

Киберпространство и методология международного частного права



М.В. Мажорина

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123995, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: mvmazhorina@msal.ru



Аннотация

Можем ли мы урегулировать значительный сегмент трансграничных отношений, возникающих в киберпространстве, имеющимся правовым инструментарием или целесообразно говорить о формировании нового нормативного массива киберправа? Целью настоящей статьи является попытка дать ответ на этот вопрос через призму механизма регулирования трансграничных частноправовых отношений, выступающих предметом международного частного права. В силу природы и сложности «иностранным элементом» трансграничные частноправовые отношения с точки зрения их регулирования максимально приближены к тем, что возникают в связи с масштабированием киберпространства. Методология международного частного права в течение многих веков адаптировалась к регулированию трансграничных отношений, выработав целый ряд механизмов, которые обладают высокой степенью гибкости и способны эффективно отвечать на вызовы современного социума. Киберпространство, будучи новой средой существования сетевого общества, актуализирует старые проблемы, важнейшими из которых являются конфликт юрисдикций и коллизия права. Пути их решения эволюционируют как в направлении адаптации традиционных регуляторных моделей, так и путем поиска и выработки новых, некоторые из которых исследуются в работе. В работе утверждается, что концепция киберправа как автономной правовой системы, регулирующей общественные отношения, складывающиеся в киберпространстве, несостоятелен, так как природа последних не трансформируется. Однако право нуждается в осмыслении киберпространства и в формировании адекватных ответов на новые формы объективирования трансграничных частноправовых отношений. Так, в сфере определения юрисдикции интересны теоретические концепты и соответствующая им правоприменительная практика: тест эффектов Колдера, таргетинг-тест и пр. В области коллизионного регулирования происходит смещение от локализации правоотношения на основе привязок типа *lex loci* к гибкому коллизионному регулированию на основе закона наиболее тесной связи и даже, что спорно, к космополитическому подходу выбора применимого права П. Бермана. Киберпространство осовременивает также концепцию *lex mercatoria*, которая приобретает новое звучание. Все это в значительной степени обогащает современную доктрину и практику международного частного права.



Ключевые слова

сеть, киберпространство, киберправо, международное частное право, *lex mercatoria*, e-merchant, конфликт юрисдикций, выбор права, коллизионные нормы, таргетинг.

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

Для цитирования: Мажорина М.В. Киберпространство и методология международного частного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 2. С. 230–253.

УДК: 341.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.230.253

Введение

Идея Д. Голдсмита, профессора Гарвардской школы права, как ключ к головоломке, как знание в некотором смысле тайное, понятное преимущественно «вольным коллизιονистам», адептам международного частного права (далее — МЧП). МЧП как отрасль права и в особенности как наука остается «юридическим масонством» и вовсе не в силу закрытости, но ввиду уникальной методологии, оригинального категориального аппарата и целого ряда институтов, отсутствующих в большинстве отраслей права.

Д. Голдсмит определяет актуальное значение коллизийного права, характеризуя последнее через констатацию двух крайне важных и показательных тенденций: расширение транснациональной деятельности и сохранение децентрализованного правотворчества. Первая — суть проявление глобализации, выстраивания сетевого информационного общества со все большим перемещением коммуникативных процессов в сферу киберпространства. Вторая — подстройка правовой архитектуры под новую социальную реальность не через призму концептов «глобального правительства», «глобального управления» и «глобального права», а в логике государство-центрированного мира [Goldsmith J., 1999: 26].

Во взаимосвязи этих двух тенденций и «защит» современный парадокс. С одной стороны, антропологи утверждают, что мы все в большей степени живем в «глобальной культурной ойкумене», т.е. в обитаемой части планеты, в которой все сильнее игнорируются паттерны локальной «принадлежности», и самоидентификация субъекта все в меньшей степени детерминирована пространством: «притупляются» чувство места или территориальное самосознание, культурная и национальная идентичности, лингвистическая зависимость. Это любопытнейшим образом влияет на право, например, так «не исключено, что психическое бремя иностранной юрисдикции является менее значимым сегодня из-за нашего возросшего контакта с зарубежными государствами» [Berman P., 2002: 423–424].

С другой стороны, мы живем в парадигме государство-центрированного мира при сохранении правовой территориальности, локальности и фрагментации правового ландшафта. И перед лицом вторгающейся глобальной экономической системы мы можем чувствовать потребность еще крепче уцепиться за локализм [Giddens A., 1990: 65].

По мнению американского социолога М. Кастельса, мир выстраивается в логике пространства потоков, а люди пытаются продолжать жить в пространствах мест [Castells M., 2009]. Перевод подобного социального тезиса на юридический язык и выполнен Д. Голдсмитом. Кроме того, им предложен способ разрешения парадокса — коллизионное право.

Не сводя МЧП исключительно к праву коллизионному и, тем самым, расширяя возможности первого, не можем не согласиться с Д. Голдсмитом. С одной стороны, «международное частное право — право коллизий суверенитетов. Подчинение законам какого-либо государства означает признание его суверенитета» [Иссад М., 1989: 59]. С другой стороны, предметом регулирования МЧП выступают трансграничные частноправовые отношения, которые, собственно, и находятся сегодня в авангарде глобализационных и информационных изменений. Мы убеждены, что сетевое общество, детерминированное киберпространством — начало «золотого века» МЧП, так как последнее обладает необходимой и уже сформировавшейся методологией, способной ответить на вызовы современности.

