

Современные аспекты развития международного частного права



**Мария Викторовна
МАЖОРИНА,**

проректор по учебной и
методической работе,
кандидат юридических
наук, доцент кафедры
международного частного
права Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА)
mvmazhorina@msal.ru
125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

НОРМЫ НЕГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ПАРАДИГМЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА: КОЛЛИЗИЯ ПРАВА И НЕПРАВА¹

Аннотация. Процесс активного применения норм негосударственного регулирования, начавшийся с трансграничной торговли еще в Средневековье (*lex mercatoria*), распространился сегодня практически на все виды трансграничных отношений, хотя и с разной степенью проникновения и признания соответствующих норм. Неправовая материя, стремительно масштабируемая в условиях сетевого общества до размеров, фрагментарно превышающих правовые «покровы», предопределяет парадигмальные сдвиги в части правопонимания и правоприменения, а также обостряет новый тип коллизии: коллизию права и неправа при регулировании трансграничных отношений, особенно в условиях киберпространства. Нормы негосударственного регулирования в парадигме международного частного права — один из современных концептов, интегрирующий в себе недерминированные государством правила поведения и предопределяющий направление развития международного частного права, требующий своего актуального осмысления ввиду эволюции порядка создания, форм объективирования, практики применения. В статье исследуются различные научные взгляды на природу норм негосударственного регулирования и их место в современной парадигме международного частного права, а также новые нормативные режимы, лежащие за пределами традиционных государствоориентированных моделей, которые анализируются на предмет их коллизии с правом и выработки методологии их встраивания в регуляторные механизмы.

Ключевые слова: нормы негосударственного регулирования, *lex mercatoria*, международное частное право, коллизия права, применимое право, *lex voluntatis*, международный коммерческий арбитраж, гибридность, сетевое право.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.79.3.034-048

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках научно-исследовательского проекта № 18-29-16061 «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели», реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса — 26-816 «Трансформация права в условиях развития цифровых технологий»).

M. V. MAZHORINA,

Vice-rector of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of International Private
Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

mvmazhorina@msal.ru

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

A-NATIONAL RULES IN THE PARADIGM OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE CONFLICT OF LAW AND NON-LAW

Abstract. *The process of active application of the norms of non-state regulation, which began with cross-border trade in the Middle Ages (lex mercatoria), has now spread to almost all types of cross-border relations, although with varying degrees of penetration and recognition of the relevant norms. Non-legal matter, rapidly scalable in terms of network companies to sizes fragmented exceeding legal “veils”, leads to paradigm shifts in terms of law and law enforcement, and aggravating new type of conflict: the conflict of law and non-law of cross-border relations, especially in the context of cyberspace. The norm of non-state regulation in the paradigm of private international law is one of the modern concepts that integrate norms of behavior that are not derived from States and determine the direction of development of private international law, which requires its actual understanding in connection with the evolution of the order of creation, forms of objectification, and practice. The article examines various scientific views on the nature of the norms of non-state regulation and their place in the modern paradigm of private international law, as well as new regulatory regimes that lie outside the traditional state-oriented models, analyzes their conflict with the law, and develops a methodology for their integration into regulatory mechanisms.*

Keywords: *norms of non-state regulation, lex mercatoria, private international law, conflict of law, applicable law, lex voluntatis, international commercial arbitration, hybridity, network law.*

1. Концептуализация норм негосударственного регулирования в науке международного частного права

Ослабление Левиафанов и других динозавров современного права открывает экологическую нишу для более скромных нормативных существ, ранее ограниченных вспомогательными задачами... но готовых воспользоваться возможностью, чтобы играть в высшей лиге и соревноваться со старыми добрыми юридическими правилами... В несuverенной среде глобального общества борьба идет полным ходом, и нет никаких центральных институтов, отвечающих за регулирование конфликтов и распределение прав. В таком



контексте глобальные игроки, а также их соперники должны соответствующим образом корректировать свое поведение и свои стратегии. Как на Диком Западе, у них может возникнуть соблазн взять закон в свои руки².

Б. Фридман (Benoit Frydman)

Международное частное право как отрасль национального права стоит на фундаменте юридического позитивизма и не вмещает в себя нормы негосударственного регулирования, нормы *lex mercatoria*, вненациональные нормы и прочие явления, не производные от государства в своей онтологии.

Научная парадигма международного частного права, напротив, взбудоражена соответствующими явлениями современной социокультуры и уже производит новый юридический язык и модерирует актуальный дискурс. Вероятно, что сегодня закладываются те мировоззренческие, теоретические и методологические установки, направленные на осмысление реальности права и околоправового пространства, которые в будущем обусловят новую версию понимания права.

Настойчивое лоббирование писаной, кодифицированной, очень жизнеспособной и адаптивной системы норм негосударственного регулирования актуализирует проблему широкого, междисциплинарного осмысления этих процессов. В современных условиях определение места норм негосударственного регулирования в парадигме международного частного права фактически означает разработку теоретической и методологической базы соответствующих норм, а также определение типа правопонимания, осмысление актуального концепта права, что неизбежно разворачивает нас к достижениям теории права³.

