

В диссертационный совет Д 503.001.01 на базе Федерального государственного научно-исследовательского учреждения «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации» от Карапетова Артема Георгиевича, доктора юридических наук, директора Автономной некоммерческой организации дополнительного профессионального образования «Юридический институт «М-Логос», профессора НИУ «Высшая школа экономики» при Правительстве РФ

ОТЗЫВ ОФИЦИАЛЬНОГО ОППОНЕНТА

**на диссертацию ЕВСТИГНЕЕВА Эдуарда Александровича
«ИМПЕРАТИВНЫЕ И ДИСПОЗИТИВНЫЕ НОРМЫ В ДОГОВОРНОМ
ПРАВЕ»,**

представленную на соискание учёной степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право, международное частное право.

Представленная диссертационная работа посвящена одной из самых интересных тем гражданского права – дихотомии императивных и диспозитивных норм. В сфере регулирования договорных отношений трудно найти более острую тему, чем вопрос о пределах императивности норм договорного и обязательственного права. Эта тема стала особенно актуальной в свете выхода Постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» №16 от 14 марта 2014 года. В этой связи выбор автором темы диссертационного исследования следует только приветствовать.

Работа в целом выполнена на высоком научном уровне. Автор раскрывает генезис дихотомии императивных и диспозитивных норм, анализирует доктрину российского дореволюционного права, причины деформации соотношения императивных и диспозитивных норм в советском праве, а также подробно

разбирает современные взгляды российских ученых на предмет диссертационного исследования. Представлен в работе и сравнительно-правовой срез. Так, автор достаточно подробно останавливается на немецком опыте толкования норм обязательственного права в качестве императивных или диспозитивных. При этом в работе автор подвергает критической оценке существующие воззрения и выдвигает собственное видение ключевого вопроса о квалификации норм договорного права, достаточно подробно аргументируя свои выводы. Все это является признаками качественного и самостоятельного научного исследования.

С целым рядом тезисов автора следует согласиться. Но роль оппонента накладывает на меня бремя концентрации на недостатках и спорных аспектах работы. В этой связи перейду сразу к сути замечаний:

1) Автор солидаризируется с моей позицией, а также позицией целого ряда других цивилистов (О.Н. Садиков, А.С. Комаров, М.Г. Розенберг, Г.А. Гаджиев, Д.И. Степанов, А.И. Савельев и др.), которые в течение всех последних лет жестко критиковали доминирование абсолютно неуместной в рыночных реалиях советской методологии квалификации норм договорного права, согласно которой все такие нормы считаются однозначно императивными, если только законодатель не соизволил прямо указать на право сторон согласовать иное. Этот советский подход уникален и не разделяется ни в одной из известных нам стран Европы, включая страны Восточной Европы (Чехия, Эстония, Украина и т.п.). Автор абсолютно справедливо обосновывает необходимость отхода от этого рудимента советского права.

В то же время автор критикует тот способ отхода от этой советской ортодоксии, который был предложен в последние годы мною и некоторыми другими авторами. Этот способ состоял в закреплении в законе или на уровне разъяснений высших судов опровержимой презумпции диспозитивности норм договорного права. Это решение можно было реализовать как в законе, так и в форме постановления Пленума ВАС РФ или Верховного Суда РФ. Последнее было вполне допустимо, так как российский ГК не закреплял четких правил квалификации норм договорного права, лишь давая определения императивных и диспозитивных норм. Соответственно, отход от идеи тотальной императивности регулирования договорных отношений не предполагал неизбежную необходимость

правки ГК РФ, но в идеале такие фундаментальные для права вопросы стоило бы решать на уровне поправок в закон.

Суть идеи опровержимой презумпции диспозитивности норм договорного права достаточно простая и состоит из двух тезисов: а) диспозитивная или императивная природа нормы, определяющей права и обязанности сторон договора и не имеющей явно выраженного в тексте атрибута императивности или диспозитивности, определяется судом путем толкования (прежде всего телеологического), б) в силу общего конституционного статуса принципа свободы договора и доминирования в частном праве идеи о допущении всего, что прямо не запрещено и не заслуживает запрещения, при толковании такой спорной нормы судом последний должен презюмировать диспозитивность такой нормы, но может признать за ней императивный статус, если в пользу такого шага найдутся убедительные аргументы с точки зрения целей законодательного регулирования (защита публичного интереса, интересов третьих лиц, слабой стороны договора и т.п.).