1. Киберпространство как «новая площадка для старых игр»: право государств vs. киберправо

Сеть есть паттерн социальных отношений. Сетевое общество характеризуется тем, что оно развивается в условиях киберпространства и развития информационных технологий. Киберпространство — одна из сред, где выстраиваются социальные сети. Как замечает Р. Эйкер, киберпространство приняло многие характеристики физического места: миллионы пользователей, взаимодействующие в нем, имеют «адреса», оно развило особую культуру, его жаргон эволюционировал до уровня квазиязыка. Некоторые пользователи киберпространства заимствовали название реального местоположения, чтобы дублировать свое виртуальное место — «Cyberia». «Cyberia» произносится созвучно слову «Сибирь» на англ. языке [Acker R., 1996: 462]. Поскольку именно киберпространство идентифицирует современный модус сетевого общества, то исследование его воздействия на право вызывает интерес.

Американский ученый и практик Дж. Соммер выразил в свое время впечатляющую мысль: киберпространство есть восхитительная новая игровая площадка для старых игр [Sommer J., 2000: 1231]. Действительно, формирующееся киберпространство актуализирует многие проблемы, решения

которым так и не были найдены в контексте современной позитивистской правовой парадигмы.

В настоящее время существует уже колоссальное количество исследований, посвященных проблематике развития права в условиях киберпространства. Обратимся к двум полярным позициям, отчетливо демонстрирующим разную исследовательскую логику, которые нашли отражение в работах американских ученых: Д. Джонсона и Д. Поста, соучредителей Юридического института киберпространства, и Дж. Соммера.

Д. Джонсон и Д. Пост, которых именуют крестными отцами кибер-либертарианцев, являются яркими представителями направления, в рамках которого киберпространство понимается как феномен, обладающий собственной юрисдикцией, игнорирующий все территориальные факторы. Авторы постулируют следующие принципы киберпространства: оно не соотносится с территориальными границами государств; его надлежит понимать как особую среду, отделяемую юридически значимой границей от «реального мира», как транснациональное автономное сообщество или сообщества; оно неоднородно и фрагментировано; вход в киберпространство, идентифицируемый техническими средствами, является юридическим актом, служащим основанием для применения киберправа [Johnson D., Post D., 1996: 1367–1402].

Озвученные выше идеи соотносятся с квалификацией, которую еще в 1997 году дал киберпространству Верховный суд США в деле *Reno v. American civil liberties union*¹. Любопытно также мнение американского юриста Д. Менте, который метафорично рассматривает киберпространство как четвертый вид «международного пространства» после Антарктики, космического пространства и открытого моря [Menthe D., 1998: 69–103].

Киберправо понимается как совершенно уникальная и автономная система норм, созданных независимо от воли какого-либо государства в ходе саморегулирования [Post D., 1995], как совокупность правил, формулируемых пользователями киберпространства не на основе правовых норм государств, а на основе структуры или архитектуры программного обеспечения киберпространства [Reidenberg J., 2003: 213]. Эти нормы и правила гораздо более технологичные, чем традиционные правовые нормы. Встречаются также суждения о формировании обычного киберправа, в основе которой лежит широко известная в международном праве концепция правового обычая, а также «договорного» киберправа, формируемого на основании типовых законов и контрактов [Acker R., 1996: 462–466, Polanski P., 2007: 413 p].

¹ «Киберпространство» было определено как совокупность инструментов, создающих уникальную среду, расположенную вне какого-либо определенного географического места, но доступную для всех в любой точке мира с имеющимся доступом в Интернет». Дело *Reno v ACLU*, 117 S Ct 2329, 2334–35 (1997). Available at: <https://www.aclu.org/legal-document/supreme-court-decision-reno-v-aclu-et-al> (дата обращения: 05.01.2019)

У. Чик, доцент Сингапурского университета менеджмента, вводит понятие «обычного Интернетного права», призванное заполнять пробелы в регулировании новых практик и технологий, а также служить средством толкования писаного права [Chik W., 2010: 3–22]. Р. Эйкер, рассуждая о киберправе, ставит вопрос о необходимости формирования киберсудов, сравнивая последние с международными коммерческими арбитражами в части применения механизма принудительного исполнения их решений через систему государственного правосудия [Acker R., 1996: 466–467].

