущности без необходимости. Это означает, что объяснение (или решение) не должно быть слишком сложным по сравнению с самой решаемой задачей: «в наивысшей простоте сказывается наивысшее искусство» (Иеринг).

Нет более полезного правила в юридической технике, чем «бритва Оккама». Как же применяется *principium parsimoniae* на практике? Для наглядности удобнее показать, как он *не* применяется. Сравните иски на десяти-двенадцати, а то и более, листах (да еще с двумя-тремя «уточнениями», в которых все уточнения сводятся к

написанию слова «уточнение»), с пóзовами Ивана Ивановича и Ивана Никифоровича из повести Николая Васильевича Гоголя. Это типичные приемы «аблакатов», т.н. уличных или подпольных адвокатов. Или многостраничный договор (о покупке какой-нибудь мелочи) сравните с тем условием брачного договора, над которым смеялся в своем романе Лоренс Стерн. Конечно, юристу римской правовой культуры достичь «высот» англосаксонской юриспруденции очень трудно, но каково стремление! По этому поводу Иеремия Бентам писал: «документы, требующие несколько строк, переполнены чудовищным образом, напичканы бесполезными словами, многословными фразами, лишними оговорками, не представляют в целом их содержания ни одной точки для отдыха, ни одного параграфа, никакого различия между сторонами, так, что эти загадки, обратившись в целые томы, бывают совершенно непонятны даже тем, кто наиболее заинтересован в понимании их».

Это примеры *курьезной* юридической техники. Как и любая логическая операция, право не терпит ничего избыточного. Право это, прежде всего, дисциплина и порядок, то есть отсутствие хаоса. А он проявляется в многословии, повторениях, противоречиях, неясностях и неточностях языка и т.п. Авторы учебника практической юриспруденции [Manuel pratique de la profession d'avocat] Густав Дюшен и Эдмон Пикар замечают: «стыд для адвоката, который не ясен; он похож на человека, которому поручили открыть окно, а тот опускает штору. Краткость – сестра ясности; по отдельности каждая часть речи может быть ясна, а речь будет все-таки темна, если она длинна. Трудно быть кратким: работа сокращения требует долгого терпения и оправдывает слова одного адвоката, извинявшегося в своей длинной речи словами: «я не имел достаточно времени, чтобы быть кратким»».

Язык лжи всегда темен и переменчив; язык истины прост и однообразен – утверждал Бентам. А Марк Фабий Квинтилиан разделял стили на азиатский и аттический: «первый всегда почитался надутым и пусторечивым, а другой кратким, чистым и сильным: в одном нет ничего излишнего, в другом недостает точности и меры». Яркий пример азиатского стиля – решения т.н. суда по правам человека.

Современные научные исследования также устанавливают связь между краткостью и ясностью. На языке теории информации принцип «бритвы Оккама» гласит, что самым точным сообщением является сообщение минимальной длины. Отсюда вывод, что чем многословнее изложена правовая позиция, тем больше вероятность того, что оппонент пытается ввести суд в заблуждение: «в 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). Чем меньше в словах смысла — тем больше должно быть самих слов.

По меньшей мере длинное путаное изложение означает отсутствие правовой позиции.

Полезным правилом служит т.н. «кошелёк Миллера», или «магическое число семь». Опытным путем Джордж Миллер установил, что кратковременная человеческая память, как правило, не может запомнить и повторить более 7 ± 2 элементов. На этом психологическом феномене построена, в частности, техника рекламы: рекламный слоган, для того, чтобы он хорошо воспринимался, не должен выходить за пределы «магического числа». Для юридической техники «кошелёк Миллера» означает, что в целях достижения наибольшей ясности правовые тексты не могут состоять из длинных предложений. Причастные и деепричастные обороты вообще недопустимы: «неясность происходит от внесения разных дополнительных и ограничительных слов. Истолковывать значит заменять менее ясное предложение более ясным» (Михаил Иванович Владиславлев).

Юридическая техника *cavere*. Профессия юриста обязывает предполагать возможность возникновения в будущем споров. Следовательно, при разработке формальных актов необходимо учитывать такую вероятность. Возьмем для примера какой-нибудь договор. Как правило, там есть раздел обязанности сторон (что понятно) и раздел права сторон (что совсем непонятно). *И при этом права как правило не совпадают с обязанностями.* А вот это уже юридически невозможно. Но и сами обязанности (как, впрочем, и права) перечисляются не только в специально отведенном для этой цели разделе, но разбросаны как попало по всему тексту. В результате определить, к чему же именно обязана одна сторона (и соответственно, на что имеет право другая), весьма затруднительно. А это и порождает путаницу и будущие споры.

Основа любого, в том числе юридического, исследования – сведение установленных фактов в систему, то есть соединение тождественных положений и понятий в одно целое, и выделение положений несходных в другие группы. Такая форма подачи материала и наиболее удобна, и наиболее наглядна, и наиболее компактна. Применительно к нашему случаю это означает, что при сведении в систему, во-первых, легко выявляются все противоречия между составными частями сделки. А во-вторых, видна избыточность (или бесполезность) в обозначении определенных положений, например, «прав сторон», поскольку при обязанности, например, продавца передать вещь, у покупателя неизбежно возникает право эту же вещь требовать, причем не в силу частного договора, а в силу общего закона.

Систематическое расположение материала – одна из важнейших технических операций не только в значении, как показал Иеринг, первой задачи, но и для решения второй.

Юридическая техника *agere*. Ключевая точка судебного процесса – доказывание («искусство судопроизводства в сущности есть ничто иное как искусство пользоваться доказательствами» - Бентам). Собственно, весь кодекс судопроизводства простроен вокруг нормы, сформулированной еще в III веке Павлом и Марцианом: *affirmanti incumbit probatio* – докажи свои утверждения. Для процесса доказывания Аристотель придумал логическое средство – силлогизм (умозаключение), ценность которого состоит в том, что это наиболее простой инструмент для получения правильного вывода. Юридический силлогизм — это алгоритм, в котором производится сравнение фактов той или иной житейской ситуации (меньшая посылка) с общим положением, установленным правом в качестве юридического принципа (большая посылка). Силлогизм подчиняется восьми правилам (сформулированным еще средневековыми схоластами); при следовании этим правилам вывод (в нашем случае – решение суда) следует с математической точностью. Нарушение же правил приводит к невозможности сделать положительный вывод, то есть принять удовлетворяющее решение.

Таким образом, техника *agere* это построение правильных юридических силлогизмов с целью последующего изложения их перед судом при устном состязании. Собственно, правовая позиция и есть такой силлогизм, то есть соотношение юридически значимых фактов и правовых норм, при котором осуществление субъективного права было бы возможно или вероятно.

В завершение обратимся еще раз к авторитету Иеринга: «искусство [юриспруденции] имеет свою технику – технику, которая представляет собою, правда, не что иное, как собранный и объективированный осадок здравого разума, но которая тем не менее может быть понята и применяема лишь тем, который берет на себя труд изучить ее».

РЫЦАРЬ АДВОКАТУРЫ⁸⁷

Александр Владимирович Лохвицкий родился в Москве в 1830 году. Учился в Московском университете, в 1855 году был удостоен звания магистр общеправового права. Стажировался в Гейдельберге. Получил степень доктор государственного права. В Ришельевском лицее читал курсы энциклопедии права, законоведения и истории русского права. По переезде в Петербург читал лекции в Императорском Александровском лицее и в Военно-юридической академии.

⁸⁷ Опубликовано в сборнике «Суд присяжных и адвокатура в России». М. 2016.

В 1862 году Лохвицкий задумал издавать юридическую газету «Закон». В программе газеты был указан отдел «судебная практика», в котором должны были публиковаться описания процессов, тексты судебных решений «по делам замечательным или по важности своей, или по новости вопроса, или по пониманию и применению закона, или, наконец, потому, что они представляют любопытную картину нравов известной местности или общественной среды», критику судебных решений. Но допустить такого отдела в газете не разрешили. (Через 30 лет кишиневский присяжный поверенный Иосиф Соломонович Иосилевич частично воплотил замысел Лохвицкого, издал цикл статей под общим названием «Юридическая клиника», создав тем самым новый жанр юридической литературы.) С 1866 года совместно с профессором Александром Павловичем Чебышевым-Дмитриевым издавал газету «Судебный вестник».

25 февраля 1874 года «за особые заслуги перед русской общественной наукой» Лохвицкий был избран почетным членом Московского юридического общества. Круг научных интересов Лохвицкого весьма широк: адвокатура; право: гражданское, государственное (не только русское), международное, уголовное (Курс русского уголовного права выдержал два издания), морское, военное, церковное; история права; рецензии на художественную литературу юридической тематики (например, статьи по поводу романа Федора Михайловича Достоевского «Преступление и наказание» и нескольких французских писателей).

3 августа 1874 года действительный статский советник, доктор прав Александр Владимирович Лохвицкий был принят в сословие присяжных поверенных. Участием в многочисленных гражданских и уголовных процессах приобрел большую известность. В рецензии на книгу «Русские судебные ораторы в известных уголовных процессах» А.Л. (Август Адольфович Левенстим?) писал: «Лохвицкий отличался громадной эрудицией, обширным образованием и едким сарказмом; поэтому его речи всегда производили впечатление на слушателей, несмотря на отсутствие внешних данных, желательных для оратора. Громадная, лысая голова, неуклюжая фигура, хриплый голос – данные отрицательного свойства; но все это забывалось, потому что умный защитник умел очаровывать слушателей новизной своих мыслей и поддерживать внимание аудитории, пересыпая свою речь живыми примерами, историческими фактами и сравнениями, полными юда и сарказма. Из современных ораторов г. Жуковский довольно близок к нему, но юмор у него добродушнее, а по богатству знаний с Лохвицким трудно сравняться». «Его речи во всех веденных им делах, в большинстве случаев очень сложных, запутанных, отличаются находчивостью, тактом, чувством меры, глубоким и искренним убеждением. Этот своеобразный и сильный оратор, мало заботившийся о внеш-

ней форме и чистоте произношения, однако умел вести почти всегда аудиторию к намеченной им цели. Речи его по эрудиции, логике и анализе доказательств служат образцом ораторского искусства, и бесспорно должны быть отнесены к наиболее избранным речам русских судебных ораторов».

В 1875 году, стараниями Московского юридического общества, состоялся съезд русских юристов. Лохвицкий выступил с докладом по наследственному праву. Но вот что вспоминал Владимир Данилович Спасович: «Лохвицкий один только одинешенек хлопотал о парламентаризме, о конституции, но без малейшего со стороны съезда отголоска. Мы отнеслись к нему отрицательно, находили слова его легковесными. Мы помышляли только о том, как бы заложить фундаменты местного провинциального и городского самоуправления, как бы заняться строением этого первого этажа...».

Большой общественный резонанс вызвало участие Лохвицкого в деле Элькина. Элькин был признан виновным в обмане Поповой, в том, что убедил последнюю передать ему по безденежной купчей крепости принадлежащий Поповой дом. Приговор затем отменили, поскольку «в деянии Элькина не заключается поступка, подлежащего наказанию по уголовным законам». Тогда Попова подала иск о признании купчей крепости уничтоженной и о взыскании 15.000 рублей. Попову представлял присяжный поверенный Ордынский. По окончании гражданских процессов Ордынский подал в Совет присяжных поверенных жалобу на Лохвицкого, обвиняя его в том, что он берет на себя ведение заведомо недобросовестных дел. Рассматривая дисциплинарное дело, Совет высказал суждение о том, что «адвокат не слуга своих доверителей, готовый делать за деньги что угодно, а защитник и покровитель, который в гражданских делах оказывает покровительство и защиту только тем, кто поступает добросовестно». Совет запретил Лохвицкому отправление обязанностей поверенного в течение трех месяцев, а Ордынскому, на которого подал жалобу Элькин, объявили выговор.

Возникла значимая для теории адвокатуры полемика. Евгений Владимирович Васьковский в одноименной статье рассмотрел вопрос о разборчивости при принятии дел к защите. Григорий Аветович Джаншиев издал «Ведение неправых дел», а Даниил Иосафатович Невядомский (бывший помощник Лохвицкого) – «Вечные вопросы адвокатуры». В рецензии на эти брошюры Anti-Gorgias, после подробного анализа всех соображений авторов, высказал следующую мысль: «адвокат обязан словом и делом стоять на страже гражданских и публичных прав всего общества или отдельных его членов, обязан потому, что ему предоставлено право быть их выразителем и защитником. Та свобода, которая дана ему законом, делает для него возможным взвешивать и оценивать интересы, пользующиеся защитой и только

взывающие к ней. Адвокат не бездушная машина, не то колесо, которым воссылаются к небу китайские молитвы, а истинный творец права».

Точку в споре поставил Правительствующий Сенат. Не согласившись с решением Совета, прокурор принес протест. Судебная палата исключила Лохвицкого из сословия присяжных поверенных. Александр Владимирович принес жалобу в Сенат, который признал, что никакого нарушения Лохвицкий не допустил, и восстановил его в адвокатуре. В решении Сенат сформулировал правило, согласно которому «принятие адвокатом гражданского дела к своему производству может регулироваться только закономерностью тех требований, защитником которых адвокат является, и наличием тех данных для удостоверения в действительности защищаемого права, кои предусмотрены законом, или сим последним покровительствуются».

Нельзя не сказать об участии Александра Владимировича в одном поистине великом деле. «Отец русской цивилистики» Дмитрий Иванович Мейер не успел подготовить и издать свой учебник гражданского права. Это сделал его ученик, профессор Александр Иванович Вицын. Он собрал записи лекций Мейера, отредактировал, сделал некоторые дополнения, заручился согласием наследников Дмитрия Ивановича, и в 1859 году выпустил первое издание. Но затем возник судебный спор, наследницы предъявили иск о контрафакции. Судебная палата в иске отказала, дело перешло в кассацию. Поверенным Вицына был Лохвицкий. Оставляя жалобу без последствий, Сенат высказал тезис: «лицо, приобретшее от профессора или его наследников право собрать изустно читанные им лекции, обработать их и издать особою книгою, тем самым приобретает право и на последующие издания той же книги». Всего учебник выдержал десять изданий, по нему училось не одно поколение русских юристов (не потеряла книга актуальности и в наше время).

16 мая 1884 года Александр Владимирович Лохвицкий скончался. На панихиде Анатолий Соломонович Шайкевич, имея в виду дело Элькина/Лохвицкого, сказал: «как доблестный воин собственной грудью защищал он заветные принципы родного учреждения; на своих плечах вынес он независимость и свободу русской адвокатуры; история института никогда не забудет этой его заслуги».

НАПРЯЖЕНИЕ УМСТВЕННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ⁸⁸

Отличается ли кассация от апелляции? Вопрос мог бы показаться странным, если бы не довелось однажды услышать ответ адвоката

⁸⁸ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 9 января 2017 года, раздел «мнения».

на просьбу доверителя о составлении кассационной жалобы: «зачеркните в названии жалобы слово «апелляционная» и впишите «кассационная», вот и все».

И это не единичное мнение. Судя по содержанию кассаций, которые иногда попадаются на глаза, такой взгляд разделяет достаточное количество адвокатов.

История вопроса началась в 18 веке, когда выяснилось, что высшая судебная инстанция Франции уж очень легко кассирует решения судов. Тогда Людовик XV запросил своих юристов о принципах, на которых основывается теория кассации. «Нарушение указов [то есть закона], ответили юристы, - составляет обыкновенно самый ясный и самый безошибочный повод к кассации»; «если из оценки фактов и условий, т.е. из отношения, которое суд усматривает между ними и какой-либо статьей закона, вытекает только умаление интереса одной из сторон, которая не оспаривает однако же правильного применения закона, - там нет места кассации; ибо при этих обстоятельствах нет еще ни неправильного применения, ни неправильного толкования закона. Напротив же, когда из оценки фактов вытекает нарушение закона, неправильно истолкованного или неправильно примененного, то здесь есть повод к кассации».

В процессе подлежат обсуждению три различных пункта: 1) существование фактов, о которых идет спор. Имело ли место такое-то событие? Имели ли место такие-то соглашения между сторонами? 2) характер, представляемый этими фактами в виду постановлений закона. Вытекает ли из данных дела, что здесь имели место купля-продажа, дарение, и т.п.? 3) последствия, которые должно повлечь за собой применение закона к настоящему делу, предполагая самые факты эти правильно квалифицированными. Какие права имеет каждая из сторон?

Первый пункт – признание фактов дела, не может дать повода к кассации. А вот второй пункт – легальная квалификация признанных фактов дела, вызывает настоящий вопрос права. В принципе, повод к кассации и к контролю кассационного суда заключается единственно в вопросе права, в более или менее правильном применении права к вопросам факта.

Санкт-Петербургский Совет присяжных поверенных сказал о работе адвоката над кассацией: «изучение и уяснение фактической стороны дела, его существа, представляющие главную задачу апелляционного производства, не требуют такого напряжения умственной деятельности, как изучение стороны юридической и правильная постановка кассационных вопросов».

А ведь изучение и решение вопросов права и составляет главную задачу юриста вообще и адвоката в частности.

Так в чем же дело? В недостаточном знании права? Или в недостаточном напряжении умственной деятельности? Или в неспособности к таковой?

ПИСЬМЕННОЕ ПРОИЗВОДСТВО⁸⁹

«И для чего в течение десятилетий ведется непонятная игра с тяжущимися, с адвокатами? Отчего им не объявляют, что старания их напрасны, что процесс у нас стал письменный и что все произносимые в департаменте речи есть кимвал бряцающий?... Ни сладкой радости победы, ни острой горечи поражения. Одно тоскливое сознание своей бесполезности, кислое ощущение, что «для себя только он говорил». Отчего не дать адвокату исполнить свой долг, отчего не дать его убеждению проникнуть в души судей, ранее чем созреет там губительное для него решение?» - сокрушался Максим Моисеевич Винавер.

В 1913 году Санкт-Петербургский Совет присяжных поверенных рассматривал дисциплинарное дело в отношении адвоката, который вместо защитительной речи заявил, что на основании материала судебного следствия он не может ничего представить суду в пользу своего подзащитного.

Здесь надо сделать историческое пояснение. В отличие от современного уголовного процесса, в котором судебное следствие отделено от прений (то есть сначала суд заканчивает следствие, а затем уже переходит к прениям), в процессе дореволюционном прения были неотъемлемой частью судебного следствия, составляли со следствием одно процессуально-логическое целое. Отсутствие прений препятствовало суду (во всяком случае формально) завершить процесс как таковой.

В этом деле Совет признал, что «заявление защитника о том, что он не может ничего представить суду в пользу своего подзащитного представляется грубым нарушением присяжным поверенным своих профессиональных обязанностей». Но установил, что «в действиях подсудимого сам суд [без указаний адвоката] усмотрел смягчающие вину обстоятельства».

В таком случае, если суд отсутствием защитительной речи пренебрег, но при этом учел выявленные в ходе судебного следствия смягчающие вину обстоятельства, то в чем тогда смысл говорения речей? Прodelайте простой опыт. Если у Вас, читатель, есть знакомый судья, спросите, был ли в его практике хоть один случай, когда после

⁸⁹ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 25 января 2017 года, раздел «мнения».

судебного следствия сложилось одно убеждение, а после прений поменялось на диаметрально противоположное?

Вернемся к словам Винавера. Понятна досада адвоката, которому не дали насладиться своей речью. Но поставим себя на место судей. Перед нами текст кассационной жалобы, мы ее осознали, судья-докладчик напомнил основные положения. Если адвокат в речи желает повторить уже известное, то зачем плодить сущности без необходимости? Если же он намерен высказать новые соображения, то что мешало изложить их письменно и заблаговременно?

На стадии апелляции суд рассматривает предмет спора, очищенный производством в первой инстанции от всех посторонних, не относящихся до существа дела обстоятельств. Отсюда «систематичность, доказательность и ясность должны быть основными чертами изложения апелляционной жалобы. В нее может входить и анализ доказательств, и анализ правовых вопросов. *Как для изложения фактов, так и вопросов права нужно иметь упражненное перо*», - считал Леонид Евстафьевич Владимиров. В кассации предмет спора еще более сужается (поскольку факты третья инстанция не пересматривает), и задача адвоката сводится к анализу правовых вопросов; это, конечно, самое сложное (но и самое интересное).

Так что никакого ужаса в том, что на стадиях поверки преобладает письменное производство, нет. С тех пор, как человечество изобрело письменность и допустило ее в процесс отправления правосудия живое слово судебного оратора неизбежно утрачивает значение. Другой вопрос, что письменная работа требует от адвоката усиленной интеллектуальной деятельности. Но ведь для того адвокатура и предназначена.

НЕГАТИВНЫЙ ИСК⁹⁰

Совместное судебное постановление 2010 года № 10/22 ввело в систему права новый способ защиты – признание права отсутствующим. Точнее сказать, способ основательно забытый, поскольку иски с негативной формулировкой интенции – *actio negatoria* – появились в Риме, да и в Германии в конце 19 века существовал *Feststellungsklage* – установительный иск, который помимо позитивной имел и негативную форму. Неизвестно, правда, было ли кондемпнацией по таким искам признание отсутствия права собственности, и насколько они были распространены вообще. У нас же, как показывает статистика, новелла эта приобрела изрядную популярность, став абсолютным лидером применения.

⁹⁰ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 2 февраля 2017 года, раздел «мнения».

Сложность негативных исков состоит в том, что доказыванию подлежит отрицательный факт – факт отсутствия. Поскольку вопрос о доказывании отрицательных фактов в последний раз в отечественной литературе обсуждался шестьдесят семь лет назад, уместно сделать историко-теоретический экскурс. Долгое время считалось, что отрицательные факты не подлежат доказыванию: *factum negantis probatio nulla est*. Такой вывод следовал из максимы Павла *incumbit probatio qui dicit non qui negat* (Дигесты, 22.3.3), пока в 1843 году Эдуард Бонье не установил, что отрицательные факты сами по себе не заключают ничего такого, что служило бы непреодолимым препятствием к их доказыванию. Трудность доказывания происходит только от того, что утверждаемые факты бывают большей частью неопределительны: *si negativa indefinita probari non potest id non inde est, quia negativa, set quia indefinita, nec affirmative indefinite potest* – «отрицание, не содержащее в себе ничего положительного, не потому не может быть доказываемо, что оно отрицание, а потому что оно совершенно неопределенно» (Бонье цитирует Генриха Кокцея⁹¹). В большинстве случаев стоит только какой-либо отрицательный факт выразить определеннее, как всякая невозможность доказать существование его устраняется сама собой. В других случаях, если невозможно отрицательный факт выразить определеннее, возможно удостоверить существование факта положительного, противоположного факту отрицательному таким образом, что через доказательство первого удостоверяется и существование последнего.

В споре о собственности это означает, что отрицательное утверждение «ответчик не имеет права» заменяется утвердительным «право имеет истец». Но признание прав происходит через способ их приобретения, посредством доказывания фактов, порождающих эти права. Следовательно, при коллизии необходимо произвести сравнение оснований приобретения прав. Здесь все достаточно просто, поскольку применимо правило *prior tempore potior jure*, первый по времени первый и по праву (Кодекс, 8.17.3).

Так может быть проще было бы изначально предъявлять не отрицательный иск об отсутствии, а положительный – о признании сделки, порождающей право собственности ответчика, как позднейшей по времени, недействительной? Но в таком иске ответчик не лишен права ссылаться на исковую давность. Да и при отказе в иске неопределенность состояния права сохраняется. Так что при всей экзотичности негативного способа он все же, вероятно, имеет право существовать.

Однако скорость, с которой распространились негативные иски, вызывает сомнения в верности теории. Ведь право – система весьма

⁹¹ Кокцей высказал эту мысль в 1698 году, в диссертации *De directa probatione negativae*.

консервативная, некоторые институты пробивались в жизнь веками. Неужели так много случаев двойной регистрации прав? Или все же в теории что-то неправильно?

«НЕ ИЩИТЕ НИЧЕГО, КРОМЕ ЯСНОСТИ»⁹²

Всякое судебное решение является результатом логической операции, заключающейся в подведении под ту или иную норму права, как под бóльшую посылку, фактов, признанных судом за имевшие место, в виде малой посылки. Заключением силлогизма является разрешение вопроса о применимости к данному, конкретному случаю того или иного абстрактного веления права.

Из скольких логических умозаключений может состоять судебное решение? Из одного-двух, максимум трех. Известно, что кассационный суд рассматривает только случаи нарушения норм права; существо дела (то есть установление фактов, доказательства, подтверждающие эти факты, объясняющие их доводы, их оценка и делаемые судом выводы) кассационной проверке не подлежит. А значит, если в апелляционной инстанции можно оспаривать факты, доводы и выводы, то есть количество спорных положений может быть сколько угодно велико, то в кассации количество спорных положений резко ограничено и не может быть более количества построенных в решении силлогизмов. Следовательно, кассационная жалоба не может быть большой по определению.

Предположим, решение построено на трех тезисах. Означает ли это, что и кассация должна состоять непременно из трех возражений? Отнюдь нет. Вероятность, что две инстанции ошиблись сразу в трех суждениях, стремится к нулю. А что при этом обе инстанции нарушили еще и процессуальные нормы, вообще невероятно. Однако часто кассационная жалоба начинается так: «решение постановлено с нарушением норм материального и процессуального права». Далее идет невразумительный текст на десяти-пятнадцати листах, где с достойной лучшего применения дотошностью перечисляются чуть ли не все статьи материального и процессуального кодексов, якобы нарушенные судом.

Вот описание: «прошения, подаваемые в суд, ...длинные, с подробным изложением истории и обстоятельств дела и ссылками на законы и решения кассационного департамента Правительствующего Сената, в которых сутяга пытается блеснуть своею эрудицией»; «тяжелый слог и масса приводимых цитат законоположений и сенатских решений давит мозг, как кошмар, покоряет, как непреодолимая сила.

