



К.И. Скловский

ПОВСЕДНЕВНАЯ
ЦИВИЛИСТИКА

АВЕЛАН

ЮРИДИЧЕСКАЯ
ФИРМА



Константин Скловский

Повседневная цивилистика

«Статут»

2017

УДК 347
ББК 67.404

Скловский К. И.

Повседневная цивилистика / К. И. Скловский — «Статут», 2017

ISBN 978-5-8354-1360-7

Книга известного российского адвоката, одного из ведущих цивилистов страны К. И. Скловского написана в необычном жанре. Рассказ о делах из собственной практики перемежается с размышлениями о профессии, проблемах современной юридической – и не только юридической – жизни. Автор, кроме того, излагает в сжатой и популярной форме некоторые результаты своих теоретических исследований. Книга рассчитана на широкий круг читателей. Кроме студентов вузов и практикующих юристов она может быть интересна и тем, кто не принадлежит к юридическому корпусу, – экономистам, бизнесменам, всем, кого волнует общественная жизнь. Книга написана простым, лаконичным языком и содержит много метких житейских наблюдений, изложенных с юмором.

УДК 347
ББК 67.404

ISBN 978-5-8354-1360-7

© Скловский К. И., 2017
© Статут, 2017

Содержание

| | |
|--|----|
| Предисловие | 6 |
| К читателю | 8 |
| Некоторые размышления об участии отечественного адвоката | 12 |
| Несостоявшееся представление в Доме музыки | 16 |
| Владение и его защита | 26 |
| Конец ознакомительного фрагмента. | 27 |

Константин Ильич Скловский

Повседневная цивилистика

© К.И. Скловский, 2017

© Статут, 2017

* * *

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 конъюнктуры 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

Памяти отца

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 записки, 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 трудного 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 высокочлассного 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 прерывать, 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 разобраться 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 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 название². (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 разысканий, 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 недосягаем, 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 никчемности 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».

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.

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.

² Скловский К.И. Гражданский спор. Практическая цивилистика. М.: Дело, 2002.

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.

Некоторые размышления об участи отечественного адвоката

*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

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 невосребленного 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»³.

³ Конечно, это не нынешние адвокаты, а прежние. Нынешние – не адвокаты, а юристы в целом – нисколько 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

Сохранился некий туманный образ блестящего говоруна, знающего какие-то латинские поговорки, умеющего носить пиджак и завязывать галстук, имеющего успех у женщин⁴, 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 материализован в «Прорве» И. Дыховичного – лучшем, по мнению многих, которое я охотно разделяю, фильме 90-х годов. Конечно, не случайно наш адвокат в конце концов в буквальном смысле канул в реку (а всякая река – Лета).

К 60-м годам – последней поре, когда наше общество пыталось возродить или, может быть, породить свои мифы, относится знаменитое разделение на физиков и лириков, в котором носителями интеллекта и свободы были определено не лирики. В это время⁵ стала заметна деградация не только гуманитарного знания, но и гуманитарной сферы в целом. Л. Гинзбург принадлежит такое, в сущности вполне очевидное, заключение: «От гуманитарных деятельностей хотели отнюдь не их существа, но совсем другого. И соответственно поручали их людям, приспособленным к другому и полностью неспособным, а потому полностью равнодушным к выполняемому. Это непреложный закон, ибо способные непременно внесли бы в дело нежелательную заинтересованность по существу. Талант – это самоотверженность и упрямство. Так бездарность стала фактом огромного, принципиального общественного значения». Не думаю, что юристы могли бы найти убедительные доводы в доказательство того, что к ним это не относится.

Мы настолько привыкли к тому, что отечественные гуманитарии по должности невежественны, не знают никаких языков, включая и русский, на котором говорят плохо, с непременным «гхканьем» как свидетельством близости к народу, что появление в нашей среде просто хорошо образованного человека сразу становится поводом для атмосферных возмущений. Видимо, этот результат – самое убедительное свидетельство достижения полной победы над просвещенными юристами и адвокатским сословием как важнейшей их частью и ресурсом.

Сегодня приходится начинать с нуля. Эти краткие и, конечно, весьма поверхностные записки – нечто вроде памятки тем, кому спросить не у кого. Если, вопреки моим опасениям, читатель нашел достойного мэтра, он вполне сможет обойтись без них.

В. Добужинский писал, как при отправлении на учебу в мюнхенскую художественную школу его отец, служивший по военной части, принес ему на вокзал немецко-русский разговорник для использования в общении с немцами. В нем были фразы такого типа: «Если вы не скажете, где ближайший колодец, вас расстреляют». Надеюсь, что мои заметки окажутся более полезными.

Место адвоката в советской юридической системе, туманно называвшейся правоохранительными органами, характерно тем, что этого места не существовало. (По принятой тогда логике двоемыслия, если что-то было названо «правоохранением», то на самом деле речь шла о прямо противоположном, т. е. о попрании права. Удивительно, впрочем, не это, а то, что никого никогда и не удивляло исключение адвокатов из числа советских правоохранителей⁶.

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.

⁴ 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...»

⁵ До этого любая библиография становилась мартирологом, и хотя деградация, конечно, шла сама собой (см., например: Добренко Е. Формовка советского писателя. Социальные и эстетические истоки советской литературной культуры. СПб.: Академический проект, 1999), она могла также восприниматься как результат внешнего погрома.

⁶ Г. Резник по этому поводу заметил мне, что адвокаты – это правозащитники, а не правоохранители. Хотя в русском языке между «охраной» и «защитой» трудно найти принципиальную разницу, само по себе применение иного термина заставляет

Двоемыслие и может существовать лишь до тех пор, пока не ставятся такие очевидные, простодушные вопросы.)

Как покупатель был главной помехой системе советской торговли, так и простой человек (говорить о частном лице тогда было нельзя) был главной помехой советским правоохранительным органам. Адвокат как представитель частного лица, был заведомо фигурой подозрительной и во всех смыслах чуждой. Он воплощал в себе все « пороки » человека, не находящегося на государственной службе: непозволительную настойчивость (« назойливость »), мешающую « работать », неспособность к выполнению команд, стремление сослаться на закон и т. п.