Иначе говоря, презумпция свободы договора, как минимум, в предложенной в моих работах виде являлась мягкой, сугубо интерпретивной и опровержимой, никоим образом не ограничивая право суда осуществлять телеологическое толкование нормы с неопределенным статусом, но позволяя суду в спорных и сложных случаях, когда ему не очевидны соображения в пользу императивной или диспозитивной квалификации, положиться на какое-то презюмируемое интерпретивное решение, а именно идею диспозитивности. Наличие такой презумпции крайне важно, так как для многих российских судей, не очень подготовленных к активному использованию приемов телеологического толкования и привыкших в большинстве случаев чисто механически считывать императивность нормы только по отсутствию в ней пресловутой оговорки о праве сторон согласовать иное, иначе возникала бы очень сложная задача. В условиях тотальной перегрузки судебной системы при любой не вполне очевидной ситуации суд бы просто переходил к гаданию или принципу решки. Это абсолютно не способствует правовой определенности и предсказуемости разрешения споров. Поэтому установление опровержимой презумпции диспозитивности демонстрирует судам приоритет, правило по умолчанию, которого они могут придерживаться в тупиковых ситуациях телеологического толкования. Если судья

выбирает диспозитивную квалификацию спорной нормы договорного права ему ничего не нужно аргументировать, так как диспозитивность в целом предполагается, вытекая из конституционной природы принципа договорной свободы. Если же суд уверен в том, что скрытый смысл спорной нормы состоит именно в ограничении свободы договора, на нем лежит бремя аргументации и обоснования императивной квалификации. Представляется, что именно такой подход, будучи реализованным, как минимум, в отношении договоров между предпринимателями, является наиболее адекватным и практически реализуемым в российских реалиях.

Итак, автор выступает с критикой этой идеи опровержимой презумпции диспозитивности и предлагает не упрощать судам задачу толкования и не задавать никаких приоритетных вариантов толкования. На взгляд автора диссертации, суд не нужно подталкивать ни к одному из решений. Он справится и без такой помощи, применяя при определении императивной или диспозитивной квалификации спорных норм системное, телеологическое и иные приемы толкования.

Представляется, что в этой части критика автором моей позиции выглядит не вполне убедительно. С учетом того, что автор в основном ведет полемику с предложениями, озвученными в моих работах (в том числе в совместной с А.И. Савельевым книге «Свобода договора и ее пределы»), далее попытаюсь эту полемику поддержать.

Во-первых, мне не вполне понятно, почему закрепление такой интерпретивной презумпции в законе, по мнению автора, «будет поддерживать позитивистский подход к определению характера норм договорного права». Понять эту идею автора о том, что реализовывать какие-то реформы в области квалификации норм договорного права в качестве императивных или диспозитивных необходимо исключительно на уровне судебной практики и ни в коем случае не на уровне законодательных новелл, никак нельзя. Почему-то автор считает, что это может породить новую волну практики, скованной позитивизмом (стр.211), и «все положительные моменты, которые достигались с таким трудом, могут быть нивелированы». По такой логике внесение любых изменений в закон опасно, и право лучше менять исключительно в форме развития судебной практики. По-моему, тут автор берет через край. На самом деле, даже в странах

общего права в последнее время законы и кодексы принимаются все чаще. В любом случае нет никаких рациональных причин жестко настаивать на том, чтобы столь фундаментальная реформа методологии договорного права происходила ни в коем случае не в Кодексе, в котором, видимо, по мнению автора, стоит отражать какие-то технические мелочи, а на уровне судебной практики. На мой взгляд, все ровно наоборот. Но я не возражаю и никогда не возражал против идеи реализации нужных реформ (и этой в отношении квалификации норм договорного права) на уровне судебной практики. Для меня никогда не было принципиальным, где конкретно презумпция диспозитивности будет закреплена: в законе или в практике высших судов. Перефразируя Дэна Сяопина, можно сказать, что не важно, кто выпустил кошку, главное, чтобы она ловила мышей.