² *Frydman B.* The Brussels School of Jurisprudence, Global Law and the Competition of Normativities // *Série des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*. 2013. No. 3. URL: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/working_paper.pdf (дата обращения: 02.01.2021).

³ В литературе по теории государства и права, безусловно, существуют работы, в которых предпринимаются попытки вписать нормы и источники негосударственного регулирования в юридическую систему. См., например, работы профессора Г. Харта о первичных и вторичных нормах: *Харт Г.* Понятие права / пер. с англ. ; под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. С. 87—102.

Нормы негосударственного регулирования являются объектом исследования и в теории социологии права О. Эрлиха о «живом праве». См.: *Эрлих О.* Основоположение социологии права / пер. с нем. М. В. Антонова ; под ред. В. Г. Графского, Ю. И. Гревцова. СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. С. 73—75, 96.

Теория Г. Харта проецируется на источники норм негосударственного регулирования Г. Тойбнером. См.: *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society // Global Law Without a State / G. Teubner (ed.). Brookfield : Dartmouth, 1997. Pp. 3—28.*

Томас Шульц, анализируя трансформацию социальной нормы в правовую, использует понятие «реинституционализации» (*reinstitutionalization*). См.: *Schultz T.* Private legal systems: what cyberspace might teach legal theorists // *Yale Journal of Law and Technology*. 2008. Vol. 10. Pp. 170—175.

Н. А. Пьянов утверждает, что правовое и государственное регулирование не нужно отождествлять и что государство не является единственным субъектом, осуществляющим

Как еще в 2003 г. справедливо написал С. В. Бахин, не определив точно характер задействованного механизма упорядочения общественных отношений, мы с неизбежностью столкнемся с неразрешимыми проблемами при его применении⁴. Несколько раньше профессор И. И. Лукашук также отмечал, что задача состоит в том, чтобы добиться оптимального взаимодействия на основе специализации правового и неправового регулирования. Неправильное же понимание такого взаимодействия способно привести к нигилистическим выводам в отношении либо права, либо неправовых норм⁵.

Внимание к нормам негосударственного регулирования с точки зрения определения их природы и места в правоприменительной практике все активнее привлекается на самых разных уровнях. Так, в «Зеленой книге», изначально представленной Европейской комиссией при разработке Регламента Рим I, было отмечено, что практика выбора норм *lex mercatoria* в качестве применимого права, безусловно, была отправной точкой для преобразования знаменитой статьи 3 Римской конвенции 1980 г. В проекте постановления от 15 декабря 2005 г. Европейская комиссия заявила, что это обычная практика в международной торговле для сторон — не ссылаться на закон того или иного государства, а непосредственно обращаться к правилам международных конвенций, обычаям международной торговли, общим принципам права, *lex mercatoria* или недавним частным кодификациям, подобным Принципам УНИДРУА⁶. Так как подобное заявление привело к «культурному шоку» некоторого количества ученых-специалистов в области коллизионного права, Регламент Рим I в его окончательной версии содержит лишь следы таких заявлений⁷.

Европейская экономическая комиссия ООН анонсировала в одном из своих документов, поименованном как «Универсальный нормативно-правовой язык для торговли и развития», современный тренд в области нормативного регулирования торговли — движение к «лучшему регулированию» (*better regulation*), т.е. регулированию, сфокусированному на желаемых результатах и большей гибкости. В указанном документе нормативно-правовая среда определяется как включающая в себя два уровня: 1) публичное, или жесткое, право, аккумулирующее законодательство, технические и секторальные нормативные правовые акты. Соответствующие требования могут также вытекать из международных договоров; 2) частное, или мягкое, право, основанное на стандартах и обязательствах, инициированных производителями и торговцами товарами и услугами и распространяющихся на них же⁸.

правовое регулирование. Автор также использует термин «правовые регуляторы негосударственного типа». См.: *Пьянов Н. А.* Государственное регулирование как самостоятельная научная проблема // Журнал российского права. 2012. № 5. С. 60—67.

⁴ *Бахин С. В.* Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем: унификация и гармонизация права : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2003. С. 267.

⁵ *Лукашук И. И.* Нормы международного права. М. : Спарк, 1997. С. 22.

⁶ См.: *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't // URL: <https://ssrn.com/abstract=946007> ; URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946007> (дата обращения: 14.05.2018).

⁷ *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't.

⁸ URL: https://www.unecce.org/fileadmin/DAM/trade/wp6/SectoralInitiatives/start/ece_trade_375.pdf (дата обращения: 20.02.2018).



Соответственно, в юридической науке ведется поиск концептуальных конструкций, позволяющих дать актуальную оценку нормам негосударственного регулирования.