Дж. Соммер, полемизируя со коллегами, оспаривает утверждение последних, что киберпространство не нуждается в государственном вмешательстве. Сравнивая киберпространство со множеством издавна существующих добровольных и самоуправляющихся сообществ (религиозные общины, частные ассоциации, корпорации, торговые сообщества, международное банковское сообщество и пр.), автор считает, что все они черпают силу в государстве [Sommer J., 2000: 1145–1232]. Одним из ключевых соображений сторонников этого «исследовательского лагеря» является идея о том, что все отношения в киберпространстве вполне могут регулироваться в логике действующего права: никакого киберправа нет, и существование его не имело бы смысла, иначе стоило бы говорить о «праве великих географических открытий», «телеграфном праве», «спутниковом праве», «праве атомной энергии», «праве парового двигателя» и прочих искусственно смоделированных правовых суррогатах. Одним из противников киберправа является судья Апелляционного суда США Ф. Истербрук, для которого отсутствие киберправа так же очевидно, как и отсутствие «лошадиного права». Последнее есть для автора собирательный термин, применимый к разным курсам, в рамках преподавания которых скрещиваются воедино сферы, в которых люди не являются специалистами, что способствует развитию мультидисциплинарного дилетантизма. Автор призывает оставить технологии технократам, а право — профессорам права, так как правовой акцент на технологии не поможет сформировать право, технология же просто получит право, которое юристы создадут для нее [Easterbrook F., 1996: 207]. Аллегория Ф. Истербрука развивает профессор Кэмденской школы права Г. Ластовка, сравнивающий киберправо не с «лошадиным правом», но с пришедшим ему на смену «автомобильным правом». Г. Ластовка, в отличие от его предшественника, считает, что как автомобиль существенным образом преобразовал право ранее, так и киберпространство способно сформировать киберправо [Lastowka G., 2013: 3].

Киберпространство как актуальная форма экзистенции сетевого пространства обеспечивает реновацию старых споров, обостряет дискуссию и дает надежду на отыскание новых регуляторных моделей. К таким окончательно нерешенным проблемам, среди прочих, относят конфликт юрисдикций, проблему государственного суверенитета (перерастающего в проблему информацион-

ного суверенитета), коллизию право порядков и пр. Однако формируется ли под влиянием технологии самостоятельный круг общественных отношений, который можно выделить в особый предмет регулирования? Видится, что нет. Скорее речь может идти о выработке новой методологии регулирования уже известных общественных отношений, эволюционирующих под воздействием новых форм коммуникации в связи с развитием технологий.

2. Потенциал международного частного права в условиях формирования киберпространства

На наш взгляд, уникальность киберпространства несколько преувеличивается. По крайней мере, для специалистов в области МЧП нет откровения в том, что вред, причиненный гражданином страны А, может возникнуть в иной юрисдикции, будь то даже посредством сетевых технологий, ибо вред возникает не в виртуальном киберпространстве, а на территории государства В. Налицо трансграничный деликт. Аналогичным образом это может быть трансграничная сделка, в том числе заключенная посредством использования технологий (например, Blockchain), тогда мы имеем дело со смарт-контрактом. Все это суть трансграничные отношения, которые «выплескиваются» за пределы одного государства, но ускользают ли они из-под юрисдикции государства? Нет. Иными словами, технология не меняет природы отношений, она — лишь новый способ коммуникации субъектов, даже если это Интернет вещей. Встают вопросы, требующие аналитики, оценки, научного поиска, правовой фантазии, но это абсолютно не ново, а только обеспечивает юристов работой.

В области МЧП уже существуют инструменты, годящиеся для этой работы: коллизионные нормы, унификация и гармонизация, способы разрешения конфликта юрисдикций и даже *lex mercatoria*. Является взвешенной позиция Д. Голдсмита, который считает, что не стоит недооценивать потенциал традиционных правовых инструментов и технологий в решении проблем мультисудебного регулирования, связанных с киберпространством. Операции в киберпространстве по своей природе не требуют большего внимания со стороны национальных регуляторов и не менее восприимчивы к инструментам коллизионного права, как и трансграничные сделки [Goldsmith J., 1999: 2]. Все эти и другие (например, принцип экстерриториального действия права, доктрина международной вежливости, практика правовой помощи, концепция международного публичного порядка и пр.) правовые институты и концепты уже работают и, что еще более ценно, обладают значительным потенциалом и способностью к подстройке в условиях сетевой социальной и правовой парадигм.

Обратимся к отдельным ключевым проблемам, которые находятся в научной орбите МЧП, с целью демонстрации того, как методология МЧП применима к отношениям, возникающим, изменяющимся и прекращающимся в киберпространстве.

2.1. Конфликт юрисдикций

Существует огромное количество исследований, посвященных проблеме юрисдикции. Очень условно юрисдикцию понимают в широком и в узком смыслах. В широком смысле юрисдикция представляет собой сферу суверенной власти государства по законодательству, суду, управлению. В российской науке МЧП и международного гражданского процесса (далее — МГП) проблема конфликта юрисдикций занимает одно из центральных мест и преимущественно понимается в узком смысле как сводимая к проблемам судебной юрисдикции или подсудности. При этом в зарубежной науке концепты «конфликт юрисдикций» и «коллизия права»/«выбор права», как правило, созвучны, и выстраиваются в сходной логике, что говорит о том, что юрисдикция толкуется расширительно и как применимость национального права за пределами государства.

Конфликт юрисдикций, будучи сложной областью права, в некоторой степени «усугубляется» формированием киберпространства. По образному выражению Д. Соммера, информационные технологии — это лишь «морщинка на серьезной проблеме» [Sommer J., 2000: 1205]. П. Берман, профессор исследовательского университета Дж. Вашингтона, постулирует, что изменения политической и социальной концепции пространства формируют, по крайней мере, часть контекста для изменения понимания юрисдикции. И реальность такова, что юрисдикционные нормы всегда эволюционируют сообразно тому, как меняются социальные конструкции пространства, расстояния и общества [Berman P., 2002: 422]. Сложность юрисдикционных трюков при регулировании отношений киберпространства возрастает в связи с тем, что последствия тех или иных действий рассеиваются сразу по множеству юрисдикций.