Во-вторых, когда автор пишет, что закрепление такой презумпции создает риск того, что «законодатель упустит множество жизненных ситуаций, при которых одна и та же норма может получать как императивный, так и диспозитивный характер», создается впечатление, что он критикует позицию, согласно которой все нормы договорного права с неопределенным статусом должны жестко признаваться диспозитивными. Но ведь смысл опровержимой презумпции диспозитивности состоит совсем в ином. Согласно моей позиции суду отнюдь не запрещается путем толкования такой нормы определять ее в качестве императивной в целом или в части. Ведь диспозитивность есть лишь *интерпретивная и опровержимая* презумпция. Суду просто в таком случае нужно привести обоснование своего выбора в пользу ограничения свободы договора и императивной квалификации нормы. В таком контексте не вполне понятен тезис о том, что мой подход оказывается негибким.

В-третьих, автор, анализируя зарубежный опыт, фактически вынужден прийти к выводу о том, что в большинстве стран реализован один из двух подходов: либо а) все нормы с неопределенным статусом вовсе жестко являются диспозитивными, а императивными являются только те, которые прямо выражены в законе как запреты, либо б) природа нормы с неопределенным статусом определяется судом путем толкования, но при этом действует общий приоритет диспозитивной квалификации, суд вправе квалифицировать нормы с неопределенным статусом в

качестве императивных, но только если в пользу такого шага имеются специальные телеологические или иные основания. В частности, о формировании де-факто действующей, хотя и не закрепленной в законе презумпции диспозитивности норм договорного права в немецком праве автор пишет на стр.44-45, 125, в отношении чешского права та же логика описывается на стр.128 и т.д. Иначе говоря, по большому счету то, что предлагается в рамках почему-то критикуемой автором концепции, это то, что в такой же или даже еще более сильной форме отражено в праве большинства европейских стран. Более того, сам автор (стр.67-68) отмечает, что аналогичной опровержимой презумпции держались и многие дореволюционные российские цивилисты (например, Ю.С. Гамбаров).

И этот акцент на диспозитивности в праве ведущих зарубежных стран абсолютно понятен и естественен, так как является эманацией более общей идеи презумпции свободы договора (разрешено все то, что прямо не запрещено и не заслуживает запрещения). Отвергая этот подход, автор как бы не замечает, что он пытается изобрести велосипед, придумать что-то новое в сфере, в которой десятки стран, пройдя через годы споров и сомнений, давно нащупали консенсус. В принципе в этом творческом порыве нет ничего порочного. Ученый может и должен критически оценивать и при необходимости отвергать зарубежный опыт. Тем не менее, хотелось бы увидеть на страницах диссертации четкие аргументы, объясняющие, почему этот общеевропейский подход, способствующий к тому же еще и большей определенности и предсказуемости правоприменения, нам в России следует отринуть и оставить суды в вопросе толкования норм договорного права без какого-то приоритета. Может быть, автор считает, что российские суды куда более компетентны и самостоятельны, чем европейские, или в полной мере проникнуты идеологией свободы договора, и им не нужно напоминать о том, что любое ограничение свободы договора должно быть убедительно обосновано, а при отсутствии таких оснований автономия воли сторон должна быть признана?

В-четвертых, автор отмечает, что дополнительного стимулирования судей к квалификации спорных норм в качестве диспозитивных не требуется, так как суды и сами эволюционно к этому склоняются (стр.104). Этот тезис вызывает сомнения. Безусловно, за последние годы в судебной практике можно найти несколько десятков примеров, когда суды норму без оговорки о праве сторон согласовать

иное признавали диспозитивной. Но это капля в море. Подавляющее большинство судей даже и не помышляло о возможности отойти от устоявшейся десятилетиями советской методологии, прописанной в основных учебниках гражданского права, на которых они были воспитаны (учебник гражданского права МГУ, «Договорное право» В.В. Витрянского и М.И. Брагинского). Даже ВАС РФ еще буквально 6 лет назад безапелляционно признавал нормы ст.782 ГК однозначно императивными, даже не пытаясь осуществлять телеологическое толкование.