Концепт «негосударственное регулирование» применительно к международным коммерческим отношениям введен в российскую доктрину международного частного права профессором И. С. Зыкиным, который понимает под негосударственными регуляторами положения, возникшие в процессе деятельности самих участников делового оборота или организаций, их объединяющих⁹. К числу негосударственных регуляторов международных коммерческих отношений автор относит контрактные условия, обыкновения, заведенный порядок, судебную и арбитражную практику, а также подготовленные различными организациями деловых кругов типовые контракты, общие условия, своды единообразных правил, кодексы поведения и т.д.¹⁰

Такой подход к негосударственному регулированию, широко разделяемый в рамках отечественной и зарубежной юриспруденции, соответствует позитивистской версии понимания права, являясь фактически определяющим для позитивистской парадигмы права, а соотношение правового и неправового регулирования равнозначно соотношению государственного и негосударственного регулирования.

С. В. Бахин в своей докторской диссертации и монографии обосновал концепт «субправа» как новой правовой субстанции и как особого механизма обеспечения единообразного регулирования международных торгово-экономических отношений. При этом предложение о введении новой категории «субправо» не рассматривалось автором как претендующее на конструирование обособленной правовой системы (тем более транснациональной или супернациональной, «третьего правопорядка»). «Субправо» концептуализировано как форма, в которой могут существовать правовые предписания как продукт деятельности международных организаций, ставящих перед собой цель оптимизации регулирования международных коммерческих отношений¹¹.

В зарубежной литературе для обозначения норм, не производных от государства, но применимых для регулирования трансграничных частноправовых отношений, используются термины «частным образом созданные негосударственные нормы» (*privately-made non-state norms*¹²), «частное нормотворчество» (*private rule-making*)¹³, «негосударственные нормы» (*non-state norms*¹⁴), «вненациональные

⁹ Зыкин И. С. Негосударственное регулирование // Международное частное право: современные проблемы : в 2 кн. М. : Наука, 1993. Кн. 2. С. 138.

¹⁰ Зыкин И. С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М. : Междунар. отношения, 1994. С. 232—254.

¹¹ Бахин С. В. Указ. соч. С. 11—13.

¹² Symeonides S. C. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't.

¹³ См.: Schiek D. Private rule-making and European governance — issues of legitimacy // European Law Abstract. 2007. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1240648 (дата обращения: 31.07.2018).

¹⁴ Symeonides S. C. Contracts Subject to Non-State Norms // American journal of comparative law. 2006. № Extra 1. P. 209—232.

нормы» (a-national norms¹⁵), «негосударственное право» (non-state law¹⁶), «новое lex mercatoria» (new lex mercatoria¹⁷), реже — «неформальные нормы» (informal norms¹⁸) или даже «право без происхождения» (law of no origin¹⁹).

Профессор Гарварда Анна-Мари Слейтер вводит в научный оборот термины voluntary norms и Voluntary Law для обозначения норм / системы норм, которые не являются правом *per se* и могут быть охарактеризованы как «рекомендательные / добровольно исполняемые нормы» или «стихийные / спонтанные нормы» и, соответственно, систему таких норм²⁰. В значительной степени концепт норм негосударственного регулирования в международном частном праве пересекается и даже иногда синонимизируется с концептом *lex mercatoria*.

Джулия Блэк, сотрудник Лондонской школы экономики и политических наук, считает, что между государственным и негосударственным регулированием не существует непреодолимой границы, а решение современных проблем требует использования комбинации инструментов²¹. Как особую форму децентрализованного регулирования Д. Блэк рассматривает метарегулирование, или регулирование, основанное на принципах²². Д. Блэк пишет о децентрализованных (или полицентрических) регуляторных режимах, считая, что регулирование осуществляется на субнациональном, национальном и транснациональном уровнях²³.

¹⁵ См. документ Международной торговой палаты: A-national rules as the applicable law in international commercial contracts with particular reference to the ICC Model Contracts // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf>. См. также: *Marrella F.* Choice of Law in the Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003. № 36. Pp. 1137—1187.

¹⁶ *Saumier G.* The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract // URL: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol40/iss1/1> (дата обращения: 28.05.2018).

¹⁷ См.: *Cooter R. D.* Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law // *International Review of Law and Economics*. 1994. Vol. 14. P. 215—223.

¹⁸ *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946007 (дата обращения: 08.02.2019).

¹⁹ *Heidemann M.* Methodology of uniform contract law: the UNIDROIT principles in international legal doctrine and practice : PhD thesis. University of Nottingham, 2005. P. 69. URL: <http://eprints.nottingham.ac.uk/12078/1/423638.pdf> (дата обращения: 15.07.2018).

²⁰ *Slaughter A. -M.* International Law in a World of Liberal States // *European Journal of International Law*. 1995. Vol. 6. Pp. 517—518.

²¹ *Black J.* Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world // *Current Legal Problems*. 2001. Vol. 54. Is. 1. P. 112.

²² *Black J.* Forms and paradoxes of principles-based regulation // *Capital Markets Law Journal*. 2008. Vol. 3. No. 4. P. 430.

²³ *Black J.* Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes // *Regulation & Governance*. 2008. № 2. P. 138.