⁹² Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 15 февраля 2017 года, раздел «мнения».

В жалобах на решение суда встретишь всегда указания на целый ряд незаконностей [здесь идет перечисление «незаконностей»], и лишение тем «защиты и правильного разрешения правосудия».

Что изменилось за сто лет? Ничего. Ладно бы так писали необученные граждане. Так ведь нет – адвокаты. Впечатление такое, что работают они не на убеждение суда, а исключительно в угоду «клиента». В комедии Александра Николаевича Островского стряпчий рассказывает, что имеет значительную практику и доход у купечества только тем, что пишет красноречивые просьбы. Нужно, например, произвести взыскание; по закону только и следовало написать, что, представляя при сем заемное письмо, прошу произвести должное взыскание. Но он писал обыкновенно три листа, начиная таким образом: «будучи обременен в многочисленном семействе моем количеством членов» и т.д. По прочтении такой просьбы купец обыкновенно плакал, угощал и щедро награждал [особенно умиляет вот это «плакал»]. Когда же он писал столько, сколько нужно, тогда его презрительно трепали по плечу и говорили, что ему «еще раненько вести дела».

Мы жалуемся на то, что суды «штампуют» дела. Но ничего не делаем для усовершенствования своей юридической техники. А ведь еще в 1887 году Санкт-Петербургский Совет присяжных поверенных установил: «составление кассационной жалобы представляется несравненно более трудной и ответственной работой именно потому, что ни представление новых доводов, ни представление новых доказательств при кассационном производстве не допускается, между тем как при апелляционном – все недосказанное, недостаточно выясненное или требующее новых доказательств может, независимо от подачи апелляции, быть восполнено впоследствии, при производстве дела в Палате. Изучение и уяснение фактической стороны дела, его существа, представляющие главную задачу апелляционного производства, не требуют такого *напряжения умственной деятельности* [курсив мой – А.В.П.], как изучение стороны юридической и правильная постановка кассационных вопросов».

В заголовок вынесена сентенция Эпикура. Сейчас самое модное течение в адвокатуре – сочинение т.н. «стандартов». Трудно уразуметь, что именно имеют в виду под этим понятием основоположники сего направления и какая, собственно, преследуется цель. Но если под стандартом понимать мерило, основу (в рассматриваемом случае – составления состязательных бумаг), то не является ли ясность, понятность одной из основ нашей деятельности?

ИСК ОБ УБЫТКАХ К АДВОКАТУ⁹³

В любом судебном споре юристу интересны прежде всего те доводы и аргументы, которыми тяжущиеся обосновывали свои позиции (напомню, что правовая позиция – это такое соотношение между имеющими значение фактами и применимыми правовыми нормами, при котором субъективное право может быть защищено). При этом не имеет значения, где и когда именно был рассмотрен тот или иной спор – в древнем Риме или в современной России. Процесс применения права как операция сугубо логическая одинаков всегда и везде (даже если это курьезное английское право), поскольку сущность его – доказывание (*demonstratio*) того или иного положения.

Особый интерес представляют споры между адвокатами и их доверителями. Правда, по большей части такие споры носят дисциплинарный характер; материальные же претензии сводятся обычно к требованию о возврате гонорара. А как быть в случаях, когда адвокату предъявлен материальный иск за неправильное совершение (или несовершение) процессуальных действий?

На случаи неправильных, по мнению заявителя, действий адвоката имеются два правила: 1) «разрешение вопроса о наилучших способах ограждения вверенных присяжному поверенному интересов его доверителя и целесообразности принятия тех или других мер предоставлено свободному усмотрению ведущего дело поверенного» (45-й фрагмент Правил адвокатской профессии); 2) «только грубое незнание или явная небрежность при ведении дела присяжным поверенным дает повод входить в рассмотрение действий адвоката» (54-й фрагмент). Но правила эти касаются не материальных, а дисциплинарных споров.

В предлагаемом деле (начала 20 века) спор идет об убытках; именно такой иск предъявила доверитель к присяжному поверенному. Дело весьма редкое (известно еще только одно такое дело, по иску к присяжному поверенному Купернику. Некто Либерман взыскивал убытки, понесенные им от того, что Куперник, взяв на себя ведение его дела, не предъявил в течение года иска к московскому страховому обществу в 4.000 рублей, вследствие чего пропущена исковая давность, и деньги Либермана погибли безвозвратно. Одесский окружной суд в иске отказал), но вполне вероятное во всякое время.

Обстоятельства таковы. Адвокат вел процесс о взыскании 3.000 рублей. Суд удовлетворил иск, решение вступило в силу. На стадии исполнения адвокат обратил взыскание на денежные средства в размере 400 рублей (лежавшие в депозите суда); но и этих денег истица не получила.

⁹³ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 10 марта 2017 года, раздел «мнения».

Тогда доверитель предъявила иск в 3.000 рублей к адвокату, утверждая, что обращением взыскания на деньги, а не на недвижимое имущество, адвокат допустил «ошибку при исполнении решения», вследствие чего она лишена возможности получить удовлетворение в присужденной сумме. То, что адвокат знал о существовании недвижимости (дом), истица доказывала содержанием протокола судебного заседания, принятие адвокатом обязанностей исполнения решения выводила из содержания общей доверенности, которой ему предоставлялось «избирать способы взыскания, налагать запрещения», и того, что, получив исполнительный лист и обратив взыскание на деньги, адвокат выразил этим согласие на исполнение.

Ответчик возражал следующими доводами. Он находил более выгодным обратить взыскание на деньги, нежели на дом, обремененный солидным долгом банку; он не только не получил по этому делу никакого гонорара, но даже тратил свои деньги, не будучи к этому ничем обязан. Поэтому он и не считает себя в чем-либо виновным перед доверителем.

Решением суда в иске было отказано.

В апелляционной инстанции ответчика представляли два адвоката. Первый отвергал иск потому, что исполнение решений к обязанностям адвоката не относится, законом не возложено и добровольно на себя ответчиком не принято; что право принятия той или другой из мер защиты принадлежит поверенному в силу договора доверенности, и что не всякая ошибка поверенного служит основанием имущественной ответственности, и что за добросовестную ошибку поверенный не отвечает. Добровольное принятие на себя ответчиком исполнения не может быть выводимо ни из содержания его доверенности, которой определяются пределы *права* поверенного, но не его обязанности, ни из совершения им одного исполнительного действия (обращения взыскания на деньги), не доказывающего согласия на совершение и всех *дальнейших* исполнительных действий. Не вытекает обязанность исполнения решения и из существа порученного адвокату искового дела, в котором поверенный принимает на себя единственную обязанность – способствовать своими талантами восстановлению нарушенного права исключительно путем судебного решения, а не сыскными действиями об имуществе ответчика. С получением благоприятного для верителя окончательного судебного решения закончились обязанности адвоката по ведению порученного им спорного дела, и дальнейшие действия должны быть рассмотрены как совершенные им не по обязанности, а по доброй воле. Соглашение присяжного поверенного с верителем – не личный наем, в котором воля, желание, приказ хозяина – обязательны к исполнению, а особый договор судебной доверенности (представительства), существо которого, состоящее в том, что одно лицо (доверитель) *верит* особым актом (доверенностью)

другому (поверенному) совершение определенных для него действий, а это другое лицо принимает на себя безмездно или за плату их исполнение, заменяя первое – указывает разницу с наймом и особым в этом договоре отношения сторон между собой. По договору найма наемщик всегда работает от себя, поверенный же никогда не несет труда от своего имени, действуя всегда за доверителя и являясь его представителем, но не слугой. В первом есть хозяин и «*поступившее в услужение*» лицо, во втором – патрон и клиент; поверенный не идет в услужение, а берет доверителя под свою *защиту*, являясь полным *ее* *хозяином*. Хозяйскому приказу-воле в договоре доверенности противопоставляется *усмотрение поверенного*, основанное на доверии к нему. Имея в виду как это определение договора доверенности, так и содержание доверенности адвоката, которой ему предоставлено истицей «...вообще совершать все действия, которые для защиты моих прав *вы признаете нужным*», надлежит прийти к заключению, что, обращая взыскание на деньги, а не на дом, ответчик воспользовался *правом выбора* той или другой по делу меры, принадлежавшим ему не только по существу договора представительства, но и по содержанию данного ему полномочия. Если же истица находила необходимо нужным обратиться взыскание на дом, а не на деньги, то отказ поверенного от исполнения этой меры не мог ей препятствовать воспользоваться правом о замене «во всякое время» одного поверенного другим.

Второй поверенный объяснил, что верящее письмо не составляет *corpus* договора доверенности. Оно является актом, легитимирующим поверенного, определяющим его полномочия в отношении третьих лиц, но не касающимся взаимных прав и обязанностей доверителя и поверенного. Эти права и обязанности определяются ближайшим образом договором доверителя и поверенного, предшествующим выдаче доверенности и относящимся к последней как причина к следствию. Отсюда следует, что вопрос о том, к чему обязан поверенный в отношении доверителя, должен определяться не верящим письмом, а договором доверителя с поверенным. Когда такого договора не заключено или он составлен в общих выражениях, что поверенный принимает на себя ведение дела вообще, то на поверенном лежит обязанность совершить все действия, входящие в понятие ведения данного дела, но ни в каком случае не исполнять решение. Но если присяжный поверенный, не будучи обязан исполнять решение и совершать те или другие определенные действия для доверителя, тем не менее исполняет решение, то выбор тех или иных способов этого исполнения и тех или других мер обеспечения интересов доверителя должен быть предоставлен убеждению и совести поверенного. В этих пределах никакого контроля над поверенным быть не может и не должно, ибо дело касается индивидуальности его души, его таланта, способностей,

знания и вообще умения распорядиться так или иначе наличным юридическим и фактическим материалом дела.

Резолюцией палаты решение суда отменено, и иск признан подлежащим удовлетворению в 918 рублей. Палата нашла, что возражения ответчика и его поверенных не заслуживают уважения и посему решение окружного суда (первой инстанции), основанное на этих возражениях, не может быть признано правильным. Истица действительно потерпела убыток от несвоевременного обращения взыскания, в каком-то убытке должен отвечать ее поверенный, так как по смыслу выданной ему истицей доверенности принял на себя обязанность быть представителем интересов истицы и при исполнении судебных решений, чего он сам не отрицает и что подтверждается обстоятельствами дела. Действия присяжного поверенного представляются явным упущением интересов его доверительницы, которая ровно ничего не получила в удовлетворение своего взыскания, надеясь на своего представителя, который отнесся к ее интересам с полным невниманием и согласно выданной ему доверенности без всякого участия ее в деле ему порученном. Посему оставляя теоретические доводы поверенных ответчика без последствий, как не предусмотренные законом, и имея в виду, что за истицей признано право бедности, судебная палата определила: с ответчика взыскать.

Комментируя апелляционное решение, автор газетной публикации говорит. «Истец должен доказать свой иск», таково основное правило гражданского состязательного процесса. В рассматриваемом случае истица отыскивала вознаграждение за убытки, понесенные ей по вине поверенного. Следовательно, прежде всего ей надлежало доказать, что убыток ей действительно причинен. Между тем, очевидно, что само по себе необращение взыскания на дом и неуспешность взыскания, обращенного на хранившиеся в депозите суда деньги еще никакого ущерба истице не причинили; ущерб наступил бы при том условии, что у ответчика никакого другого имущества не оказалось. Но именно этого – т.е. основания иска – истица не доказала, а судебная палата, хотя и обратила внимание на это обстоятельство, но, вопреки требованию приведенного правила, освободила истицу от обоснования своего иска и поставила ответчику в вину то, что «им не доказана возможность получения истицей какого-либо удовлетворения или дворового места». Таким образом, судебная палата обязала ответчика вознаградить истицу за убыток, наличность которого истица и не пыталась установить.

Но независимо от этого, если даже считать, что действия поверенного действительно причинили ущерб в имуществе, то и в таком случае решение палаты едва ли можно признать правильным. Судебная палата ограничилась констатированием внешнего момента наличности причинной связи между действиями присяжного поверенного и

понесенным истицей ущербом (считая таковой доказанным): взыскание не было обращено на дом, от этого произошли убытки; следовательно, ответчик должен эти убытки возместить. Между тем, не подлежит вознаграждению вред, причиненный даже преступным деянием, если оно учинено не только без намерения, но и без всякой со стороны учинившего оное неосторожности. Таким образом, установление причинной связи является недостаточным для присуждения ответчика к возмещению убытка, необходимо войти в рассмотрение характера действия, причинившего вред. Понятие неосторожности весьма тягучее и неопределенное, но едва ли можно спорить, что, поручая тому или другому присяжному поверенному охрану своих интересов, доверитель может требовать от него такого поведения, какого следует ожидать от среднего, резонного человека (*bonus paterfamilias*). Если же стать на эту точку зрения, то нельзя не видеть, что никакой неосторожности ответчик не совершил. Ему предстоял выбор: обратиться взыскание на дом, который, как он знал из справки старшего нотариуса, заложен банку в 2.600 рублей, или на деньги в количестве 400 рублей. Из того, что дом был впоследствии продан за 3.081 рубль, можно было вполне резонно предполагать, что обращение взыскания на дом не обещает более крупных выгод ($3.081 - 2.600 = 481$), чем на деньги (400), лежавшие уже в суде. Что же касается вероятности взыскания, то в первом случае предстоял долгий процесс оценки, описи, публичного торга, который, к тому же, мог оказаться неудачным; между тем как, обращая взыскание на деньги, хранившиеся в суде, присяжный поверенный опирался на разъяснения Правительствующего Сената по ранее разрешенному делу.

* * *

Такое вот любопытное дело. Неизвестно, поверялось ли оно в кассационном порядке; во всяком случае, следов в Систематическом сборнике решений Правительствующего Сената найти не удалось. Но все же аргументация адвокатов представляет несомненный интерес и может быть полезна и сейчас, в случае, если возникнет вдруг аналогичное дело.

ГРАЖДАНСКОЕ МУЖЕСТВО⁹⁴

Малодушие не к лицу адвокату; в деле защиты правды он должен быть непреклонен так же, как непреклонна сама истина.

1071 фрагмент Правил адвокатской профессии

Помощником присяжного поверенного, в Самаре, Владимир Ильич Ульянов пробыл недолго, всего полтора года. За это время успел провести 16 процессов (по некоторым данным – 20), из них четыре гражданских. Но самое интересное – дело с купцом Арефьевым.

Арефьев арендовал в Батраках, близ Сызрани, переправу через Волгу. Считая себя монополистом, купец не разрешал никому другому перевозить пассажиров, и, если какой-нибудь лодочник, стараясь подработать, пытался нарушить этот «закон», арефьевский пароходик нагонял лодку и отвозил ее обратно к своей пристани. Многие годы купчина самоуправничал и его не смогло серьезно наказать даже такое учреждение, как Симбирское губернское земство. С 1878 года оно безуспешно боролось против действий содержателя частного перевоза.

Конкурируя с земским перевозом, Арефьев довел его до упадка. Делом занялся правительствующий сенат. В своем решении высшее судебное учреждение страны встало на сторону земства и потребовало от полиции заставить Арефьева прекратить самовольно открытый платный перевоз. После этого земство имело основания взыскать с него размер тех убытков, которые оно несло несколько лет, поддерживая общественную переправу. Однако, прикинув расходы на ведение нового судебного дела, оно решило: свой перевоз в Батраках содержать, а «иск же Арефьеву, в смысле возмещения земству убытков, комиссия считает безнадежным, почему и предлагает его не начинать».

Несколько позже земство вообще капитулировало, и разбогатевший Арефьев стал монопольным владельцем переправы через Волгу. Уверовав, что деньги могут все, купчина обнаглел до последней степени. Например, прибегал к таким приемам: зазывал пассажиров на пароходик, а потом, отплыв от берега, начинал взимать с пассажиров плату, какую захочет.

Владимиру Ильичу было известно о бесчинствах Арефьева, но он уговорил Марка Тимофеевича Елизарова, с которым ездил к его родственникам, переправиться на первой попавшейся лодке. Однако все произошло так, как говорил лодочник: не успели они доплыть и до середины реки, как матросы с подоспевшего пароходика баграми подтянули парусное суденышко, и пассажиры были доставлены обратно на берег.

⁹⁴ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 16 марта 2017 года, раздел «мнения».

По возвращении в Самару Владимир Ильич подал жалобу на самодура земскому начальнику 2-го участка Сызранского уезда. Тягаться с купцом в купеческом городе – для этого надо иметь немалую силу духа и изрядное гражданское мужество. Владимир Ильич проявил и то и другое.

Первое заседание состоялось 15 июня. Интересы купца представлял частный поверенный Ильин, который, как это видно из отчета, опубликованного 3 октября 1892 года в «Самарской газете», «всяческими способами и изворотами старался выгородить своего клиента». Свидетели, служившие у купца, как и его родной брат, своими показаниями также всячески старались выгородить обвиняемого, беря даже значительную долю самоуправных действий на себя.

Но опираясь на свидетельские показания очевидцев, Владимиру Ильичу удалось доказать несостоятельность утверждений Ильина, что будто бы лодку возвратил по своей инициативе штурман пароходика Семенов, а если он и действовал по приказу, то брата его подзащитного.

Тогда Ильин прибегнул к последней уловке: попросил отложить разбор дела, обещая представить документы, свидетельствующие, что только Арефьев имеет права на переправу через Волгу в районе Батраков. Владимир Ильич, настаивая на отклонении этого ходатайства, заявил: «Все эти документы (о монополии на перевоз) не идут к делу, так как суть дела не изменится, потому что самовольная защита своих действительных прав признается законом за самоуправство».

Однако суд удовлетворил просьбу Ильина, и следующее заседание состоялось 25 сентября. Но ни ухищрения адвоката, ни показания свидетелей купца не помешали Владимиру Ильичу доказать преступление, и деяния Арефьева получили достойную оценку в приговоре.

По «Уставу о наказаниях, налагаемых мировыми судьями» «за нанесение обиды действием без всякого повода со стороны обиженного» виновные подвергаются аресту «не свыше одного месяца». Суд приговорил Арефьева к 30 суткам.

УГОЛОВНАЯ ЗАЩИТА И «ГОНОРАР УСПЕХА»⁹⁵

По определению Джона Стюарта Милля «все, что выражается правилами или предписаниями, а не утверждениями относительно фактов, есть искусство». С этой точки зрения право есть чистое искусство, поскольку целиком состоит из предписаний и правил. Большинство из них сформулировано в глубокой древности (например, краеугольный камень процесса – доказывание – есть «игра ума» юриста Ш

⁹⁵ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 27 марта 2017 года, раздел «мнения».

века Павла – см. Дигесты, книга 22, титул 3, фрагмент 2). Вообще весь процесс создания права есть сплошная непрерывная компиляция: классические римские юристы (известные по Дигестам) ссылаются на более древних, неизвестных, римлян обрабатывали болонские глоссаторы, тех комментаторы, всех их немецкие пандектисты и т.д. Злые языки говорили, что Германское гражданское уложение есть «сокращенный Виндшейд» (видимо, имея в виду его фундаментальный «Lehrbuch des Pandectenrechts»).

Не обошел этот процесс и так называемое адвокатское право, то есть профессиональные правила адвокатуры. Например, правило о чести и достоинстве (пункт 1 статьи 4 Кодекса профессиональной этики) сформулировано было Казанским Советом присяжных поверенных в 1908 году. Московский адвокат Александр Николаевич Марков взял на себя труд составить свод профессиональных правил и издал его в 1913 году под названием «Правила адвокатской профессии в России» (помянутое правило о чести и достоинстве – 13-й фрагмент в сборнике Маркова).

Не все *мотивировки* правил вошли в сборник Маркова. Но все они представляют несомненный интерес как по стилю изложения, так и по высказанным в них идеям. Сегодня поговорим о том, как решался вопрос о т.н. гонораре успеха в уголовном деле. Этот вопрос возникал неоднократно (да и сейчас бывают случаи определения такого гонорара). Но вот что интересно: *вопрос этот решался разными Советами по-разному*. Так, Московский Совет твердо стоял на почве того, что такой гонорар недопустим. А вот Санкт-Петербургский придерживался противоположной точки зрения.

Итак, *определение гонорара в зависимости от успеха ходатайства. Принятие гонорара в «депозит»*. Некто А. поручил адвокату N. исходатайствование освобождения его от наказания, к которому он был приговорен. В счет вознаграждения он внес адвокату N. 300 рублей, а 1000 рублей «депонировал» другому адвокату с тем, чтобы эти деньги были выданы N. в случае, если ходатайство о помиловании будет уважено. Прощение о помиловании было оставлено без последствий.

Совет нашел действия присяжного поверенного неправильными. Несомненно, каждый адвокат имеет право назначить и получить вознаграждение за свой труд. Размер этого вознаграждения, за некоторыми исключениями зависит от соглашения верителя и поверенного. Но там, где в результате ходатайства могут получиться лишь ценности нематериального порядка, нельзя (как общее правило) ставить размер вознаграждения в зависимость от исхода дела. Не подлежит сомнению, что гонорар за защиту по уголовному делу должен быть назначаем в определенной сумме. Его размер не должен ставиться в зависимость от того, будет ли подсудимый оправдан или осужден и в по-

следнем случае более или менее тяжко. То же самое начало и с еще большим основанием должно быть применяемо к определению размера гонорара по делам о помиловании. В этих делах весь труд поверенного сводится к составлению соответствующего прошения и, быть может, к собиранию справок о положении дела. Раз прошение о помиловании подано, будет или не будет оно уважено, это не зависит от присяжного поверенного, и назначать себе премию за то, что от деятельности его не зависит, он не должен. Присяжный поверенный должен действовать открыто и в пределах закона. В ходатайствах о помиловании, обращаемых к верховной власти, роль присяжного поверенного сводится только к составлению всеподданнейшего прошения. Ничего другого присяжный поверенный в дальнейшем ходе дела, оставаясь на почве закона, делать не может и не должен. Если и возможно допустить, что на ход такого дела может быть оказано влияние в смысле ускорения дела или в смысле представления благоприятных отзывов и заключений, то деятельность в этом направлении должна быть признана выходящей за пределы адвокатской профессии. Во всяком случае совершенно недопустимо, чтобы присяжный поверенный, даже оказавший услуги в вышеприведенном смысле, назначал себе и получал за такие услуги вознаграждение. Он имеет право получать вознаграждение только за тот труд, который входит в круг его профессиональной деятельности, указанный в законе. Известно, что существует много дельцов, к счастью, за редким исключением, не принадлежащих к сословию присяжной адвокатуры, которые, ссылаясь на свои связи во влиятельных сферах, берут на себя проведение разных ходатайств, провести которые строго легальным путем или трудно, или невозможно. Назначая себе более или менее умеренное вознаграждение авансом, такие дельцы выговаривают себе крупное вознаграждение на случай успешного окончания ходатайства. Это последнее вознаграждение обычно вносится третьему лицу, заслуживающему доверия сторон, и выдается, в случае успеха ходатайства, дельцу или возвращается контрагенту его, в случае неуспеха. Иногда такой делец оказывает свое влияние на успешное разрешение ходатайства, а чаще ничего не делает и спокойно ждет конца дела, ведя беспрюирышную игру, рассчитанную на невежество обывателя. Контрагенту дельца нет возможности проследить, что делает такой делец, ибо там, где в ход пускаются связи, можно действовать только под покровом тайны и совершенно бесконтрольно. Увенчается успехом ходатайство, и делец получает «депонированные» третьему лицу деньги, хотя бы в успехе он совсем не был виновен, а не увенчается, он ничего решительно не теряет. Если кто-либо из присяжных поверенных стал на путь таких дельцов, ему пришлось бы удалиться из сословия. Но и сколько-нибудь походить на таких дельцов присяжным поверенным не пристало. Условившись получить кроме 300 рублей

вознаграждения за труд еще 1000 рублей в случай помилования жалобщика, N. совершил действия, с точки зрения профессиональной недопустимые, так как по внешности уподобился указанным выше дельцам, и тем заслуживает объявления ему предостережения.

Но даже если допустить получение дополнительного вознаграждения в случае успеха ходатайства по делу, нельзя допускать «депонирования» дополнительного вознаграждения третьему лицу. Отношения между поверенным и доверителем по самому существу своему должны быть основаны на доверии. Доверитель, вручая доверенному защиту существенных интересов, должен доверить ему и деньги. Эти отношения легко могут быть закреплены в письменном договоре. Если доверитель не соглашается оставить на руках у поверенного денег, он обнаруживает недоверие к поверенному, и поверенный, охраняя свое личное и сословное достоинство, обязан протестовать против такого недоверия всеми средствами до отказа от дела включительно.

КРЕДИТ НА АДВОКАТА⁹⁶

На прошедшей недавно в Академии имени Кутафина конференции председатель Совета судей выступил с оригинальной инициативой: кредитовать судебные процессы.

Для чего нужно это судьям? Можно предположить, что целью уменьшения нагрузки, снижения количества поступающих дел. Что банкиры умеют, так это считать деньги. И если уж намереваются выдать кредит, то тщательно просчитают выгоду и риски. И если выгода просчитывается относительно легко (что можно взять с ответчика, или с получателя кредита – стороной-то в сделке выступает именно он), то риски просчитать значительно сложнее: слишком много переменных факторов, начиная с глубины правовых познаний того или иного судьи, заканчивая разного рода процессуальными и материальными случайностями. Банк, конечно, может позволить себе нанять модного юриста, который напишет пространный «меморандум» в обоснование того или иного исхода. Но результат все равно не выйдет за пределы вероятности (известно, что судебная вероятность не может превышать 97 %, поскольку ничего абсолютного, то есть стопроцентного в юриспруденции не бывает, один процент приходится на правовую позицию оппонента и еще один на какую-нибудь неожиданность, так что 97 % максимум). То есть риск потери денег весьма велик. Поэтому предположительно и количество процессов уменьшится.