Кстати, пример со ст.782 ГК о праве сторон договора возмездного оказания услуг немотивированно отказаться от договора тут достаточно показательный. За последние 15 лет сложился огромный массив практики арбитражных судов всех округов по вопросу о законности условий договора оказания услуг, так или иначе отступающих от положений данной статьи. Картина в целом была достаточно печальная: на вскидку более 90% процентов всех решений состояли в сухой констатации императивности указанных норм и безапелляционном признании всех проявлений свободы договора в этом вопросе ничтожными.

Очевидно, что сформировалась сильнейшая инерция, традиция, колея. Причем колея, которая позволяет суду решать спор достаточно просто, не вдаваясь в телеологическое толкование, а следовательно очень удобная и милая сердцу многих судей, перегруженных валом дел. Вывести судебную практику из этой колеи может только достаточно сильный прием. В этом контексте реализовать только первый из предложенных мною шагов, а именно допустить телеологическое толкование при определении императивной или диспозитивной природы нормы договорного права, было бы явно недостаточно. Думаю, большинство судов еще долгие годы в таких условиях продолжали бы решать такие дела по старинке, столь же механически признавая все спорные нормы императивными. В то же время если мы добавляем к тезису о необходимости телеологического толкования еще и тезис о том, что все спорные нормы презюмируются диспозитивными, и возлагаем на суд бремя аргументации при желании отступить от этой презумпции, мы, действительно, можем существенно изменить стимулы и «правила игры» в вопросах толкования. Эффективность такого двухступенчатого подхода оказывается куда более высокой.

Глубина проблем с признанием принципа свободы договора в российском праве зашла настолько далеко и хроническая болезнь настолько запущена, что

встряхнуть систему и направить судебную практику в нормальное, общеевропейское русло может только «сильное лекарство». И если это лекарство оказывается к тому же еще и тем решением, которое доминирует в европейских странах, то смысл воздерживаться от его принятия нам не вполне очевиден.

В-пятых, не совсем ясен тезис автора о том, что закрепление опровержимой презумпции диспозитивности норм договорного права не будет способствовать стабилизации судебной практики (стр.115). И автор, и я согласны в том, что именно на суде лежит задача истолковать спорную норму, которую законодатель не снабдил явно выраженным атрибутом императивности или диспозитивности. И при этом абсолютно очевидно, что сформировать абсолютно четкий алгоритм толкования в этом вопросе, равно как и толкования закона в целом еще никому не удалось. Ознакомление с современной зарубежной литературой по толкованию законов не оставляет никаких сомнений в том, что толкование закона по воззрениям большинства авторов - это процесс очень сложный и творческий, вовлекающий и соображения догматики и систематики права, и анализ целей исторического законодателя, и, наконец, политико-правовые соображения, разделяемые самим судом (его представления об оптимальном, наиболее разумном и справедливом понимании спорных норм). Изложить эту методологию в виде жесткого алгоритма, «математизировать» невозможно. Я в своих публикациях показывал лишь некоторые соображения, которые могут подталкивать суд к выводу об императивной квалификации спорной нормы. Это те же соображения, которые и оправдывают ограничение конституционного принципа свободы договора (защита публичных интересов, интересов третьих лиц, основ нравственности, слабой стороны договора, предотвращение вопиющей несправедливости в договорных отношениях и т.п.). Этот перечень я намеренно делал открытым, прекрасно осознавая всю тщетность попыток жесткой «алгоритмизации» этого процесса толкования. Примерно так же этот процесс толкования, основанный на балансировании различных аргументов, интересов и ценностей, работает в большинстве известных мне стран.