В иностранной литературе также можно встретить достаточно любопытную дихотомию: black letter law — grey letter law. Black letter law²⁴ — это неформальный термин, служащий для обозначения фундаментальных принципов внутригосударственного права, проверенных временем. Синонимом термина black letter law выступает термин horn book law, понимаемый как «азбучное право» или «азбука права». Примечательно, что термины black letter law или black letter rules иногда применяются в иностранной юридической литературе, например для обозначения изложенных в Принципах УНИДРУА и Принципах Ландо правил поведения с целью отграничить их от сопровождающих текст комментариев и иллюстраций²⁵.

При этом С. В. Бахин высказывает небезосновательные сомнения относительно такой оценки норм указанных документов негосударственного происхождения²⁶. Термин grey-letter law используется в иностранной литературе для обозначения процесса и результатов квазирегулирования, которое может принимать различные формы, такие как кодексы практики, рекомендации, руководящие принципы, поведенческие нормы, созданные как государственными, так и негосударственными субъектами²⁷.

Примерами источников grey-letter law выступают чаще всего кодексы практик или кодексы поведения: Building Energy Code, Code of Banking Practice, Codes under the new Telecommunications Act, Electronic Funds Transfer Code of Conduct, National Code of Practice for the Construction Industry, National Heavy Vehicle Accreditation Scheme, National Standard for Organic and Biodynamic Produce, The Supermarket Scanning Code, General Insurance Code of Practice и пр. Это так называемые отраслевые кодексы (industry based codes)²⁸, добровольность исполнения норм которых зиждется, в частности, на том, что они разрабатываются в сотрудничестве с экспертами соответствующих отраслей промышленности.

Собственно негосударственное регулирование — явление далеко не новое. Однако, как пишет Дагмар Шик, профессор права Университета Квинс, учитывая

²⁴ Black letter — это старинный латинский готический шрифт, отсюда black letter book — старопечатная книга. Происхождение термина black letter law ведет свое начало от законов, печатавшихся в книгах с использованием рельефного (отчетливого) готического шрифта черного цвета // Black's Law Dictionary. 7th ed. / ed. by Biyan A. Garner. St. Paul, Minn., 1999. P. 168.

²⁵ См.: *Berger K. P.* The Lex mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts // Law and Policy in International Business. 1997. Vol. 28. No. 3. P. 947; *Bonell M. J.* The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG — Alternative or Complementary Instruments? Pp. 26—39 // URL: <https://ssl.editionthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol36num2/bonell.pdf> (дата обращения: 08.02.2019); *Blase F.* Leaving the Shadow for the Test of Practice — On the Future of the Principles of European Contract Law // The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. 1999. Vol. 3.

²⁶ *Бахин С. В.* Указ. соч. С. 167—168.

²⁷ См.: Grey Letter Law: Report of the Commonwealth Interdepartmental Committee on Quasiregulation. December 1997. P. IX // URL: <https://www.pcgovau/research/supporting/grey-letter-law/greyletterlaw.pdf> (дата обращения: 15.08.2018).

²⁸ Grey Letter Law: Report of the Commonwealth Interdepartmental Committee on Quasiregulation. December 1997. P. 11—13.

новую парадигму, обусловленную вовлечением негосударственных акторов в нормотворчество, теоретико-правовые концепции частного нормотворчества представляют собой новаторские дискурсы по проблемам регулирования²⁹. Новизну обозначенной проблеме придает и широкое масштабирование киберпространства, стимулирующее переосмысление всех социальных и правовых концептов.

Исторически сложилось так, что развитие норм негосударственного регулирования коррелирует с институализацией международного коммерческого арбитража (далее — МКА), который служит сегодня фактически творцом или как минимум ключевым дестинатором норм негосударственного регулирования, обеспечивая парадигмальные сдвиги в области правопонимания в международном частном праве.

Профессор *Университета Ка'Фоскари* Фабрицио Маррелла в связи с этим справедливо подмечает, что все более широкое применение вненациональных норм является наиболее ярким событием третьего тысячелетия в области международного коммерческого арбитража³⁰. Фактически нормы негосударственного регулирования через концепт *rules of law* легитимизируются МКА³¹, опосредованно инкорпорируясь в национальные правовые системы посредством механизма исполнения иностранных арбитражных решений на основе Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Особую роль сегодня в части моделирования неправового регулирования играют и новые субъекты — транснациональные корпорации платформенного типа, что приводит к новому витку развития негосударственных норм.

Швейцарский профессор международного права Томас Шульц анализирует процесс эволюции обыкновенного социального порядка к полноценной правовой системе, включающий в себя много промежуточных этапов. При этом автор вводит некий тест, позволяющий квалифицировать ту или иную нормативную систему как правовую: если данная нормативная система обладает автономной юрисдикцией принимать правила и обеспечивать их исполнение, она образует правовую систему. Значит, такая нормативная система обладает законодательной, судебной и исполнительной юрисдикцией, позволяющей ей быть автономной от других систем³². И в этой связи усматриваются недвусмысленные ассоциации с международным коммерческим арбитражем.