В гражданском судопроизводстве мобильность частных субъектов задолго до распространения Интернета привела к эволюции оснований юрисдикции: от физического присутствия субъекта (или возможности вручения повестки ответчику) в сторону так называемого «виртуального» присутствия. Прецедентным решением в практике США в этой области стало решение по делу *International Shoe v. Washington*, в котором Верховный суд США расширил персональную юрисдикцию за физические границы своей территории, сформулировав правило «длинной руки» (long-arm statutes). В соответствии с этим правилом суды могут осуществлять юрисдикцию, основанием которой являются специфические («минимальные») контакты, т.е. правоотно-

шения, установленные между ответчиком и штатом, в котором предъявлен иск [Терентьева Л.В., 2010: 63–68].

Актуальна проблема юрисдикции в отношении «кибернавтов» (cybernavts) — своего рода «жителей» киберпространства. Камнем преткновения, отшлифовываемым судебной практикой и доктриной, являются критерии «минимальных контактов» «кибернавтов» с государством места расположения форума. Это могут быть критерии «материальной выгоды» от онлайн-деятельности в стране суда, «ориентированность или направленность» деятельности на государство страны суда, «доступность контента», размещенного «кибернавтом», гражданам страны суда и пр. Сложилась обширная судебная практика, демонстрирующая, что доступность контента/размещение веб-сайта в пределах государства могут быть достаточными действиями для обоснования юрисдикции².

Примечательно, что в 1997 году американский профессор права Д. Берк писал, что в Интернете невозможно блокировать запросы клиентов в зависимости от их географического местоположения, что исключает шансы интернет-хоста избежать контакта с определенной юрисдикцией, а также отсутствует техническая возможность блокировать доступ определенному по географическому местоположению кругу пользователей к контенту [Burk D., 1997]. Это было значимое для определения судебной юрисдикции замечание, так как оно объясняло, что поставщик контента не может контролировать географическое и сетевое распространение информации. В связи с этим оспаривалась возможность возложения ответственности за вредные последствия в тех или иных юрисдикциях ввиду отсутствия «разумной предсказуемости» у поставщика контента в отношении таких последствий. Такая логика отчасти использовалась компанией Yahoo! в громком деле LICRA et UEJF v. Yahoo! Inc.³. Д. Голдсмит ответил на эту дилемму следующим сравнением: застрахован ли производитель, который загрязняет окружающую среду в одном государстве от природоохранных законов других государств на том основании, что он не может предсказать, в какую сторону дует ветер, т.е. не обладает разумной предсказуемостью в отношении причиняемого вреда? [Goldsmith J., 1999: 35–36].

Однако технологии развиваются, и в настоящее время имеются технологические возможности контроля информационных потоков и управления

² См.: дело *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.* Available at: <https://cyber.harvard.edu/property00/jurisdiction/insetedit.html> (дата обращения: 12.01.2019); *Maritz, Inc. v. CyberGold, Inc.* Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/947/1328/1453704/> (дата обращения: 12.01.2019)

³ *UEJF and Licra v Yahoo! Inc and Yahoo France.* Available at: https://sherloc.unodc.org/cld/case-law-doc/cybercrimetype/fra/2000/uejf_and_licra_v_yahoo_inc_and_yahoo_france.html (дата обращения: 10.01.2019)

ими, формирования политики доступа, создания требований к цифровой идентификации. Соответственно, технически возможная система фильтрации информационных потоков может оказаться юридически значимой для целей определения юрисдикции. Как замечает Д. Голдсмит, способность контролировать информационные потоки облегчает многие проблемы регулирования киберпространства. Небезынтересно сравнение, проводимое автором между издателем газеты и провайдером контента в киберпространстве. По мере падения дороговизны систем контроля информационных потоков контент-провайдеры займут ту же позицию, что и издатели газет. Это создаст возможность законодательно обязать провайдеров гарантировать, чтобы тот или иной контент не отображался в сетях, доступных в юрисдикциях, где такой контент вне закона [Goldsmith J., 1999: 26]. П. Берман идет дальше, прогнозируя, что как только технология географического отслеживания станет более точной и широко используемой, нетрудно будет представить виртуальный мир цифровых паспортов, позволяющий идентифицировать пользователей, заходящих на веб-сайт, а затем предлагать контент, установленный для членов этого географического сообщества. Однако, сетует автор, эти меры все равно не способны привести к окончательному решению юрисдикционной головоломки [Berman P., 2002: 380–381].

Российское арбитражно-процессуальное законодательство «отреагировало» на формирование киберпространства, предписав в ст. 247 Арбитражно-процессуального кодекса (АПК) компетенцию арбитражных судов в отношении споров, возникших из отношений, связанных с государственной регистрацией имен и других объектов и оказанием услуг в международной ассоциации информационно-телекоммуникационных сетей «Интернет» на территории России. Еще более универсальный механизм расширения компетенции арбитражных судов в отношении трансграничных споров закреплен в пп. 10 п. 1 ст. 247 АПК, согласно которому российский суд компетентен и в других случаях при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией России⁴.