И если мы отходим от простой и примитивной советской модели жесткой фиксации всех норм, не сопровождающихся оговоркой о праве сторон согласовать иное, в качестве императивных, то мы должны в полной мере отдавать себе отчет,

что в судебной практике начнет неизбежный разброд. Одни и те же нормы некоторые суды будут толковать в качестве диспозитивных, другие же – в качестве императивных. Возникнет некоторая нестабильность, непредсказуемость правоприменения. Я никогда не считал эту проблему критической. В конце концов для тех, кто хочет работать по старинке и не перечить нормам с неопределенным статусом, ничего не поменяется. Иначе говоря, нестабильность судебной практики начнет проявляться в следующей форме: то, что раньше стабильно признавали ничтожным, теперь суд может признать законным, но не со 100%-тной вероятностью. Такая нестабильность скорее расширяет свободу договора и поэтому мне представляется терпимой. При активной работе высшего суда по унификации судебной практики можно постепенно основные расхождения в судебной практике устранять. Именно по такой модели развивается судебная практика в европейских странах.

Но проблему нестабильности судебной практики нельзя ни в коем случае недооценивать. В этой связи, по-моему, достаточно очевидно, что закрепление для судов некоей интерпретации по умолчанию позволяет в значительной степени минимизировать этот разброд в судебной практике. При любых сомнениях суды будут полагаться на презумпцию диспозитивности спорной нормы, а отступать от нее будут только тогда, когда они уверены в прочности аргументов в пользу ее императивности и готовы эти аргументы убедительно изложить в своем решении. Куда меньше предсказуемости в судебной практике будет в случае отпускания судов в плавание по волнам телеологического или иного толкования без позволения в случае любых сомнений пристать к берегу диспозитивности.

В-шестых, не вполне понятно, почему автор в целом поддерживает Постановление Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах», продолжая не соглашаться с опровержимой презумпцией диспозитивности норм договорного права. Дело в том, что данное постановление эту презумпцию вполне очевидно закрепило. Это не сказано в тексте прямо, но, если прочитать внимательно пункты 2-4 Постановления, в этом не остается никаких сомнений. ВАС провозглашает, что норма, не имеющая явных текстуальных атрибутов императивности, может быть признана судом в качестве императивной, только если такой интерпретивный выбор следует из целей законодательного регулирования (оправдывается

соображениями защиты слабой стороны, публичных интересов, интересов третьих лиц, баланса интересов сторон и т.п.). При этом, как прямо указано в Постановлении, судья, делающий выбор в пользу императивной интерпретации, должен обосновать свой выбор, указав на соответствующие телеологические или иные соображения, его оправдывающие. Как мы видим, судья, выбирающий диспозитивную квалификацию спорной нормы, никакого обоснования давать не должен. И, действительно, зачем еще что-то в этом случае обосновывать, если свобода договора признается в РФ конституционным принципом, который можно легитимно ограничить лишь в самых крайних случаях при наличии очень весомых ценностей и интересов, оправдывающих такой шаг?

Иначе говоря, Постановление Пленума ВАС «О свободе договора и ее пределах» реализовало те предложения, которые я выдвигал в рамках своих публикаций: а) эксплицитно - телеологическое толкование спорных норм договорного права и б) имплицитно - признание опровержимой презумпции диспозитивности норм договорного права, которой суду следует придерживаться при осуществлении такого толкования. Так что, как мне представляется, тут автору нужно либо все-таки снять свои возражения против моей идеи, либо обрушиться с критикой на текст Постановления за имплицитное отражение идеи презумпции диспозитивности. Иначе позиция автора выглядит несколько непоследовательной. С одной стороны, автор критикует мою концепцию опровержимой презумпции диспозитивности за то, что она необоснованно пытается структурировать и сделать более предсказуемым интерпретивный выбор судьи, и одновременно (стр.203) поддерживает ту же самую идею, реализованную в п.3 Постановления иными словами, буквально за то же самое («ограничение необоснованного усмотрения суда»).