²⁹ Schiek D. Op. cit. P. 2. См. также: Picciotto S. Introduction: Re-conceptualizing Regulation in the Era of Globalisation // *Journal of Law and Society*. 2002. Vol. 29.

³⁰ Marrella F. Choice of Law in the Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Pp. 1137—1187.

³¹ См. об этом: Зыкин И. С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // *Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота* / под ред. А. С. Комарова. М., 2015. С. 73—93; Мажорина М. В. Вненациональные нормы как применимое право к международным контрактам: оксиморон или новая реальность? // *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*. 2016. № 12 (28). С. 93—104; Она же. Применимое право к международным коммерческим контрактам: современное толкование и прогнозируемая практика международных коммерческих арбитражей и национальных судов // *Законодательство*. 2015. № 6. С. 79—87.

³² Schultz T. Private legal systems: what cyberspace might teach legal theorists // *Yale Journal of Law and Technology*. 2008. Vol. 10. Pp. 168, 173—176.



Исследуя проблему концептуализации норм негосударственного регулирования в науке международного частного права, целесообразно согласиться с предположением, высказанным профессором Университета Д. Вашингтона Полом Ш. Берманом, о том, что размышления о негосударственных нормах сквозь призму доктрин коллизионного права — юрисдикции, выбора права, признания судебных решений — могут оказаться предпочтительнее тех механистических способов, в рамках которых обычно оценивается противопоставление государственных и негосударственных норм³³.

Ф. Маррелла высказывает достаточно любопытную точку зрения о том, что Принципы УНИДРУА и *lex mercatoria*, которые выступают источником или массивом норм негосударственного регулирования, могут представлять собой, с позиции коллизиониста, новый вид иностранного права. Нам необходимо расширить наше сознание, призывает автор, и довести эту мысль до конца, принимая во внимание, что не только национальное право может рассматриваться в качестве *lex contractus*³⁴. Ссылаясь на принцип *jura novit curia*, автор, анализируя механизм определения содержания применимого права судом или арбитражем при разрешении трансграничных споров, констатирует, что правоприменитель не имеет возможности «прикрыться» максимой *dura lex, sed lex* и не ограничен представлениями сторон спора о содержании применимого права, а потому, по мнению автора, вправе интерпретировать национальное право в свете Принципов УНИДРУА или *lex mercatoria*.

Ф. Маррелла называет предложенный им метод TNT-тест — транснациональное испытание отечественного закона, нацеленное на принятие в конечном итоге разумного и понятного для обеих сторон трансграничного спора решения³⁵. Предложенный автором TNT-тест может, по его оценке, стать поворотным пунктом в эволюции коллизионного способа регулирования, применимого в практике международного арбитража. После того как надлежащее национальное право было определено, арбитры, используя объективный инструмент для проверки, могут оценить, находятся ли нормы, извлеченные из внутренней правовой системы, в гармонии с общепризнанными и универсальными принципами международного договорного права, содержащимися в Принципах УНИДРУА³⁶.

Калейдоскопичность доктринальных представлений о нормах негосударственного регулирования в парадигме международного частного права обусловлена множественными формами их объективирования, различными подходами к источникам их легитимизации, механизмам применения и пр. Таким образом, нормы негосударственного регулирования могут быть квалифицированы как собирательное и «нейтральное» видовое обозначение норм негосударственного происхождения, регулирующих трансграничные отношения, к числу которых могут быть

³³ *Berman P. S. Towards a Jurisprudence of Hybridity // Utah Law Abstract. 2010. No. 1. P. 13.*

³⁴ *Marrella F. Lex mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law? // URL: https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/fabrizio_marrella.pdf (дата обращения: 01.06.2018).*

³⁵ *Marrella F. Lex mercatoria and the UNIDROIT Principles.*

³⁶ См. подробнее: *Marrella F. Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts // URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/marrella.html#v> (дата обращения: 19.11.2013).*

отнесены общие принципы, нормы *lex mercatoria*, нормы платформенного права, обычаи и обыкновения и прочие виды норм негосударственного происхождения. При этом объективно прирастающие сферы применения норм негосударственного регулирования, обусловленные формированием киберпространства, обостряют необходимость их актуального исследования.

2. Коллизия права и неправа

Только устаревшими представлениями о международном частном праве можно объяснить, почему возможен коллизийный выбор права Сомали, но невозможно указать в качестве применимого права международно-признанный свод договорного права, наподобие Принципов УНИДРУА³⁷. Академик РАН, профессор Т. Я. Хабриева справедливо свидетельствует о переходе системы права к новой структурной организации, особое место в которой занимают нетипичные нормативные массивы, которые не могут быть идентифицированы в прежней категориальной матрице и отнесены к числу известных элементов системы права. Такие, в терминологии автора, «циклические» правовые массивы проникают в большинство элементов системы права, взаимодействуют с ними, определяют их содержание, функционирование, а также векторы и темпы преобразований. Происходит перенастройка права³⁸.