Поэтому ореол легкости и беззаботности этой профессии в советское время на самом деле относился не к профессии, а к юридической системе, в которой адвокатам нечего было делать.

Кстати, то раздражение, с которым воспринималось (да и воспринимается) правозащитное движение, имело своей основой отторжение, несовместимость; защите прав просто не было места в этом механизме, и потому деятельность правозащитников не могла иметь никакого иного смысла, кроме разрушения всего механизма.

Однако (не знаю, достойно ли это сожаления) адвокаты как корпорация (речь не идет об отдельных фигурах, которые выступали вне профессии, олицетворяя « русского интеллигента ») практически не принимали участия в развенчивании той системы, которая их никогда не принимала. И дело не просто в конформизме, который, вообще говоря, видимо, не чужд адвокатуре, а скорее в том, что адвокатская корпорация не имела своей идеологии и, надо думать, не могла ее иметь. Если есть специфическое адвокатское сознание, то оно, наверное, в наименьшей степени подвержено иллюзиям и предельно трезво⁷.

Лучшие идеологические борцы – разочаровавшиеся люди. Энергия разочарования⁸ – самая мощная энергия, рождаемая духом. Есть в самом этом понятии оттенок слабости, относящийся, наверное, к пережитому моменту очарования: разочарование – это и признание того, что в свое время поддался действию чар. Поэтому, быть может, противодействие несет в себе и дополнительную силу, доказывающую случайность этого прежнего очарования.

Должен сделать отступление. Многое из того, что уже было сказано, и из того, что еще будет сказано ниже, безусловно, можно отнести к числу банальностей, избитых (прописных) истин. Но, как известно (как-то это напомнил неплохой судья и хороший цивилист), именно для понимания таких истин требуется вся жизнь. Смысл или, как говорит другой цивилист, для

искать в словах смысл, не совпадающий с буквальным. Об этом я и говорю.

⁷ Ф. Мориак говорил, что мудрецы и философы должны испытывать постоянное чувство спокойного отчаяния. Похожее состояние адвокатов проистекает не столько из их мудрости, сколько из слишком хорошего знакомства с нефасадной частью жизни. Впрочем, можно различить, следуя Слотердайку, просвещенную меланхолию и непросвещенный цинизм, равно проистекающие из знания реальности, но различающиеся степенью просвещенности. Универсально ли это состояние? Блестящий колумнист « Коммерсанта », как-то нелепо погибший в 90-е годы и оставивший литературный раздел нашей лучшей газеты безнадежно поблекшим, М. Новиков писал, кажется, о Брандысе, что его высказывание: « Для счастья необходимы две вещи: хорошее здоровье и изрядная доля глупости » – обнаруживает славянство автора. Мне кажется, что в этой оценке обнаруживается и славянство М. Новикова. Американские социологи выводили три качества, необходимых для успеха в бизнесе: жадность, способности к общению, средние способности. Все процветавшие бизнесмены, которым я сообщал эти выводы, охотно соглашались с ними, делая только поправку в пользу высокого интеллекта. Но средние способности и не предполагают умения адекватно оценить свой интеллект. Раз уж речь зашла об этой материи, приведу сходное высказывание, относящееся к деловым людям самого первого призыва: голландского буржуа XVII в. « тупым назвать никак нельзя. Находчивость или даже лукавство заменяли ему остроту ума. <...> К этим качествам добавлялось непробиваемое упорство... » (*Зюмтор П. Повседневная жизнь Голландии во времена Рембрандта* / Пер. с фр. М.В. Глаголева; Предисл. и науч. ред. А.П. Левандовского. М.: Мол. гвардия, 2000. С. 272). Поскольку адвокат-цивилист постоянно сопрягается как в общей оценке, так и в собственном мнении со своими клиентами – современными буржуа, эти характеристики, видимо, могут быть интересными.

⁸ Видимо, не случайно « 1984 » – один из лучших романов о тоталитаризме написан разочаровавшимся социал-демократом, каким был Оруэлл. (Обычно я предлагаю своим ученикам начать не с комментария кодекса, а с чтения этой книги. К сожалению, еще ни один не пришел ко мне, зная эту книгу; немногие читали даже и « Властелина колец », ограничившись совсем неадекватной экранизацией.)

которого это понятие универсально, *направленность* этих заметок – в сообщении некоторого опыта, который все же требует не столько оригинальности, сколько повторения именно таких тривиальных истин.

Иногда это начинает отдавать «Экклезиастом» (впрочем, мудрой книгой). Житейские наблюдения и сентенции, в которых тем больше правды, чем больше грусти и смирения, приходится иногда облекать в забавную форму, чтобы убедить в их справедливости ранее, чем личные огорчения или главное огорчение – возраст заставят в этом убедиться лично. Если все же где-то занимательность уступит место пафосу, прошу меня извинить: это не из-за неуважения к читателю, а от торопливости или неумелости.

Возвращаемся к нашей профессии. Неуважение нашего государства и нашего общества (государство здесь лишь послушно воспроизводит стереотипы господствующего у нас сознания) к человеку предопределило неуважение к адвокату, который всегда значит не больше, но и не меньше, чем отдельно взятый человек, абстрактная личность, вызывавшая столько раздражения у преподавателей научного коммунизма. Многочасовое стояние в коридорах⁹, хамство чиновников, постоянное нахождение под подозрением – это те черты нашего государства, которые без различий присущи всем областям, городам и селам.

