

ПРЕДИСЛОВИЕ

В 1999 г. увидела свет монография Константина Скловского «Собственность в гражданском праве», которая, без преувеличения, стала событием в отечественной цивилистике. За последующее десятилетие этот капитальный труд еще четыре раза переиздавался, все более «распухая» от нового материала, приблизившись в последнем — пятом — издании 2010 г. к 1000 страниц. Несмотря на изрядные по нынешним временам для научных работ тиражи — от 1000 до 3000, фолиант быстро раскупался, находя, как показывали наблюдения, благодарных читателей не только среди юристов. Такой отклик уже сам по себе говорил о том, что дерзкий замысел автора написать о смысле правового института собственности в широком социокультурном контексте оправдался.

Настоящую книгу можно считать продолжением первой. С известной степенью условности скажу: та написана Скловским-правоведом, эта — Скловским-адвокатом.

Автор честно признается в обращении к читателю, что жанр книги определить трудно. Но мозаичность текста (здесь и описания конкретных судебных дел, и обобщенные оценки состояния права и судебной системы в стране, и «приправленные» иронией размышления в стиле «взгляд и нечто») объединена еще более смелым замыслом — обосновать для юридической сферы справедливость афоризма Людвиг Больцмана: «Нет ничего более практичного, чем хорошая теория».

Казалось бы, что доказывать значение теоретических исследований для законотворчества и правоприменения — значит ломиться в открытую дверь. Но в жизни все сложнее. Для обеспечения верховенства права приходится преодолевать «завалы», сооруженные дурными традициями тоталитаризма, возрождать и очищать от чуждых наслоений научные достижения дореволюционных и зарубежных юристов, настойчиво проводить мысль о важнейшей функции права — ограничивать власть в ее стремлении вторгнуться на территорию свободы личности.

Ситуация обостряется, когда в угоду политической конъюнктуре принимаются скороспелые законы с безразмерными, «каучуковыми» формулировками, не отвечающие принципу правовой определенности, а то и просто противоречащие канонам права. Здесь уже долг ученых говорить дефектным законам «нет», а покуда они не отменены либо не откорректированы — помогать системным доктринальным толкованием минимизировать их вред при правоприменении.

И нет большей радости для правоведа, чем видеть, как его теоретические результаты «прорастают» в законодательство и судебную практику. В данном отношении у автора завидная судьба. Уже более четверти века он активно практикует в качестве адвоката и весьма эффективно использует шансы опробовать свои теоретические конструкции в судах. Защита добросовестного незаконного владения, продажа вещи без владения, роль договора в первоначальном приобретении права собственности, компенсация неимущественного вреда, причиненного юридическому лицу, мотив и цель сделки, противной основам правопорядка или нравственности, — по всем этим вопросам, встававшим при рассмотрении конкретных дел, успех защиты, проводимой адвокатом Скловским, ковался теоретическими изысканиями правоведа Скловского. С другой стороны, конкретные дела содействуют постижению сути гражданского права, так что это «улица с двусторонним движением».

И еще. Урок, который извлекается из книги молодыми юристами и адвокатами — теми, кому она в первую очередь адресована, в том, что победу в сложных судебных делах обеспечивает не только знание закона, но также общая культура и эрудиция. Нередко «подсказка» нужного решения приходит из области, казалось бы, никак не связанной с юриспруденцией.

Привлекает стиль изложения — легкий, образный. Он не дает ослабнуть живому читательскому интересу, передавая любовь автора к своей профессии. А преданность делу, которому служишь, дорогого стоит.

*Генри Резник,
вице-президент Федеральной палаты адвокатов,
заслуженный юрист РФ*

К ЧИТАТЕЛЮ

Жанр этой небольшой книги колеблется между текущими записками, не являясь дневником; тяготеет к общим размышлениям по поводу, не превращаясь в эссе; описывает некоторые события из жизни автора, не становясь мемуарами. Короче говоря, жанр определить трудно. Но, начиная эти записи, я вовсе не стремился создать что-то принципиально новое. Если наше время правильно считают эпохой постмодернизма, то в стремлении к новому, даже если это новое не лишено эклектичности, не будет вовсе ничего эпохального.