В содержании нормативно-регулятивной системы трансграничных отношений, оцениваемой через призму позитивистского подхода к праву, отчетливо выделяются сегодня две составляющие: правовая и неправовая³⁹. Правовая компонента детерминирована международным частным правом с его методологической основой и нормативным составом. Неправовая компонента является более подвижной и существенно обогащается за счет роста количества соответствующих норм и новых форм их объективирования. Как в этой связи написал профессор Калифорнийского университета Фридрих К. Юнгер, *lex mercatoria* угрожает самому существованию коллизии законов, поскольку с появлением наднациональных норм коллизийные нормы и принципы выбора права становятся ненужными⁴⁰.

Столь масштабное воспроизводство норм негосударственного регулирования и столь активное их применение, отчасти замещающее правовое регулирование, и есть вызов методологии международного частного права, центральным институтом которого служит коллизия права, в некотором смысле

³⁷ *Nygh P.* The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort. 1995. P. 309.

³⁸ *Хабриева Т. Я.* Циклические нормативные массивы в праве // Журнал российского права. 2019. № 12. С. 5. См. также: *Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н.* Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85—102.

³⁹ См. об этом, например: *Negotiating State and Non-State Law: The Challenge of Global and Local Legal Pluralism (ASIL Studies in International Legal Theory)* / ed. by Michael A. Helfand. Cambridge University Press, 2015.

⁴⁰ *Juenger F. K.* American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 1995. Vol. 28. P. 497.



подменяемая коллизией права и неправа⁴¹. В условиях развития цифрового общества, которому имманентно присущ трансграничный характер, проблема коллизии права и неправа еще в большей степени актуализируется. Однако доктрина международного частного права не изобилует работами о коллизии права и неправа.

Интерес среди правовых изысканий представляет исследование П. Ш. Бермана, который, будучи последовательным противником концепции единого глобального права, оспаривает строгую привязку субъектов к территориальному расположению в пределах географических границ и развивает космополитичную концепцию выбора права. Космополитичный подход не ограничивает судью в выборе одного национального правового порядка, но позволяет ему разрабатывать гибридные правила, применять нормы международных договоров и транснациональные нормы, а также учитывать принадлежность субъекта к сообществу, которая не связана с национальными государствами, и, соответственно, применять отраслевые стандарты, правила поведения, разработанные неправительственными организациями, обычаи и пр.⁴² Аффилированность субъекта с тем или иным сообществом (в том числе негосударственным) есть ключевой критерий, подлежащий оценке при выборе применимого права к спору, в логике П. Ш. Бермана.

Развивая концепцию П. Ш. Бермана в контексте международного частного права, можно выстроить следующий коллизийный нарратив: от закона страны суда (*lex fori*) через закон наиболее тесной связи (*propet law*) к нормам сообщества (*rules of community*), с которым субъект права себя идентифицирует или имеет наиболее тесную связь. Значимым потенциалом здесь обладает принцип автономии воли сторон (*lex voluntatis*), который в каком-то смысле переворачивает иерархические отношения между государством и индивидом «с ног на голову». Согласно традиционной точке зрения, индивид подчинен государству даже в сфере частного права. Автономия воли сторон, напротив, подчиняет государство и его частное право выбору частного лица⁴³.

Институт автономии воли сторон (*lex voluntatis*) может служить не только коллизийной привязкой, позволяющей сторонам трансграничных частноправовых отношений выбрать применимое право, но и инструментом разрешения коллизии права и неправа, способным преодолеть нормативную конкуренцию. Примером квалификации коллизии права и неправа является п. 32 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24⁴⁴. Верховный Суд РФ фактически легитимизирует такое состояние нормативной надстройки, которое может

⁴¹ См. об этом: *Мажорина М. В.* О коллизии права и «неправа», реновации *lex mercatoria*, смарт-контрактах и блокчейн-арбитраже // *Lex russica*. 2019. № 7 (152). С. 93—107.

⁴² *Berman P. S.* Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era // *University of Pennsylvania Law Abstract*. 2005. Vol. 153. Pp. 1861—1862.

⁴³ *Michaels R., Jansen N.* Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization // *The American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54. P. 843, 867.

⁴⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» // СПС «Гарант».

быть охарактеризовано как коллизия права и неправа и своего рода переход от *lex loci* к *lex mercatoria*.

Итак, достаточно новым для исследования вопросом становится сегодня концептуализация коллизии права и неправа через призму нормативно-правовой эклектики и выбора между неоднородными регулятивными массивами.

Космополитичный взгляд П. Ш. Бермана отчасти перекликается с воззрениями немецких ученых Гюнтера Тойбнера и Андреаса Фишера-Лескано относительно межсистемного коллизионного права, происходящего не из коллизии отдельных национальных правопорядков, но в связи с коллизией различных глобальных социальных секторов⁴⁵. И выбор применимого права в контексте такого подхода должен быть основан не на определении национального права, наиболее тесно связанного со спорным отношением, но на отыскании того функционального режима, к которому относится рассматриваемый правовой вопрос⁴⁶.