Это неразличимая подобосущность должна вселять оптимизм в тех, кто опасается центробежных тенденций в нашей стране: на самом деле в разных ее частях очень много общего. Наверное, во всех судах имеется один и тот же приказ, иногда изданный официально: нахождение адвоката в кабинете судьи недопустимо и влечет карательные меры против обоих. Сразу бросается в глаза комическая сторона такого распоряжения: судье, который должен терпеть отношение к себе как к девице в опасном возрасте, не имеющей права гулять без гувернантки, здесь не доверяют гораздо больше, чем адвокату. Ведь одно только отпирание двери волку-адвокату в отсутствие матушки погубит беззащитного судью, не имеющего в себе никаких ресурсов противостоять воплощенному в адвокате мировому злу. Вспоминается и библейское изречение: соблазн придет в мир, но горе тем, через кого он придет!

Если когда-нибудь у нас установится нормальное правосудие, знаком этого будет неохотное признание нужды в адвокате по формуле, выраженной Е. Шварцом: «С прислугой как с мужьями: с ней трудно, а без нее невозможно».

Пока еще до этого далеко. Суды, конечно, согласны, что с адвокатом трудно, но при этом уверены, что без адвоката вполне возможно.

⁹ Если когда-нибудь адвокату будут ставить памятник (это, впрочем, невозможно в нашей стране), его можно представить только в одном варианте: барельеф на стенке полутемного судебного коридора.

Несостоявшееся представление в Доме музыки

Когда мы были приглашены к маэстро В. Спивакову, я понимал, что мы не станем беседовать о музыке, хотя мне, как дилетанту, это было бы, конечно, интересно. Не думаю, впрочем, что этот интерес оказался бы взаимным. Предметом нашей беседы не был и собственно недавно выстроенный великолепный Дом музыки на Красных Холмах. Своими хайтековскими очертаниями и блеском он напоминает, по уверению сведущего Г. Ревзина, «замечательную немецкую кастрюлю»¹⁰. Обсуждались не архитектура и не репертуар Дома музыки, а права на него.

Вскоре после того, как В. Спиваков был назначен руководителем Дома музыки, он обнаружил оставшийся после своего предшественника договор с никому не ведомым ООО «Меридиан». Договор назывался агентским. По его условиям агент – ООО «Меридиан» получал право проводить от своего имени и за свой счет концерты в Доме музыки, а само это юридическое лицо (оно имело статус государственного учреждения культуры, учрежденного правительством Москвы) было обязано по заявкам агента предоставлять ему концертные залы, гримуборные, фойе и всякие прочие необходимые для концертов помещения. Все доходы от этой концертной деятельности принадлежали агенту, который, как это подчеркивалось в договоре, осуществлял свою деятельность за свой счет и на свой риск.

Договор был заключен через несколько дней после учреждения самого ООО «Меридиан», которое, видимо, под этот договор и было создано. На том экземпляре, который имелся в распоряжении Дома музыки, стояла дата его обнаружения. В этот день прежний руководитель Дома музыки уже должности не отправлял, и стоящая под договором его подпись очевидно входила в противоречие с датой. Однако в другом экземпляре дата была указана иная, совпадающая с периодом его руководства. Понятно, что в этом случае приоритет будет отдан именно иному экземпляру, а экземпляр Дома музыки может засвидетельствовать лишь возмущение нового руководства обнаруженным договором.

Мне бы не хотелось об этом писать, но читатель и без меня может догадаться, что мир искусства основан на острейшей конкуренции и борьбе амбиций (для которых чаще всего имеются достаточные основания) и потому никогда не отличался евангельским миролюбием и кротостью. Если в эту бурную стихию выплескиваются еще и материальные интересы, то она отвечает на столкновение с ними буквально вулканическим бурлением. Вот на этой раскаленной наковальне и ковался наш договор.

Нетрудно представить, что В. Спиваков с гневом отверг абсурдный документ. Но просто порвать или выкинуть его было невозможно, хотя намерения, несомненно, были именно такие.

Уже через несколько месяцев возникло дело о взыскании с Дома музыки 4 млн руб. убытков в пользу ООО «Меридиан». Убытки были вызваны, по уверению ООО «Меридиан», невыполнением агентского договора – непредоставлением концертных площадок Дома музыки под организованные агентом концерты.

Договор был оспорен департаментом имущества городского правительства в городском арбитражном суде.

Суд нашел, что договор вполне законный. Проведение концертов – основная задача учреждения культуры. И если какая-то коммерческая организация усердно помогает в этом трудном деле, то ничего незаконного в этом нет.

Решение было обжаловано в апелляционном порядке. Но несколько жалоб департамента имущества были возвращены судьей из-за того, что доверенность на право подписания апелляционной жалобы почему-то не была представлена в оригинале.

¹⁰ Ревзин Г. С чувством глубокого самоудовлетворения (<http://www.kommersant.ru/doc/422257>).

В этот именно момент и состоялась беседа с В. Спиваковым.

Беглый просмотр документов позволил мне с уверенностью заявить маэстро, что договор незаконный. «Значит, решение суда будет отменено?» – спросил Владимир Теодорович.

Я вынужден был ответить предположительно, но скорее отрицательно и пояснил, что именно очевидность нарушений и заставляет предположить худший вариант развития событий. Особенности нашего правопорядка таковы, что откровенность беззакония отнюдь не облегчает борьбы с ним. Чаще наоборот.

Владимир Теодорович не совсем смиренно воспринял эту сентенцию и был, кажется, несколько обескуражен. Дальнейшая, впрочем, не слишком продолжительная, часть беседы была посвящена краткому описанию основных принципов функционирования нашей судебной системы, которая мало чем, увы, отличается от иных сфер нашего общества.

В заключение В. Спиваков угостил нас особенным чаем, подаренным ему марокканским принцем. Чай был очень крепкий, сладкий, с сильным вкусом мяты.

Мы решили взяться за это дело. Покидая кабинет маэстро, я уже знал, что предстоит нелегкая борьба. Знал также и то, что моя любовь к чаю, которая мало чем уступает любви к классической музыке, не охватывает мятный марокканский чай, и я все же предпочел бы подарок китайского принца, хотя его появление в современном Китае столь же маловероятно, как и появление в современной России беспристрастного и объективного суда.