2) Я не могу согласиться с тезисом автора о том, что при толковании спорной нормы договорного права суд может учитывать уникальные обстоятельства заключения данного договора, переговорные возможности конкретных стороны и другие фактические обстоятельства конкретного дела. Тут автор смешивает две модели контроля свободы договора – *ex ante* и *ex post*. Вопрос об императивной квалификации нормы – это вопрос об абстрактном ограничении свободы включения в договор тех или иных условий. Конечно же, гипотеза нормы

может включать ряд уточняющих обстоятельств (например, только для потребительских договоров или только для договоров между предпринимателями), и это делает сферу действия нормы более или менее узкой. Кроме того, как автор справедливо пишет, одна и та же норма может толковаться в отношении коммерсантов как диспозитивная, а в отношении потребительских договоров – в качестве императивной. Нет проблем и в признании «полуимперативных норм», позволяющих отступать от них лишь в одну сторону, но не в другую или допускающих лишь некоторые из вариантов девиации от ее содержания. Но толкование нормы (ограничительное, расширительное), сколь угодно смелым и творческим оно ни было, задается в судебной практике абстрактно, для всех однотипных случаев. Все соответствующие нюансы должны помещаться в гипотезу этой нормы, пусть даже в гипотезу не эксплицитно выраженную, а реконструируемую судами. В идеале формирование судебной практики должно в конце концов уточнить пределы императивности соответствующей нормы и однозначно определить, является ли эта норма императивной или нет, и если да, то в какой степени и в каких пределах.

Но учет специфики заключения конкретного договора, сопоставление переговорных возможностей и другие уникальные для этого конкретного спора обстоятельства – все это не может влиять на вывод суда о толковании нормы. Отдельные же фрагменты работы автора наводят на мысль, что автор придерживается обратного взгляда (например, стр.121, стр.177). Как пишет автор, суд может в одном деле с учетом конкретных обстоятельств дела толковать норму как императивную, в другом – в качестве диспозитивной, воздерживаясь от установления природы нормы на будущее (стр.177).

На самом деле такие специфические обстоятельства заключения конкретного договора, переговорные позиции конкретных сторон, степень их информированности, асимметрия профессионализма, стечение тяжелых обстоятельств и т.п. – все это имеет важное значение для целей определения границ свободы договора, но для применения инструментария *ex post* контроля свободы договора (запрета на злоупотребление правом, обхода закона, доктрины кабальности, ст.428 ГК и т.п.).

Я категорически не согласен с тем, чтобы мы путали эти два разных механизма контроля свободы договора. Когда судья сталкивается с нормой закона,

которой противоречит то или иное условие договора, и пытается определить природу нормы с прямо не определенным в законе статусом, у него имеется достаточно широкая степень свободы: он при отсутствии четких прецедентов или разъяснений Верховного Суда может признать спорную норму диспозитивной, но ограничить сферу ее диспозитивности, выведя соответствующее спорное условие договора за рамки этой допустимой свободы договора; он может признать норму императивной в части, но не в той, которая относится к сути спорного условия, признав тем самым законность этого условия; он может уточнить гипотезу данной нормы, сузив или расширив сферу ее применения... Но он всегда должен пытаться определить смысл нормы абстрактно, реконструировать окончательный дизайн соответствующей нормы и быть готовым применять ее в таком реконструированном виде во всех аналогичных делах. Дальнейшее обжалование принятого судом решения может позволить довести дело до Верховного Суда и спровоцировать уточнение смысла нормы на уровне практики высшего суда, что в конечном итоге позволит сторонам проще ориентироваться в регулировании договорных отношений.

Механизмы же *ex post* контроля работают принципиально по-иному. В данном случае суд не пытается толковать конкретную норму, а блокирует формально законную сделку или отдельное ее условие. И здесь, как раз, он вправе учитывать все богатство различных обстоятельств, сопровождавших процесс заключения договора, включая пол и возраст контрагента, степень его образованности и т.п.