Небезынтересными являются рассуждения американского профессора Г. Динвуди, который пытается адаптировать методологию международного частного права к трансграничным спорам в области авторского права, одновременно обращаясь к методологии гибридного нормотворчества. Так, автор исходит из того, что, разрешая трансграничные авторские споры, суды не должны ограничиваться механистическим выбором того или иного национального права, применимого к спору, но должны фактически выработать/применить нормы из смеси национальных и международных норм. Автор движется в своих выводах от локализации к интернационализации авторского права⁴⁷.

Профессор Университета Коимбри Боавентура де Соуса Сантос, опираясь на теорию правового плюрализма, разработал концепцию интерлегальности, объясняющую, как различные правовые пространства накладываются друг на друга, взаимопроникают и смешиваются в нашем сознании и в наших действиях. Автор утверждал, что мы живем во времена «юридической пористости», когда многочисленные сети правовых порядков вынуждают нас к постоянным переходам и нарушениям границ, и наша правовая жизнь состоит из пересечения различных правопорядков, что и представляет собой интерлегальность, некий феноменологический аналог правовой множественности⁴⁸. Сообразно указанному концепту, нормативные системы, не сливаясь в единую сверхсистему, сосуществуют, взаимодействуют, коллидируют и диффундируют в нормативном пространстве, которое эволюционирует и усложняется в условиях сетевого информационного общества.

⁴⁵ См.: *Fischer-Lescano A., Teubner G. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law // Michigan Journal of International Law. 2004. Vol. 25. P. 999—1000.*

⁴⁶ *Fischer-Lescano A., Teubner G. Op. cit. P. 1021.*

⁴⁷ См.: *Dinwoodie G. B. A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms // University of Pennsylvania Law Abstract. 2000. Vol. 149. P. 469—580.*

⁴⁸ См.: *Sousa Santos B. de. Law: A Map of Misreading — Toward a Postmodern Conception of Law // Journal of Law and Society. 1987. Vol. 14. No. 3. Pp. 279—302 ; Idem. Toward a new legal common sense. 2nd ed. London : Butterworths, 2002. Pp. 437—473.*



Немецкий исследователь, профессор Карл-Хайнц Ладоеер констатирует, что в условиях постмодерна происходит переход от устойчивой иерархической связи между нормами к новому типу гетерархической связи, приводящей к наслоению сетей, влияющих друг на друга, когда устойчивые системы рушатся и возрастает значение эксплицитных стандартов, устанавливаемых различными частными, публичными или смешанными структурами. Это можно рассматривать как новую форму эксплицитного «паттернирования»⁴⁹. Различные сети правовых решений и сделок должны быть объединены, в терминологии К.-Х. Ладоеера, во всеобъемлющую «сеть сетей» (*network of networks*). Это вызов для новой метадогматики гетерархической правовой системы, в рамках которой сосуществуют различные экспериментальные типы сотрудничества, координации и конкуренции между институтами⁵⁰.

Сетевое общество, будучи гетерархически ориентированным, фактически порождает новую правовую таксономию. В то время как архитектура права на протяжении нескольких веков выстраивалась в логике национальных государств, проявляясь во множестве национальных правопорядков или в единстве международного права, сетевое общество диктует иную архитектуру — в логике разнообразных сетей и сообществ, не детерминированных государственными границами, но определяемых, скорее, отраслевой, функциональной природой, что приводит к формированию «права сообществ».

При этом концепция интерлегальности может быть актуальной в той интерпретации, что и традиционный, и новый типы таксономии существуют параллельно. Национальные правопорядки не исчезают, но коллидируют с иными нормативными массивами: *lex mercatoria*, в том числе с его новыми «отраслями» (*lex informatica / lex digitalis / lex electronica / lex numerica / e-merchant law, lex networkia, lex cryptographica, lex sportiva, lex constructionis, lex petrolea, lex laboris internationalis, lex maritima*), платформенным правом / правом мировых торговых площадок (типа *eBay-law, Walmart law*), киберправом и пр.

Лиза Бернштейн, американский профессор права, достаточно подробно анализирует особенности нормативного регулирования отношений, складывающихся в алмазной индустрии, где почти нет места праву в его традиционном позитивистском понимании⁵¹. Как пишет норвежский ученый Эмили М. Вейценбоек, анализируя деятельность ICANN, пирамидальная модель регулирования во главе с государством заменяется «сетевым регулированием» или «сетчатым регулированием» (*network mesh regulation*)⁵².

Важно также то, что нормативная фрагментация и гетерархичность актуального нормативного ландшафта сопряжены с институциональными изменениями,

⁴⁹ *Ladour K.-H.* The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships // URL: https://cadmus.eui.eu/bitstream/id/943/law99_3.pdf (дата обращения: 02.11.2020).

⁵⁰ *Ladour K.-H.* Op. cit.

⁵¹ См.: *Bernstein L.* Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry // *The Journal of Legal Studies.* 1992. Vol. 21. P. 115—157.