Московский Дом музыки, конечно, представляет большой интерес. Даже если акустика в нем, как говорят, неидеальна, а в архитектурном отношении он примыкает к тому блестящему стилю, который и позволил приведенное выше сравнение, невозможно отрицать, что это самое роскошное концертное здание в столице и в стране. Любому, кто имел случай взглянуть на Дом музыки, было понятно, что неплохо было бы быть хозяином такого здания. Цена вопроса, если попытаться перевести возникающие эмоции в количественно измеримую сферу, была высока. Это предопределяло высокое напряжение (или, что точнее для тяжбы, натяжение) конфликта.

Такое напряжение требует от юристов, которые привлечены к участию в операции (обычно для вспомогательной штабной работы), достаточной осмотрительности. Нужно выбрать настолько надежные средства, чтобы их не смело случайным натиском. Да и в том случае, когда обеспечена дополнительная поддержка, сильная позиция требует гораздо меньших усилий и затрат при любом нападении. Но в нашем случае юридическое обеспечение нападения было довольно слабым.

Анализ договора показал вот что.

ООО «Меридиан», как позже выяснилось, имевшее в штате одного человека, брало на себя «организацию» концертов и иных подобных мероприятий. Особо подчеркивалось, что все риски, связанные с этой организацией, лежали на обществе и всю «деятельность» оно вело за свой счет. Видимо, по мысли авторов, эти великодушные условия гарантировали неуязвимость договора для упреков в невыгодности его для Дома музыки.

Заняв такую благородную позицию, общество могло себе позволить основное условие – о том, что Дом музыки был обязан по предварительной заявке предоставлять ему концертные залы, фойе, грим-уборные и все иные потребные для проведения концертов помещения. А проводились концерты, естественно, самим ООО «Меридиан». Понятно, что все доходы также поступали обществу. Во избежание сомнений это особо оговаривалось. Имелось и еще одно совершенно беспардонное условие, гласившее, что кроме полученных обществом доходов Дом музыки перечисляет ему еще и суммы из собственных источников, размеры которых определяются директором Дома музыки. Конечно, этот пункт договора говорил больше всего и о самом договоре, и о том, кто и как его заключил. И хотя этот очевидно незаконный и ничтожный пункт мог быть отделен от договора по правилам о недействительности части сделки, я все равно не мог понять легкомысленной лихости тех юристов, которые это условие вставили. Ведь такое правило, которое ввиду неопределенности не только не имело никакой силы в суде, но и

не могло спасти ни от какой ревизирующей комиссии, посланной проверять бюджетную дисциплину, сразу ставило под удар весь договор, делая очевидной его сомнительность. Возможно, по этому пункту кто-то собирался сразу получить какие-то деньги и убежать. Но и это умнее было бы сделать отдельно.

В дальнейшем данный пункт я использовал как последний довод, который, впрочем, был слышим лишь постольку, поскольку суд хотел его слышать.

Понятно, что В. Спиваков не стал бы сотрудничать с нашим ООО «Меридиан», даже если бы оно принадлежало к мировой продюсерской элите, что, однако, не означало тщетности договора.

Механизм действия договора предполагался таким. Заключался произвольно взятый контракт между ООО «Меридиан» и более или менее безымянной звездой. А затем Дому музыки предлагалось предоставить залы и площадки под концерт. После вполне предсказуемого отказа (достаточно было и молчания) общество терпело предполагаемые убытки. Для взыскания этих убытков возбуждался судебный спор, носивший рутинный денежный характер. Тем самым общество избегало скандального, но практически бесполезного процесса о понуждении Дома музыки к выполнению своих обязательств по проведению концертов.

Практическая бесполезность такого процесса состоит хотя бы в том, что в любом случае его длительность превысит срок между заключением контракта о концерте и самим концертом. Кроме того, шумный процесс, предполагающий проведение концерта с участием судебных приставов и конной милиции, не мог не привлечь внимания самых высокостоящих особ, которые либо не знали о «мине», подведенной под Дом музыки, либо не хотели вмешиваться в ситуацию, тогда как скандал заставил бы это сделать – и именно рано, а не поздно.

К тому моменту, когда В. Спиваков обратился к нам, уже имелся, как об этом упоминалось выше, иск о взыскании с Дома музыки 4 млн руб. Дело было приостановлено до рассмотрения судом спора о договоре. Всем было ясно, что подтверждение действительности договора откроет дорогу новым и новым искам о взыскании убытков, так что в городском бюджете придется создавать отдельную статью о содержании ООО «Меридиан» – по крайней мере в течение трех лет (такой срок был в договоре), поскольку срочный агентский договор, в отличие от поручения или комиссии, не может быть прекращен по воле принципала (это условие позволяло понять, почему авторы идеи избрали именно агентский договор).

Заявление о признании договора недействительным составлялось юристами Дома музыки, и, как мне показалось, не лучшим образом. Агентский договор квалифицировался в заявлении как договор простого товарищества и затем доказывалось, что он не отвечает признакам товарищества. На самом деле здесь никакого товарищества, конечно, не было, поскольку не было общей цели. Таковой нельзя считать проведение концерта, ведь для ООО «Меридиан» цель – это получение дохода. Двух разных целей в договоре быть не может. Во всяком случае, Дом музыки никак не участвовал в доходах. Напротив, в договоре Дом музыки всячески уберегался от какого бы то ни было прикосновения к доходам. Конечно, такие признаки простого товарищества, как общее управление и общие риски, отсутствовали. Доказать это было нетрудно. Но ведь договор и не был товариществом.

Суд так и написал в решении, посчитав квалификацию договора, предложенную Домом музыки, ошибочной.

Более серьезным был довод департамента имущества города. Собственно, департамент и был истцом. Дом музыки участвовал в деле как третье лицо, видимо, на стороне истца. Департамент (истец) утверждал, что налицо незаконное распоряжение городским имуществом, что прямо запрещено законом для учреждения, каким был с момента своего создания Дом музыки.

Этот аргумент суд не стал подробно анализировать, ограничившись коротким заявлением, что спорный договор – это агентский договор и никакого распоряжения имуществом он не предусматривает.