Предлагаемые записки довольно точно, иногда почти дословно, повторяют те беседы, которые я ежедневно веду со своими учениками. Конечно, главный предмет этих бесед — конкретные дела, в которых я участвую, или те дела, о которых мне рассказывают другие юристы. Анализ этих жизненных ситуаций дает уникальные возможности для проникновения в суть гражданского права. Можно вспомнить, что обучение праву римской молодежи состояло поначалу в ежедневном присутствии на консультациях, которые давали римские юристы обратившимся к ним адвокатам или сторонам в тяжбе. В старом английском праве рутинное, повседневное соучастие в работе адвоката считалось главным средством освоения профессии, притом что университетское образование вовсе не рассматривалось как необходимое для юридической работы. А ведь римские и английские цивилисты были, как принято считать, лучшими в истории права юристами.

Размышление над казусом — конкретным делом заставляет буквально вгрызаться в текст закона, не позволяет отмахнуться от труд-

ного вопроса, прервать его обсуждение тезисом о том, что проблема спорная, тезисом, который сегодня обозначает скорее беспомощность юриста, чем исчерпанность аргументов. А отсутствие власти, которая есть у суда и которая нередко позволяет ему попросту разрубать запутанные узлы, не оставляет адвокату другого пути, кроме как эти узлы распутывать.

Несомненная деградация, постигшая наше право в истекшем столетии, утрата классических традиций сопровождаются в последнее время стремительно нарастающим процессом профанации юридической науки. Степень уже не только кандидата, но и доктора наук не гарантирует овладения даже элементарными юридическими истинами. В этих условиях именно способность решить конкретный конфликт, точно квалифицировать данную самой жизнью коллизию остается едва ли не единственным критерием подлинного знания. И оказывается, что такое знание приобретено далеко не всеми цивилистами, располагающими разного качества и достоинства дипломами.

Хотя через мою адвокатскую контору прошло за последние два десятилетия некоторое количество учеников, их число, конечно, меньше числа желавших стажироваться и, наверное, меньше числа тех, кто хотел бы углубить свои знания, имел для этого предпосылки, но не нашел возможностей. Поэтому не раз мне приходила в голову мысль записывать «ход воспаленных тяжб людских», как говорил поэт.

Во многих случаях дела, в которых я участвовал, послужили поводом, отправной точкой для теоретических исследований. Эти исследования изложены в научных статьях, опубликованных в центральных юридических изданиях, книгах. Но не все практически важные и интересные аспекты гражданских дел находят свое отражение в научных публикациях.

Один французский мыслитель заметил, что доводы схоластов гораздо богаче и интереснее их выводов. Это суждение применимо едва ли не к каждому казусу. Тот тезис, который необходимо доказать, обычно весьма прост. В конце концов решение суда может состоять только в одном слове «да» (или «нет»). Но путь к нему проходит через довольно сложные построения, большая (ударение можно делать на любом слоге) часть которых, подобно строительным лесам, разбирается и какое-то время хранится лишь в голове строителя, затем нередко исчезает и оттуда, возможно, ввиду угрозы душевному здоровью. Прав старый психолог, слова которого приводит А. Миллер: не следует долго думать над чем-то.

Но суть права как раз в этих уносимых временем конструкциях.

Бывают и такие жизненные коллизии, которые просто не могут быть описаны академическими средствами. А ведь и они важны для юриста, и их нужно понимать и правильно различать, чтобы не совершать ошибки.

Эти соображения и заставили прибегнуть к записи течения дел не только в качестве отправной точки для анализа, как это делается в научных работах, но и так, как это происходило на самом деле. Конечно, по ходу изложения постоянно возникают неясные, нерешенные вопросы гражданского права. Обсуждение именно этих вопросов, размышление над ними — самое главное условие превращения юриста в высококлассного цивилиста. Это, наверное, наиболее важная часть записок.