Вполне разумно опасение Л.В. Терентьевой, что столь широкое толкование юрисдикции на основании критериев «правила минимальных контактов» и «наличия тесной связи» в отношении споров в сети Интернет может вылиться в проблему мультиюрисдикции, когда в отношении одного дела будут признавать себя компетентными несколько судов. Суд может установить свою компетенцию в отношении любого субъекта, разместившего информацию в сети Интернет, к которой имеется доступ [Терентьева Л.В., 2010: 68]. В этом смысле интересно решение суда по делу *Zippo Manufacturing*

⁴ Арбитражно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (с изм. от 25.12.2018) // СПС Гарант.

Co. v. Zippo Dot Com, Inc. Zippo, в котором была применена так называемая «скользящая шкала» к оценке контактов в Интернете для определения характера коммерческой деятельности, которую осуществляет юридическое лицо через Интернет. Суд оценивал «пассивный»⁵ и «активный»⁶ веб-сайт, оценив последний как критерий для персональной юрисдикции в любом месте, где есть доступ к такому сайту. Таким образом, возможность осуществления юрисдикции зависит от уровня интерактивности и коммерческого характера информационного взаимодействия, которое происходит посредством веб-сайта⁷. В указанном деле, положившем начало концепту «Zippo»-теста⁸, суд попытался наметить курс для анализа «минимальных контактов» в киберпространстве.

Иным примером поиска критериев ограничения юрисдикции в киберпространстве является тест «эффектов» Колдера (*effects test*), основанный первоначально на материалах дела *Calder v. Jones*, в котором юрисдикция может основываться на преднамеренности действий, прямо направленных на государство суда, и на причинении вреда, основная тяжесть которого возникла в государстве форума, о чем знал ответчик⁹.

Наконец, известен также «таргетинг-тест» (*targeting test*), сводимый в самом общем виде к определению целенаправленности деятельности субъекта в той или иной юрисдикции [Geist M., 2001: 1380–1404]. Механизм таргетирования позволяет ранжировать аудиторию, целенаправленно адресуя определенный контент только той ее части, которая удовлетворяет заданным критериям. Таргетинг-тест, соответственно, должен быть направлен на оценку намерений сторон и предпринимаемой ими деятельности в определенной юрисдикции. Так, в деле *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta National Inc.* американский суд квалифицировал таргетинг как «нечто большее», чем необходимое при применении теста «эффектов». Это «нечто большее» было поименовано Верховным судом США как «экспресс-нацеливание» на государство

⁵ Веб-сайт, где ответчик разместил доступную всем заинтересованным лицам информацию, что, по мнению суда, при отсутствии дополнительных контактов с государством форума или его гражданами, не может считаться достаточным для установления юрисдикции.

⁶ Веб-сайт, посредством которого ответчик заключает договоры с резидентами иностранного государства.

⁷ *Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/952/1119/1432344/> (дата обращения: 12.01.2019)

⁸ Данный способ оценки оснований к юрисдикции в деле *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc. Zippo* получил название в литературе «Zippo test».

⁹ *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984). Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/783/> (дата обращения: 12.01.2019).

форума¹⁰. Одним из наиболее значимых дел, «укрепивших» таргетинг-тест в контексте определения юрисдикции, стало дело *American Information Corp. v. American Infometrics, Inc.*¹¹ Ссылка на таргетинг как основу осуществления юрисдикции также содержится в целом ряде международных документов¹².

Таргетинг, по мнению канадского ученого М. Гейста, заведующего кафедрой Интернет-права и права электронной торговли в университете Оттавы, — это лакмусовая бумажка для интернет-юрисдикции, и является только первым шагом в числе последовательных испытаний. Второй шаг заключается в определении критериев, используемых для оценки того, действительно ли веб-сайт ориентирован на конкретную юрисдикцию. Этот шаг является сложным, поскольку критерии должны соответствовать, по крайней мере, двум важным требованиям. Во-первых, критерии должны быть технологически нейтральными, чтобы они оставались актуальными даже по мере появления новых технологий. Это требование дисквалифицирует такие критерии, как язык или валюта веб-сайта, которые подвержены преобразованию в режиме реального времени с помощью новых технологий. Во-вторых, критерии должны быть нейтральными по содержанию, чтобы не было очевидного перекаса в пользу интересов какой-либо группы субъектов.