В иске было отказано.

С апелляционным обжалованием произошли загадочные события. Жалоба несколько раз не принималась судом из-за того, что истец все время забывал приложить подлинник доверенности на право подписания апелляционной жалобы. Когда это случилось в очередной раз, до истечения срока уже на кассационное обжалование оставалось всего несколько дней.

Не желая дальше быть заложником слабой памяти юристов департамента, я поспешил с кассационной жалобой.

Основные ее аргументы были таковы.

Суть договора состоит в том, что Дом музыки предоставляет по любой заявке ООО «Меридиан» залы и другие помещения и обеспечивает своими силами работу всех необходимых технических служб для концертов, генеральных репетиций к ним, а также иных мероприятий, проводимых ООО «Меридиан».

Но ведь это означает, что ответчик (ООО «Меридиан») получает указанные помещения, принадлежащие Дому музыки как учреждению на праве оперативного управления, в пользование. Известно, например, что распоряжение имуществом при аренде состоит в передаче либо во владение и пользование, либо только во временное пользование.

При передаче имущества только во временное пользование владеть имуществом продолжает его собственник или иной владелец. Однако при этом передача имущества только в пользование не утрачивает своей природы *распоряжения* имуществом.

Несомненно, в этом суть договора, вокруг этого сосредоточены действительные интересы «агента».

Поскольку речь идет о концертном зале, именно такой вариант в наибольшей степени выгоден пользователю. Ведь в этом случае он не несет никаких издержек, связанных с владением, – по охране, отоплению, оборудованию помещений, а только получает от них доход, так как концертные залы приносят доход в течение нескольких часов в неделю, когда проводятся концерты, а в остальное время влекут только расходы.

Вопреки названию договора между сторонами нет агентских отношений, все условия «агентского договора» лишь прикрывают сделку по распоряжению имуществом.

В частности, в силу ст. 1005 ГК РФ агент обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала.

В силу ст. 1011 ГК РФ к агентским отношениям соответственно применяются нормы о комиссии или поручении, в зависимости от того, действует ли агент от своего имени или от имени принципала.

Однако в нарушение основополагающих норм, требующих получения поручения от принципала (ст. 971, 990, 1005 ГК РФ), в данном случае агент действует самостоятельно, т. е. по своему усмотрению и без всякого поручения и контроля со стороны принципала, причем эта его самостоятельность неоднократно подчеркивается в договоре.

Не менее существенно то, что ни нормами о поручении, ни нормами о комиссии не предусматривается возможность возникновения каких-либо имущественных обязательств принципала перед агентом, в том числе обязательств о передаче имущества во временное пользование.

В силу ст. 1000 ГК РФ комитент лишь обязан принять от комиссионера все исполненное по договору комиссии, но никак не помогать комиссионеру в его действиях. Весь смысл этого договора, как и агентского договора, состоит в том, чтобы получить услуги агента, но не в том, чтобы оказывать какие-либо услуги агенту либо передавать ему имущество.

Кроме того, в силу ст. 1005 (990) ГК РФ агент действует исключительно за счет и в интересах принципала. Это означает, что принципал возмещает стоимость услуг агента и понесенные им издержки, но не несет никаких иных имущественных обязательств перед агентом. Любые обязательства принципала перед агентом, кроме денежных, предусмотренных ст. 1006 (991) ГК РФ, невозможны.

В спорном агентском договоре в нарушение ст. 1008 (999) ГК РФ не предусмотрен отчет агента перед принципалом. Этот факт подчеркивает, что агент действует не за счет принципала, а за свой счет и не в интересах принципала, а в своих интересах, или, как прямо сказано в договоре, все финансовые риски и все расчеты ООО «Меридиан» осуществляет самостоятельно, без всякого контроля со стороны Дома музыки.

В противоречии с природой агентского договора «агент» в данном случае имеет доход не за счет вознаграждения, получаемого от принципала, как того требует закон, а за счет возложения на принципала обременительных и дорогостоящих издержек по содержанию залов, помещений и оборудования для концертов и иных мероприятий, проводимых агентом по своему усмотрению и без всякого поручения принципала.

Но если мы видим, что нет агентского договора, а за ним стоит иной договор – о передаче имущества в пользование, которым ни в каком случае не будет агентским, то мы получаем известную ситуацию притворной сделки.

Притворный агентский договор прикрывает собой ту сделку, которую стороны имели в виду. А этой сделкой является передача имущества во временное пользование. Само по себе заключение притворной сделки не является противоправным (вопреки мнению многих, особенно тех, кто далек от гражданского права), оно не является даже упречным, как любит выражаться Г. Резник. Оно юридически ничтожно, и единственное следствие притворности – это применение правил, относящихся к прикрытой сделке.

Прикрытая сделка в нашем случае – это распоряжение недвижимым имуществом. Но как только мы применяем первое правило к распоряжению недвижимым имуществом, установленное для учреждений, мы сразу же обнаруживаем его ничтожность.

Стало быть, сделка в целом ничтожна – не столько потому, что здесь нет никакого агентского договора, сколько потому, что распоряжение недвижимым имуществом учреждению запрещено.

При всей очевидности аргументации нужно заметить, что суды крайне неохотно применяют нормы о мнимости и притворности сделок. Есть совершенно невообразимая практика, созданная налоговыми органами, когда притворность интерпретируется в качестве налогового нарушения и даже преступления. И хотя суды опасаются ставить под сомнение аргументы ФНС, уступки в этих процессах не только не стимулируют развитие применения норм ст. 170 ГК РФ, но и, пожалуй, создают новые «завалы» на этом пути.

Трудно понять, почему так тяжело сделка признается притворной. Возможно, сказывается формализм, вообще присущий неразвитому правосудию (а развиться ему в наших условиях, конечно, непросто). Ведь каждое решение о притворности сделки означает отказ от буквального текста договора, что не может не вызывать у суда чувства потери почвы. Возможно, что здесь проявляется и другая причина: при общеизвестном господстве произвола суды постоянно учитывают, что в первую очередь их решение будет оцениваться именно с точки зрения его произвольности, и потому избегают сколько-нибудь далеких отступлений от имеющихся в деле материалов.