⁹⁶ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 20 апреля 2017 года, раздел «мнения».

Нужно ли это адвокатам? Безусловно. Один из вопросов адвокатской этики («вечный» вопрос) – разборчивость при принятии дел. Еще римская присяга предписывала адвокату «отстаивать истинные и справедливые требования своих клиентов и не замедлять отказаться от ведения дела даже во время производства, если убедятся в его нечестности или безнадёжности». Собственно, правовая оценка фактов и доказательств и есть основная работа юриста. Но здесь банк берет на себя то, что должны делать адвокаты, подкрепляя свои намерения выдачей кредита (банк не связан ни этикой, ни правилами адвокатской профессии, его не волнует ни истинность, ни справедливость, ни нечестность, ни безнадёжность, «ничего личного – только бизнес»). Таким образом ответственность с адвоката как бы и снимается. Это первое. Второе. Гонорар (предположительно – высокий) обеспечен: кредит-то будет целевой и сразу пойдет в адвокатскую контору. И исход дела на него никак не влияет (этим, кстати, снимается пресловутый вопрос о *quota litis*, «гонораре успеха»).

Еще один момент. Автор кредитной идеи называет предположение, на котором она основана: «судебные расходы в странах запада достаточно велики и часто попросту «неподъемны» для истца». Вот, оказывается, что не дает покоя – «страны запада». Раз у них расходы «неподъемны», так и у нас давайте сделаем так же. И прикроемся фиговым листочком кредита.

Проблемы доступа к правосудию вряд ли можно решить деньгами. Творцы судебной реформы 1864 года стремились облегчить доступ населения к судебной помощи, удешевить гражданский процесс. Для этого, в частности, придумали мировой суд, учредили присяжную адвокатуру (в помощь тяжущимся), установили т.н. право бедности. Учитывая, помимо недостатков отечественного дореформенного судопроизводства, и негативный пример «стран запада». Но за истекшие сто пятьдесят лет технологии несколько продвинулись, так что если вдруг и обнаружатся «неподъемные» расходы (хотя с чего бы? если их искусственно не создать), то вероятно можно будет адекватно отреагировать и без применения финансовых механизмов. Например, учредить государственную адвокатуру.

Такая идея не так давно тоже была высказана: государственная адвокатура для защит по назначению (а можно и для гражданских процессов). Идея вполне здравая, поскольку качество помощи по назначению оставляет желать лучшего (мягко говоря), а адвокатские палаты исправлять ситуацию не в состоянии (или не хотят). В выигрыше окажутся все: часть адвокатов перейдет в государственные (стабильный оклад, постоянная занятость, отсутствие сложных этических вопросов); в традиционной адвокатуре останутся только творческие, подчиненные правилам профессии, личности; начнется конкуренция между ветвями адвокатуры, что, в частности, скажется на нестабиль-

ности процессов из-за неявки защитника, поскольку всегда возможно присутствие государственного адвоката.

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ОБЫЧАЙ⁹⁷

Говоря об обычае как правовой категории, имеют в виду прежде всего право материальное. (Правда, несмотря на специальную статью в Гражданском кодексе, правовых обычаев в нашей жизни не так уж и много. Собственно, только один, зато всеобъемлющий: это обычай скреплять различные формальные акты оттиском печати. О значимости данного обычая говорит такой факт: в одном деле двадцатилетней давности арбитражный суд посчитал наличие печати даже признаком юридического лица.) Но был, оказывается, и обычай процессуальный.

Административной единицей крестьянского самоуправления в Российской империи была волость. Для разрешения небольших (до 300 рублей) имущественных споров между крестьянами данной волости были учреждены волостные суды, состоящие из выборных непрофессиональных судей (то есть из самих крестьян). Естественно, что в силу правовой неграмотности судьи эти опирались не на нормы писанного права, а на местные обычаи. И одним из них был обычай «грех-пополам».

Слово «грех» - древнерусского происхождения и означает убыток, ущерб. А под названием «грех-пополам» понимался практикуемый крестьянскими судами обычай решения спорного дела путем компромисса между тяжущимися, именно путем раздела исковой суммы убытков («греха») пополам между истцом и ответчиком, так что потерпевшая сторона удовлетворялась ответчиком лишь в половине понесенных убытков. Другую половину убытков «истец должен стерпеть».

Принцип «грех-пополам» применялся исключительно в тех случаях, когда и на стороне истца, и на стороне ответчика есть данные, говорящие в пользу того и другого, но не настолько значительные, чтобы перетянуть на одну сторону. В подобных случаях отказ в иске или полное его удовлетворение считалось большим злом, нежели разложение исковой суммы «пополам».

Далеко не во всех спорах возможно было воспользоваться правилом «грех-пополам». Анализ решенных дел позволил выявить условия его применения: 1) отсутствие или неполнота доказательств (запутанность дела, сбивчивость показаний сторон и свидетелей), 2) неумышленность в причинении ущерба (неосторожность и происхождение ущерба от несчастного случая), 3) обоюдная вина сторон (а также

⁹⁷ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 18 сентября 2017 года, раздел «мнения».

случаи, когда истец «мог отвратить убытки, да не отвратил»), 4) невозможность определить размер, сумму ущерба, 5) незаявление или несвоевременное заявление об убытках, и 6) давность.

Принцип «грех-пополам» был обусловлен желанием крестьянских судов решать дела «по справедливости», так, «чтобы никому обидно не было». Это те случаи, когда обстоятельства, на которых основан иск, не настолько вески или ясны, чтобы можно было из них сделать вывод о полной ответственности лица, против которого направлено судебное притязание, или, когда фактические обстоятельства таковы, что решение данного дела исключительно в пользу одной стороны было бы несправедливостью (*summa jus – summa injuria*). Редко встречались дела, решенные по правилу «грех-пополам», где на судебском листке фигурировала бы подпись сторон: «решением суда остался недоволен», между тем как указанная надпись преобладала во всех спорных делах, где суд отказывал в иске или же полностью удовлетворял истца.

Конечно, обычай «грех-пополам» находился в противоречии с лозунгом римского права *sum cuique tribuere* – воздавать каждому его право, все, что ему принадлежит (Дигесты, 1,1,10, Ульпиан). Формула кондемпнции: *condemna, si non paret, absolve* («судья, присуди уплатить; если же долга не окажется, то оправдай». Гай, Институции, 4, 43) предполагала обязанность доказывания: «обязанность истца есть доказать свой иск; буде же он доказать не может, то ответчик освобождается от суда. Равным же образом обязан и ответчик основательным доказательством себя оправдать, и учиненное против него показание правдою опровергнуть».

Но одно дело – юридическая формула, другое – жизнь. «Что не переходит в действительность, что находится лишь в законах, на бумаге, то является одним фиктивным правом, пустыми словами, и наоборот, то, что осуществляется в виде права, есть право, даже если его нет в законах» (Иеринг, «Юридическая техника», § 2). Повсеместное применение крестьянскими судами обычая «грех-пополам» подтверждает эту мысль. И фундаментальный римский принцип *aequitas* не исключает «грех-пополам» как средство достижения естественной справедливости по конкретным условиям каждого дела.

Обычай «грех-пополам» существовал не только в России. Характерен он прежде всего для государств, тесно связанных с морской торговлей: Франции, Бельгии, Голландии, Дании, Италии, Португалии, Англии, Норвегии, Швеции. В Германии сохранились старинные юридические пословицы и поговорки, касающиеся половинной ответственности – *halber Busse*. А в Австрийском праве была любопытная норма: обоюдная ответственность по правилу «грех-пополам» имела место, когда кто поручал заведомо незнающему дело, требующее особых знаний, или, когда он не старался прекратить проистекающие

от незнакомства с делом дурные последствия, которые он при надлежащем внимании легко мог отворотить.

РИМСКОЕ ПРАВО И СОВРЕМЕННЫЙ СУД⁹⁸

Можно лишь восхищаться последовательностью выводов и практических приложений древнеримских юристов: они рассуждают так просто и ясно, с такой точностью и находчивостью, что могут посрамить философов в самых глубокомысленных вопросах, которые им зачастую приходится обсуждать.

Готфрид Вильгельм Лейбниц

Не так давно юридическая общественность была взволнована решением Краснодарского арбитражного суда, в котором решался тонкий юридический вопрос: оросительная система на рисовом поле — это движимость или недвижимость. Затруднившись нормами действующего Кодекса суд не побоялся использовать римское право — Дигесты Юстиниана, и добротнo обосновал свою позицию. Однако люди, далекие от юриспруденции, посчитали сей факт забавным казусом, достойным насмешки. Но нашелся один довольно авторитетный юрист, который публично и с воодушевлением выступил в поддержку краснодарского решения.

Тот факт, что жизнь богаче любого нормативного акта, сколь бы изощренно он не был написан, общеизвестен. На этот случай имеется специальная норма, допускающая использование права по аналогии. Но вот каков диапазон этой аналогии?

Если исходить из принципа *jura novit curia* и вытекающего из него следствия «отказ в правосудии [под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов] недопустим», то задача суда в затруднительном случае сводится к раскрытию юридического принципа, лежащего в основе данного казуса, поскольку *ubi eadem ratio ibi idem jus* — при равном основании равное право. (В конце XIX века перед двумя высшими юридическими инстанциями встал вопрос: есть ли электрическая энергия вещь (*res corporalis*) и можно ли ее украсть? Сейчас это кажется странным, но уголовный суд пошел по естественнонаучному пути, и на основании экспертного заключения признал, что электричество не есть телесное вещество и не может быть объектом кражи. Однако суд обязан постановлять решения по вопросам права, а не заниматься исследованием физических явлений. Поэтому суд гражданский пошел по пути выявления юридического принципа и решил вопрос в утвердительном смысле.) Следовательно,

⁹⁸ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 27 сентября 2017 года, раздел «мнения».

суд не только может, но должен опираться в своих решениях на юридическую логику, где и когда бы она ни была явлена – в теоретических ли исследованиях или в казусах иных времен и народов; в любом казусе важно лишь логическое обоснование его разрешения, при этом место и время рассмотрения значения не имеют.

И вот какой случай произошел в 1891 году. Тогда суд, обосновывая решение, сослался не только на римское, но и на французское право, а также на теоретические положения. И все было бы хорошо, только кассационная инстанция решение это отменила, указав на «отступление от общепринятого правильного способа изложения судебных решений».

Решение Сената вызвало критику позиции кассационного суда. Наибольший интерес представляет опубликованная в журнале «Русское богатство» статья⁹⁹ адвоката и публициста Григория Аветовича Джаншиева. Статья не утратила актуальности, поскольку не только критикует сенатское решение, но содержит интересные фактические данные, а также затрагивает некоторые общетеоретические вопросы.

Справедливости ради надо сказать, что в 1907 году Сенат изменил свое мнение, и уже сам сослался на сочинения юристов – Шершеневича, Цитовича, Endeman'a и Levy-Riesser'a.

ПОЛЬЗА И ВРЕД ОТСУТСТВИЯ МОТИВИРОВКИ¹⁰⁰

Ничто не должно приниматься без основания [если оно не известно или как самоочевидное, или по опыту].

Уильям Оккам

Делая из обстоятельств тот или другой вывод, суд обязан привести в решении те соображения, по которым он пришел к этому выводу.

Кассационный тезис решения № 23 за 1890 год

Проект отмены обязательного составления мотивированного решения вызвал некоторый интерес в сети.

Ценность любого умозаключения состоит в объяснении того, почему сделан тот или иной вывод, какие доводы и аргументы позволили получить именно такое, а не противоположное заключение; вопрос *почему* – обычная реакция на результат при неизвестных посылах. И если в области наук естественных (основанных на утверждениях, относящихся к фактам) это становится возможным только после того, как явление вошло в круг наших понятий, то в отношении наук «неестественных» (основанных на правилах или предписаниях) воз-

⁹⁹ «Гонение на науку или lapsus calami».

¹⁰⁰ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 13 апреля 2018 года, раздел «мнения».

возможность объяснения заложена изначально – в силу наличия этих самых правил и предписаний.

Операция построения судебного решения помимо познавательной (т.е. познание того, кому принадлежит оспариваемое право), имеет и специальную цель достижения справедливости: «одна из главных целей мотивов решения – *убедить проигравшую сторону в справедливости решения*» (Гольденвейзер). Убедиться же в справедливости можно только после получения объяснений, то есть приведения цепочки умозаключений. Мотивировка и есть такая логическая цепочка, поскольку судебное решение строится по формуле силлогизма, где обстоятельственная часть есть меньшая посылка, правовая норма – большая, а заключение – решительный вывод.

Ну и разумеется, как сказано в некоторых старинных решениях, «неполнота и неясность соображений лишает кассационную инстанцию возможности проверить правильность сделанных судом выводов».

Однако так ли ужасны предлагаемые Верховным судом изменения, и нельзя ли обратить их на пользу?

Необязательность мотивировки установлена пять лет назад – для мировых судов. Жалоб пока никто, вроде бы, не предъявлял и правосудие не рухнуло. Кто хочет иметь мотивировку подает заявление об этом, и суд пишет решение. А вот нельзя ли извлечь из новшества пользу?

Значение апелляции, сформулированное еще в середине XIX века, состоит в том, что «суд рассматривает предмет спора, *очищенный уже производством в первой инстанции* от всех посторонних, не относящихся до существа дела обстоятельств». Такое «очищение» должно показывать, какие факты были недостаточно выяснены, и какие доводы не приняты во внимание судом. Соответственно, задача первой инстанции провести аналитическую очистку. Однако всегда ли суды справляются с этой задачей?

Для примера рассмотрим структуру решения мирового суда по делу об определении порядка пользования земельным участком. Всего в решении восемь страниц или 313 (между словами «установил» и «решил») строк, из них:

- описательная часть – 76 строк (24 % текста),
- выписки из текстов законов – 96 строк (31 % текста),
- изложение фактов и событий – 86 строк (27 % текста),
- соображения и доводы суда – 44 строки (14 % текста),
- общий вывод – 11 строк (4 % текста).

Вот другой пример – апелляционное определение по делу о признании сделки недействительной в связи с т.н. злоупотреблением правом. Из 246 строк текста (шесть страниц) выписки из законов состав-

ляют 62 строки (25 % текста), а соображения и доводы – 20 строк (8 %).

Таким образом, наиболее важный раздел (соображения суда, подбор оснований в пользу истинности вывода) занимает наименьшую часть текста. Но ведь это довольно странно, особенно в отношении апелляционного определения. Злоупотреблению, как известно, посвящена всего одна статья, носящая к тому же декларативный характер. Следовательно, для судейского усмотрения дан самый неопределенный критерий для ограничения осуществления права от действий, которые таковыми не являются. А при слабой бóльшей посылке судебного силлогизма получить надлежащий вывод можно только усилением посылки мёньшей, то есть установлением наибольшего количества фактов и их оценкой доводами и соображениями суда.

В обязанность суда входит объяснение положений, с которыми суд согласился и почему согласился (а также и тех, с которыми не согласился и почему именно). А значит доводы и соображения неизбежно должны быть значительно объемнее, чем изложение фактов, к которым они применяются. Вот аналогия. Обсуждая вопрос о том, является ли право объектом правосудности, философ выдвигает три возражения (20 строк) и опровергает их тремя доводами из 63 строк. Всего, таким образом, на один тезис приходится его обсуждение в 83 строки.

Конечно, от суда не требуется такой же обстоятельности, как от философа. Но тенденция понятна: аргументация всегда объемнее тезиса. Поэтому обратное соотношение, то есть превышение количества текста, излагающего установленные факты, над примененными к ним соображениями суда, позволяют сделать вывод о слабой мотивировке решения.

А раз решение мотивировано недостаточно, то какая в нем польза? Такое решение скорее даже вредно. У несогласной стороны возникает соблазн ограничить себя лишь подысканием апелляционных поводов, норм закона, нарушенных или неправильно истолкованных, а не доказыванием справедливости своего дела по существу, изложением позиции полнее и обстоятельнее, исправлением упущений, развитием и пополнением защиты. А поскольку апелляция рассматривает дело в пределах доводов, изложенных в жалобе, то возможность повторного рассмотрения по правилам первой инстанции в значительной степени утрачивается.

Теперь о том, какую пользу можно извлечь из отсутствия мотивировки. Предположим, с решением мы не согласны, но на мотивировке не настаиваем, ограничиваемся резолюцией. В жалобе не ищем апелляционных поводов, а излагаем свою позицию, подбирая новые аргументы (всего и сразу предусмотреть невозможно, и нередко новые доводы приходят после рассмотрения дела). Не секрет, что нередко

апелляция лишь переписывает решение первой инстанции, не производя никакой аналитической работы. Поэтому отсутствие мотивировки создаст для апелляционного суда определенные трудности, поскольку вынудит его рассмотреть дело в полном объеме. И если при этом жалоба не будет перегружена «апелляционными поводами», а будет содержать лишь аргументы по существу (то есть по фактической стороне дела), то тогда можно надеяться на пересмотр дела так, как он предполагается Гражданским процессуальным кодексом.

ПРОВОДНИК ИДЕЙ ПРАВА¹⁰¹

К 175-летию со дня рождения Анатолия Федоровича Кони

Кони создал у нас тип судебного обвинителя, применяющего научные приемы к живому делу суда.

Леонид Евстафьевич Владимиров

Если попросить современного человека назвать известных ему адвокатов, он непременно назовет две-три фамилии. Прокурорам в этом отношении не повезло, если кого и вспомнят, так только Анатолия Федоровича Кони, да и то редко. Причем некоторые всерьез считают его адвокатом. Кони был судьей, преподавателем, прокурором, но не адвокатом. Именно на поприще прокуратуры он приобрел широкую известность, о нем писали и его публиковали больше, чем всех адвокатов вместе взятых, включая даже Лохвицкого.

Широта интересов Кони была весьма велика, а опыт в уголовном судопроизводстве поистине безграничным. Поэтому чтобы хотя бы бегло описать все нужна не одна сотня страниц. Да и написано уже о Кони немало. Остановимся на трех моментах.

Первый. Любопытная дискуссия развернулась после речи Анатолия Федоровича об общественном мнении. В кавказском юридическом обществе делал доклад некто Красовский, который отметил нововведение в проекте Уложения о наказаниях – расширение судейского усмотрения. Докладчик полагал, что очень часто судья не умеет назначить адекватное наказание. Усомнился в способности суда правильно определить социальное значение преступления; пусть это делает законодатель. Доверие к суду не оправдано. Сослался на «пример запада»: там доверие к суду имеет корректив в виде влияния общественного мнения на суд.

Кони высказал несогласие с положениями референта. Нет преступления, как цельной, неделимой величины, а существуют преступное состояние, представляющее собой результат социальных, обще-

¹⁰¹ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 8 февраля 2019 года, раздел «мнения».

ственных, этнографических, расовых, экономических и психопатологических условий. Преступление не есть строго определенное, застывшее в своих внешних формах явление, всегда одинаковое и неизменное; напротив, оно изменчиво, индивидуально и потому нельзя применять одну и ту же общую мерку ко всем отдельным преступлениям. Законодатель дает типический снимок преступления, судья же должен дать фотографию отдельного преступления.

Одним из оппонентов было замечено, что присяжные заседатели оправдывают подсудимых в тех случаях, когда они находят несоответствие между деянием подсудимых и определенного законом наказания; но они делают это потому, что они руководствуются общественным мнением. Присяжные заседатели не выражают своими вердиктами общественного мнения, они творят суд по совести, руководствуясь своими нравственными идеалами, представлениями о добре, правде и справедливости. Собственно говоря, общественного мнения нет, оно неуловимо, изменчиво; сегодня оно одно, завтра другое; оно увлекается личными страстями и нередко служит слепым орудием в руках ловких агитаторов. Судья не должен прислушиваться к голосу общественного мнения и послушно следовать за ним. Для судьбы не должно быть другого указания, кроме своей совести и разума.

Ошибочно полагает референт, что общественное мнение должно контролировать суд. Прислушиваться к суду общественного мнения было бы столь же нецелесообразно, как и приглашать это мнение на консилиум к постели тяжело больного. Идеальный судья должен стоять вне влияния общественного мнения; он отвечает за свои действия перед своей совестью, перед историей, перед своей страной. Вносить этот корректив в деятельность суда весьма опасно. Понтий Пилат тоже уступил требованию общественного мнения...

Понятно, что после такого заявления «либеральная общественность» ополчилась на Кони. А ведь он знал, что говорил. Именно Кони был председательствующим на печально известном процессе Засулич. Тогда «общественное» мнение тоже выступало в пользу подсудимой. Напутственное слово присяжным было безупречно по форме и содержанию, поэтому упрекнуть Анатолия Федоровича в склонении к оправданию нельзя. Но в состав присяжных попали купец, студент, художник, неслужащий дворянин и восемь мелких чиновников; все они не могли не находиться под влиянием «общественного» мнения, да и находились под ним. В результате триумф либерализма закономерно обернулся разгулом терроризма.

Вопрос о влиянии «общественного» мнения на судебные приговоры актуален и сейчас. В 19 веке этот феномен, ограничиваясь периодической печатью, охватывал незначительную часть населения, т.н. читающую (сиречь – грамотную) публику. В настоящее же время развитие электронных средств всеобщего оповещения предоставляет

«простатам и демагогам» неограниченные возможности для манипуляций.

Впрочем, в дискуссии было высказано и трезвое суждение: о том, что обществу принадлежит право *критики приговоров*. Бесполезны и даже опасны попытки предварить вердикт на основании отрывочных и неточных слухов о процессе; только лица, непосредственно участвующие в процессе, имеют всю полноту сведений о нем. Но вот в отношении состоявшегося и доступного для восприятия приговора препятствий для общественной критики нет. Такая критика может иметь юридическое значение хотя бы с точки зрения нахождения кассационных поводов. Правда, для этого необходимо хорошо знать принципы процесса...

Второй момент касается всегда актуального вопроса о судебной ошибке. Начальник почтовой конторы Пономарев был обвинен в присвоении крупных денежных средств, признан виновным и осужден. Но на другой же день по оглашению резолюции открылось, что произошла чудовищная ошибка, что осужден невинный, что деньги похитил почтальон Скрипко, явившийся с повинной. Тем не менее, судебная палата в течение двух недель обдумывала и формулировала мотивы уже заведомо ошибочного приговора, и изложила его весьма логично и убедительно.

При рассмотрении кассационной жалобы в Правительствующем Сенате Кони высказал следующие соображения.

Судебная палата, получив предложение прокурора о повинной Скрипко, должна была, по мнению кассатора, ограничиться объявленной резолюцией [то есть не писать полный текст приговора] и представить дело в Сенат для отмены приговора. Но Сенат по закону дозволяет лишь пересмотр дел, по которым состоялись окончательные приговоры, резолюция же есть предварительный признак, есть зародыш окончательного приговора. Рассматривая взаимное отношение резолюции и приговора – и обязанности суда по отношению к ним – надлежит признать, что всякая резолюция о вине или невинности подсудимого имеет неизбежным, неотвратимым последствием своим – приговор в окончательной форме. Приговор не представляет собой в сущности ничего нового в деле – он естественно, так сказать, по закону инерции, вытекает из резолюции, содержа в себе подробное изложение, согласно с разумом и словами закона сущности приговора, т.е. резолюции, причем этому изложению предпосылается соображение обвинения с представленными уликами и доказательствами. В этом подробном приговоре суд отдает самому себе и всем заинтересованным лицам отчет в тех основаниях, которые повлияли на убеждение судей в виновности подсудимого – и дает вместе с тем материал для разбора при обжаловании по существу, для суждения о правильности применения закона при кассационном разбирательстве. Никакое об-

стоятельство, открывшееся после объявления резолюции, не может и не должно влиять на естественное и законное, в течение определенного срока, созревания мотивированного приговора, ибо он должен быть основан исключительно на уликах и доказательствах, бывших предметом судебного следствия и состязания сторон. Никакое новое, добытое вне суда и после суда доказательство за или против подсудимого, как бы оно убедительно не было, не должно останавливать суд в исполнении его обязанности подробно изложить: почему он, до открытия нового доказательства, пришел к убеждению, что может сказать подсудимому «ты виновен».

Несомненно, в деле Пономарева справедливость столкнулась с буквой закона: отменить свое собственное, уже произнесенное решение, суд не может, но обязан исполнить служебный долг до конца. И при всем сочувствии невинно потерпевшему, и как бы не казались слова Кони сугубым формализмом, его правоту нельзя не признать. Верно сказал Владимирова: Кони дал образцы ученого судебного красноречия и *юридического анализа*.

[Интересны в деле Пономарева два высказывания Кони. О задаче адвоката: «форма, в которой предложен вопрос свидетелю, не может быть кассационным поводом потому, что пользование правами, принадлежащими подсудимому и защитнику при перекрестном допросе, дает возможность *побудить свидетеля выделить в своем показании свидетельство о фактах от заявления о собственном мнении*, причем смешение этих частей показания может всегда быть разъяснено в настоящем своем значении для суждения о вине или невинности в защитительной речи».

По поводу правила *in dubio pro reo* – сомнения в пользу обвиняемого (в то время не было еще нормы, аналогичной пункту 3 статьи 14 УПК): «толкование всякого сомнения в пользу подсудимого установлено не законом, а судебной практикой. Оно представляется в виде нравственного требования, предъявляемого судьям на основании опыта, почерпнутого из многолетнего взвешивания доказательной силы обычного судебного материала. Но оно не имеет, в виду статьи 803 Устава уголовного судопроизводства («общие основания к суждению о силе доказательств объясняются председателем суда не в виде непреложных положений, но лишь в смысле предостережения от всякого увлечения к обвинению или оправданию подсудимого»), никакой обязательной силы и потому нежелательное нарушение этого правила, если бы оно и состоялось по какому-либо делу в действительности, никогда не может служить поводом для кассации приговора».]