В настоящее время практике известны разные определяющие основания судебной юрисдикции подходы: «места происхождения товара», «места нахождения конечного потребителя/места территории распространения товара», «места нахождения сервера» и пр. Таргетинг-тест требует оценки того, чтобы выбор конкретной юрисдикции являлся предсказуемым или прогнозируемым, что зависит, как пишет М. Гейст, от трехфакторной проверки на основании контракта, технологии и фактической или подразумеваемой осведомленности. Что касается контракта, то речь идет о пользовательских соглашениях, размещаемых на веб-сайтах, в которых содержатся юрисдикционные оговорки [Geist M., 2001: 1384-1385]. Здесь, однако, интересна практика оценки действительности арбитражных или пророгационных оговорок

¹⁰ *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta National Inc.* 223 F.3d 1082 (9th Cir. 2000). Available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1294391.html> (дата обращения: 14.01.2019)

¹¹ *American Information Corp. v. American Infometrics, Inc.* 139 F. Supp. 2d 696 (D. Md. 2001). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/139/696/2410013/> (дата обращения: 14.01.2019)

¹² См.: OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce. Available at: <http://www.oecd.org/sti/consumer/oecdguidelinesforconsumerprotectioninthecontextofelectroniccommerce1999.htm> (дата обращения: 14.01.2019); A Summary of the American Bar Association's (ABA) Jurisdiction in Cyberspace Project: "Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet". Available at: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/7-1_salis.pdf (дата обращения: 14.01.2019); American Bar Association Global Cyberspace Jurisdiction Project. Available at: <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0023/materials/js.pdf> (дата обращения: 14.01.2019)

в зависимости от типа сайтов, на которых размещаются содержащие их контракты: *browsewrap*¹³ и *clickwrap*¹⁴. Суд оценивает эти технологии, отвечая на вопрос: был ли потребитель должным образом уведомлен об условиях сделки¹⁵? Второй фактор, отмеченный М. Гейстом, — современные технологии, которые позволяют определять географическое положение пользователей, давая возможность владельцам веб-сайтов «направлять» свой контент на конкретные юрисдикции. Технологии географической идентификации могут быть сгруппированы, по крайней мере, в три группы: идентификация пользователя на основе IP-адреса; самоидентификация, которая часто происходит через сертификаты атрибутов; и оффлайн идентификация. Технологии допускают также осуществление действий «в обход юрисдикции» или «юрисдикционный обход» («*jurisdictional avoidance*») путем «детаргетинга» определенных юрисдикций. Третий фактор — фактическая или подразумеваемая осведомленность — является всеобъемлющим и включает в себя сведения о географическом положении потерпевших от правонарушения, выполнение заказов в оффлайн-режиме, финансовые посреднические от-

¹³ Означает пассивное согласие с условиями онлайн-контракта. На *browsewrap*-сайтах потребитель может совершить сделку без необходимости активными действиями выразить согласие с условиями договора. На *browsewrap*-сайтах обычно дается гиперссылка, кликнув на которую можно увидеть условия договора. В большинстве случаев арбитраж не применяется, когда условия о нем были указаны в документах, размещенных на *browsewrap*-сайте, за исключением случаев, когда будет установлено, что потребитель знал об арбитражной оговорке или обладает знаниями в этой области.

¹⁴ Означает активное принятие потребителем условий онлайн-контракта. *Clickwrap*-тип сайтов требует от потребителя кликнуть на поле, где указаны условия сделки до того, как она будет совершена. При размещении оговорки об онлайн-арбитраже на сайте *clickwrap*-типа, которые отображают условия контракта на том же экране, где находится кнопка «принять условия», соответствующие арбитражные соглашения, как правило, исполняются принудительно даже в тех случаях, когда потребитель фактически не читал условий контракта. См.: [Dasteel J., 2017: 1–20].

¹⁵ See: *Fagerstrom v. Amazon.com, Inc.*, 141 F. Supp. 3d 1051, 1069 (S.D. Cal. 2015). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/casdcce/3:2015cv00096/463876/25/> (дата обращения: 27.12.2018); *Van Tassel v. United Mktg. Group LLP*, 795 F. Supp. 2d 770, (N.D. Ill. 2011). Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2010cv02675/242929/80/> (дата обращения: 27.12.2018); *Fteja v. Facebook, Inc.*, 841 F. Supp. 2d 829, 837 (S.D.N.Y. 2012). Available at: <https://ru.scribd.com/document/333755525/Fteja-v-Facebook> (дата обращения 27.12.2018); *Specht v. Netscape Commc'ns Corp.*, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002). Available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1002960.html> (дата обращения: 28.12.2018); *Nguyen v. Barnes & Noble, Inc.* Available at: <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1675706.html> (дата обращения: 28.12.2018); *Kilgallen v. Network Solutions, Inc.* 99 F. Supp. 2d 125 (D. Mass. 2000). Available at: <https://casetext.com/case/kilgallen-v-network-solutions-inc> (дата обращения: 16.01.2019); *Ticketmaster v. Tickets.com*, No. CV 99-7654 HLH, 2000 WL 525390 (C.D. Cal. Mar. 27, 2000). Available at: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4518> (дата обращения: 10.01.2019). Интересно также дело *Mendoza v. AOL*, которое, будучи исключением из правила, тем не менее демонстрирует тренды в исследуемой области (*Mendoza v. America Online, Inc.*, No. 827047-2 (Cal. Super. Ct. Sept.25, 2000)).

четные документы, веб-трафик и пр., что находит отражение и в судебной практике. Все три фактора важны и должны оцениваться в совокупности. В некоторых случаях, однако, отдельные факторы могут не иметь значения, например, при подаче иска о диффамации, вероятно, достаточным для определения юрисдикции окажется фактор фактической или подразумеваемой осведомленности [Geist M., 2001: 1385, 1395–1401].