3) Тезис автора о том, что в его концепции акцент делается на свободном судебном толковании норм договорного права «с минимальной опорой на текст закона» (стр.150), вызывает большие вопросы. Автор таким образом планирует бороться с «практикой позитивизма и формализма судов» (стр.152). Хотелось бы все-таки уточнить у автора: считает ли он нормальным, что суд будет толковать норму, содержащую оговорку о праве сторон согласовать иное, в качестве императивной? Не сузить охват диспозитивной оговорки (что, на мой взгляд, абсолютно нормально, являясь примером элементарной телеологической редукции), а именно вовсе проигнорировать волю законодателя и признать норму в качестве тотально императивной? Или готов ли автор дать судам право

игнорировать явно выраженный в законе запрет (опять же не ограничительно его толковать, а просто игнорировать)? Простирается ли антипозитивизм автора настолько далеко?

Если да, то вынужден с таким подходом не согласиться. Безусловно, наши суды часто проявляют чудеса формализма, и щепотка юснатурализма российскому праву не помешала бы. Но бросаться в другую крайность и признавать и даже поощрять свободу судов общей юрисдикции или арбитражных судов просто и легко отступать от прямо предписанных норм закона я считаю крайне опасным. Когда это делает в исключительных случаях высший суд в ситуации вопиющей несправедливости или абсурдности нормы, это вполне терпимо. Примеры толкования *contra legem* можно изредка встретить в практике высшего суда любой страны. Но превращать это в элемент нормальной методологии судебной работы означает похоронить правовую определенность, законность и правопорядок в стране окончательно. У каждого судьи могут быть свои собственные представления о разумности законодательного регулирования, и если ему будет позволено не останавливаться на ограничительном или расширительном толковании норм закона, а идти дальше и просто и смело игнорировать его, когда ему кажется, что норма не вполне разумна, мы приведем в окончательное расстройство российскую судебную практику.

4) Нельзя согласиться и с тем, что автор периодически вместо разговора об *определении* судами императивной или диспозитивной нормы закона начинает писать об *изменении* судами императивной нормы на диспозитивную (напр., стр.178, 186, 191, 194, 206). Тем самым, автор как будто бы исходит из того, что, действительно, отсутствие в норме оговорки о праве сторон согласовать иное делает ее императивной, а то, что делает судья, когда видит отсутствие каких-либо оснований для ограничений свободы договора, это изменение предписанного законом типа нормы. Подобные фрагменты особенно распространены во второй части работы.

На самом деле, повторим, что в ГК никаких норм о порядке квалификации норм договорного права нет. Статьи 421 и 422 лишь закрепляют определения диспозитивных и императивных норм с точки зрения последствий их установления в законе. Поэтому, когда в норме договорного права нет прямого указания на ее

природу, закон не предписывает нам четкого ответа на этот вопрос. Умолчание законодателя делегирует решение этого вопроса уточнения смысла нормы судам. Законодатель, вводя норму о договорах и обязательствах в ГК, чаще всего просто ориентируется на то, что она ему кажется разумной и справедливой. Если он не снабжает ее четким атрибутом императивности или диспозитивности, значит он не уверен в том, насколько справедливо и разумно выбранное им решение: настолько, чтобы исключить любые попытки сторон от него отойти с учетом специфики своего договора, либо лишь настолько, чтобы это правило действовало на случай пробела в договоре. Скорее всего, законодатель может догадываться, что некоторые формы отклонения от этого условного справедливого и разумного правила вполне нормальны, в то время как некоторые другие – нет, но отразить в самом законе все эти нюансы он чисто технически не в состоянии. Соответственно, оставляя норму, определяющую права и обязанности сторон договора, без четкого указания на ее природу, он делегирует вопрос об уточнении пределов ее диспозитивности/императивности судам. Именно суд, видя конкретные дела и опираясь на научную доктрину, может и должен в таких случаях уточнять природу нормы.