И третий момент. Свидетельские показания, вероятно, навсегда останутся основным доказательством в уголовном процессе. Но, по видимому, навсегда останется и проблема их достоверности. Поэтому многие юристы старались так или иначе описать, осветить это главное

из доказательств, имеющее решающее значение для выработки судебного убеждения. Не остался в стороне и Кони. Его небольшая брошюра «Свидетели на суде» дает весьма обстоятельный очерк описания типов свидетелей, их психологических свойств, приемов работы со свидетелями на суде, оценки правдивости их показаний. Ценность брошюры, прежде всего, в том, что наблюдения получены автором не посредством кабинетных умозаключений, а взяты непосредственно из жизни и его личной судебной практики; на это указывает и скромный подзаголовок «заметки и воспоминания».

В частности, Анатолий Федорович пишет: «судебный навык показывает, что по отношению к ряду свидетелей всегда приходится делать некоторую редукцию показаний вследствие области бессознательной лжи, в которую они вступают, искренно веря в действительность того, что говорят. Сопоставление этой, по большей части неумышленной лжи пострадавшего с умышленной ложью подсудимого, стремящегося обелить себя на фактической почве или смягчить свою вину, вносит иногда юмористический элемент в отправление правосудия. В остроумной немецкой книжке «Handbuch für lustige und traurige Juristen» [Руководство для веселых и грустных юристов] изображено в рисунках дело о нападении собаки на прохожего таким, каким оно представлялось по рассказам потерпевшего и обвиняемого — хозяина собаки — и каким оно было на самом деле».

На одного крестьянина, чья собака покусала его соседа, подали в суд. По показаниям пострадавшего
Ein Bauer ist verklagt, weil sein Hund den Nachbarn gebissen hat. Bei Gericht war nun der Hund



nach Angabe des Verletzten so groß,
пес был такой огромный,



nach Angabe des Verletzten so klein,
по словам ответчика собака была очень маленькая,



in Wirklichkeit, nach Angabe der Zeugen, war der Hund so,
а по словам свидетелей пес был средней величины.

ЮРИДИЧЕСКАЯ КЛИНИКА ¹⁰²

Факты и вопросы экспертизы в гражданском процессе

Создатель нового жанра юридической литературы, присяжный поверенный Иосиф Соломонович Иосилевич писал: «я думаю, каждому из нас юристов-практиков, с любовью занимающихся адвокатской деятельностью не раз приходилось выдерживать тяжелую борьбу при проведении на практике более или менее отвлеченного теоретического правила, признаваемого наукою и другими законодательствами, и,

¹⁰² Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2018, № 7.

по-моему, борьба эта представляет наибольший интерес. Вместо отвлеченного рассуждения о теоретическом правиле, демонстрируйте пред читателем конкретное дело, откройте ему лабораторию юристов-практиков, разверните пред ним весь процесс борьбы, которая происходила между сторонами или между ними и судом, и это принесет, по моему мнению, двойную пользу. С одной стороны, этим путем лучше усвоится самое теоретическое правило, а с другой, что еще важнее, знакомишься со способом применения правовых начал, со способом постановки диагноза дела и лечения его и, таким образом, приобретается знание и искусство вместе. Это будет своего рода юридическая клиника... В моей долголетней практике мне случалось иметь довольно большое количество дел, где мне приходилось немало поработать над установлением диагноза дела, над разработкою серьезных юридических вопросов и над практическим применением их. И у каждого адвоката, я думаю, есть множество таких дел. Их очень легко переделывать, перерабатывать в практические статьи. Стоит только выделить из дела неважные, безразличные обстоятельства, оставляя лишь те, в коих стороны спорили и которые служили материалом для серьезных работ».

Настоящая статья представляет собой попытку возрождения этого уникального жанра. И если кому-либо такой подход придется по душе и вдохновит на то, чтобы поделиться своими размышлениями и опытом, можно считать, что сверхзадача, поставленная Иосилевичем, начала решаться.

* * *

По мере расширения наших познаний о мире и человеке специальные знания в науке и технике оказывают все большее влияние на решение правовых вопросов. Только римляне могли предаваться чистому искусству права. В новое время такое уже невозможно, вспомним, например, дискуссию 19 века о юридической квалификации похищения электрической энергии.

Дело суда – разрешение вопросов права, а не распознавание природы физических или психических явлений. Для этого придуман институт судебной экспертизы (или, как раньше говорили, сведущих людей). Но вот, однако, с чем приходится сталкиваться. Два примера.

Спор о признании завещания недействительным. Основание иска: наследодатель (умерший от онкологического заболевания) якобы находился в состоянии неспособности понимать значение своих действий или руководить ими (заурядное, в общем-то, требование). Единственный вопрос, требующий экспертного разрешения – психическое состояние наследодателя в день составления завещания. По сути, ответ на этот единственный вопрос предрешает исход дела. Понимая, что вероятность отрицательного ответа близка к 100 %, адвокаты истцов сформулировали второй вопрос: «влияет ли состояние, в котором

находился наследодатель, на осознание им происходящих событий, в том числе на излишнюю доверчивость и внушаемость со стороны».

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

Второй случай. Спор о земельном участке (616 кв.м) и садовом домике (67,3 кв.м). Истец, ссылаясь на незначительность доли ответчика (1/9 в земле и 1/6 в строении), невозможности реального ее выделения и отсутствия существенного интереса в использовании общего имущества, просил обязать выплатить ответчику компенсацию. Во встречном иске ответчик просил выделить 1/6 долю в натуре и определить порядок пользования земельным участком.

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

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

[Нельзя сказать, что эксперты явили большой профессионализм. Например, отвечая на вопрос о возможности выдела без соразмерного ущерба эксперт изложил, что «не может со стопроцентной уверенностью утверждать, может ли переоборудование сказаться на несущей способности строения, а, следовательно, привести к ухудшению его технического состояния, в результате нарушения внутренних связей и с учетом возраста строения, но определенные опасения у эксперта имеются».]

Итак, оба случая объединяет избыточное количество вопросов. В чем неправильность? В нарушении принципа *frustra admittitur probandum quod probatum non relevat* – нет надобности доказывать несущественные для разрешения спора факты (а в отношении определения стоимости строения во втором примере – и правило *confessus pro iudicato habetur* – признание не требует дальнейших доказательств, - поскольку спора о стоимости нет, она признана обеими сторонами).

С Цезаре Беккария обычаем юристов стало сравнение судебного спора с построением силлогизма: бóльшая посылка дана законом, мёньшая – обстоятельствами (фактами) дела; право вытекает из фактов, является их логическим следствием. Кронид Иванович Малышев

подметил: «опыт показывает, что вопрос факта вызывает более всего споров и требует от суда самой усиленной работы. Когда существование факта удостоверено, то применение к нему закона обыкновенно не трудно». Установление меньшей посылки, ведущей к заключению о праве, и есть работа юриста. Его задача – оценить факты, выделить, во-первых, те, из которых скапливается юридический состав, и во-вторых, существенные для данного дела. Поэтому стадия подготовки дела, пожалуй, самая важная; именно на этом этапе производится работа, требующая специального юридического образования: при установлении правоотношения сторон, определении существенных обстоятельств и применимого закона, а также при правильном распределении бремени доказывания дальнейшее рассмотрение уже вполне по силам судьям не профессиональным, а присяжным (нечто подобное было еще в древнем римском процессе: стадии *in jure* – перед претором-юристом, который приискивал подходящую формулу (т.е. решал вопросы права) и назначал судью, и *in judicio* – перед гражданским судьей, который исследовал доказательства спорных фактов и выносил решение).

Итак, факты. Процессуальный закон требует не только формулирования вопросов. При назначении экспертизы суду предписано указывать конечную цель исследования – те факты, для подтверждения или опровержения коих экспертиза назначается (такого категорического требования не было ни в советских процессуальных кодексах, ни в Уставе гражданского судопроизводства, там содержались лишь весьма неопределенные указания на то, «по каким предметам» или «по каким обстоятельствам» требуется заключение экспертов). К сожалению, суды об этом часто забывают, ограничиваясь одними лишь вопросами.

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

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

Ни количество, ни существо вопросов не исключает возможности дальнейшего движения дела. Не предусмотрена возможность об-

жалования определений о назначении экспертизы и процессуальным кодексом. Следовательно, вопрос об исправлении таких недостатков не может быть вынесен на обсуждение вышестоящей инстанции отдельно от итогового решения. Можно, конечно, надеяться на свободную оценку доказательств судом. Но если сам суд поставил вопросы, явно выходящие за пределы компетенции сведущих людей, переложил на них бремя решения вопросов права, то надежда эта, пожалуй, весьма иллюзорна.

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

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

Наиболее естественный путь – передать вопрос на разрешение вышестоящей инстанции. Правда, здесь надо различать две стадии: подготовку к экспертному исследованию и собственно заключение сведущих людей. Заключение экспертов, как и иной вид доказательств, важен лишь тем, какой вывод сделает из него суд. Поэтому самостоятельный спор против состоявшегося экспертного заключения так же неуместен, как обжалование того или иного свидетельского показания.

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

Исключительное право постановки вопросов судом может быть преодолено только вышестоящим судом. Но для этого стороны долж-

ны иметь соответствующее средство – право частного спора против поставленных судом вопросов. Оно могло бы быть реализовано в определенной степени – только в части обжалования постановки вопросов права. Но появится ли в новом едином процессуальном кодексе такое право у сторон – неизвестно.

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

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

ЮРИДИЧЕСКАЯ КЛИНИКА ¹⁰³

Наследование при пропуске срока

При обладании известной дозой логики здравомыслящего человека, чувством справедливости и высокой степенью любви к правде и необходимой рачительностью, даже при не особенно большом знании законов, суд может раскрыть истину, и решения его будут более или менее правильны, а если будут ошибки или при оценке фактов, или при применении закона, то они не будут вас поражать своей экстравагантностью и абсурдностью.

Иосиф Соломонович Иосилевич

Неправильность судебного решения, как известно, может выражаться двояко: либо в процессуальных нарушениях, либо в материальных (или в обоих одновременно). Наиболее просты и наглядны нарушения процессуальных норм (или, как раньше говорили, обрядов судопроизводства). Но именно поэтому они же и наиболее редкие (за исключением нарушений правил о доказывании; но поскольку в доказательственных правилах процессуальное право непосредственно соприкасается с материальным, четкое разграничение провести не все-

¹⁰³ Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2018, № 13.

гда возможно). В творческом отношении интерес для юриста представляют нарушения права материального.

Фабула дела. Наследодатель оставил по завещанию одному наследнику нежилое помещения и банковский вклад, другому – все остальное. Второй наследник своевременно подал заявление о принятии наследства. Первый – подал заявление по телеграфу и по почте в последний день срока, пришедшийся на выходной день. Нотариус в выдаче свидетельства первому наследнику отказал.

Тогда наследник предъявил жалобу на отказ совершить нотариальные действия. Отказное решение суд постановил из следующих соображений.

1. «Заявителем пропущен установленный законом 6-месячный срок на принятие наследства, который истек 12.01.2002 [суббота]. Телеграмма о принятии наследства не может быть признана надлежаще оформленным заявлением, т.к. подпись не удостоверена в нотариальном порядке или сотрудниками почтового отделения». [О заявлении, направленном по почте, суд не высказал никакого суждения.]

2. «В наследственном деле имеется заявление наследника, принявшего наследство, с согласием на принятие в наследство завещанных [первому наследнику] наследодателем денежного вклада в банк. Таким образом, у [первого наследника] нет никаких препятствий для получения свидетельства о праве на наследство на денежный вклад в банке. В отношении иного наследственного имущества его согласия не имеется». [Ко дню смерти наследодателя банковский счет был пуст.]

Правила льготного исчисления пресекательного срока восходят к Уставу гражданского судопроизводства, в мотивах к статье 822 которого было сказано: «необходимо, в случае окончания срока в день неприсутственный продолжить течение срока до первого присутственного дня, ибо в таком случае тяжущийся не может исполнить в этот день требуемого от него действия не по своей вине, а потому, что суд закрыт». Но таких глубоких правовых познаний от суда и не требуется, достаточно сведений в пределах второго курса юридического факультета. А именно статьи 193 Гражданского кодекса: если последний день срока приходится на нерабочий день, днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день.

Удостоверение тождества участвующих в гражданских сделках лиц составляет основу нотариального порядка; это установлено с целью устранения сомнений в идентичности, иначе нотариальные акты утратили бы для юридического быта практическое значение и на них нельзя было бы полагаться. И такое удостоверение возможно только при личной явке и предъявлении соответствующих документов. Однако это вовсе не означает, что документ, полученный нотариусом по телеграфу или почтовой связи, может быть проигнорирован. Неопре-

деленность о тождестве лица, выразившем свою волю в таком заявлении, может и должна быть устранена, для чего существуют специальная процедура. «Методические рекомендации по совершению отдельных видов нотариальных действий» определяют, что, если заявление поступило по почте или передано другим лицом и подлинность подписи наследника на нем нотариально не засвидетельствована, оно принимается нотариусом, а наследнику предлагается выслать надлежаще оформленное заявление либо явиться лично в нотариальную контору.

Но все это достаточно просто, пусть даже познания из области нотариального производства и выходят за рамки Гражданского кодекса. Сложнее дело обстоит со вторым выводом суда. Здесь уже требуется деятельность, как говорит Иеринг, высшей юриспруденции, а именно толкование. Каков смысл и значение нормы части 2 статьи 1155 Гражданского кодекса?

Начнем с простого. Наследство есть совокупность прав и обязательств, оставшихся после наследодателя. А наследственное преемство бывает двух видов – универсальное и сингулярное. Последнее заключается в том, что к наследникам переходят лишь отдельные права наследодателя (это осуществляется путем установления завещательного отказа). При универсальном преемстве наследник приобретает все имущество наследодателя (или завещанную ему долю) как единое целое, то есть как права, так и обязанности (в частности, ответственность по долгам наследодателя).

Ключевая фраза судебного довода – «в отношении иного наследственного имущества его [второго наследника] согласия не имеется». Как это соображение согласуется с правилами наследования? По мнению суда, получается, что наследнику, принявшему имущество, предоставлено право определять, какую часть имущества может получить наследник, пропустивший срок. Например, оставить себе все активы, предоставив пропустившему срок наследнику все долги наследодателя. Поэтому такое толкование – право принявшего наследство определять состав имущества, которое может быть принято пропустившим срок наследником, противоречит принципу единства имущества как совокупности прав и обязательств.

Норма части 2 статьи 1155 Гражданского кодекса не имеет аналогов ни в дореволюционном законодательстве и в классических иностранных кодексах. В последних конструкция наследования была совершенно иная. Наиболее характерно это выражено в Германском гражданском уложении: наследство переходит к призванному наследнику с сохранением за ним права отказаться от наследства. Наследник не может отказаться от наследства, если он принял его либо истек срок, установленный для отказа; с истечением срока наследство счи-

тается принятым. Отказ от наследства может последовать только в течение шести недель (§§ 1942-1944 ГГУ).

По сути, норма части 2 статьи 1155 Гражданского кодекса устанавливает специальное («без обращения в суд») правило восстановления пропущенного для принятия наследства срока. Такое толкование подтверждает и ранее действовавшая норма статьи 547 Гражданского кодекса РСФСР (Продление срока для принятия наследства): «наследство может быть принято после истечения срока при условии согласия на это всех остальных наследников...». Она же содержалась и в пункте 102 Инструкции о совершении нотариальных действий.

Итак, по формуле Иосилевича, для принятия правильных решений требуются три вещи: известная доза логики, чувство справедливости и не особенно большое знание законов. Наибольшую сложность в данной триаде имеет, конечно, чувство справедливости, поскольку как таковая, справедливость не поддается исчислению и даже однозначному определению. Чувство же справедливости подобно музыкальному слуху: либо есть, либо его нет (да и вряд ли встречается чаще, чем музыкальный слух). Следовательно, при отсутствии чувства справедливости (это не вина юриста, а его беда) восполнить пробел можно безупречной логикой и большим знанием законов.

Что касается логики, то главное в этой науке вообще и в применении к юриспруденции в частности, это знание того, что такое вывод: «если изучить, что такое вывод, этим уже было бы кое-что достигнуто» (Бернард Бозанкет). В свою очередь надлежащий вывод есть результат правильного построения силлогизма. Правил же силлогизма (то есть получения вывода) всего восемь, так что их изучение не представляет чрезмерного труда.

Наконец, знание законов. Что считать «не особенно большим»? Вероятно, хотя бы знакомство с Общей частью Гражданского кодекса. Если же такого знакомства нет, то при отсутствии правильной большей посылки судебного силлогизма (то есть нормы права) найти средний термин, обуславливающий вывод, невозможно. Точнее, такой вывод неизбежно приводит к решению «экстравагантному и абсурдному», по принципу *ex falso quodlibet* – из ложного высказывания следует любое высказывание.

* * *

Спустя пятнадцать лет дело получило неожиданное продолжение. Юрист (не адвокат), представлявший интересы наследника в первой инстанции, предъявил иск о взыскании вознаграждения. Гонорарное обязательство было следующим: денежную сумму (немалую) наследник выплатит «в течение двух месяцев с момента государственной регистрации свидетельства о праве на наследство на нежилое помещение».

Итак, эффект гонорарной сделки был поставлен в зависимость от наступления неизвестного будущего события. Правила об отлагательном условии (*condicio suspensiva*) сформулированы еще в римском праве. К требованию истца применимо следующее: «всякий раз, когда посредством того, в чьих интересах было, чтобы условие не наступило, делается так, чтобы оно действительно не наступило, ситуация признается таковой, как если бы условие наступило» (Ульпиан, Д.50.17.161). Истец утверждал, что наследник заинтересован в ненаступлении условия и умышленно препятствует его наступлению.

Надо сказать, что некоторые начатки для такого утверждения у истца были. После отказа в иске наследник, имеющий юридическую подготовку, провел несколько процессов самостоятельно, меняя предмет и основания требований. Но во всех исках было отказано. И тогда в одном из процессов наследник от иска отказался. Именно это определение об отказе от требований истец и предъявил суду в качестве доказательства препятствия наступлению гонорарного условия.

К сожалению, воспользоваться *exceptio temporis* – возражение истечением времени – наследник не мог: отсчет исковой давности не мог быть произведен в связи с ненаступлением гонорарного условия. Поэтому защита свелась к установлению факта юридической невозможности приобретения права собственности на нежилое помещение и определению влияния отказа от иска на эту возможность.

Факт юридической невозможности приобретения имущества по наследству был установлен тем, что после вступления в силу решения об отказе в иске к нотариусу второй наследник в 2004 году совершил отчуждение помещения третьему лицу. Значит, если первый наследник и мог приобрести завещанное ему имущество, то только от нового собственника – третьего лица. Оно же никаких распоряжений в отношении первого наследника не делало.

После вступления в силу решения по иску к нотариусу все дальнейшие процессы стали бессмысленны. Как бы ни варьировал наследник предмет и основание требований, в основе лежал факт отсутствия права на иск, поскольку, а) решением суда спорное имущество закреплялось за вторым наследником, и б) имущество к тому же было отчуждено в пользу третьего лица. То есть какую-либо юридическую связь с имуществом первый наследник утратил окончательно и бесповоротно.

ЮРИДИЧЕСКАЯ КЛИНИКА¹⁰⁴

Сервитут, или о праве соседства

При разрешении юридического вопроса в конкретном деле непременно нужно брать в помощь теорию права, основанную на логике и справедливости, разбирать общие начала права.

Иосиф Соломонович Иосилевич

Немыслимо было бы общежитие без права соседства, без обязанности соседей взаимно поступаться неограниченностью своего обладания. Для этого римлянами были придуманы сервитуты – от древнейших поземельных: *iter* – право прохода, *actus* – право проезда, *aquaeductus* – право проведения воды, до городских – право опирать балку на чужое здание, право отводить сточные воды, право вида (*servitus ne prospectui officiat*) и лесных, например, право кормить свиней упавшими желудями.

В русском праве сервитуты тоже присутствовали, назвались *право участия: общего* – право прохода и проезда по дорогам и водным сообщениям, и *право участия частного*, участие в выгодах чужого имущества. Классические римские сервитуты были развиты и дополнены применительно к местным условиям, например, сервитуты, связанные со строительством и эксплуатацией мельниц. Споры о сервитутах нередко были предметом судебного рассмотрения. Есть весьма драматичный адвокатский рассказ Вячеслава Михайловича Грибовского – «Злое право» (1899), основанный на споре о сервитуте.

Возвращение к капиталистическим отношениям и к частной собственности на землю возродил сервитут как инструмент права. Однако одной записи в Гражданском кодексе недостаточно, надо знать еще и теоретические начала правового института. Отсутствие же знаний неизбежно приводит к решениям «экстравагантным и абсурдным». Вот пример.

Фабула дела. На земельном участке расположен был жилой дом, разделенный на двух хозяев. А. принадлежала 71/400 доля дома, Б. – 71/600 доля. В 2003 году дом сгорел. Через несколько лет А. взамен сгоревшего построил новый дом в пределах своей части земельного участка, но с частичным наложением на участок Б. Поскольку дом был возведен на земельном участке, не отведенном для этих целей в установленном порядке и без получения необходимых разрешений, а также при строительстве были нарушены градостроительные нормы и правила (эти факты были установлены более ранним решением суда), в регистрации права собственности городская администрация А. отказала. Тогда А. обратился с иском о признании права собственности на

¹⁰⁴ Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2018, № 19.

самовольно возведенное строение; Б. выступал в деле в качестве третьего лица.

В части признания за А. права собственности решение не поддается ни юридическому, ни логическому объяснению, а потому мы его пропустим. Рассмотрим вопрос о сервитуте.

Как уже было сказано, жилой дом А. частично захватывал земельный участок Б. (площадь наложения 4,2 кв.м), этот факт установлен решением суда ранее. Для устранения этого препятствия А. дополнил иск требованием об установлении сервитута на ту часть участка, которая была застроена домом.

Что-то в этой конструкции было неправильно, но вот что именно? Следовало разобраться в теории вопроса. Но прежде надо понять, какой именно сервитут просит установить истец. Видов сервитутов достаточно много, все они различаются между собой, часто весьма существенно. Истец, однако, ничего конкретного не указал.

Из обстановки следовало, что поскольку истец уже застроил («запользовал») часть территории ответчика, то, вероятно, речь идет о некоем «праве опереть фундамент на землю соседа» (по типу сервитута *operis ferendi* – право опереть собственное здание на стену соседа, – тем более, что речь в нем идет о сохранении прежнего состояния). Впрочем, не исключены и иные варианты; обо всем этом можно было только догадываться, то есть предмет иска остался неизвестным.

Далее. Существование сервитута опирается на три принципа: а) *nullu res sua servit* – своя вещь не может быть объектом сервитута; б) *servitus in faciendo consistere nequit* – сервитут не может заключаться в исполнении (то есть в силу вещной природы не может заключаться в обязательстве, выполнении активных действий); в) *servitus fundo utilis esse debet* – сервитут должен быть полезен участку.

Нарушает ли требование истца эти принципы? Вроде бы нет. Но вот является ли истребуемое истцом сервитутом? Возьмем, для примера, *iter* и *navigandi* (право лодочного перевоза через чужой водоем). В обоих случаях использование соседом хозяйской земли (воды) не препятствует таковому же самому хозяину; сервитут прохода неотличим от дорожки или тропинки, которые служили для прохода, и в плавании по водоему хозяин ничуть не был ограничен. Что отличает описанные сервитуты? То, что ни часть земли, ни воды из обладания хозяина не выходили.

Именно на это обстоятельство и указывает формулировка нормы о сервитуте в действующем Гражданском кодексе, определяя его как право *ограниченного* пользования соседним участком, каковое *не лишает* собственника участка прав владения, пользования и распоряжения.

В нашем же случае часть земли, «запользованная» соседом, из владения и пользования хозяина вышли. Следовательно, это не серви-

тут, а нечто иное. Больше всего это походит либо на право безвозмездного пользования, либо на аренду. Проблема, однако, в том, что аренда и безвозмездное пользование, в отличие от сервитута, устанавливаются только соглашением сторон, но никак не судебным актом.

Одно из главнейших качеств юриста вообще и судьи в особенности – сомнение. Что бы ни говорил юристу доверитель, а судье – адвокаты противоборствующих сторон, все надо подвергать сомнению, поверяя юридической логикой. И это касается не только утверждаемых фактов, но и предлагаемых к применению норм права. Но если в отношении фактов есть фундаментальное правило *incumbit probatio* (оно же – статья 56 ГПК), то познание применимости норм дается только систематическим изучением теории права, юридическим образованием. Именно оно отличает юриста от профана (как утверждает Иеринг).

Гражданский процесс есть одно применение логики к разрешению данного случая. Для этого факты, описывающие случай, сравниваются с эталонными фактами надлежащей нормы закона. При несовпадении того и другого возможны два варианта: либо отказ в иске, либо то, что Дунс Скотт сформулировал как *ex falso quodlibet* – из произвольного суждения может следовать все что угодно. То есть при сравнении разнородных по форме и содержанию вещей утвердительный вывод может быть о чем угодно.

Но экстравагантность и абсурдность – это безобидная сторона такого судебного акта. Незабвенный Остап Ибрагимович знал, как известно, четыреста способов сравнительно честного отъема денег. За истекшие девяносто лет количество это значительно пополнилось, обогатившись, в частности, новым видом – отъем посредством судебного решения. Что может быть законнее судебного решения?

ЮРИДИЧЕСКАЯ КЛИНИКА ¹⁰⁵

Непрофессионализм адвоката

Lis nulla est, cui probatione opus non est – нет тяжбы, где бы не нужны были доказательства.

Марк Фабий Квинтилиан

Прежде чем завязать процесс, истцу важно знать, каких доказательств потребуют от него на суде.

Борис Васильевич Попов

Рассмотрение дела в Квалификационной комиссии во многом схоже с процессом гражданским. И так же как последнему, дисципли-

¹⁰⁵ Опубликовано в «Новой адвокатской газете», 2019, № 6, электронная версия.