Применение таргетинг-теста к проблеме определения юрисдикции в отношении споров из отношений, возникающих в киберпространстве, может иметь положительный эффект применительно к обеим спорящим сторонам: компании-распространители контента могут минимизировать свои юридические риски путем нацеливания своей деятельности только на страны, где соответствующая деятельность легитимна; а потребители получают уверенность, что онлайн-компании в их «сегменте» Интернет-рынка не нарушают местное законодательство и права потребителей.

Критерий «направленности» деятельности на территорию страны потребителя нашел отражение в ст. 1212 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) как критерий квалификации оснований применения императивных норм права страны места жительства потребителя.

Таким образом, конфликт юрисдикций, порожденный трансграничностью спора или трансграничностью возникающих в ходе осуществления общественных отношений последствий, детерминированный киберпространством, актуализирует поиск критериев, легитимизирующих судебную юрисдикцию.

Схожие явления, сводимые к поиску адекватных критериев квалификации тех или иных юридически значимых фактов, мы можем наблюдать и в сфере материального права. Так, например, в международной коммерческой деятельности используется конструкция «коммерческое предприятие стороны» (place of business), которым оперируют международные конвенции, в первую очередь, Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (1980). Зачастую не закрепленная в национальном законодательстве, эта юридическая конструкция позволяет квалифицировать «международность» сделки и служит основанием применения соответствующей Конвенции. Если коммерческих предприятий несколько, согласно ст. 10 Конвенции принимается во внимание то, которое имеет наиболее тесную связь с договором и его исполнением. Налицо возможная дискреция правоприменительного органа и при квалификации термина «коммерческое предприятие стороны», и при разрешении иных связанных юридических казусов. Важным применительно к проблеме юрисдикции в киберпространстве в этой аналогии является «наиболее тесная связь» коммерческого предприятия со сделкой, которая определяется судом на основе его собственного

представления о характере последней. В этом смысле весь богатейший арсенал знаний о принципе наиболее тесной связи может быть использован применительно к проблеме определения юрисдикции в отношении правовых споров, возникающих в киберпространстве.

Несколько осложнить проблему судебной юрисдикции может стремление к «анонимизации» контрагентов, сделок, денежных расчетов, которая так популяризирует сегодня Blockchain-технология и подобные ей.

П. Берман предлагает «космополитическую плюралистическую концепцию юрисдикции», которая позволяет осмысливать юрисдикцию с точки зрения социальных взаимодействий, являющихся текучими процессами, а не неподвижными, застывшими в рамках границ, во времени и в пространстве. Автор доказывает, что юрисдикция должна определяться с учетом актуальной организации пространства, не сводимой к государственным границам, а также в контексте принадлежности субъекта к тому или иному сообществу, не детерминированному исключительно государствами, но субнациональными, наднациональными и транснациональными сообществами [Berman P., 2002: 311–529].

Конфликт юрисдикций — проблема, приобретшая междисциплинарный характер — опирается преимущественно на фундамент МЧП и МГП, которые с учетом огромного накопленного юридического знания рождают спектр потенциально возможных решений, как на национальном, так и на международном уровнях. Поиск универсальных моделей регулирования конфликта юрисдикций в киберпространстве возможен также посредством унификации и гармонизации.

2.2. Унификация и гармонизация

Унификация — механизм, составляющий форму существования генерального способа регулирования трансграничных частноправовых отношений — материально-правового [Дмитриева Г.К. 2016: 208]. При всех сложностях процесса унификации и часто незначительности результатов колоссальных унификационных усилий, унификация позволяет обеспечить согласование воли государств и определить принципиальные траектории в регулировании тех или иных глобальных проблем. Если вернуться к сравнению киберпространства с международной территорией, то можно обрести надежду на успех, так как правовой режим всех традиционных международных территорий определен международными договорами. Думается, что эффективность результатов унификации нормативного регулирования процессов, проходящих в киберпространстве, не выше и не ниже, чем у сопоставимых по степени политизированности областей.

Преимущества унификации помимо разработки единообразных правил поведения заключаются в вовлечении в этот процесс высокопрофессиональных и глубоко погруженных в проблематику истинно транснациональных коллективов. Следует заметить, что процесс нормотворчества сегодня также претерпевает изменения, в значительной степени смещаясь в область гармонизации и производства «мягкого права». Помимо государственных и субгосударственных структур, профессор Лондонского университета Р. Коттерелл называет четыре типа субъектов, издающих правовые нормы, регулирующие коммерческие отношения: наднациональные правительственные структуры (Евросоюз); технократические неправительственные и межправительственные органы (ЮНСИТРАЛ и УНИДРУА); судебные органы (Апелляционный орган ВТО, международные арбитражи; частные группы (неправительственные организации и торговые ассоциации) [Cotterrell R., 2012: 500–524]. Международные юридические компании создают контракты нового образца, которые становятся юридическими стандартами и влияют на создание иных норм, адвокатские объединения и арбитражи поддерживают эти процессы. Растет число акторов, создающих «снизу» в отдельных областях источники, консолидирующие «достижения практики международного оборота» [Bederman D., 2008: 176]. Активным субъектом нормотворчества становится международное бизнес-сообщество, его наиболее деятельная, высокопрофессиональная часть: эксперты, бизнес-элита, арбитры, члены торгово-промышленных палат, профессиональных сообществ, ученые [Sweet A., 2006: 627–646].