⁵² *Weitzenboeck E.* Hybrid net: the regulatory framework of ICANN and the DNS // *International Journal of Law and Information Technology.* 2014. Vol. 22. No. 1. Pp. 49—73.

ведущими к еще большему «расслоению» и «наслоению» регуляторных систем. Параллельно развиваются два тренда: с одной стороны, право или, скорее, его пробелы замещаются нормами негосударственного регулирования, с другой стороны, споры уходят из судов в плоскость альтернативного регулирования. Яркими примерами тому становятся транснациональные компании платформенного типа, которые продуцируют собственное «право», применимое в рамках собственных систем разрешения споров, как то eBay, Google, Amazon и пр.

Эти и иные подходы, сводимые, по сути, к очень серьезной полемике право-понимания и правовой таксономии, есть попытки переосмыслить «генетические черты» государствоцентричной модели права в условиях, когда социум и соответствующая ему регулятивная среда существенно эволюционируют. По мнению Т. Я. Хабриевой, «открытие» в праве «циклических массивов» позволяет по-новому взглянуть на систему и структуру права, которая абстрактно соотносится автором с кристаллической решеткой, характеризующей состояние вещества⁵³. Такое видение не противоречит новому свойству правовой материи, которое может быть охарактеризовано через призму сети нормативных массивов, которые в динамике выполняют регуляторные, стабилизирующие, стандартизирующие, структурирующие функции.

Отдельные нормы, группы норм в сетевом праве имеют характер реагентов, запуская регулирование сверхновых общественных отношений или даже моделируя будущее регулирование, модифицируя имеющееся. Природа таких массивов «реактивных норм», например норм платформенного права, гибридна и мульти-содержательна, они зачастую представляют собой сплав правовых, неправовых норм и цифровых технологий, а потому не вписываются в классическую правовую таксономию, которая подвергается существенному риску демонтажа.

Одной из ощутимых тенденций становится все более «бесшовный» переход, перетекание норм из одного нормативного массива в другой, формирование подвижных ad hoc нормативных массивов, обслуживающих вновь образуемые общественные отношения. Объемность, многомерность, а потому и гибридность, трансграничность и все нарастающая динамичность сетевого права как надстройки сетевого общества становятся неотъемлемыми свойствами современной системы нормативного регулирования.

Постоянное усложнение нормативного пространства и усиление гибридизации регуляторных систем уводят нас от двоичного кода: право/неправо, жесткое/мягкое право в сторону гибридных решений, построенных не на противопоставлении или-или, но на примирении разных регуляторных систем, выстраивании сложных иерархий, кумуляций и пр. Гибридность нормативного регулирования становится методом, способным акцептировать меняющуюся повестку, примирить различные нормативные массивы и выработать регулирующий алгоритм. Гибридизация обеспечивает решение коллизии права и неправа за счет их кумуляции и суммирования регулятивного эффекта.

⁵³ См.: Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85—102.



БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бахин С. В.* Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем: унификация и гармонизация права : дис. ... д-ра юрид. наук. — СПб., 2003.
2. *Зыкин И. С.* Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота / под ред. А. С. Комарова. — М., 2015. — С. 73—93.
3. *Зыкин И. С.* Негосударственное регулирование // Международное частное право: современные проблемы : в 2 кн. — М. : Наука, 1993. — Кн. 2.
4. *Хабриева Т. Я.* Циклические нормативные массивы в праве // Журнал российского права. — 2019. — № 12.
5. *Berman P. S.* Towards a Jurisprudence of Hybridity // Utah Law Abstract. — 2010. — No. 1.
6. *Berman P. S.* Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era // University of Pennsylvania Law Abstract. — 2005. — Vol. 153.
7. *Black J.* Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a «post-regulatory» world // Current Legal Problems. — 2001. — Vol. 54. — Is. 1.
8. *Fischer-Lescano A., Teubner G.* Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law // Michigan Journal of International Law. — 2004. — Vol. 25.
9. *Frydman B.* The Brussels School of Jurisprudence, Global Law and the Competition of Normativities // Série des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit. — 2013. — No 3.
10. *Ladeur K.-H.* The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships // URL: https://cadmus.eui.eu/bitstream/id/943/law99_3.pdf.
11. *Marrella F.* Choice of Law in the Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts // Vanderbilt Journal of Transnational Law. — 2003. — Vol. 36.
12. *Marrella F.* Lex mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law? // URL: https://www.trans-lex.org/bibliopdfs/fabrizio_marrella.pdf.
13. *Michaels R., Jansen N.* Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization // The American Journal of Comparative Law. — 2006. — Vol. 54.
14. *Schultz T.* Private legal systems: what cyberspace might teach legal theorists // Yale Journal of Law and Technology. — 2008. — Vol. 10.
15. *Symeonides S. C.* Contracts Subject to Non-State Norms // American journal of comparative law. — 2006. — № Extra 1.
16. *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex mercatoria that Isn't // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946007.