Во всяком случае, моя задача не казалась легкой.

Осложнялась она и тем, что первым (в качестве номинального истца) выступал представитель правительства Москвы (департамента по управлению имуществом), который вел себя на протяжении всего процесса независимо и не обнаруживал никакого желания согласовать позиции.

Было заметно, впрочем, что суд кассационной инстанции имел намерение разобраться в деле. Но юрист департамента едва ли ему в этом помог. Он доказывал, что спорный договор – не агентский, не приводя каких-либо аргументов. Судья терпеливо объяснила ему, что даже если договор не имеет каких-то указанных в законе признаков, то это еще не делает его незаконным. И завершила свое внушение вопросом:

- Может быть, это какой-то другой договор?
- Да, – ответил юрист.
- Какой?
- Комиссии, – последовал после некоторых колебаний ответ.
- Ну а как комиссионный он отвечает закону?
- Соответствует, – ответил юрист.

В зале установилась атмосфера недоумения. Богиня правосудия, наверное, изумленно потирала очи, насколько это позволяла повязка. (Дело рассматривалось не Верховным Судом, который курируется, как известно, Фемидой без повязки.)

Я был за третье лицо и выступал позже. Пришлось подробно изложить все аргументы, учитывая эффект выступления истца. Все вроде бы становилось на свои места. Я был уверен – да уверен и сейчас, – что здесь ошибка в применении права. Именно такие ошибки должен исправлять суд кассационной инстанции. Однако когда я попросил суд решить спор по существу, позиция суда резко изменилась. Мне строго указали на то, что необходимо проверить довод о притворности договора и что это может сделать только суд первой инстанции. Пришлось согласиться – не потому, что это верно, а потому, что возражения могли лишь повредить моему клиенту.

Настал черед представителя ООО. У него суд спросил, из какого пункта договора следует, что Дом музыки получает какую-то часть дохода от концертов. Ответ был потрясающим: «Не все пишется в договорах», – многозначительно, но и снисходительно заметил представитель ООО.

Пожалуй, этим мудрым ответом он помог мне больше, чем мой формальный союзник – истец.

Решение было отменено, дело направлено на новое рассмотрение в тот же состав суда.

Хотя отмена решения в последний момент – это не самый плохой вариант, передача дела тому же суду не внушала оптимизм.

На первом судебном заседании суд спросил, признаем ли мы иск, заявленный департаментом имущества к ООО «Меридиан». Я объяснил, что наше положение в процессе – третье лицо и мы не можем ни признавать, ни не признавать иск.

После этого суд перевел нас из числа третьих лиц в число ответчиков.

Такое решение процессуально невозможно.

На вопрос суду, на основании какой нормы АПК РФ совершен этот перевод, судья, полистав Кодекс, честно заявил, что найти такую норму не может. Это было неудивительно, потому что такой нормы нет. В силу ст. 47 АПК РФ возможна замена ненадлежащего ответчика иным лицом. Такая замена возможна лишь из числа иных лиц, не участвующих в процессе, и при том условии, что обнаружилась неправильность привлечения ответчика, иными словами – что ответчик ненадлежащий.

В нашем деле никакого ненадлежащего ответчика обнаружено, конечно, не было, а «замена» была произведена из числа лиц, участвующих в деле, что никакими нормами закона никогда не допускалось.

Теперь на вопрос о том, признаю ли я иск, я каждый раз отвечал, что вопрос задан вопреки правилам об установлении положения лиц, участвующих в деле, и ответить на него я не могу.

Судья довольно равнодушно все это выслушивал, что не внушало каких-либо надежд на законное течение всего процесса.

Тогда мы решили прибегнуть к помощи прессы. Очередное заседание проходило в июле, и журналисты в отсутствие новостей охотно откликнулись на наши призывы. Контактывал с ними мой тогдашний партнер П. Астахов, который, конечно, мог в то время привлечь внимание масс-медиа.

Зал был переполнен. Судья был довольно спокоен и явным образом вел дело к отказу в иске.

Он высказывался все в том же смысле: ООО «Меридиан» хотело помогать Дому музыки в проведении концертов, и ничего плохого в этом не может быть. Когда я усомнился в этом и сказал, что ООО «Меридиан» без всякого имущества на балансе и с одним человеком в штате заведомо не могло оказать помощи никому и ни в чем, суд даже не стал слушать.

Журналисты тем не менее могли разобраться в сути аргументации и могли видеть, что ответчик не в состоянии отразить ни один из аргументов. Например, он возражал против того, что предметом договора была передача имущества в пользование, тем, что ведь никакого акта передачи не было. Довод предельно беспомощный (тем не менее он перекочевал в решение).

Поэтому когда было оглашено решение об отказе в иске, представители прессы были, по-видимому, шокированы, что, впрочем, обычно и происходит с человеком, впервые сталкивающимся с нашими судами¹¹.

Эти далекие от восторга впечатления и нашли отражение в газетах и на ТВ в течение ближайшей недели. Но еще более существенным оказалось то, что вопрос, видимо, обсуждался где-то в правительстве Москвы. Ведь из решения вытекало, что городскому бюджету придется, как уже говорилось, теперь выделять значительные средства на содержание ООО «Меридиан». Возможно, сыграла какую-то роль и непочтительность городского суда к городскому правительству, что в условиях отечественной модели разделения властей выглядело не совсем деликатным.

Я пишу об этом, чтобы попытаться объяснить причины самого невероятного происшествия в процессе рассмотрения этого дела.

Весь текст выданного мне решения был посвящен обоснованию того, что оспариваемый агентский договор – это правильный, законный агентский договор. При этом ни один из наших доводов не был опровергнут. Суд их просто оставил без внимания – самый обычный прием в отечественной практике.