Суть гражданского правосудия в том, что любой спор должен найти разрешение независимо от степени урегулированности ситуации. Поэтому практикующему цивилисту поиски нельзя прервать, нельзя ограничиться констатацией сложности проблемы или, что то же самое, переадресовать вопрос законодателю или высшим судебным инстанциям — необходимо искать единственное решение. Эта задача, всегда стоящая перед практиком, не только повышает его ответственность, но и понуждает постоянно усложнять, изощрять методы анализа — так называемый юридический инструментарий.

Во многих случаях в книге затрагиваются и ошибки, допущенные участниками процесса. В научных текстах эти ошибки, если они не вызваны концептуальными причинами, обычно не упоминаются. Тем важнее их описание здесь, ведь, как известно, лучше учиться на чужих ошибках, чем на своих.

Немалые трудности вызвал отбор тех дел, которые здесь описаны. Понятно, что дела и выигрываются, и проигрываются. При этом очень часто исход дела мало зависит от адвоката. Но даже когда дело проиграно по достаточным основаниям, в нем могут быть весьма поучительные моменты, заслуживающие обсуждения.

В то же время любое повествование, если оно слишком уклоняется от жанра *success story*, рискует потерять интерес читателя. Мне пришлось это учитывать, и выбирались преимущественно дела, в которых суд разделил мои аргументы.

Кроме конкретных дел нужно обсуждать и общие проблемы. Я категорически не согласен с тем, что юрист может сформироваться исключительно на чтении кодекса. Всякое живое дело множеством нитей связано с психологией живущих людей, их предрассудками, а значит, с нашей и мировой историей, погружено в культуру и политику, в том числе и текущую, в которой нужно уверенно ориентироваться.

Цивилист должен определиться относительно государства, науки, иных отраслей права, мирового опыта и т.п. В кодексе не найдешь ответов на эти вопросы. В записках приведено в достаточно сжатой форме обсуждение тех общих проблем, которые также составляют часть нашей профессии. Конечно, оно пристрастно, но без страсти разобратся в гражданском деле, а тем более защитить честно найденную, а значит, истинную позицию решительно невозможно.

Несколько слов о стиле. После выхода книги о собственности некоторые ее читатели высказывались в том смысле, что она трудна для понимания. Интересно, что в большинстве своем это были юристы, получившие образование не в столичных вузах; иные, кроме юристов, гуманитарии, также проявившие интерес к книге, напротив, считали ее вполне доступной. Я не нахожу стиль своей книги о собственности чрезмерно сложным (в книге о сделке я стиль несколько изменил, но все равно некоторые мои друзья признаются, что больше пары страниц в день осилить невозможно). Если и есть в ней длинные фразы, заставляющие замедлить темп и следовать расходящимися тропами придаточных предложений, то они лишь воспроизводят сложность, неуловимость описываемого предмета.

Предмет предлагаемой книги проще, поэтому и стиль ее иной. Не могу сказать, что эта простота восхищает автора. Иногда приходилось вспоминать слова М. Фуко: «Работа, которая не является попыткой изменить не только то, что ты думаешь, но одновременно даже и то, что ты есть, не очень-то захватывает»¹. Утешает лишь то, что эта книга едва ли вызовет нарекания по поводу сложности, недоступности.

Для удобства читателя, как, впрочем, и автора, изложение разбито на фрагменты. Подобно известному роману, книга может считаться моделью для сборки и может быть прочитана в любом порядке. При этом неизбежно появляются некоторые повторяющиеся мотивы; в то же время читатель не всегда найдет именно то, что ему хотелось бы увидеть: моя адвокатская практика далека от универсальности. Но, обсуждая конкретные проблемы, я при любой возможности пытаюсь выйти за пределы конкретного дела, понимая все же, что многие темы не затрагиваются или затрагиваются слегка.