нарному процессу свойственны ошибки в принятых решениях. Вот дисциплинарное дело 2006 года.

Адвокат представлял истца в деле о признании права собственности на жилое помещение. Истец в течение некоторого времени сожительствовал с ответчицей. В этот период она приобрела квартиру. Истец утверждал, что часть покупной суммы выплатил он, и на этом основании требовал признать за ним право собственности на одну четвертую доли. Подтверждения факту внесения истцом своих денежных средств суд не нашел, доказательств договоренности сторон о приобретении квартиры в общую собственность представлено не было. Суд в иске отказал.

Тогда истец обвинил адвоката в «непрофессионализме», предъявив ему два обвинения: а) в том, что адвокат не поддержал заявленного истцом ходатайства, и б) не возражал против ходатайства ответчика о приобщении документа к материалам дела. Отказ в удовлетворении иска явился, по мнению заявителя, следствием именно этих поступков.

Относительно второго пункта обвинения комиссия установила следующее. Представитель ответчика завил ходатайство о приобщении к материалам дела «списка имущества, вывезенного истцом из спорной квартиры». Против этого ходатайства адвокат якобы и не возражал. Но позиция представителя истца в протоколе судебного заседания не зафиксирована. То есть утверждение заявителя не подкреплено доказательством. Кроме того, комиссия сделала вывод, что «процессуальное решение о приобщении к материалам дела документа, которое к нему никакого отношения не имело, принималось не адвокатом, а судом».

Старинное судебное правило обязывает сторону, представляющую документ, объяснить, какие выводы она делает из его содержания, поскольку «одно представление суду документа без объяснения делаемого из него стороной вывода не обязывает суд входить в обсуждение этого документа». Однако предписания такого ни в действующем законе, ни в современной судебной практике нет (а даже там, где подобное предписание есть, например, в статье 69 ГПК об указании обстоятельств, которые могут подтвердить свидетели, оно почти никогда не выполняется). Поэтому потребовать этого ни суд, ни истец не могли. А значит, адвокат не имел объективной возможности ни для юридической оценки такого ходатайства, ни для аргументированного возражения.

Принцип состязательности предписывает не ограничивать стороны в представлении доказательств (или того, что они считают таковыми). В конечном счете важно на само по себе наличие документа, а его содержание, «изложение тех условий и фактов, коими определяется устанавливаемое документом юридическое положение». Какое же

юридическое положение могло быть установлено «списком вывезенных вещей», если решается вопрос о праве собственности, какие существенные обстоятельства таким списком могут быть подтверждены или опровергнуты? Загадка сия велика есть. Особенно учитывая, что документ представил ответчик, задача которого опровергнуть возникновение права собственности истца. Таковое, как известно, устанавливается двумя письменными актами – договором и актом государственной регистрации. Если бы эти акты имели место, то опровергнуть их «список вещей» никак не может. Но ни договора, ни тем более акта регистрации нет. Следовательно, список вещей как доказательство избыточен, да и недопустим. Так что вывод Квалификационной комиссии о том, что «удовлетворение данного ходатайства на исходе дела и интересах заявителя никак не отразилось» и нарушения адвокатом своих обязанностей в этой части нет, вполне обоснован.

К иным выводам пришла Комиссия по первому пункту обвинения.

Истец заявил ходатайство о просмотре некоего видеоматериала. Адвокат же заявил: «мы просим не рассматривать данное ходатайство, т.к. с учетом *технических проблем* (курсив мой – А.В.П. Что бы это значило?) оно является недопустимым».

Основываясь на этом заявлении Квалификационная комиссия сделала вывод, что адвокат «дезавуировал» ходатайство своего доверителя; признав допустимое по закону доказательство недопустимым адвокат вступил в противоречие со своим доверителем, действовавшим в рамках закона. Соображения Комиссии: закон не запрещает в доказательство наличия денежных обязательств ссылаться на видеоматериалы; несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права ссылаться на свидетельские показания, но *не лишает их права приводить письменные и другие доказательства* (курсив Комиссии); «с учетом характера дела нельзя было исключать, что просмотр видеозаписи и ответы ответчицы на соответствующие вопросы истца и его представителя мог дать определенную информацию, на которую адвокат мог ссылаться в качестве основания для удовлетворения иска о компенсации расходов, понесенных истцом на покупку квартиры. Отклонение же судом с учетом мнения адвоката данного ходатайства полностью лишило истца какой-либо доказательственной базы, что в конечном итоге и явилось основанием для отказа в иске».

В итоге адвокату была вынесена мера дисциплинарного взыскания в форме предупреждения.

И вот здесь возникает два любопытных процессуальных вопроса.

Первый. Какое значение имеет видеозапись как вид доказательства? Запись последовательной смены изображений (видеоряд) фикс-

сирует либо наличие каких-то материальных объектов (в том числе документов), либо производимые с ними действия (например, передача денег), либо произносимые кем-то слова (ну или все это в совокупности). Если это материальные объекты, то они могут относиться к числу вещественных доказательств, если документы, то к числу письменных, если произносимые кем-то слова, то к свидетельствам. Следовательно, видеозапись есть особая форма *показа* традиционных видов доказательств.

Но заменяет ли такой изобразительный показ представление доказательств в натуре? Вряд ли, поскольку это противоречит принципу непосредственного исследования (пункт 1 статья 67 ГПК). В рассматриваемом же деле были заявлены четверо свидетелей (но не были допрошены вследствие неподдрожания, как считает заявитель, адвокатом ходатайства о видеозаписи). Если свидетели были налицо, то зачем нужно было ходатайство о видео, «недопустимом с учетом технических проблем»? Другой вопрос, а были ли допустимы в данном деле свидетели.

Вспомним, что речь шла о признании права собственности на недвижимость. Собственность возникает в силу факта передачи права. Но если права на движимые вещи могут возникнуть в результате устных сделок и даже конклюдентных действий, то право на недвижимость появляется только на основании письменных документов – договора и акта государственной регистрации. Следовательно, под другими доказательствами применительно к данному случаю и в смысле статьи 162 Гражданского кодекса могут пониматься только письменные документы. Так, согласно Комментария к ГПК РСФСР «письменными доказательствами являются не только документы, исполненные с помощью букв на бумаге, но и вообще любые предметы, на которых письменными знаками зафиксированы сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела», то есть и их изображение на видео. Если же видеозапись изображала такие письменные документы, то почему они не были представлены в натуре?

Конечно, продемонстрировать разногласие с позицией доверителя не самый удачный адвокатский прием (особенно со ссылкой на неизвестные «технические проблемы»). И вот здесь возникает второй процессуальный вопрос: какое значение для суда имеет противоречие между ходатайством доверителя и заявлением адвоката?

Сравним суждения Комиссии. Во втором случае (список вещей): «решение о приобщении принималось не адвокатом, а судом»; в первом (просмотр видео): «отклонение судом с учетом мнения адвоката». Во втором случае логический акцент сделан на исключительную компетенцию суда, в первом – на мнение адвоката. Насколько обязательно для суда мнение адвоката и может ли оно «дезаурировать» ходатайство самого доверителя?

Истец, ответчик - лица, имеющие статус участников процесса, а адвокат такого не имеет. Может ли в принципе такое лицо «дезавурировать» что-то, участником процесса высказанное? Конечно, если в заседании не присутствует доверитель, а присутствует лишь адвокат, то последний замещает доверителя в полной мере. В данном же случае этого не было. Да и как бы суд не прислушивался к мнению адвоката, как бы ни игнорировал слова истца, все же принцип *jura novit curia* в вопросах процесса действует также, как и в вопросах права. При противоположных мнениях (а таковые почти всегда бывают у противоборствующих сторон) суд неизбежно соглашается с одним и отвергает другое. Но как только суд озвучил свое решение, высказанные ранее мнения кого бы то ни было никакого значения уже не имеют. А значит, отдавать предпочтение словам адвоката перед словами доверителя Комиссии не следовало.

Далее. Весьма странно выглядит суждение Комиссии «просмотр видеозаписи мог дать определенную информацию, на которую адвокат мог сослаться в качестве основания для удовлетворения иска о компенсации расходов, понесенных истцом на покупку квартиры». Вспомним, что предмет иска – признание права, а не взыскание денег. Если заявитель предъявит новый иск – о взыскании, то ничего не мешает заявить в нем ходатайство о просмотре видеозаписи. Другой вопрос: что именно было запечатлено на видео. Если допустить, что там не было произнесения слов третьими лицами (то есть свидетельских показаний), а был лишь факт передачи денег, то и этот факт не может однозначно указывать на заключение договора займа и требует словесных пояснений сторон. Пояснения же скорее всего будут противоположны.

Наконец мы подошли к вопросу о непрофессионализме. Вот признание адвоката, высказанное в объяснениях Квалификационной комиссии. «Доверитель пришел с текстом искового заявления, уже поданного в суд, попросил оказать юридическую помощь в ведении дела. Ознакомившись с заявлением, адвокат разъяснил, что «позиция крайне неубедительна и по доказательствам уязвима, поскольку предложенные доказательства (видеозапись и показания свидетелей) недостаточны для удовлетворения исковых претензий по причине допустимости». Несмотря на это, доверитель предложил заключить соглашение на участие адвоката в качестве представителя, а «недостатки доказательственной базы» обещал устранить. Доверитель и поверенный «наметили линию поведения в суде»».

Как следует из резолютивной части квалификационного заключения «отклонение судом с учетом мнения адвоката ходатайства [о просмотре видео] *полностью лишило* (курсив мой – А.В.П.) истца какой-либо доказательственной базы, что в конечном итоге и явилось основанием для отказа в иске».

Отсюда вытекают два следствия. Первое: никаких доказательств права собственности, помимо видеозаписи и свидетелей, у истца не было. Второе: адвокат взялся за дело заведомо зная, что доказательств нет, а те, что есть, по мнению самого же адвоката, недопустимы.

Браться за любое дело, невзирая ни на отсутствие правовой позиции, ни на отсутствие доказательств – типичный признак т.н. подпольных, уличных адвокатов, «аблакатов». К сожалению, встречались они и ранее, встречаются и ныне, будут встречаться и впредь. На этот случай присяжной адвокатурой было выработано профессиональное правило: «принимая на себя ведение искового дела, присяжный поверенный должен, прежде всего, вдумчиво отнестись к вопросу о том, будут ли у него налицо достаточные доказательства иска в будущем, и если доверитель заявляет, что доказательств добыть нельзя, или же, что к этому представятся сильные затруднения, то лучше всего от принятия дела уклониться»; «предъявлять Суду иски, требования, не подкрепляя их надлежащими доказательствами, несовместимо с достоинством адвоката»; «присяжный поверенный обязан потребовать доказательств и оставить доверителя, если спор бездоказателен» (фрагменты 245, 391, 441 Правил адвокатской профессии).

Несомненно, адвокат в данном деле поступил в высшей степени непрофессионально. И наказывать его следовало именно за это, а не за высказанные в процессе мнения, истинность или ложность которых весьма спорна. Профессиональное правило говорит, что «разрешение общего вопроса о наилучших способах ограждения вверенных присяжному поверенному интересов его доверителя и целесообразности принятия тех или других мер предоставлено свободному усмотрению ведущего дело поверенного»; «Совет не оценивает обыкновенно способа и метода ведения дел присяжного поверенного и подвергает их дисциплинарной ответственности лишь тогда, когда обнаруживает в их деятельности проявление невежества или допущение грубых ошибок» (Правила профессии, фрагменты 45, 53, а также 47, 48, 49, 50, 54, 55, 58, 59).

КАЗУС О ЛОТЕРЕЙНОМ БИЛЕТЕ¹⁰⁶

К середине XIX века юридическая наука осознала тот факт, что одно дело – познание теории, и совершенно другое – применение знаний на практике. Как бы хорошо студент не изучил правовые принципы в теории, это совершенно не означает способности их приложения к реальным случаям. Возникла настоятельная необходимость в тренировке практического применения полученных знаний.

¹⁰⁶ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 5 октября 2018.

Впервые эту идею в 1778 году высказал Семен Ефимович Десницкий в университетской речи «Юридическое рассуждение о пользе знания Отечественного Законоискусства и о надобном возобновлении оногo в государственных высокопокровительствуемых училищах». Разработанная им программа, помимо теоретической, включала в себя и практическую часть: студенты под руководством «практического профессора» должны заниматься разбором «тяжебных дел». В 1855 году Дмитрий Иванович Мейер дал этому направлению название «юридическая клиника», говоря, что «клиника сама по себе означает только применение знания к делу».

В Германии практическому обучению много внимания уделял Рудольф фон Иеринг. Свои мытарства в попытках применить теорию к жизни в первом своем деле он с юмором описал в книге «Смешное и серьезное в юриспруденции».

В руководство к практическим упражнениям издавались сборники казусов – как сочиненных, так и взятых непосредственно из жизни. Иногда казусы сопровождалась решениями, как например в книге Николая Константиновича Доробца «Академическая практика по гражданскому праву», чаще же без решений, как например в сборниках Рудольфа Штамmlера и Иеринга. Иногда в них содержатся интересные фактические данные, как например, о деле Лукко-Пистойских акций в 80-м казусе Иеринга.

Вот 66-й казус из книги Иеринга «Гражданско-правовые казусы без решений».

А заказываетъ устройтелю лотереи В билетъ подъ № 1313, но вмѣсто него по ошибкѣ, которой не замѣтилъ ни тотъ ни другой, получаетъ № 1331. Когда же на него палъ значительный выигрышъ, В требуетъ его себѣ, утверждая, что договоръ по причинѣ error in corpore ничтоженъ. Какъ рѣшить въ этомъ случаѣ, а также въ томъ, если бы выигрышъ палъ не на этотъ номеръ, а на 1313, и на него заявилъ бы притязаніе А?

Утверждения сторон о том, что они «не заметили ошибку». И организатор, и игрок в равной степени обладали билетом, он был объективной реальностью, данной им в ощущениях, они не были лишены возможности ознакомиться с его содержанием. Это объективный момент, поэтому ссылка на «не заметили» не может быть принята. То, что они *не обратили внимания* на индивидуальную особенность билета (уникальный номер) есть момент субъективный, правовому исследованию не поддающийся; здесь действует принцип «каждый должен принимать меры предосторожности», *ius caventibus scriptum est* – право написано для бдительных.

Кроме того, заявление «не заметили» не может быть доказано в силу отрицательного характера утверждаемого факта: *non entis nulla*

sunt praedicata – нет никаких признаков у того, что не существует, о несуществующем нельзя что-либо утверждать.

Теперь необходимо установить правоотношение сторон. Какой договор был между ними заключен, каков предмет договора? Начнем с предмета. Когда предмет состоит в передаче вещи, вещь обычно смешивают с предметом договора. Поэтому сама по себе передача лотерейного билета имеет признаки сделки купли-продажи. Однако о предмете договора говорить не совсем точно: не договор имеет предмет, а обязательство, установленное договором. Лотерейный билет не есть предмет обязательства, сам по себе он материального интереса не представляет, поскольку клочок бумаги и немного типографской краски почти ничего не стоит. Следовательно, речь идет не о вещном праве.

А поскольку обязательство состоит не в установлении вещного права на билет, ссылка на *error in corpore* неосновательна. (Возможна она была бы в том случае, если бы продавец передал по ошибке вещь бóльшей стоимости по цене мёньшей. Но тогда бы речь шла уже о вещном праве.) Свобода воли договаривающихся сторон может быть нарушена ошибкой и заблуждением относительно предмета договора: воля ошибающегося ничтожна (*errantis nulla voluntas est*); тот, кто заблуждается, не выражает никакой воли: «если медь продана как золото, продажа недействительна» (*si autem aes pro auro veneat non valet*, Ульпиан, Д.18.1.14); («сделка [продажи полотна неизвестных кистей, а не картины художника Марильи (Marilhat)] недействительна и не может осуществиться за неимением предмета договора», кассационное решение 1873 года № 1450).

Предмет обязательства сводится к тому, что должна – *qui debetur* – обязываемая сторона. Согласно римской традиции предметом договора должно считать обязанность что-нибудь дать (*dare*) или сделать (*facere*). Таким образом, на первый план выступает не вещь, а действие.

Юридическая природа лотереи – это обязательственная сделка под отлагательным (суспензивным) условием, договор, согласно которому одна сторона (организатор) обязывается передать другой (владелец билета) определенную сумму денег в том случае, если на него падет выигрыш. В договоре лотереи главное содержание составляет расчет на случайное, поскольку наступление будущего события, от которого зависит возникновение права, неизвестно; в этом и заключается смысл рискованных договоров. Непосредственно при заключении сделка не получает юридического эффекта; этот эффект наступит в будущем в том случае, если условие осуществится. Условием является выпадение жребия на тот номер билета, который находится у его обладателя. Лотерейный же билет выступает не как предмет обязательства, а в доказательство заключения договора (подобно тому, как вы-

дача номерка в гардеробе удостоверяет заключение договора хранения).

Теперь главный вопрос: какое право нарушено? Права организатора в договоре лотереи сводятся к праву требования стоимости проданных билетов. Коль скоро билеты распространены и цена за них получена, у организатора остаются только обязанности – провести розыгрыш и оплатить выигрыш. А раз право организатора исполнением обязанности приобретателя билета прекратилось, то и нарушено оно быть уже не может. Следовательно, требование организатора о возврате билета удовлетворению не подлежит.

Притязание покупателя на билет номер 1313, если бы на него пал выигрыш. В момент проведения розыгрыша эффект расчета на неопределенность прекращается, сделка утрачивает рисковый характер, а «стоимость» (если можно так выразиться) билета становится равной цене выигрыша. Кто бы ни владел билетом № 1313 – другой ли игрок или организатор лотереи (если билет не продан), у владельца возникло право на получение выигрыша в силу наступления суспензивного условия. И как владелец билета он имеет безусловное преимущество (*melior causa sit possidentis quam petentis* – положение обладающего благоприятнее, чем претендующего, Ульпиан, Д.6.2.9.4) перед третьими лицами. Значит, основание для истребования билета 1313 от фактического владельца, у игрока А. отсутствует. Возможная ссылка игрока А. на нумерологический (число 13) мотив значения не имеет, поскольку существование обязательства не зависит от мотива. Следовательно, требование игрока также удовлетворению не подлежит.

СПОР ПРОТАГОРА С ЭВАТЛОМ¹⁰⁷

Нет такого судебного дела, которому нельзя было бы противопоставить права, как нет болезни, которая совершенно отвергла бы всякое лечение.

Готфрид Вильгельм Лейбниц

Очевидно, что признание неразрешенным спора, предоставляемого решению суда, равняется отказу в правосудии, и потому судебное место, к которому обращаются тяжущиеся, не имеет права объявлять им, что спор их не разрешен, а должно постановить, чьи требования или возражения оно признает доказанными или недоказанными, и затем решить дело, руководствуясь общими правилами о доказательствах.

Кассационное решение № 158 за 1878 год

Древние авторы оставили нам увлекательную логико-юридическую задачу о споре Протагора с Эватлом. Знаменитый софист Протагор однажды подрядился за весьма немаленькие деньги (Квинтилиан говорит, что десять тысяч динарий) обучать некоего Эватла красноречию и ведению судебных дел. Об оплате условились так: Эватл заплатит в тот день, когда впервые будет защищать дело перед судьями и выиграет его (Апулей называет это «необдуманном условием»). Изучив софистическое искусство, Эватл стал уклоняться от ведения дел. Тогда Протагор обратился в суд и представил такой аргумент: если я выиграю, Эватлу придется отдать плату по приговору суда, а если проиграю – то Эватлу придется расплатиться согласно условиям договора. Эватл же возразил: если я выиграю, то решение суда освободит меня от обязательства, если же проиграю, то не буду платить, поскольку не выиграл своего первого дела. Судьи, сочтя, что сомнительно и запутанно то, что говорится с обеих сторон, чтобы не было объявлено, недействительным само их решение, в пользу какой бы из сторон оно ни было вынесено, оставили дело нерешенным и отложили тяжбу на весьма отдаленный срок.

На протяжении двух тысячелетий задача эта занимает умы философов и юристов, но решают ее, как правило, с позиции формальной логики. Но только с помощью логики задача удовлетворительного решения не имеет, поскольку обе высказанные сторонами позиции равносильны и приводят к взаимоисключающим результатам¹⁰⁸. С юридической точки зрения Протагор допустил стратегическую ошибку: выдвинув чисто логический довод (без подкрепления его юридическими соображениями), открыл для Эватла возможность вести спор

¹⁰⁷ Опубликовано на сайте «Новой адвокатской газеты» 6 июня 2019.

¹⁰⁸ И решить судебное дело в этом случае можно разве что по методу судьи Бридуа (описанному в третьей книге «Гаргантюа и Пантагрюэля»), то есть посредством бросания игральные кости.

за пределами правового материала, и тем самым сам себя перехитрил. Кстати, принцип равносильности, по свидетельству Диогена Лаэртского, впервые высказал как раз Протагор; он стал устраивать состязания в споре и придумал уловки для тяжущихся, указав, как можно оспорить любое положение, и первый заявил, что о всяком предмете можно сказать «двойко и противоположным образом», то есть, что можно высказать два противоположных суждения и доказать истинность любого из них. Впрочем, возможно, этот принцип (впоследствии получивший название изостении¹⁰⁹) Протагор сформулировал под впечатлением спора с Эватлом.

Знаменитый философ Лейбниц разобрал дело в докторской диссертации *De casibus perplexis in jure* (О запутанных судебных случаях). «Согласно Авлу Геллию («Аттические ночи». V.10.) и Апулею («Флориды». XVIII), Протагор был учителем, Эватл — учеником, а члены Ареопага — судьями. В «Пролегоменах» к «Искусству риторики» Гермогена говорится, что Коракас был учителем, Тисий — учеником, но судья Гиерон заявил о сомнительном характере судебного решения: «какоῖ κόρακες, κακὸν ὄον» [игра слов на имени Коракас и слове «ворона»; поговорка звучит: *Какоῖ κόρακος κακὸν ὄον* — «От плохой вороны плохие яйца»]. Насколько мне известно, Лоренцо Валла («Диалектика», кн. 3) и Хуан Карамуэль-и-Лобковиц («Металогика», 9-я [дискуссия], лист 444) — единственные, кто попытался разобрать этот спорный вопрос, и оба решили его в пользу учителя, — причем исходя скорее из принципов справедливости, нежели права. Мы обстоятельно проанализировали мнение Карамуэля в 12 вопросе наших «Примеров философских вопросов из юриспруденции». С нашей точки зрения, данный случай необоснованно классифицируют как запутанное дело, и вот почему. Государство, в котором данный вопрос обсуждается, наказывает *plus petitio tempore* [подача иска раньше времени] либо проигрышем судебного процесса, как это некогда делали римляне («Институции», 4.6.33б; «Сентенции» [Юлия] Павла, кн. 1, тит. 10: «О чрезмерных требованиях» и кн. 2, тит. 5, § 3) (или иными наказаниями, как это предусматривает установление Зенона и Юстиниана, Кодекс, 3.10.1,2), либо проигрышем дела еще на стадии рассмотрения в первой инстанции в соответствии с правом народов, как это принято сегодня. Поскольку Протагор требует плату с ученика до *dies cedit* [дня, с наступлением которого возникает право] и *dies venit* [дня, когда можно подать в суд требование об исполнении обязательств] и выполнения [предварительного] условия (а предварительное условие для внесения платы состоит в успешном [для ученика]

¹⁰⁹ Удачную формулу на основании принципа изостении вывел аббат Дюбо (Критические размышления о поэзии и живописи. М., 1976, с. 510): «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».

окончании первого дела), будет считаться, несомненно, что Протагор совершил *plus petitio tempore* [т.е. подал иск раньше времени]. Следовательно, дело проиграно еще в первой инстанции, и в силу самого этого факта условие о внесении платы будет выполнено, поскольку Эватл выиграл первое дело. Стало быть, Протагор может по справедливости подать иск против Эватла, и этот иск больше не может быть оспорен в силу какого-либо возражения, даже [посредством возражения о наличии] *res judicata* [решенное дело], поскольку Эватл освобожден от оплаты в силу ходатайства об отсрочке, а не возражения по существу иска, причем в первой инстанции, а не в рамках всего процесса в целом. Таким образом, справедливость и строгое право тут согласны между собой, ибо в случае сомнения дело Учителя должно иметь привилегированный статус».

В чем состоит процессуальная разница между «ходатайством об отсрочке» и «возражением по существу иска» непонятно. С современной точки зрения и то и другое есть ссылка на отсутствие права на иск в силу отсутствия нарушения права (как если бы кредитор потребовал возврата займа до наступления срока платежа), и дело оканчивается решением по существу. Вероятно, во времена Лейбница разница все же была. В любом случае выигрывая в первом процессе, Эватл тем самым выполняет суспензивное условие договора. И ничто не мешает после этого Протагору вторым иском взыскивать все ему причитающееся, поскольку условие «заплатить в тот день, когда...» не прекращает долг ни на следующий, ни в какой-либо иной последующий день, но лишь отмечает начало течения исковой давности. А возражение решенным делом (*res judicata*) применено быть не может, поскольку в первом процессе право Протагора еще не было нарушено.

Что касается утверждения «дело учителя должно иметь привилегированный статус», то оно спорно в силу правила *cum sunt partium jura obscura, reo favendum est potius quam actori* – в сомнительных случаях надо поддерживать ответчика, но не истца.

Поскольку спор выходит за рамки чистой логики, а ведется все же о праве, то и решать его нужно правовыми средствами. А вот этого судьи как раз и не сделали, увлекшись логическими рассуждениями. Суд обязан, прежде всего, установить факты, затем применить к ним право и сделать надлежащий вывод. Какие же факты могут быть установлены в данном деле? Таковых три: наличие договора об обучении, исполнение договора кредитором, невнесение платы ответчиком. Ни один из фактов ответчик не отрицает (даже подтверждает), следовательно, факты эти считаются несомненно установленными.