Не было объяснено, как может агент действовать за свой счет, а не за счет принципала, на основании какого закона у принципала возникают имущественные неденежные обязательства перед агентом и т. п. Об этом уже говорилось выше.

Обсуждая аргументы относительно передачи имущества в пользование, суд воспроизвел бессмысленный довод об отсутствии акта передачи. Такой акт составляется только при передаче владения (и то совсем необязательно). При передаче вещи в пользование никакого акта не нужно.

Суд при этом не смог или не захотел понять разницу между владением и использованием имуществом и только использованием, несмотря на крайнюю простоту этого вопроса.

Наконец, предельно нелепо вообще оспаривать притворность договора ссылками на нарушение формальностей при исполнении договора прикрытого. Кроме того, передача отно-

¹¹ М. Пайк говорил: если это шевелится, то это – биология; если это непонятно, то это – математика; если это не работает, то это – физика. Я бы добавил: если это возмутительно, то это – правосудие.

сится к исполнению договора аренды, а не к его заключению, тогда как мы оспаривали договор неисполненный.

Но отсюда суд сделал вывод о законности агентского договора.

Мотивировка этого вывода заняла несколько страниц.

Однако затем в одной последней фразе последовал головокружительный переворот: суд считает договор незаключенным, потому что в нем отсутствует условие о порядке принятия заявки агента на проведение концертов, не определен размер доли выручки агента, отсутствует условие об отчете агента и о том, что все полученное агентом принадлежит принципалу.

Все эти аргументы были сами по себе неверны.

Напомню, что существенным условием является такое, которое указано в законе в качестве существенного, без которого не может быть заключен данный договор либо относительно которого стороны выразили волю на его включение в договор.

Понятно, что порядок принятия заявки агента никаким законом не указывается в качестве существенного условия и агентский договор вполне может состояться и без него. А стороны никак не выразили своего намерения установить порядок подачи заявки.

Сомнительно вообще, что заявка агента – это акт, непременно присущий агентским отношениям.

Что касается доли выручки агента, условий об отчете агента и о принадлежности всего имущества принципалу, то все эти доводы решения совсем курьезны. По всем указанным пунктам в договоре решительно и буквально предусмотрено совсем иное – что все принадлежит агенту, что он действует за свой счет и на свой риск. Отчитываться в этом случае ему не о чем.

Но, главное, никто в процессе и слова не сказал о незаключенности договора! Суд явным образом вышел за пределы иска, хотя, вообще говоря, он такого делать не вправе.

И в то же время такой вывод суда был очевидным выигрышем дела для нас. Ведь это означало, что договора нет и, стало быть, мы добились желаемого.

Но явные противоречия и путаница в решении ставили нашу победу под угрозу. Такое решение могло быть отменено, причем для отмены имелась масса оснований – и в сфере материального, и в сфере процессуального права, и с точки зрения правильной оценки фактов.

Поэтому мы решили обжаловать решение в апелляционном порядке.

Наш противник, кажется, не понял смысла происшедшего и давал интервью в том смысле, что подтверждена действительность договора.

Нам предстояло бороться практически без противной стороны.

В апелляционной жалобе я ссылался на те противоречия, о которых уже сказано, и просил суд признать договор ничтожным, т. е. отменить решение и вынести иное. Нас устраивала бы и такая ситуация, при которой суд подтвердил бы позицию суда первой инстанции, сделав это более последовательно и укрепив тем самым решение.

Суд, однако, вполне удовлетворил нашу жалобу и отменил решение суда. Договор был признан ничтожным.

Последовала кассационная жалоба ООО «Меридиан».

В ней довольно неубедительно излагалась все та же идея, что договор не является договором о распоряжении имуществом.

Было и иное: например, ответчик обвинял суд в том, что тот не указал, какому закону противоречит договор. По мнению ответчика, ст. 168 ГК РФ применяется не иначе как с указанием на конкретный нарушенный закон.

Вообще говоря, формулировка ст. 168 ГК РФ о несоответствии сделки закону далека от такого подхода и позволяет устанавливать несоответствие сделки нескольким нормам в их связи, что само по себе, может быть, и не лучшее решение, но такой вариант избран нашим законодателем.

Конкретный закон должен указываться в том случае, когда незаконность сделки понимается более узко – как нарушение запрета (и такая конструкция кажется более удобной гражданскому обороту). Впрочем, в нашем случае был нарушен именно запрет на распоряжение имуществом учреждения (ст. 298 ГК РФ). Поэтому в данном пункте жалоба не имела никакой почвы.

Не более убедительны были и доводы жалобы в части оспаривания выводов суда о притворности сделки. Но в этой части и решение суда было изложено, наверное, не самым лучшим образом.

Я уже говорил, что суды не очень жалуют норму ст. 170 ГК РФ и прибегают к квалификации сделки как мнимой или притворной в самых крайних случаях (и при этом не всегда верно, особенно в налоговых спорах).

Трафаретные ходы в этой сфере не выработаны, что само по себе не вдохновляет судей.

В апелляционном постановлении выводы о притворности сделки были мотивированы, скажем так, довольно кратко. Во всяком случае, многие аргументы, изложенные в моем выступлении в суде апелляционной инстанции, суд опустил.

Поэтому мне не оставалось ничего другого, как защищать позицию суда, подкрепляя ее теми доводами, которых в постановлении не было. Иногда такой подход бывает оправдан.

Но в этом случае суд кассационной инстанции был явно не настроен миловать своих нижестоящих коллег.

Сначала мне был задан вопрос: что я вижу законного в лапидарном апелляционном постановлении? Сам по себе вопрос не сулил ничего хорошего для апелляционного суда. Я попытался распространить смысл постановления и показать, что его умолчания могут быть восстановлены из текста закона. Но мои объяснения были отброшены: полагалось защищать только текст постановления и не выходить за его рамки.

Затем судья попросил меня сказать, какой конкретно договор прикрыт притворным. Имелось в виду, что к прикрытой сделке применяются относящиеся к ней правила.