Можно вспомнить слова Жана-Франсуа Лиотара: «Работе мысли (и письма) угрожает не ее эпизодичность, но то, что она симулирует

¹ Конечно, если бы я высказал мысль, что надеюсь изменить то, о чем пишу, то предстал бы несомненным романтиком. Это не самое худшее качество, но адвокату приходится быть реалистом.

полноту». Здесь полнота несколько не симулируется, хотя мне известна свойственная начинающим специалистам притягательность энциклопедий, комментариев и иных подобных текстов, претендующих на исчерпанность предмета. Книга замышляется как текст, открытый времени и опыту, предполагающий возвращение к нему и читателя, и, возможно, автора.

В 2002 г. я опубликовал книгу, которая в некотором смысле может считаться первым изданием, имея в виду не только структуру, но и содержание, в части публицистических фрагментов, хотя она имела другое название¹. (Кстати, название этой книги было мне предложено одним из читателей предыдущей.) Книга имела заметный успех и вызвала появление нескольких опусов моих коллег, так или иначе повторяющих некоторые ее черты. Возникшее помимо моей воли соревнование поставило меня перед проблемой, которая встает каждый раз в сфере публичной активности. Я не хочу здесь поминать Иеринга, который желчно проходил по некоторым своим научным оппонентам, которые остались в истории права лишь потому, что удостоились его критики. Речь совсем не об этом — хотя бы потому, что эта книга не научная и не предполагает полемики. А мои научные взгляды вызывали слишком мало по-настоящему интересных возражений (непременным условием которых является, как известно, точное понимание предмета), чтобы дать повод для тех размышлений, которыми был занят Р. Иеринг.

Скорее уместно помянуть У. Эко, который заметил, что современные СМИ помещают в центр внимания не героя, как раньше, а заурядность. Если герой — тот, кто отличается и недостижим, то заурядность такова, как все, и в этом качестве и фигурирует. Может быть, потому у большинства медиа-звезд так велик страх потерять внимание камер. Они прекрасно понимают свою универсальную заменимость. В том же психологическом ряду постоянного переживания собственной ничемности находится и страсть любой ценой обзавестись роскошными «часами-авто-особняками», подлежащими обязательной широкой демонстрации.

Естественно, СМИ обращают внимание и на истинных звезд, блеск которых создан ими самими, а не журналистами. И не может быть у них отобран. Но их отличает отсутствие суетности. И в целом они, увы, не создают атмосферы, которая остается все же довольно «токсичной».

¹ Скловский К.И. Гражданский спор. Практическая цивилистика. М.: Дело, 2002.

Отчасти по этим причинам, в том числе избегая повода для обвинений в торопливости, я не спешил с изданием, хотя читатели часто высказывались в этом смысле.

Многие юристы, возмущаясь принятыми решениями, присылали мне свои дела для печати. Но как я не имею оснований сравнивать себя с Иерингом, так не могу, конечно, занять и место Герцена с его «Колоколом». Да и вообще, в Лондоне я был всего пару дней по делу.

Прошедшие 15 лет сами собой привели меня к мысли об издании книги, которая уже не может считаться переизданием. Так что если у кого-то еще имеется книжка 2002 г., то ее можно не выбрасывать.

Simply because we were licked
a hundred years before we started
is no reason for us not to try to win.
Harper Lee. To Kill a Mockingbird

НЕКОТОРЫЕ РАЗМЫШЛЕНИЯ ОБ УЧАСТИИ ОТЕЧЕСТВЕННОГО АДВОКАТА

Когда-то, в начале перестройки, главная краевая газета решила проявить дотоле скрываемый либерализм и заказала мне статью о проблемах адвокатуры.