Но договор обременен суспензивным условием: обязательство по оплате стоит в зависимости от неизвестного обстоятельства. Могли Эватл тянуть до бесконечности и как это влияло на право Протагора предъявить иск? На этот случай еще Юлиан во II веке сформулиро-

вал правило (повторенное затем Павлом и Ульпианом): «по гражданскому праву принято, что всякий раз, когда из-за действий того, кто заинтересован, чтобы условие не осуществилось, происходит так, что оно не осуществляется, дело рассматривается таким образом, как если бы условие было осуществлено» (Д.35.1.24., Д.45.1.85.7., Д.70.17.161., Д.35.1.81.1.).

Следовательно, у суда есть все основания для вынесения судебного решения – установленные факты и применимая норма права. И решение это без сомнения должно быть в пользу Протагора. Лишь на стадии исполнения может возникнуть дилемма: чему отдать приоритет – договору или судебному решению? Иначе говоря, чем должны были руководствоваться судебные приставы-исполнители, ежели таковые случились бы в Древней Греции, договором или судебным актом?

Так обстоит дело с точки зрения права. Теперь рассмотрим вопрос с точки зрения справедливости. Протагор потратил «труды и дни» на обучение Эватла. То есть сделал определенную работу (и сделал ее, судя по поведению ученика, весьма хорошо). Справедливо ли оплатить труд Протагора? Без сомнения, справедливо. Единственный упрек, который может быть ему сделан – упрек в небрежности. Прославленный софист обязан был предусмотреть возможность возникновения такого спора и выразить обязательство более точно¹¹⁰, согласно правилу *vigilantibus jura scripta sunt* – кто хочет осуществить свое право, должен сам позаботиться об этом. Но небрежность не отменяет ни сделанной им работы, ни подлежащей за нее оплаты.

ЭТИЧЕСКОЕ ГНИЕНИЕ¹¹¹

Чем выше сословие, тем больше в нем безнравственности.

Иоганн Готлиб Фихте

Каждый класс имеет свою особую мораль. Это, другими словами, значит: угнетенные классы не могут вести свою классовую борьбу по моральным прописям угнетающих классов.

Франц Меринг

Проворовалась адвокатская палата. Ну что ж, дело житейское: когда в одних руках скапливаются значительные ценности, то соблазн становится непомерно велик. И все было бы хорошо, да вот только

¹¹⁰ «Закрывающие сделку стороны 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. Вильям Ансон, Договорное право, М., 1984, с. 47.

¹¹¹ Опубликовано на сайте Закон.ру 16 декабря 2019.

обворованные возмутились. И написали заявление в компетентные органы.

Тогда вступилась группа администрирования (ценности-то скапливаются не только у оскандалившихся) и решила: нельзя обворованным жаловаться; адвокаты-де «противостоят» органам, а потому призывать их к проверкам «не этично».

Адвокаты обратились в суд. Существующее для этого правовое средство предоставляет две возможности: либо обжаловать по формальным признакам – нарушен порядок проведения собрания, отсутствуют полномочия участников, вопрос не включен в повестку дня и т.п.; все они очень удачно описываются выражением известного в недалеком прошлом политика – «не так сели». Либо доказывать противоречие основам правопорядка или нравственности. (Любопытно, что нормы о недействительности решения собрания не предусматривают такого основания, как нарушение требований закона (по аналогии со статьей 168 Гражданского кодекса). Видимо, решения собраний в принципе не могут быть приняты с нарушением закона...)

Обжаловать решение по основанию «не так сели» бесперспективно. Даже если суд иск удовлетворит, ничто не мешает новому собранию сесть так, как надо, и тогда его решение будет уже неоспоримо. Поэтому адвокаты избрали более надежный путь – противоречие основам правопорядка и нравственности.

Здесь, однако, имеется весьма сильное затруднение. Во-первых, неопределенность самого понятия «основы правопорядка». Нормативной дефиниции оно не имеет, только энциклопедическую (например, «закрепленный в нормах права и охраняемый государством порядок общественных отношений»). То есть это не конкретная норма, с которой, как предписывает статья 168, надо сравнивать ту или иную сделку, а нечто другое, более объемное). Но если за «основы правопорядка» еще можно выдать какую-нибудь подборку правовых норм, то в отношении (без)нравственности нужно проделать немалую творческую работу не столько правовой, сколько философской направленности.

Адвокаты написали иск в тринадцать страниц. При таком объеме говорить о наличии правовой позиции бессмысленно: текст более двух страниц свидетельствует о ее отсутствии¹¹². В таких случаях интерес представляет разве что простая статистика: из 310 строк (между словами «исковое заявление» и «прошу») 220 (то есть 71 %) – выписи из разных нормативных актов. Подобная подборка текстов за «основы правопорядка», конечно, может быть выдана. Но может и не быть – в

¹¹² «Нужно помнить, что в очень длинном рассуждении очень легко скрывать ошибки. Подобно яду, софистика сразу открывается, коль скоро ее нам предлагают в концентрированном виде; между тем та ошибка, которая будучи высказана коротко и в немногих изречениях не обманула бы и дитя, может отуманить пол мира, когда *распущена* в объемистом сочинении». Ричард Уэтли.

силу произвольности выборки. О безнравственности в иске нет ни слова.

Один адвокат все же попытался объяснить безнравственность оспариваемого решения. Но вот незадача: другой соистец взял да изменил основание иска – указал на «не так сели». А поскольку «соистцы едины в воле, сознании и помыслах» и ни один из них не возразил против замены, то перспективы стали весьма туманны.

Говоря о праве на изменение основания процессуальный кодекс ничего не говорит о последствиях такого действия. Иск с новым основанием – это новый иск: изменение бóльшей посылки судебного силлогизма (правового принципа, с которым нужно сравнивать фактические обстоятельства) влечет изменение и мёньшей (утверждаемых фактов). Следовательно, суд должен заново определить имеющие значение обстоятельства и распределить бремя доказывания. И если суд этого не сделает (а суды этого обычно не делают), то, вероятно, он намерен рассматривать иск с двумя основаниями, и при принятии решения иметь право выбора, по какому из них считать иск доказанным или недоказанным.

Но если «не так сели» доказать достаточно просто (при наличии соответствующих фактов, разумеется), то доказать «безнравственность» значительно труднее. Защита «благочиния», т.е. понятий нравственности, известна по меньшей мере с 1835 года. Однако дел таких почти нет, да и в тех нарушение благочиния только упоминается, без раскрытия существа и приведения аргументации. Но все же рано или поздно сделать это, видимо, придется, поэтому можно предложить, на примере данного спора, некоторые утверждения в качестве эскиза правовой позиции по безнравственности.

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 граждан (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 органами адвокатского самоуправления затрагивает интересы всей организации в целом. Поэтому в интересах прежде всего самих органов самоуправления выявить нарушения и устранить их последствия.¹¹³ 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, искренности (Словарь по этике под ред. А.А.Гусейнова и И.С.Кона, шестое издание, М., 1989, стр. 79). В свою очередь доверие основано на авторитете – умственном влиянии, возбуждающем уважение, доставляемое обладанием превосходной и признанной власти или выдающейся и признанной мудрости, знания, добродетели (Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона, т. 1, стр. 126). Авторитет является одним из факторов поддержания общественной дисциплины и преемственности в развитии общества (Словарь по этике, стр. 11). Но не может иметь авторитет тот, кто скрывает злоупотребления, как не может быть к нему и доверия.

Запрет, под угрозой причинения вреда, сообщений органам правопорядка о совершенных правонарушениях с целью их сокрытия характерен прежде всего 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.

Но, в принципе, ничего удивительного во всей этой истории нет. О разнице этических воззрений говорил не только Томас Джозеф Даннинг¹¹⁴ и философы-марксисты, но и правоведы. Например, Лев Иосифович Петражицкий: «пользующиеся существующим правовым строем, извлекающие из него материальную пользу или поддержива-

¹¹³ «Общество не имеет права в отношении к преступнику стоять на точке зрения пристрастной и негодующей обороны, на нем лежит обязанность так строить свою систему противодействия, чтобы она развивала в преступнике дремлющие социальные силы и таким путем возвращала его в ряды здоровых членов общества». Фридрих Вильгельм Ферстер.

¹¹⁴ Знаменитое место, воспроизведенное в «Капитале»: «...при 100 процентах он [капитал] попирает все человеческие законы, при 300 процентах нет такого преступления, на которое он не рискнул бы, хотя бы под страхом виселицы».

ющие его по каким-либо иным расчетам и соображениям без этической санкции со стороны интуитивно-правовой совести, без веры в святость и справедливость своего дела или даже вопреки противоположным указаниям совести, подвергаются неизбежно этическому отравлению и упадку; происходит *этическое гниение*» («Теория права и государства в связи с теорией нравственности», СПб., 1907, т. II, стр. 494).

NEGATIVA NON PROBANTUR¹¹⁵

На тяжущихся не может быть возлагаема обязанность доказывать отрицательные факты. 71 № 1125; 72 № 307; 73 № 502; 74 № 718; 75 №№ 880, 897; 79 №№ 153, 352, 375; 84 № 54; 03 № 40 и др.

Примечание. Это положение не вполне верно. Нельзя требовать от того, кто доказал существование какого-либо положительного факта, представления доказательств и существования противоположного отрицательного факта. Истец доказал, что ответчик ему должен, и от него нельзя требовать доказывания еще и того, что ответчик еще не уплатил своего долга. Но когда тяжущийся сам ссылается на какой-либо отрицательный факт, то несомненно он и должен доказать это.

Распределение бремени доказывания – одна из важнейших задач суда¹¹⁶. Распределение *onus probandi* означает, что суд определил, какие обстоятельства имеют значение для дела, то есть вник в юридическую суть проблемы и подготовился к рассмотрению дела. К сожалению, суды не делают ни того, ни другого.

В 19 веке не было нормативной обязанности суда распределить бремя доказывания. Однако нарушение правил *onus probandi* было серьезным кассационным поводом, т.е. основанием к отмене решения за нарушение существенных форм и обрядов судопроизводства. Кассационный Сенат неизменно указывал судам на неправильное распределение между тяжущимися обязанность доказать спорные по делу обстоятельства. И частным случаем такого нарушения является возложение обязанности доказать отрицательный факт.

Текст решения Сената¹¹⁷:

1125.-1871 года ноября 18-го дня. По кассационной жалобе поверенного администрации по делам умершего действительного статского советника Карла фон Вендрих, присяжного поверенного Николая Ясинского, на решение Московской Судебной Палаты.

(Председательствовал Первоприсутствующий Сенатор А.И.Войцехович; докладывал дело Сенатор барон Н.Е.Торгау; заключение давал Товарищ Обер-Прокурора А.Н.Сальков).

Поверенный администрации по делам умершего действительного статского советника фон Вендрих, присяжный поверенный Ясинский, в кассационной

¹¹⁵ Опубликовано на сайте Закон.ру 30 декабря 2019.

¹¹⁶ К тому же прямо предписанная законом – пункт 2 статьи 56 Гражданского процессуального кодекса. Однако в Арбитражном кодексе такого предписания нет. Впрочем, это не единственная странность АПК.

¹¹⁷ Текст решения разбит на абзацы для удобства чтения. В оригинальном решении по заведенным в те времена правилам текст на абзацы не разбивался.

жалобе на решение Московской Судебной Палаты по делу о взыскании г-жею Раевскою с означенной администрации убытков, понесенных чрез отдачу г. фон Вендрихом денег г-же Раевской под залог имения, оказавшегося впоследствии несуществующим, просит отменить оное по нарушению Палатою 2326 и 684 ст. Т. Х. ч. 1 и 366 и 456 ст. Уст. Гражд. Суд.

Нарушения эти проситель видит в следующем:

во-1-х) предъявленный поверенным г-жи Раевской иск основан был на том, что г. Вендрих, совершая во 2 Департаменте Московской Гражданской Палаты закладную на имение, оказавшееся впоследствии несуществующим, вышел из пределов данной ему доверенности, и потому, в силу 2326, 574 и 684 ст. 1 ч. Х Т., должен отвечать в убытках, понесенных г-жею Раевскою. Между тем, Московская Судебная Палата, не признав, чтобы действия г. Вендриха превысили данную ему доверенность, обратилась к разрешению вопроса о том, подлежит ли поверенный ответственности за действия совершенные во вред доверителю, если действия эти не выходят за пределы полномочия, и в этом отношении нашли, что нельзя признавать основательным довод ответчика о неответственности поверенного пред доверителем в том случае, когда действиями поверенного, совершенными в пределах доверенности, причинен убыток доверителю.

Вывод свой Палата основала на том соображении, что 2326 ст. 1 ч. Х Т. не отменяет общего закона, изложенного в 644 и 684 ст. 1 ч. Х Т. Таким выводом Палата придала ст. 2326 Т. Х ч. 1 значение, не соответствующее ее буквальному смыслу, и истолковала ее распространительно. На основании 574 ст. 1 ч. Х Т., право на взыскание убытков вообще является для лица, потерпевшего их, тогда, когда они нанесены деянием самоуправным; таким образом истолковано значение 574 ст. 1 ч. Х Т. решением Гражданского Кассационного Департамента Правительствующего Сената 1868 г. за № 372. Сообразно этому общему правилу, выраженному в 574 ст. 1 ч. Х Т., только и может быть изъясняем действительный смысл 684 ст. 1 ч. Х Т., предусматривающий право вознаграждения убытков, причиненных действиями не преступными; право на упоминаемое в ней вознаграждение является последствием совершения деяний, хотя и не преступных, но самоуправных, т.е. во-1-х) таких, на которые причинивший ущерб не уполномочен потерпевшим лицом, и во-2-х) таких, которые совершены без участия правительственной власти.

Совершенно отличен от предусматриваемых в 574 и 684 ст. 1 ч. Х Т. тот случай, когда кто-либо, будучи уполномочен произвести известное действие чрез совершение его, с участием правительственной власти, причинит имущественный вред своему доверителю; такое действие остается в силе по 2326 статье 1 ч. Х Т.; кроме того, доверитель не приобретает права требовать с поверенного вознаграждения убытков, потому что деяние, причинившее ущерб, произведено не самоуправно, а в пределах полномочия, и притом с участием правительственной власти, почему и нет необходимых условий для права требовать вознаграждения убытков. Поэтому Судебная Палата, признав, что статья. 2326 Т. Х ч. 1 не избавляет поверенного от обязанности изгладить вред, причиненный доверителю действиями, не выходящими из пределов доверенности, нарушила точный смысл 2326 ст. 1 ч. Х Т.;

во-2-х) при истолковании 684 ст. 1 ч. Х Т. Судебная Палата нарушила буквальный ее смысл; статьею этою установлена обязанность вознаграждать вред или убытки тогда только, если будет доказано, что ответчик, понесший убыток, не был принужден к тому обстоятельствами, извиняющими его по закону. Являющийся при чтении статьи вопрос, на ком при иске, основанном на сей статье, лежит обязанность доказать, что ответчик не должен быть избавлен от ответствен-

ности в убытках, разрешается самым текстом ее; для того, чтобы достигнуть при-суждения взыскиваемых, по 684 с. 1 ч. X Т., убытков, истец должен доказать: а) факт убытков и б) что причинение их не является обстоятельствами, о коих упоминает закон, что таких обстоятельств нет. Если бы ст. 684 Т. X ч. 1 возлагала на ответчика обязанность доказывать те обстоятельства, которыми он избавляется от ответственности в убытках, то редакция ее была бы иная, в ней могло быть после слова «проступка» сказано: «кроме таких случаев, когда будет доказано, что он был принужден» и т.д.

Толкование Судебной Палаты, возлагающей на ответчика обязанность доказывать существование тех условий, при которых он избавляется от ответственности, сверх того, противоречит основному правилу 366 ст. Уст. Гр. Суд. и решениям Гражд. Кассац. Департамента Сената 1867 г. за №№ 280, 424, 481 и 514, коими установлено и разъяснено, что прежде всего истец обязан представить все требуемые от него законом доказательства, а затем уже является для ответчика обязанность представлять свои опровержения. В данном случае, по свойству иска и по точному смыслу 684 ст. 1 ч. X Т., на которой он основан, на истце лежит обязанность представить доказательства того, что ответчик г. Вендрих имел повод из имевшихся у него данных при отдаче денег под залог усумниться в существовании самого имения; между тем, Судебная Палата возлагает на ответчика обязанность доказывать существование извиняющих его обстоятельств, вопреки бук-вального смысла 684 с. 1 ч. X Т. и 366 ст. Уст. Гр. Суд.;

в-3-х) при производстве дела в Окружном Суде им было представлено в подлиннике письмо доверительницы г. Вендрих, г-жи Раевской, имеющееся при деле; из письма этого выясняется взгляд ее на операцию отдачи денег ее под залог; так как поверенный истицы нарушение доверенности доказывал тем, что, по мнению его, г. Вендрих обязан был осматривать на месте закладываемое имение, то в доказательство того, что поездка на место не требовалась самою г-жею Раевскою при отдаче ее поверенным денег под залог, им представлено было означенное письмо ее; на письмо это он просил обратить внимание и Судебную Палату в объяснении, поданном на апелляцию и на судоговорении; но тем не менее документ этот не только оставлен вовсе без рассмотрения Палатою, но даже не упомянут в изложении обстоятельств дела и представленных сторонами доказательства; этим Палата нарушила требование 465 ст. Уст. Гр. Суд. и решений Гражд. Кассац. Д-та №№ 87, 911, 925, 1031, 1232 за 1869 г.

По выслушании словесных объяснений поверенного администрации по делам действительного статского советника Вендриха и заключения Товарища Обер-Прокурора, Правительствующий Сенат находит, что точный смысл 2326 ст. Т. X ч. 1 указывает лишь на то положение, коим устанавливается обязательность действий поверенного для доверителя в отношении к третьим лицам, приобретшим чрез действия поверенного какие-либо права. По ст. 2326, при условии, что действия поверенного исполнены в пределах уполномочия, устанавливается, с одной стороны, ответственность доверителя во всем, поверенным его учиненном, хотя бы то и клонилось ко вреду его, а с другой стороны – ограждение третьих лиц в исполнении договоров, заключенных ими с поверенным, представляющим лицо доверителя в учиненной, в силу уполномочия, сделке. Другого значения статье этой придавать нельзя, так как в оной вовсе и не упоминается об отношениях между поверенным и его доверителем, вследствие исполнения первым действий в силу уполномочия. Отношения эти определяются, как правильно указала Московская Судебная Палата, общими законами, изложенными в 644 и 684 ст. Т. X ч. 1, об ответственности за вред и убытки, причиненные действиями, не признаваемыми преступлениями и проступками.

Равным образом Судебная Палата вполне правильно признала, что о безусловной безответственности поверенного пред доверителем тем менее может быть речи, что поверенный более чем всякое иное лицо должен подлежать ответственности пред доверителем своим, потому что, получив уполномочие, в силу коего доверитель обязуется верить ему во всем и не прекословить его действиям, - поверенный принимает на себя нравственную обязанность бдительности за интересами своего доверителя и ограждать их.

Обращаясь к рассмотрению указания просителя о нарушении Палатою 684 ст. Т. Х ч. 1 и 366 ст. Уст. Гр. Суд., Правительствующий Сенат находит, что Палата вполне правильно возложила на ответчика обязанность доказывать существование извиняющих Вендриха в действиях его, как поверенного, обстоятельств, т.е. существование положительного факта о том, что для него существовало стечение обстоятельств, которых он отвратить не мог. Палата правильно возложила эту обязанность на ответчика, а не на истца, как того домогается кассатор, во-1-х) потому, что на суде сам поверенный администрации над именем Вендриха заявил, что Вендрих не должен нести ответственности по настоящему делу, так как для него произошло стечение обстоятельств, предотвратить которых он не мог, в подтверждение чего и обязан был представить доказательство, и во-2-х) потому, что оно согласно с точным смыслом 684 ст. Т. Х ч. 1 и с общим юридическим правилом, в силу коего возможно требовать доказательство о существовании лишь положительного факта, а не отрицательного. На основании вышеизложенного Правительствующий Сенат определяет: кассационную жалобу поверенного администрации по делам фон Вендриха, за силою 793 ст. Уст. Гр. Суд., оставить без последствий.

* * *

Si negativa indefinita probari non potest id non inde est quia negative sed quia indefinita, nec affirmativa indefinita potest – отрицание не потому не может быть доказываемо, что оно отрицание, а потому, что оно совершенно неопределенно.

Генрих Кокцеи

Принцип [*negativa non probantur*] основан на чувстве справедливости, которая не позволяет требовать от стороны исполнения действий физически и логически невозможных¹¹⁸. Доказать можно только то, что оставляет по себе следы в пространстве и времени, а такие следы могут остаться только от факта совершившегося.

Петр Александрович Юренев

Краеугольный камень судопроизводства – доказывание; вокруг и ради этой нормы построен процессуальный кодекс, а без этой процедуры вся судебная система теряет смысл.¹¹⁹ Очень хорошо выразил

¹¹⁸ Действия физически (и логически) невозможные выражает римский принцип *impossibilium nulla obligatio est* – невозможное не может вменяться в обязанность (Цельс, Дигесты, 50.17.185).

¹¹⁹ В самом деле, если не нужно *доказывать*, что сосед занял денег и не отдал, то достаточно пойти к околоточному надзирателю/участковому милиционеру и заявить об этом, после чего представитель власти просто приказывает вернуть деньги. Правда, и сосед может проделать с вами такую же штуку...

Иеремия Бентам: «искусство судопроизводства в сущности есть ничто иное как искусство пользоваться доказательствами».

Раздел о доказательствах, безусловно, один из самых важных (и интересных) в юриспруденции. В нем процессуальное право тесно соприкасается с правом материальным¹²⁰. Следовательно, принципы доказывания должны разрабатываться особенно тщательно.

Среди доказательственных принципов, пожалуй, наиболее сложный и спорный вопрос отрицательных фактов. Долгое время из сформулированной Павлом (Дигесты, 22.3.2) максимы делали однозначный вывод о том, что отрицательные факты не подлежат доказыванию – *negativa non probantur*. И только в 1698 году Генрих Кокцеи показал неверность такого вывода. Рассуждение Кокцеи вошло в классический труд Эдуарда Бонье «*Traite theorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*».

В отечественной юриспруденции 19 века вопрос отрицательных фактов обсуждался процессуалистами постоянно; в советский период упоминался в 1950 году¹²¹. Но в последнее время о нем опять начали говорить. Вероятно, это связано с небезызвестным постановлением Пленума высших судебных инстанций от 29 апреля 2010 года № 10/22, в пункте 52 которого суды ввели в систему права новый способ защиты – признание права отсутствующим (приобретший на практике невероятную популярность¹²²).

До 1125 решения, когда Сенат впервые сформулировал правило невозможности требовать доказательств отрицательного факта, кассационная практика была весьма неустойчива. Так, в решении 1868 года, № 861 Сенат высказал: «при сознании ответчиком факта забора товара в долг не истец обязан доказать, что он денег за оный не получал, а ответчик должен доказать, что он уплатил таковые»; а в решении 1870 года, № 65: «при признании ответчиком факта забора товара в кредит и заявление его об уплате за тот товар не ответчик обязан доказать ту уплату, а истец должен доказать, что им таковой не получено».

Излишне категоричное суждение Сената в 1125 решении не могло не вызвать критику.

Основываясь на мнении Кокцеи и Бонье о том, что не отрицательный характер, а неопределенность делает невозможным их доказывание, указывали на то, что если переформулировать утверждение о факте в положительном смысле, то и доказать его будет не сложно. Обратили также внимание на то, что смысл римского права имел в ви-

¹²⁰ Так считал Константин Никанорович Анненков, Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства, Спб., 1880, том II, стр. 7.

¹²¹ Андрей Януарьевич Вышинский, Теория судебных доказательств в советском праве, издание третье, М., 1950, стр. 239-240.

¹²² Статистические данные, приведенные Вадимом Анатольевичем Беловым в книге «Очерки вещного права», стр. 279.

ду не отдельные факты, а самоё право (что, в общем-то, верно). По нему бремя доказывания лежит на том, кто утверждает, что ему принадлежит известное *право*, а не на том, кто отрицает это *право*. Таким образом отрицательность факта не имеет влияния на бремя доказывания.

Последнее суждение весьма сомнительно. Право не является объективной реальностью, данной нам в ощущениях; существование права есть логическая операция, выведение следствия из данных фактов – *da mihi factum, dabo tibi jus*. Поэтому существование права зависит от наличия фактов, которые так и называются – правообразующие. На практике это означает, что отрицательность факта очень даже влияет на бремя доказывания: следы в пространстве и времени могут остаться только от факта совершившегося.

Здесь, пожалуй, нужно сделать отступление. Из видов доказательств наиболее важными являются устные показания и письменные документы. Предположим, что какое-то право основано на письменном акте. Какими видами доказательств можно оспорить это право? В весьма популярных исках об оспаривании договора жилищного найма истцы ничуть не затруднялись представлять свидетелей, которые бодро показывали, что-такой-то «здесь не живет». И суд такие доказательства принимал за основу удовлетворяющего решения. Высшая судебная инстанция никак на такие пассажи не реагировала. А вот Сенат в решении № 21 за 1900 год высказал, что «отрицательные факты не могут быть доказываемы свидетельскими показаниями».

Другой довод в пользу возможности доказывания отрицательных фактов состоял в том, что доказать или опровергнуть такие внутренние психические состояния, как «добросовестность» лица, «знание» им известных обстоятельств не менее трудно, чем отрицательные факты; однако правосудие оперирует с подобными элементами, требуя их установления на суде. Но все же «добросовестность», «знание» и т.п. есть факты положительные, имеющие следы в пространстве и времени, поэтому могут быть доказываемы в принципе.