Суд требовал назвать номер статьи ГК РФ.

Но вопрос был некорректный.

Дело в том, что агентский договор прикрывал договор пользования имуществом. В нем были черты аренды – того ее вида, который предусматривает передачу имущества в пользование без передачи владения. Однако аренда – договор возмездный. А мы ведь имели договор очевидно безвозмездный. Таковым является ссуда. Но ссуда не допускает передачи пользования без владения.

Нельзя было сказать и о том, что договор смешанный: договоры одного типа вообще не могут смешиваться. Нельзя смешать куплю-продажу и дарение (хотя можно куплю-продажу и подряд), нельзя смешать и аренду со ссудой (хотя можно аренду с оказанием услуг) и т. п.

Для прикрытых сделок нормы о видах и типах договоров вообще часто невыполнимы. Может быть прикрыт не только гражданский, но и, скажем, трудовой договор. Прикрытой может быть самая невероятная сделка, квалификация которой по части второй ГК РФ невозможна. Но это и не нужно.

Достаточно убедиться в законности или незаконности договора, что происходит одновременно с выяснением его природы (но не типа).

В данном случае, каким бы ни был прикрытый договор, он все равно являлся договором о распоряжении имуществом, а распоряжение имуществом учреждению запрещена. Вот и все действие п. 2 ст. 170 ГК РФ в нашем деле.

Но суд с этим не согласился, и апелляционное постановление было отменено. Договор был признан незаключенным.

Этот вывод был мотивирован гораздо более обстоятельно, чем это делалось ранее, причем настойчивых, чтобы не сказать – суггестивных, суждений о правильности договора, составлявших основное содержание решения суда первой инстанции, больше не было.

Такой исход я считал выигрышным с того момента, когда мы получили текст решения суда первой инстанции. Нашей задачей, повторюсь, было устранить противоречия в судебном акте и исключить возможность пересмотра данной позиции. Теперь эта задача была выполнена.

Однако представитель ООО «Меридиан», кажется, этого не заметил. Он с плохо скрываемым торжеством сказал, по-видимому, сочувственно: «Ну вот! Все бывает!» – и на крыльях победы устремился по коридору. Хорошо хоть не похлопал при этом меня по плечу.

Немедленно истцом был возобновлен процесс о взыскании 4 млн руб. с Дома музыки. Это дело было приостановлено на год, пока рассматривался иск о признании договора недействительным. В процесс о взыскании убытков я не пошел: его исход был предрешен, и защита Дома музыки против безнадёжного теперь уже иска ООО «Меридиан» не таила, конечно, никаких подвохов.

Как мне рассказали юристы Дома музыки, представитель истца (ООО «Меридиан») никак не мог прийти в себя, когда после предельно краткого разбирательства суд в иске отказал, потому что договора нет.

Теперь текст договора могло разорвать и ООО «Меридиан».

Владение и его защита

По своему жанру эта книга, как уже говорилось, не является строго научной и уж точно не является монографией, коль скоро автору приходится постоянно менять предмет изложения. Поэтому те менее популярные и несколько более специальные экскурсы, которые по ходу дела мне приходится предпринимать, не могут все же рассматриваться как полноценно академические (хотя я часто повторяю, что едва ли не самый блестящий французский философ М. Фуко не был академиком). Тем не менее есть темы, которые имеют своим источником мои многолетние размышления над основами собственности. Довольно подробно результаты изложены в книге о собственности, размер которой, впрочем, практически исключает ее дополнения. Время от времени я подумываю об изготовлении дайджеста этой книги. Понятно, что еще одну книгу о собственности я писать уже не буду. Хотя некоторые идеи все же требуют развития.

Прикладные выводы из книги отражены в моих опубликованных комментариях. Но есть и сюжеты не вполне правоприменительные, которые я обычно затрагиваю на лекциях, если думаю, что моей аудитории это интересно. Один из них – теория владения в ее повседневном бытии.

Нужно сразу сказать, что в целом теория владения не кажется мне сложной. Владение было хорошо разработано в классическом праве, ему посвящены обширные тексты в Дигестах. В русских дореволюционных учебниках оно ясно излагалось, и по прочтении соответствующего раздела или главы можно без особого труда составить себе непротиворечивое представление о владении.

Как известно, советское право отказалось от защиты владения, и оно полностью выбыло из закона. Академик А. Венедиктов полагал это правильным решением, хотя приводимые им доводы не кажутся сколько-нибудь убедительными. Основной состоял в том, что владение и его защита – понятия буржуазного права. Но это можно сказать о любом институте гражданского права. Наоборот, советским цивилистам стоило громадных усилий найти социалистическое содержание в сделке, ответственности, юридическом лице и пр.

Подчиняясь революционной инерции (и не без влияния доктрины), владение было опущено и в ГК РСФСР 1964 г. В ГК РФ владение нашло косвенное отражение в норме о приобретательной давности. До этого приобретательная давность уже появилась в Основях гражданского законодательства.

Тем не менее в судебной практике владение решительно не признавалось как объект защиты. Это и неудивительно. Юристы, в том числе судьи, не могли не усвоить отрицательного отношения к владению, если такое отношение проявилось и в учебниках, чаще всего в форме умолчания, и в законе.

Когда я впервые обратил внимание на владение, никакой текущей литературы по этому предмету не имелось. Была небольшая статья уже перестроечного времени в журнале «Правоведение», в котором поднимался самый известный вопрос: владение – это факт или право? Ничего другого я не нашел.

Сначала я обсуждал владение применительно к реституции. Сходство, тогда еще не вполне очевидное для меня, состояло в том, что и защита по реституции, и защита владения не являются защитой права. По мере углубления в тему я все больше убеждался, что это разные механизмы. Соответственно, первоначальные предположения были неверны, и впоследствии я от них отказался. Пользуюсь случаем сказать об этом, хотя крупные ученые, как правило, и не признают своих ошибок. Свои ошибки признают, впрочем, очень крупные ученые.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.