Статья начиналась цитатой из всегда, к сожалению, современного для нас Салтыкова-Щедрина, излагающего советы умудренного жизнью Молчалина своему несмышленому отроку, желающему податься в адвокаты: «В аблакаты — ни-ни! <...> Это у них — сегодня адвокат, а завтра — министр. А у нас — сегодня — мразь и завтра — мразь». Цитата понравилась и вызвала комплименты, переадресованные мною, конечно, классику. Но когда вышел номер, окончание цитаты приобрело такой вид: «Это у них — сегодня адвокат, а завтра — министр. А у нас...» Так с помощью многоточия был исправлен неосторожный Салтыков-Щедрин, но не реальное отношение к адвокатам.

Прошло 15 лет — слишком малый срок для изменения вековой традиции.

Впрочем, я не имею намерения писать историю русской и советской адвокатуры. В последние годы появилось достаточно исследований, среди которых имеются весьма неплохие, посвященных этой теме. Более того, количество обзорных работ по истории адвокатуры, о ее настоящем и будущем, этике и эстетике адвокатской профессии намного превышает суммарное число трудов, посвященных судам, прокуратуре и милиции (полиции) (если не считать детективов) вместе взятым. (Нельзя не заметить в этом проявление громадного невостребованного потенциала, заключенного в адвокатском сословии.)

Нет никакого смысла здесь повторять описание славных дней Александровых судебных реформ, перечислять громкие имена русских корифеев адвокатуры.

Наша задача — попытаться нащупать традицию, непрерывную нить, если она могла сохраниться. Для этого надо обратиться к более поздним и куда менее славным временам. Но довольно трудно восстановить тот тернистый путь, который ждал оставшихся адвокатов на родной почве, из-за почти сплошной и скоропостижной утраты лиц, причастных к русской адвокатуры.

В общем известно, что некоторое время их терпели, потом перестали. К концу 30-х годов это сословие в том виде, в каком оно сформировалось к началу прошлого века, полностью исчезло. Э. Герштейн пишет в своих знаменитых мемуарах, как в 30-е годы появилось множество всяких любителей — оперного пения, филателистов, иных коллекционеров и пр. Их частные увлечения, видимо, заменили утраченные профессиональные занятия, так как хотя они где-то и служили, но к службе интереса не питали. Затем эти люди куда-то пропали (можно догадаться куда). Наверное, это была последняя среда, где еще существовали осколки того общества, в котором было место присяжным поверенным.

До нас дошли лишь отдельные фрагменты, отзвуки и шорохи.

Вот Е. Шварц записывает в записных книжках: «...адвокаты потеряли самоуверенность, но читают и рассуждают о прочитанном, пожалуй, больше, чем прочая интеллигенция: тем просто некогда»¹.

Сохранился некий туманный образ блестящего говоруна, знающего какие-то латинские поговорки, умеющего носить пиджак и завязывать галстук, имеющего успех у женщин², при этом загадочным образом бесстрашно ходящего у самой пасти органов (а может быть, пасть — их единственный орган?) и находящегося с ними в странной, неясной связи. Этот почти мифический тип великолепно материа-

¹ Конечно, это не нынешние адвокаты, а прежние. Нынешние — не адвокаты, а юристы в целом — несколько не стремятся превзойти начитанностью прочих интеллигентов, да многие из юристов, пожалуй, и не хотят слыть интеллигентами.

Как-то я возился с подающими некоторые надежды молодыми людьми, стремясь ввести их в курс профессии. Внимали они мне с почтением, но как только я отклонился в сторону, кажется, поэзии, я был прерван не без решительности и без всякого сожаления: «Мы — не интеллигенты». Впоследствии эта автохарактеристика вполне подтвердилась. Сейчас, говорят, они успешно сочетают занятия адвокатурой с производством мебели, деловой древесины или тому подобных важных предметов.

² Для начала прошлого века это было в какой-то степени характеристикой профессии. В это время, в эпоху марбургских штудий, Б. Пастернак писал по поводу философской карьеры, от которой отказался: «Я гнушаюсь тем трудом - которого не знает, не замечает, в котором не нуждается женственность...»