Как бы то ни было, но в решении 1880 года № 207 Сенат отступил от принципа *negativa non probantur*, выразив, что «можно доказывать в некоторых случаях и отрицательный факт, но не иначе, как представлением доказательств противоположного оному факта положительного». Но ограничительная оговорка «не иначе как» также излишне категорична. Конечно, в уголовном праве отрицание подсудимым виновности на основании *alibi* делает заявление утвердительное, которое может быть доказываемо на общем основании. Но удостоверить в отсутствии чего-либо можно и другим способом, например, явившись в указанное место и убедиться лично.

Принцип изостении, т.е. равнозначности противоположных доводов, каждый из которых имеет равную доказательственную силу

уравнивает возможности доказывания как положительных, так и отрицательных фактов. Но только в теории. На практике доказывание отрицательных фактов вызывает такие сложности, которые граничат с полной невозможностью. А это уже выходит за рамки права: право не защищает ничего невозможного¹²³.

Таким образом, принцип *negativa non probantur* все же был преобладающим в практике Сената. Хотя Сенат и не всегда последовательно его проводил: нет правил без исключений. Тем более, что в некоторых случаях сам закон требовал доказательств отрицания (например, статья 1353 Устава гражданского судопроизводства).

«ИБО В СУДАХ МНОГО ДАЮТ ЛИШНЯГО ГОВОРИТЬ, И МНОГО НЕНАДОБНАГО ПИШУТ»¹²⁴

Понеже по указамъ; блаженныя и вѣчнодостойныя памяти, Его Императорскаго Величества Петра Великаго, 723 года Ноября 5 дня, о формѣ суда, велѣно: какъ челобитныя, такъ и доношенія писать пунктами, такъ чисто, дабы что писано въ одномъ пунктѣ, въ другомъ бы того не было, о чемъ учиненною формою и въ народъ опубликовано; а нынѣ Правительствующему Сенату извѣстно, что о разныхъ дѣлахъ просители челобитныя пишутъ, и въ судныя и прочія мѣста подаютъ, не по силѣ вышеписаннаго 723 года указа, и формы суда не пунктами, но смѣшивая одно дѣло съ другимъ, отъ чего происходятъ немалыя конфузїи и затрудненїя

Царь Петр Алексеевич, занимаясь устройением государственных дел, уделил внимание и отправлению правосудия. В частности, это Указ от 5 ноября 1723 года о форме суда, часть которого вошла затем в Законы о судопроизводстве и взысканиях гражданских (Свод законов том X часть 2). Речь идет о форме искового заявления (челобитной), которое следовало писать «пункт за пунктом так ясно, дабы то, что писано в одном пункте, не было бы повторяемо в другом, и не смешивалось одно дело с другим. В изложении дела по пунктам надлежит показывать настоящего оную истину, кратко и ясно, означать иск правдою, по долгу присяги и чистой совести, не прибавлять ничего лишнего и постороннего, не употреблять укорительных слов, и

¹²³ Сергей Андреевич Муромцев, Определение и основное разделение права, М., 1879, стр. 94. А из невозможного следует произвольное (т.е. все что угодно) – *ex falso quodlibet*.

¹²⁴ Опубликовано на сайте Закон.ру 15 июня 2020.

приводить причины или доводы, по которым происходит прошение» (статьи 244, 245).

Можно представить, как писались иски, если этим вопросом озаботилось первое лицо государства. Однако царское предписание мало помогло делу. Особенно ярко это показал сто одиннадцать лет спустя Николай Васильевич Гоголь в повести о ссоре двух Иванов. Каждый из них пишет свой пóзов (иск) формально правильно – по пунктам. Но вот содержание этих «пунктов»... Перечитайте повесть или посмотрите замечательный фильм 1941 года.

Конечно, требовать от малообразованных помещиков или полуграмотных стряпчих виртуозного владения юридической техникой было бы опрометчиво. Но вот другой пример – юридически образованного Ильи Ильича Обломова. Вот какую характеристику дает Иван Александрович Гончаров: «он учился всем существующим и давно несуществующим правам, прошел курс и практического судопроизводства, а когда, по случаю какой-то покражи в доме, понадобилось написать бумагу в полицию, он взял лист бумаги, перо, думал, думал, да и послал за писарем».

Но от дел минувших обратимся к делам сегодняшним. Если неискушенный в праве читатель думает, что уж сейчас-то состязательные бумаги пишутся по всем правилам логики, здравого смысла и предписаний процессуального кодекса, то он сильно заблуждается. Возьмите любой иск объемом более двух страниц и сравните его с пóзовами героев Гоголя. Вы увидите, что различаются они мало. В чем причина?

На сторонах в процессе лежит прежде всего бремя утверждения (*onus proferendi*) юридически значимых фактов. То есть необходимо отделить факты существенные от несущественных и извлечь правовое значение из первых. Такая работа – а это и есть то, что называется разработкой правовой позиции – и изложение полученных результатов в состязательных документах требует немалой аналитической работы и изрядных теоретических познаний¹²⁵. Если же излагать все подряд, то и получится трагикомедия, достойная пера сатирика.

Но если бы дело было только в юморе. Все же судебное исследование есть один из видов научного (задача которого – установить факты и дать им непротиворечивое объяснение) и подчиняется правилам логической конструкции. «Установление посторонних для дела фактов засоряет фактический состав спора и тем самым отодвигает его от правовой нормы. Вместо прямого логического вывода, который при правильном его построении другая сторона не может опроверг-

¹²⁵ Иеринг называет это юридическим искусством: «умелость в обращении с юридическими понятиями, способность легкого перевода понятий из области отвлеченного в область конкретного и наоборот, безошибочность при раскрытии правового понятия в данном правовом казусе (юридический диагноз)».

нуть, адвокат сам открывает для другой стороны возможность вести спор за пределами фактического материала»¹²⁶. И на этот случай есть логическое правило, сформулированное еще в 13 веке Иоанном Дунсом Скотом: *ex falso quodlibet* – из произвольных посылок следует все что угодно. А значит, решение суда в этом случае предугадать совершенно невозможно.

СВИДЕТЕЛЬ В ПРОЦЕССЕ¹²⁷

Доказывание прошлого события должно быть на суде просто, отчетливо и экономно на слова, как решение арифметической задачи.

Леонид Евстафьевич Владимиров

Средневековый философ Уильям Оккам (известный, прежде всего, по архиполезному для юридической техники правилу «не плодить сущности без необходимости») сформулировал и другой – процессуально важный – принцип: «ничто не должно приниматься без основания, если оно не известно или как самоочевидное, или по опыту»¹²⁸. Впоследствии это правило получило название закон достаточного основания.

Цель деятельности суда – урегулировать спор, внести правовую определенность во взаимоотношения сторон. Достигается это процедурой доказывания, то есть подведением спорящими сторонами фактических основ под их утверждения. То есть то, что и называется законом достаточного основания, который, в свою очередь, служит логическим началом достоверности (*principium evidentiae*).

Весьма распространенным видом доказательств являются свидетельские показания. Но если в уголовном процессе основная проблема заключается в установлении возможности и вероятности (что именно видел свидетель и мог ли он видеть это вообще), то в гражданском все несколько сложнее. Ниже приведено решение Правительствующего Сената, в котором рассматривается вопрос о свидетельских показаниях.

* * *

1042.-1878 года августа 16-го дня. По прошению крестьянина Ивана Трущалова об отмене решения Орловского Съезда Мирowych Судей.

(Председательствовал за Первоприсутствующего Сенатор П.И.Саломон; докладывал дело Сенатор Г.Н.Мотовилов; заключение давал Товарищ Обер-Прокурора И.Н.Николаев)

Крестьянин Трущалов искал с крестьян Василия и Герасима Антоновых 68 руб. за коноплю, проданную ему умершим их отцом, Аггеем Антоновым, и ему

¹²⁶ Антимонов, Герзон. Адвокат в советском гражданском процессе. М., 1954, стр. 115.

¹²⁷ Опубликовано на сайте Закон.ру 21 сентября 2020.

¹²⁸ William of Ockham. De sacramento altaris, ch. 28.

недоставленную, и 65 руб. 50 коп. убытков, причиненных ему недоставкой конопли, ссылаясь в доказательство иска на свидетелей. Мировой Судья 1 Орловского участка, усмотрев из свидетельских показаний и объяснений ответчика Василия Антонова, что отец Антоновых действительно должен Трущалову 69 руб., за которые обещал доставить 9 четвертей конопли, и что цена на коноплю возвышалась до 9 руб. 15 коп., на основании ст. 81 Уст. Гр. Суд. и 684 X т. 1 ч., обязал Антоновых возвратить Трущалову 68 руб. и по 1 руб. 65 коп. на каждую из 9 четвертей, всего 82 руб. 85 коп. Орловский Съезд, рассмотрев дело по апелляции ответчиков и находя, что, за силою ст. 409 Уст. Гр. Суд., свидетельские показания доказательством иска Трущалова признаны быть не могут, отменил решение Судьи и в иске Трущалову отказал. В кассационной жалобе на это решение Съезда Трущалов объясняет: 1) что, признав иск его недоказанным, Съезд нарушил ст. 81 Уст. Гр. Суд., и 2) что, устранив свидетельские показания, как доказательство иска, Съезд нарушил ст. 409 Уст. Гр. Суд., так как покупка у Антонова конопли и недоставление 9 четвертей купленного товара могут быть удовлетворены свидетелями.

Выслушав заключение Товарища Обер-Прокурора, Правительствующий Сенат находит, что, по ст. 409 Уст. Гр. Суд., свидетельские показания не могут служить доказательством тех только событий, для которых требуются письменные удостоверения. Применяя этот закон к какому-либо спору, суд прежде всего (на основании ст. 129 и 339 Уст. Гр. Суд.) обязан определить, какие именно события составляют предмет спора, и затем уже войти в рассмотрение вопроса о том, какими доказательствами эти спорные события могут быть доказываемы по закону и какие доказательства в подтверждение их представлены в данном случае. В настоящем деле истец Трущалов, ссылаясь на свидетелей, утверждал, что Аггей Антонов продал ему коноплю, получил за нее деньги, но всего проданного товара ему не передал; Съезд, не обсудив вовсе, какие из этих событий опровергаются ответчиком и, следовательно, представляются спорными, нашел, что свидетельские показания не могут быть признаны доказательством иска Трущалова, между тем как продажа движимого имущества, по ст. 710 X т. 1 ч. Св. Зак., может быть совершаема и без письменного акта и, следовательно, если бы ответчик оспаривал продажу конопли, истец имел право, по ст. 409 Уст. Гр. Суд., доказывать совершение продажи ссылкой на свидетелей; равным образом передача проданного движимого имущества покупщику и платеж денег продавцу за это имущество, по ст. 1510 и 1521 X т. 1 ч. Св. Зак., не требует письменного удостоверения и в случае спора могут быть доказываемы или опровергаемы показаниями свидетелей. Находя поэтому, что Орловский Съезд, применив к иску Трущалова ст. 409 Уст. Гражд. Суд., без надлежащего разъяснения, какое именно событие в этом деле не может быть доказываемо ссылкой на свидетелей, допустил нарушение точного означенной статьи Устава, Правительствующий Сенат определяет: решение Орловского Мирowego Съезда, по нарушению ст. 409 Уст. Гр. Суд., отменить и дело передать на рассмотрение в Мценский Съезд Мирowych Судей.

.

Итак, Сенат указал на два важных момента.

1) Прежде, чем вынести решение, суд должен ясно осознать, о чем именно идет спор. Специальных норм о подготовке дела к слушанию, как это сделано в современном Кодексе (статьи 148, 150, 152)¹²⁹, в Уставе гражданского судопроизводства не было; из формулировки

¹²⁹ К сожалению, суды весьма формально подходят к этому вопросу, сводя всю подготовку к назначению даты слушания.

же упомянутых 129 и 339 статей¹³⁰ правило подготовки можно было вывести только посредством судебного толкования, что и сделал Сенат в данном решении.

2) И главный вопрос: во всех ли случаях применимы свидетельские показания. На этот случай была установлена не раз упомянутая Сенатом статья 409 УГС: свидетельские показания могут быть признаваемы доказательством тех только событий, для которых, по закону, не требуется письменного удостоверения¹³¹. Правило это дополняла следующая – 410 – статья о запрете опровержения показаниями свидетелей содержания письменных актов (римская максима *contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur* – Кодекс, 4.20.1).¹³²

Поскольку для совершения сделки купли-продажи движимого имущества письменная форма не обязательна, то и ограничивать доказательственную базу только документами нет никакого основания, на что и указал в данном деле Сенат.

Вопрос о применимости свидетельских показаний считался весьма важным. Например, во 2-м томе комментария Исаченко, посвященном полностью (1038 страниц) вопросу о доказательствах (статьи 366-565), комментарий к 409 статье занимает 127 страниц (с 219 по 346), или 12 % текста (комментарий к основной – 366 – статье об обязанности доказывания - «только» 65 страниц).

В ряде решений Сенат сформулировал и другие правила для свидетельских показаний: «воспрещается опровергать свидетельскими показаниями *сущность* юридических сделок, заключающихся в письменных актах, но суд не лишается права прибегать к свидетельским показаниям для приведения в известность существования таких событий, обстоятельств или фактов, которые предшествовали или сопровождали совершение сделки» (решение 1867 года № 122); и о доказывании свидетелями отрицательных фактов (решение 1907 года № 112):

¹³⁰ Вот статья 339: «решение суда должно быть основано на документах и других письменных актах, представленных сторонами, равно и на доводах, изъясненных при изустном состязании». Любопытно, что здесь (данная статья регламентирует решение общих судебных мест; статья 129 – мировых судебных установлений) Устав ничего не говорит о свидетельских показаниях. Доводы – это не показания свидетелей; доводы это «юридическая оценка, критический разбор доказательств, проведенный сторонами, соображения, посредством которых устанавливается связь и отношение доказываемых фактов к иску и защите» (Григорий Леонтьевич Вербловский, Движение русского гражданского процесса, изложенное на одном примере, М., 1905, стр. 43); «отвлеченные объяснения и освещения с известной стороны обстоятельств дела и подкрепляющих или опровергающих их доказательств» (Василий Лаврентьевич Исаченко, Гражданский процесс. Практический комментарий на вторую книгу Устава гражданского судопроизводства, том 1, С.-Пб., 1909, стр. 774).

¹³¹ Далее перечислены три исключения – два связаны с действием обстоятельств непреодолимой силы и одно – связанное со «спокойным, бесспорным и непрерывным» владением или пользованием недвижимым имуществом в течение срока давности.

¹³² Иеринг говорил, что «укрепление (*fixirung*) действия в памяти человека менее точно, нежели на бумаге, простирается только на смысл, а не на слова, которые имеют иногда огромное значение». О существе юридического формализма вообще (из Иеринга). Журнал Министерства юстиции, 1860, т. V, ч. II, стр. 386.

«обстоятельство (что наследодатель никогда детей не имела) как отрицательное, не может быть достоверно известно свидетелям».

В свете вышеизложенного нельзя не вспомнить весьма актуальные до приватизации жилья и Жилищного кодекса 2004 года споры о т.н. признании утратившим право пользования жилым помещением. Основаны они были на том, что один из членов семьи, проживающих (прописанных) в данной квартире, якобы перестал им пользоваться в связи с чем и утратил соответствующее право. В подтверждение этого обстоятельства приводились свидетели (как правило, соседи), которые и говорили, что ответчик «здесь не живет», или они его не видели последнее (неделя, месяц, год и т.д.) время. Тот факт, что вопрос стоит об *изменении* договора найма, и что наймодателем является жилищно-эксплуатационная организация, и только она как сторона в договоре может предъявить такой иск в расчет не принимался.

ЕЩЕ РАЗ ОБ ЭТИЧЕСКОМ ГНИЕНИИ¹³³

Итак, решение по делу об этическом гниении состоялось. Итог его закономерен и вполне был предвиден заранее. Интерес здесь чисто академический, поскольку дела о противоречии основам правопорядка и нравственности весьма редки, но зато есть простор для судейского творчества.

Рассмотрим решение с точки зрения формы и содержания.

Сначала, по традиции и в целях наглядности, статистика. Текст решения (в т.н. обезличенной копии) занимает 179 строк (от «установил» до «решил»), из них описательная часть (до «суд приходит к следующему») - 70 строк или 39 % текста, выписи из разных правовых актов 51 строка или 28 % текста, установленные судом факты (от «установлено следующее» до соображений суда) 26 строк или 15 % текста, соображения суда - 24 строки или 13 % текста, выводы суда – 6 строк или 3 % текста.

Итак, более четверти текста составляют выписи из законов. Беда эта давняя. Еще в 1866 году кассационная инстанция уличила апелляционную в неправильном написании решения: не изложены *кратко* существенные обстоятельства дела, не объяснено, в чем заключались требования истца и ответчика, не приведен закон, принятый в основание решения. И с этого момента суды впали в другую крайность – стали ссылаться на все идущие и не идущие к делу законы; и традиция эта сохраняется до сих пор. Конечно, выявить существенные обстоятельства и подобрать надлежащую норму весьма непросто, для этого надо проделать хотя бы минимальную аналитическую работу, отделяя

¹³³ Опубликовано на сайте Закон.ру 1 ноября 2020.

зерна от плевел¹³⁴ (однако специально обученные люди почему-то этого не делают. Видимо, слишком сложно...¹³⁵).

Сравним рассматриваемое решение с обвинительным заключением по делу о мошенничестве (99 страниц): только одна ссылка (не изложение!) на норму Уголовного кодекса. Все остальное – скрупулезное перечисление фактов и доказательств. При таком подходе неудивительно, что подавляющая часть уголовных дел заканчивается обвинительным приговором.

Теперь о содержании.

Помним, что иск был заявлен по основанию «противность основам правопорядка и нравственности». Но одним из присоединившихся к иску адвокатов был дополнен основанием «не так сели» (т.е. нарушение порядка принятия обжалуемых решений). Поскольку никаких доводов, обосновывающих это утверждение, адвокат не привел, суд ограничился простым указанием на то, что решения «приняты без нарушений процедурных норм, в рамках компетенции принявших их органов адвокатского самоуправления».

Судебные решения по содержанию являются, как известно, рассуждениями, цель которых – раскрытие взаимных отношений между предметами и действиями и в определении их значения, а по форме – логическими силлогизмами. Закон предписывает указывать все три составные части судебного силлогизма: обстоятельства, имеющие значение для рассмотрения дела (это и есть меньшая посылка), какой закон должен быть применен по данному делу (это посылка большая) и подлежит ли иск удовлетворению (то есть вывод).

В качестве большей посылки суд сослался на нормы статей 5 и 9 Кодекса профессиональной этики, предписывающие адвокату избегать действий, направленных к подрыву доверия к адвокатуре, защите ее чести, достоинства и авторитета. Следовательно, доводы адвокатов (меньшая посылка) о противности оспариваемых решений основам правопорядка и нравственности (а некоторые из соистцов такие доводы привели) суд должен был обсудить с точки зрения сохранения доверия, чести, достоинства и авторитета адвокатуры. Иными словами, сообщение адвокатами о злоупотреблениях в корпорации подрывают ли доверие к адвокатуре, умаляют ли ее честь, достоинство и авторитет? Ответа на этот вопрос суд не дал.

¹³⁴ Любопытный факт. В отчетном докладе ЦК одиннадцатому съезду партии Владимир Ильич Ленин вспомнил случай из своей юридической практики. Будучи в сибирской ссылке, доводилось ему оказывать правовую помощь крестьянам. «Самое трудное было понять, в чем дело. Придет баба, начинает, конечно, с родственников, и невероятно трудно было добиться, в чем дело. Рассказывает она о белой корове. Ей говоришь: «принеси копию», тогда она уходит и говорит: «не хочет слушать без копии о белой корове». Но маленький прогресс мне удалось осуществить: приходя ко мне, тащили копию, и можно было разобраться, в чем дело, почему жалуются и что болит».

¹³⁵ Понятно, что идеал Ильича недостижим, но надо же и усилия какие-то прилагать...

За пятьдесят лет существования присяжной адвокатуры был накоплен значительный объем обычаев и традиций (систематизированный в 1913 году в Правилах адвокатской профессии. Собственно, эти правила и легли в основу Кодекса этики). Четверть сформулированных в Правилах норм относится к вопросам чести, достоинства и доверия. То есть у суда был изрядный отправной материал¹³⁶ для сравнения и оценки. Но, к сожалению, суд от этой работы уклонился. Вот самая существенная часть решения: «оспариваемые решения не содержат расширительного толкования составов дисциплинарных проступков, установленных [законом и этическим кодексом], не устанавливают дисциплинарную ответственность адвоката за сам факт обращения в правоохранительные органы, а лишь указывают на возможность привлечения к дисциплинарной ответственности в такой ситуации при наличии определенных обстоятельств, то есть в тех случаях, когда будет установлено наличие состава дисциплинарного проступка».

Однако ни этический кодекс, ни закон об адвокатуре не содержит «составов дисциплинарных проступков». Как и любой свод, Кодекс этики содержит обобщенные выводы из частных случаев, а толкование (расширительное или ограничительное) мог (и обязан был) дать сам суд.

Самым веским основанием для принятия оспариваемого решения явилось суждение о том, что «адвокаты противостоят органам, а потому призывать их к проверкам не этично». Следовательно, суд должен был произвести исследование, как соотносятся «противостояние» и сообщения о безобразиях. Иначе говоря, наличие «противостояния» является ли индульгенцией для совершения адвокатами бесчинств? И этот вопрос остался без ответа.

И в завершение о том, что же есть положительного в данном решении. Если разложить формулу суда на составные части, получится, что обращение к органам само по себе не является дисциплинарным проступком («не содержат расширительного толкования составов»), но служит лишь условием для привлечения к ответственности в совокупности с наличием дисциплинарного состава. То есть если адвокат совершил проступок и при этом еще и обратился к органам, то вступает в силу запрет обращения. Звучит, конечно, все это коряво, логически бессвязно, но, по крайней мере, такое понимание дезавуирует решение федеральной палаты.

Какой же вывод можно сделать из этого процесса? Перед судом стояла сложная задача: с одной стороны, нелегко открыто признать неправоту федерального органа, с другой – потакать безобразиям, даже если они исходят от органов адвокатуры, никак нельзя. И хотя суд

¹³⁶ Один соистец привел даже два исторических примера обращения в правоохранительные органы.

и не обогатил нас познанием добра и зла, но все же ему удалось найти компромисс, при котором адвокаты смогут безнаказанно сообщать компетентным органам о творимых безобразиях. И если толкование суда первой инстанции поддержит кассационная, то на него можно будет ссылаться как на кассационный тезис.

ТЕОРИЯ ОТРИЦАТЕЛЬНЫХ ФАКТОВ¹³⁷

Известная максима Павла *incumbit probatio qui dicit non qui negat*, ставшая краеугольным камнем судебного процесса, вполне естественна и логична, поскольку отображает закон достаточного основания. Но практическое ее применение вызывает затруднение во второй части формулы: подлежит ли доказыванию отрицание, и если да, то как именно.

Принципиальную возможность доказывания отрицательных фактов показал немецкий юрист Генрих Кокцеи в книге «*De directa probatione negativa*» (1698).¹³⁸ Он установил, что *non quia negativa sed quia indefinita sunt* – не отрицательный, а неопределенный характер делает отрицательные факты неуловимыми и недоказуемыми.

В судебной практике Российской Империи вопрос об отрицательных фактах возникал постоянно. Применительно к конкретным случаям решение состояло в том, что доказавший положительный факт не обязан доказывать и противоположный отрицательный, как-то: доказавший существование долга не обязан доказывать, что долг еще не уплачен (правило «исполнение доказывает ответчик»); основывающий свое права на законно совершенном акте не обязан доказывать, что акт этот не потерял свою силу.

Неоднократность применения Правительствующим Сенатом теории отрицания позволила вывести общую формулу: на тяжущихся не может быть возлагаема обязанность доказывать отрицательные факты. Это положение, однако, критиковалось процессуалистами как необоснованно категоричное. Так, комментируя эту максиму, Василий Лаврентьевич Исаченко писал: «можно признать правильным и то, что во многих случаях (хотя далеко не во всех) суд не имеет права требовать представления доказательств в подтверждение отрицательных фактов. Но сказать, что все отрицательные факты не могут быть доказуемы и вообще не подлежат доказыванию даже и тогда, когда сам тяжущийся желает¹³⁹ доказать действительность того или другого отрицательного факта – не представляется возможным».

¹³⁷ Опубликовано на сайте Закон.ру 2 апреля 2021.

¹³⁸ Кокцеи ссылается на более ранний трактат о доказательстве отрицания некоего Мартина де Фано. К сожалению, никаких сведений об этом авторе разыскать не удалось.

¹³⁹ Здесь Василий Лаврентьевич, безусловно, погорячился. Желание тяжущегося никакого значения для суда не имеет. Для этого, собственно, и существует современная (в Уставе гражданского

В деле доказывания отрицательных фактов немаловажное значение имеет вопрос: какими средствами? Основных видов доказательств, как известно, два: документы и свидетельские показания. Представить себе документ, в котором был бы зафиксирован отрицательный факт, вероятно, можно (например, нотариальный акт о неплатеже по векселю). А вот что делать со свидетелями? В 1900 году Сенат рассматривал (дело № 20) кассационную жалобу на определение Варшавской судебной палаты по исправлению акта о рождении. Проситель утверждал, что у него имеется только один сын, «что в случае надобности могут подтвердить свидетели», а акт о рождении второго сына, как составленный по ошибке, просил уничтожить. Суд первой инстанции допросил свидетелей, которые показали отрицательный факт – что у просителя «нет и не было другого сына, кроме лишь одного», а Палата определила, что «отрицательные факты не могут быть доказываемы свидетельскими показаниями». Сенат же решил, что такое заключение Палаты «лишено правильного основания, ибо то обстоятельство, что у известного лица был только один сын, а не несколько, составляет положительный факт, который может быть удостоверен свидетелями, несмотря на то, что из него само собою вытекает, что у лица не было несколько сыновей».