То, против чего выступает и автор, и я – уникальная в мировом контексте советская идея жесткой императивности всех норм договорного права – это не решение, закрепленное в законе, а просто неписанная традиция толкования. Соответственно, если мы отходим от этой традиции (а мы отошли от нее с принятием Постановления Пленума ВАС №16 «О свободе договора и ее пределах»), то неизбежно формируем новую методологию. Но, как бы мы ни уточняли саму эту методологию (с презумпцией диспозитивности или без таковой), суть ее состоит в том, что суд *определяет* природу нормы, уточняя смысл закона путем его толкования в ситуации, когда законодатель сам эту природу в тексте нормы не прояснил. Подчеркну – определяет. Говорить здесь о том, что судья меняет закрепленную в законе природу нормы, ни в коем случае нельзя. У судьи просто нет к тому легитимных оснований. Как я уже отмечал, суд не может менять смысл норм на прямо противоположный за редкими исключениями, которые себе может позволить разве что высший суд по очень весомым основаниям.

5) Автор при описании подходов английского права допускают некоторую существенную неточность. Автор отмечает, что неверно проводить параллель между английской доктриной подразумеваемых условий (*implied terms*) и европейской доктриной диспозитивных норм, так как английские суды при восполнении пробела в договоре посредством фикции подразумеваемых условий пытаются реконструировать невыраженные на бумаге реальные намерения сторон, как бы восстановить то, что эти стороны наверняка бы написали в договоре, если бы задумались, то, что они скорее всего подразумевали в реальности (стр.51-52). В этом автору видится существенное отличие от европейской доктрины диспозитивных норм, содержание которых суды и законодатели формируют абстрактно в качестве стандарта поведения, принимая во внимания общие политико-правовые соображения (справедливость, баланс интересов и т.п.).

Здесь автор упускает одну важную деталь. При описании доктрины подразумеваемых условий нельзя пройти мимо того, что в английском праве отделяются условия, подразумеваемые в праве (*implied in law terms*), и условия, подразумеваемые фактически (*implied in fact terms*). При описании подразумеваемых условий автор описывает лишь один из двух их видов – условия, подразумеваемые фактически. Этот прием английской правовой методологии, действительно, принципиально отличается от доктрины диспозитивных норм и является скорее аналогом немецкой доктрины конструктивного восполняющего толкования договора. Но автор совсем забывает об условиях, подразумеваемых в праве. Они то как раз и являются в каком-то смысле специфическим английским аналогом европейской доктрины диспозитивных норм.

Английские суды при разрешении споров по вопросам, прямо не урегулированным в договоре, статутах или прецедентах, не имея права отказать в правосудии из-за отсутствия применимой нормы, вынуждены формировать *ex post* некое правило на основе политико-правовых или догматических соображений и дополнять этим правилом договор за счет фикции подразумеваемого условия, но подразумеваемого в правовой системе в целом. Впоследствии подтверждение этого решения в практике высших судов формирует на будущее прецедент и де-факто, говоря европейским юридическим языком, диспозитивное правило, которое будет подразумеваться дополняющим любой аналогичный договор, если стороны оставили по этому вопросу в договоре пробел.

Подводя итог, необходимо отметить, что представленные выше критические замечания и дискуссионные вопросы ни в коей мере не колеблют положительную оценку исследования. Многие выводы, сделанные в диссертации, а также положения, вынесенные автором на защиту, заслуживает либо поддержки, либо серьезного научного внимания. Работа обладает достаточной научной новизной и содержит результаты, которые могут быть использованы при развитии российского частного права.

Изложенное на основе изучения текста диссертации и ключевых работ автора, в которых отражены основные результаты исследования, позволяет сделать вывод о том, что представленная диссертация является логически завершенным, самостоятельным, комплексным исследованием, научной квалификационной работой. Диссертация соответствует требованиям, предъявляемым к диссертациям на соискание ученой степени кандидата наук Положением о присуждении ученых степеней, выполнена на высоком научном уровне, а Евстигнеев Эдуард Александрович в полной мере заслуживает присуждения ученой степени кандидата юридических наук по специальности 12.00.03. – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право.

Карпетов Артем Георгиевич - _____

доктор юридических наук,

директор АНО «Юридический институт «М-Логос»

119049, Москва, Донская улица, д.1, 2-й этаж

Тел. +7 (985) 920 68 42

E-mail: karapetovag@gmail.com

01 марта 2016 года

Подпись заверена по месту работы Айрапетян Е.А., заместителем директора АНО «Юридический институт «М-Логос»