Логика Сената здесь не совсем верна. Безусловно, наличие сына составляет факт положительный, который свидетелями может быть подтвержден. Но то, что наличие одного сына исключает наличие других – неверно, и это могли бы подтвердить иные свидетели. Но общее правило, высказанное Палатой (и отвергнутое Сенатом для данного конкретного случая) – верно: отрицательные факты не могут быть доказываемы свидетельскими показаниями.

Несмотря на то, что практика шла по пути *negativa non probantur*, процессуалисты все же пытались выяснить теоретическую основу возможности и средств доказывания отрицания. Случаи, когда отрицательный факт может быть доказан, вероятно, должны существовать. Исаченко, например, указывает на спор о подлоге документа, считая, что для того, кто утверждает, что предъявленный ему акт он не подписывал (без указания на того, кто совершил подлог) данный факт является отрицательным. Возможно, что для 1910 года, когда был написан этот комментарий, это действительно было так. Однако при современном развитии экспертного дела (экспертиза почерка, давности изготовления документа и т.п.) факт изготовления акта иным лицом становится сугубо положительным.

Наиболее убедительной представляется точка зрения Петра Александровича Юренева (в основе которой лежит принцип *impossi-*

судопроизводства такой стадии не было) стадия подготовки дела и распределения бремени доказывания.

bilium nulla obligatio est¹⁴⁰): «принцип «доказывается существование факта, а не его отсутствие» основан на чувстве справедливости, который не позволяет требовать исполнения действий физически и логически (не в данное время, а вообще) невозможных. Доказывать 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. Правда, иногда обстоятельства могут так сложиться, что можно доказать и отсутствие факта, но лишь в известный определенный момент и опять-таки только существованием какого-нибудь другого факта».

Советская юридическая наука исходила из доказуемости отрицательных фактов. Так, в книге «Проблема доказывания в советском гражданском процессе» (1951) Карл Сергеевич Юдельсон приводит пример из практики Верховного суда: «ссылка истца, а равно и суда на невзнос квартирной платы является явно несостоятельным, так как истец должен был доказать, за какой период и в каком размере за ответчицей имеется задолженность по квартирной плате. Однако истец таких доказательств не представил, и суд от него их не потребовал, причем по непонятным соображениям бремя доказательства суд возлагает на ответчицу».¹⁴¹

До приватизации жилищного фонда весьма популярными были иски о признании утратившим право пользования жилым помещением. Как правило, истец представлял в суд свидетелей, которые смело заявляли «такой-то здесь не живет», а суд, нимало не затрудняясь, ответчика выселял. А ведь право проживания было основано на письменном договоре, ни одна из сторон которого не требовала его прекращения, да и, как сказано в одном старинном решении, «допрос свидетелей не может иметь значения, ибо не в состоянии изменить существа сделок, подтверждаемых документально». Так что здесь отход от теории отрицания играл, безусловно, неблагоприятную роль; как бы ни была относительна эта теория, какие бы исключения она не допускала, все же случаев ее применения неизмеримо больше.

Еще один случай возможного применения теории отрицания – т.н. недобросовестное поведение. Поскольку добросовестность участников гражданских правоотношений предполагается, то доказывание обратного и есть доказывание отрицания. Но является ли недобросовестность отрицательным фактом? Недобросовестность, как понятие отвлеченное, есть лишь мнение, умозаключение относительно некото-

¹⁴⁰ Д.50.17.185, Цельс.

¹⁴¹ В данном определении суд отошел от принципа «исполнение доказывает ответчик», и при этом явно оказывает помощь слабой стороне. Для социалистического права это вполне характерно. Перефразируя известного государственного и политического деятеля можно сказать, что для советского суда интересы человека были выше правовых формальностей.

рых фактов; при этом тот же набор фактов может быть интерпретирован и диаметрально противоположно.

Таким образом, общее правило *negativa non probantur* действует в большинстве случаев и может нарушаться только тогда, когда отрицательному факту, факту отсутствия, удастся противопоставить факт положительный, факт наличия.

Но вот в 2010 году появляется судебное постановление № 10/22, которое вводит в систему права новый способ защиты – признание права отсутствующим. Отсутствие права – это либо несуществование объекта, на которое может быть установлено право, либо принадлежность права какому-то иному лицу, либо несуществование субъекта. Но если речь не идет о несуществовании объекта и субъекта, то отсутствие права у одного лица неизбежно (если, конечно, вещь не является бесхозной) означает присутствие его у другого. А это уже положительный факт, существование которого доказывается относительно легко, и необходимости в доказывании факта отрицательного (отсутствие права) никакой нет. Установление отсутствия права у одного неизбежно приводит к обнаружению права у другого. Или, наоборот, установление права у другого есть констатация отсутствия права у первого (по принципу *alibi*).

РЕШИТЕЛЬНО И ОПРЕДЕЛЕННО РАЗМЕЖЕВАТЬСЯ¹⁴²

Адвокатура создана не для наслаждения тѣхъ, кто въ ней состоитъ, а для общественнаго служенія, служенія труднаго, суроваго и серьезнаго.

В связи с изменениями Кодекса профессиональной этики вновь возник вопрос о т.н. государственной адвокатуре.¹⁴³

Идея, которая двадцать лет назад казалась чуть ли не кошмаром¹⁴⁴, сегодня представляется уже не такой ужасной. Что ж, как говорил известный политический деятель, всякий вопрос должен ставиться диалектически, мы никогда не должны забывать, что все изменяется, что все имеет свое время и место, и, стало быть, и вопросы мы должны ставить также в соответствии с конкретными условиями.

¹⁴² Опубликовано на сайте Закон.ру 29 июля 2021.

¹⁴³ См. статью Павла Юрьевича Силкова «Кодекс бесчестия: антигосударство в государстве» в Адвокатских вестях России, 2021, № 1-2, стр. 18-19. Вопрос о государственной адвокатуре ставится в статье как гипотеза, как возможная реакция общества на этическую деградацию традиционной адвокатуры. Но участники возникшей дискуссии сочли возможным не обращать внимание на основную идею, а ограничились лишь тем, что было доступно их пониманию.

¹⁴⁴ См., например, «Теорию адвокатуры», стр. 72-76.

Иными словами, неправильное в одной исторической обстановке может оказаться правильным в другой.

Двадцать лет назад стояла задача ликвидировать т.н. параллельные адвокатуры, и закон об адвокатской деятельности позволил это сделать. В условиях рыночной экономики это означало избавление от конкурентов. После этого можно было собрать воедино денежные потоки; раз в стране бродят денежные знаки, то почему бы адвокатам не быть такими людьми, у которых их много. И если не у всех, то хотя бы у руководящей верхушки. И желательно распорядиться ими так, чтобы любое поползновение к контролю влекло за собой применение мер дисциплинарной ответственности. В результате возник скандал, закончившийся судебным процессом¹⁴⁵.

Адвоката содержит его клиент. Адвокату, которому клиент не может предоставить содержание, платит общество (обычно говорят «государство», имея в виду его органы исполнительной власти. Но органы платят не от себя лично, а представляя все общество). Но при этом общество почти никак не контролирует такого адвоката (почти, поскольку участие в квалификационных комиссиях двух представителей исполнительной власти слишком ничтожно, чтобы говорить о каком-либо контроле. Да и вопрос о привлечении адвоката к ответственности решается отнюдь не ими). Нормальной эту ситуацию назвать, конечно, нельзя.

Стремление адвокатуры подмять под себя, монополизировать юридическую помощь вообще и судебную защиту в частности, понятна.

И хотя решение было и не в пользу адвокатов, но и назвать его безусловной победой чиновников тоже нельзя. Поэтому столь важное этическое достижение необходимо надежно укрепить.

Способ укрепления известен: внести соответствующее изменение в этический кодекс. Вот предлагаемая формула: адвокат не должен «вмешиваться во внутренние дела адвокатской палаты или адвокатского образования, членом которых он не является, а также призывать к вмешательству в указанные дела органы государственной власти или органы местного самоуправления». Напомним, что основанием для такого изыска явилось суждение «адвокаты противостоят органам, а потому призывать их к проверкам не этично».

Основная претензия, которую предъявляют общественной адвокатуре, это якобы утрата независимости: дескать, традиционный адвокат самостоятелен в своих решениях и поступках, а общественный – зависим от указаний чиновников. Безусловно, полностью исключить такие случаи нельзя. Но вот для утверждения, что это будет неизбежно и постоянно, нет достаточных оснований.

¹⁴⁵ См. «Этическое гниение» и «Еще раз об этическом гниении».

Вообще заклинания о т.н. независимости ввиду избыточно частого их произнесения начинают вызывать сомнения. Что понимается под независимостью в данном случае? От кого независимость? Какова цель этой независимости? И, пожалуй, главный вопрос: как независимость влияет на исполнение адвокатами своего долга?

Независимость адвоката начинается вопросом о принятии дел, от наличия правовой позиции¹⁴⁶ до более тонкого вопроса о нравственной правоте¹⁴⁷. И если адвокаты, работающие индивидуально, еще как-то могут решать эти вопросы самостоятельно, то за работающих в адвокатских «фирмах» они решаются «работодателями». А последние руководствуются прежде всего извлечением прибыли. Так что ни о какой независимости речь идти не может.

Какие задачи стоят перед адвокатом в уголовном процессе? «Дело защитника – возбуждать всевозможные и разнообразные сомнения по делу. Это не только его право, это просто его обязанность, его задача»¹⁴⁸. Если предположить, что адвокатура советских времен была от кого-то «зависима», то это означает, что адвокаты не имели возможности (то есть кто-то им запрещал) возбуждать сомнения по делу. А ведь еще Андрей Януарьевич Вышинский говорил: «защитник, убежденный в том, что подсудимый неправильно привлечён к ответственности, обязан представить суду все имеющиеся в его распоряжении данные в доказательство правильности своей точки зрения. Он обязан бороться за своё убеждение до конца, не взирая на лица, не допуская никакого компромисса». И далее: «спокойно, толково и внушительно поднять голос в защиту такого человека, опровергая обвинение, внося в обвинительную версию свои поправки и изменения, опровергая обвинительные данные и даже всю концепцию обвинения».¹⁴⁹

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 поверенными чувства правды, чести и сознания нравственной ответственности перед правительством и обществом».

Прошло сто пятьдесят лет. Накопив за истекший период значительное число обычаев, традиций и профессиональных правил, адвокатура наконец обогатила себя этическим кодексом. Но любой документ такого рода нуждается в постоянном совершенствовании, уточнении и дополнении. И вот возник прелюбопытный казус: обнаружив

¹⁴⁶ Некий, довольно известный в недалеком прошлом адвокат, даже похвалялся тем, что брался за дела, которые не приняли более опытные коллеги.

¹⁴⁷ См. известную классификацию Евгения Владимировича Васьковского в его статье «О разборчивости при принятии дел к защите»

¹⁴⁸ Леонид Евстафьевич Владимиров, *Advocatus miles*, стр. 111.

¹⁴⁹ «Революционная законность и задачи советской защиты». М., 1934, стр. 34, 36.

денежные злоупотребления в адвокатской палате, адвокат обратился в компетентный орган. Понятное дело, что такое «безобразие» не поправились чиновникам от адвокатуры.

Можно, конечно, долго рассуждать о том, что это нарушение принципов самоуправления, корпоративности, равноправия адвокатов и т.п. Сомнений, однако, в том, что это положение будет принято, нет: денежные интересы адвокатских чиновников, безусловно, имеют высший приоритет, и допускать к проверкам компетентные органы они не намерены. Но насколько такое положение отвечает интересам общества?

Тот факт, что общество (государство) нуждается в судебной защите своих граждан, истина самоочевидная. И то, что такую задачу специально подготовленные люди в целом выполняют лучше, чем не подготовленные, тоже понятно. Однако у адвокатуры нет монополии на юридическую деятельность, что и закреплено в конституционном принципе «каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи», без указания на адвокатскую исключительность.

Расслоение общества уже произошло, и пропасть будет все более и более углубляться и расширяться. И чтобы обществу не остаться совсем без юридической помощи, адвокатуре необходимо решительно и определенно размежеваться. Той части населения, которая имеет возможность и желание содержать частного адвоката, останутся услуги традиционной адвокатуры. Для не имеющих такой возможности – юридическая помощь общественных защитников (правозащитников¹⁵⁰).

И наконец четко отделить юридические услуги от юридической помощи: все, за что адвокаты берут деньги непосредственно с клиентов, является услугами (с соответствующим распространением на этот вид деятельности закона о защите потребителей); все, за что платит общество, является помощью и торгу не подлежит.

¹⁵⁰ Термин этот за последние шестьдесят лет приобрел какой-то гадкий смысл, поэтому, безусловно, нуждается в реабилитации.

ПИСЬМО К ДРУГУ

по поводу его восхищения «читаю «Истоки и смысл русского коммунизма» Бердяева и поражаюсь его анализу»

Совершенно ясно: бердяевы никогда и ничего не понимали, ибо всегда их вчерашнее понимание назавтра оказывалось вздором даже и для них самих.

Иван Лукьянович Солоневич

Прочитал начало первой главы, про интеллигенцию. Да, здесь с автором трудно не согласиться в том, что «русская интеллигенция, к которой могли принадлежать люди, не занимающиеся интеллектуальным трудом и вообще не особенно интеллектуальные», что это «религиозная секта со своей особой моралью, очень нетерпимой, со своим обязательным мирозерцанием, со своими особыми нравами и обычаями, и даже со своеобразным физическим обликом, по которому всегда можно было узнать интеллигента и отличить его от других социальных групп». Такую характеристику можно дополнить словами юриста Богдана Александровича Кистяковского о том, что русская интеллигенция состоит из людей, которые ни индивидуально, ни социально не дисциплинированы, и Петра Бернгардовича Струве о том, что идейной формой русской интеллигенции является ее отщепенство, ее отчуждение от государства и враждебность к нему. Впрочем, Бердяев тоже участвовал в сборнике «Вехи». Но лучше всего сущность этого антисоциального явления выразил Ильич: не мозг нации, а г...о. Совершенно точное определение!

Но вот дальше идет что-то непонятное. «Крайний догматизм, к которому искони склонны были русские. Русские обладают исключительной способностью к усвоению западных идей и учений и к их своеобразной переработке». Как совместить эти две противоположности? А вот оказывается, как: «усвоение западных идей и учений русской интеллигенцией было в большинстве случаев догматическим». Такое совмещение несовместимого выдает в самом авторе махрового интеллигента. «Русские все склонны воспринимать тоталитарно, им чужд скептический критицизм западных людей». Где он таких русских изыскал – одному Богу ведомо. Не соединяются эти интеллигентские выкладки с фактами жизни. Зачем русские шли за Урал, в Сибирь, на Дальний восток, в Аляску и Калифорнию. От великого догматизма что ли? Или здесь все же наличествует «скептический критицизм»?

А как согласовать догматизм с утверждением (ниже), что «русская мысль... была в XIX веке внутренне свободной и дерзновенной»? Тоже непонятно. Как согласовать с «чуждостью скептицизма» суждение о том, что «русские культурные люди полюбили бесконечные,

ведшиеся по целым ночам разговоры и споры о мировых вопросах»? «Споры» и «чуждость скептицизма» в одном флаконе – это будет по-сильнее «Фауста» Гёте!

С тем, что «русская душа стремиться к целостности» согласиться можно (сейчас это называется глобализм), поскольку мы строим империю уже на протяжении более тысячи лет (это ли не показатель целостности).

Дальше опять непонятно: «русской душе свойственно переключение религиозной энергии на нерелигиозные предметы, на относительную и частную сферу науки или социальной жизни. Этим очень многое объясняется». Что именно объясняется? Да еще и многое? «Само сознание было у нас восстанием против окружающей действительности, против императорской России». О ком он здесь говорит «у нас»? У интеллигентов?

«Люди того времени [первой половины 19 века] жалуются, что они окружены тьмой, что их никто не понимает и никто им не сочувствует». Вспоминаю суждение Ивана Лукьяновича Солоневича о Деникине, который жаловался на то, что белые движения не были поняты русским народом: «можно было бы поставить вопрос иначе: почему народ должен был понимать ген. Деникина, а не ген. Деникин понимать русский народ? Величины как-никак мало все-таки соизмеримые».

Далее. В Герцене «обнаружилась уже та воля к власти и к насилию, которая в XX веке обнаружилась у коммунистов». А у кого из власть имущих не обнаруживается воля к власти и к насилию? Только ли у коммунистов? Ненависть к коммунистам (да и к русскому народу) в этих словах, безусловно, есть, и немалая. Но во всей русской истории можно назвать только одного человека, у которого не было воли к власти (хотя к насилию еще как была!). Это Николай II. Так позорно сдать (чтобы не сказать «про...ть») власть – это надо было постараться! [Да, и еще можно назвать т.н. временное правительство (хотя воля к насилию и у него была ого-го!).] После таких экзерсисов большевики просто обязаны были во имя страны и народа вцепиться во власть всеми зубами. И правильно делали! Иначе страна просто бы развалилась, интеллигенты бы ее растащили как СССР в 1991 году.

Теперь о насилии. Всем, кроме гнилых интеллигентов, понятно, что без насилия не может существовать ни одно государство (собственно, как только оно прекращает насилие, так сразу и гибнет). Но об этом лучше всего сказал Рудольф фон Иеринг, поэтому ему слово:

Безсиліе, не-
мощь государственной власти—смертнѣй грѣхъ государства, не под-
лежащій отпущенію, грѣхъ, который общество не прощаетъ, не пере-

носить: государственная власть безъ власти—непримиримое въ самой себѣ противорѣчіе. Народы переносили самыя жестокія злоупотребленія государственною властью, звѣрство Аттилы и кесарское безуміе римскихъ императоровъ, нерѣдко провозглашали героями деспотовъ, передъ которыми пресмыкались во прахъ; опьяненные и восхищенные зрѣлищемъ стихійнаго величія, представляемаго сосредоточеніемъ въ одномъ лицѣ человѣческой власти, зрѣлищемъ дикой, непреборимой силы, сокрушающей, подобно урагану; все, попадающее ей на пути, народы прощали все и забывали, что они сами являлись жертвами этой силы. Однако и въ состояніи умоизступленія деспотія остается все-еще государственною формою, механизмомъ соціальной власти. Но анархія, т. е. полное безсиліе государственной власти, никоимъ образомъ не можетъ быть названа государственною формою, она—абсолютно антисоціальное состояніе общества, разложеніе его. Всякій, полагающій ей конецъ, какимъ бы то образомъ ни было, огнемъ или мечемъ, будетъ ли то узурпаторъ или же чужеземный завоеватель, оказываетъ обществу услугу, является спасителемъ его, благодѣтелемъ, потому что самая невыносимая форма государственнаго состоянія все-таки лучше полного отсутствія ея.

С утверждением «русская интеллигенция окончательно оформилась в раскольничий тип» согласиться можно. А вот с утверждением «русский культурный слой оказался над бездной, раздавленным двумя основными силами - самодержавной монархией сверху и темной массой крестьянства снизу» – нельзя. Это кто тут «культурный слой»? Та самая интеллигенция? Как тогда согласовать это утверждение с вышеприведенным «русская интеллигенция, к которой могли принадлежать люди, не занимающиеся интеллектуальным трудом и вообще не особенно интеллектуальные»?

И вот как итог первой части первой главы – гимн Чаадаеву. «Русский народ ничего великого в истории не сотворил», а Чаадаев-де сотворил. И что же именно он «сотворил»? Да оказывается был западником, сочувствовал католичеству, считал Россию предостережением западу. То есть ненавидел свою страну и народ. Хорошенькое же «творение»!

Как-то на анализ все эти интеллигентские рефлексии не «тянут». Анализ – это, прежде всего, установление фактов. А здесь только комбинирование каких-то фантазий, порожденных озлобленным разумом. В общем, правильно, что этого «мыслителя» выперли на т.н. «философском пароходе». Ничего путного он народу и стране дать бы не смог ни при каких условиях.

А что же тебя во всем этом так восхитило? Или я до чего-то еще не дочитал? И в чем собственно Бердяев видит истоки (по примеру трех источников и составных частей марксизма) и смысл коммунизма?

«ТРУДЫ И ДНИ»

Блаженъ умьющій премудро учреждать Работы

Гесиод

1. «Теория адвокатуры», в соавторстве с Артуром Валентиновичем Воробьевым и Юрием Владимировичем Тихонравовым (2002).

Издания классических трудов по адвокатуре:

2. «Правила адвокатской профессии в России» Александра Николаевича Маркова (2003);
3. «Профессия адвоката», сборник работ о французской адвокатуре (2006);
4. «Адвокат-воин», сборник трудов по уголовной защите Леонида Евстафьевича Владимирова и Петра Сергеевича Пороховщикова (П.Сергеича) (2007);
5. «Защита по уголовным делам» А. Барымова (2017).

и по праву:

6. «Юридическая техника» Рудольфа фон Иеринга (2008, 2014, 2017);
7. «Юридическая клиника» Иосифа Соломоновича Иосилевича (2011).

Статьи в периодических изданиях. Журнал «Русский адвокат»:

8. «Юридическое лицо в Вооруженных силах» (1996, № 1);
9. «Дело о приватизации квартиры» (1996, № 2-3);
10. «Дело о регистрации купли-продажи квартиры» (1997, № 1-2);
11. «О региональных юридических консультациях» (1997, № 5-6);
12. «О правовом обычае подготовки гражданских дел, или о пользе обмена состязательными бумагами» (1998, № 3);
13. «Квартирное дело» (1998, № 4);
14. «Блеск и нищета «параллельной» адвокатуры». Провал эксперимента с «альтернативными» коллегиями» (1999, № 8-9).

Журнал «Вопросы адвокатуры» (до 2000 - «Русский адвокат»):

15. «Правильное устройство адвокатуры» (2004, № 32).

Журнал «Адвокатская палата»:

16. «Пролегомена досудебной защиты» (2008, № 1);
17. «Quota litis» (2008, № 4);
18. «Сто шестьдесят девятая сущность» (2008, № 12);

«Новая адвокатская газета»:

19. «Справедливость и законность. Отклик на интервью с Витрянским» (2011, № 18);
20. «Суд и толпа» (2012, № 16);
21. «Дисциплинарный вопрос о прениях. Какие последствия должен повлечь отказ от выступления в прениях с защитной речью?» (2013, № 23);
22. «Трансляция идей права» (2014, № 14);
23. «Безотзывный гонорар» (2014, № 22);
24. «Адвокаты на передовой» (2015, № 9);
25. «Гонорар успеха в уголовной защите» (2015, №№ 15, 16);

26. «Правила адвокатской профессии» (2016, №№ 23, 24);
27. «Спор о наследстве. Судебное дело о судьбе научного наследия профессора Дмитрия Мейера» (2017, №№ 7, 8, 10, 12);
28. «Дело субъекта» (2017, № 18);
29. «Юридическая клиника. Факты и вопросы экспертизы в гражданском процессе» (2018, № 7);
30. «Юридическая клиника. О наследовании при пропуске срока» (2018, № 13);
31. «Юридическая клиника. Сервитут, или о праве соседства» (2018, № 19);
32. «Юридическая клиника. Непрофессионализм адвоката» (2019, № 6, электронная версия);

«Вестник экономического правосудия»:

33. «Ошибка в предмете договора» (2019, № 12);
34. «Виндикация от добросовестного приобретателя» (2020, № 3);

Другие труды:

35. «Кодекс профессиональной этики адвоката», *разработка проекта*, совместно с Николаем Алексеевичем Гагариным и Андреем Михайловичем Макаровым (2003);
36. «Библиотека юридических редкостей», *интернет-сайт* (с 2006);
37. *Предисловие к книге* «Дело Йукоса» как зеркало русской адвокатуры», совместно с Сергеем Юрьевичем Донченко (2008);
38. *Выступление* на Конгрессе правоведов (2012);
39. «Музей адвокатуры», *раздел* на сайте «Библиотеки...» (2014);
40. «Рыцарь адвокатуры», *статья* об Александре Владимировиче Лохвицком в сборнике «Суд присяжных и адвокатура в России» (2016);
41. «Мнения» на сайте Новой адвокатской газеты (2017-2019);
42. *Блог* на сайте Закон.ру (2019-2021).

СОДЕРЖАНИЕ

Пролегомена досудебной защиты	4
Quota litis	12
Сто шестьдесят девятая сущность	18
Справедливость и законность	27
Суд и толпа	29
Дисциплинарный вопрос о прениях	32
К итогам дискуссии о прениях	37
Безотзывный гонорар	41
Правила адвокатской профессии	44
Дело субъекта	49
Рыцарь адвокатуры	54
Напряжение умственной деятельности	57
Письменное производство	59
Негативный иск	60
«Не ищите ничего кроме ясности»	62
Иск об убытках к адвокату	64
Гражданское мужество	69
Уголовная защита и «гонорар успеха»	70
Кредит на адвоката	73
Процессуальный обычай	75
Римское право и современный суд	77
Польза и вред отсутствия мотивировки	78
Проводник идей права	81
Юридическая клиника	
Факты и вопросы экспертизы в гражданском процессе	85
Наследование при пропуске срока	90
Сервитут, или о праве соседства	95
Непрофессионализм адвоката	97
Казус о лотерейном билете	102
Спор Протагора с Эватлом	106
Этическое гниение	109
Negativa non probantur	113
«Ибо в судах много дают лишняго говорить, и много ненадоб- наго пишут»	119
Свидетель в процессе	121
Еще раз об этическом гниении	124
Теория отрицательных фактов	127
Решительно и определенно размежеваться	130
Письмо к другу	134
«Труды и дни»	138