Процесс вовлечения различных акторов в нормотворчество является частным случаем более глубоких перемен, связанных с заменой типа государственного управления: бюрократия сменяется «адхократией» (*ad hoc* — от лат. *ad hoc*), властью интеллектуалов, мобилизованных по конкретному поводу, координирующей работу временных рабочих групп, возникающих и прекращающих деятельность в соответствии с темпом перемен в окружающей организацию среде. В МЧП процесс нормотворчества приобретает адхократический характер: государство конкурирует или даже замещается космополитичной юридической элитой, аккумулированной в структурах международных и негосударственных организаций, торговых палат, арбитражей, лидирующих юридических фирм. Субъектами нормотворческих процессов становятся авторитетные друг для друга лица, практики, действующие в личном качестве, объединенные в географически рассеянную, но профессионально однородную группу. В некотором смысле эти группы выглядят частными клубами или «братствами». Общность интересов предопределяет некоторое общее мировоззрение или даже общую правовую культуру, а неофициальная политика «вращающихся дверей» обеспечивает ротацию членов группы от соответствующих транснациональных институций к их национальным организациям и обратно.

Такие группы, как правило, являются автономными структурами или организациями, которые создаются для разработки и дальнейшего «обслуживания» того или иного массива норм путем их периодического обновления. Так, членский состав ЮНСИТРАЛ и УНИДРУА напоминает эпистемическое сообщество научных специалистов в области коммерческого и сравнительного права, практикующих юристов и членов государственных министерств, чем межправительственную конференцию представителей государств [Honnold J., 1999: 51]. Существует высокая степень межгрупповой кросс-фертилизации, в частности, из-за специализации, обусловленной тем кругом проблем, над которым работает соответствующая группа, что, в свою очередь, повышает репутационные риски членов группы, будучи определенным стимулом к обеспечению высокого уровня профессионализма [Levit J., 2005: 168, 196]. Последний служит одним из положительных последствий видоизменения организации нормотворческой деятельности.

Определенную надежду на востребованность и потенциальную эффективность унификационных усилий дает непомерная дороговизна трансграничных кибер-споров как для частных субъектов, так и для государств. Споры в сфере защиты прав на объекты интеллектуальной собственности, вытекающие из деятельности в киберпространстве, иски государств к провайдерам по поводу незаконного содержания размещаемого ими контента влекут огромные расходы. Это становится хорошим поводом вернуться к старым, проверенным нормотворческим практикам. Тем более, что миру известны успешные унификации, например, в сфере регулирования авторского права или права промышленной собственности, которые, по сути, решаемых ими проблем в достаточной степени близки к проблемам регулирования киберпространства. Кроме того, применимая при их унификации методология «минимальных стандартов» в условиях свободы национального регулирования также может оказаться действенной. На основе международных договоров также могут создаваться международные специализированные организации, центры по урегулированию споров. То есть администрирование регулирования соответствующих трансграничных отношений на международном уровне также может способствовать поиску единообразных и оптимальных моделей регулирования кибер-споров. Не будучи панацеей, унификация способна несколько нивелировать трудности регулирования трансграничных отношений, снизив потребность в применении коллизионного способа регулирования, более сложного и одновременно более универсального.

2.3. Коллизия права: от *lex loci* к *lex mercatoria*

Коллизия права, будучи центральной проблемой МЧП, возрастает в своей значимости в условиях киберпространства. Столкновение двух и более

правопорядков в связи с тем, что общественное отношение стало трансграничным — разве это не калькированная из реальной среды в виртуальную головоломка? Она осовременивается несколькими деталями: как выбрать какой-либо правовой порядок в качестве применимого для регулирования мультитерриториальной деятельности в киберпространстве; как выбрать применимое право, когда место осуществления деятельности не может быть легко определено в географическом пространстве? Однако поставленные вопросы кажутся относящимися сугубо к кибер-спорам только на первый взгляд. Они с той или иной степенью запутанности возникают в связи с любым трансграничным отношением, так как коллизия права по своей природе предполагает, что отношение имеет связь, как минимум, с двумя правовыми порядками. Любая крупная трансграничная сделка связана с трансграничным перемещением товара, кредитованием, страхованием, субподрядом, лицензированием и прочими юридическими действиями, которые связывают прочной сетью значительное число правовых порядков.

Иными словами, проблемы, пугающие юридическое сообщество в связи с развитием киберпространства, уже давно успешно разрешаются в рамках методологии МЧП. Применение коллизионного способа регулирования позволяет определить применимое право на основании того или иного коллизионного принципа. Коллизионный выбор права, в некотором смысле, не самоочевиден или даже произволен (при применении, например, привязки *lex voluntatis*), так как объективно существует связь правоотношения, как минимум, с двумя правовыми порядками. То же самое мы наблюдаем и в кибер-спорах. Однако, здесь еще более выпукло проявляется проблема выбора права, решаемая на основе привязки *lex loci (delicti commissi, damni, actus, contractus, a также lex rei sitae, place of business u пр.)*. Эти коллизионные принципы локализируют спорное отношение, привязывая его к какому-либо «месту» — праву того или иного государства, что некоторыми учеными ставится под сомнение в контексте «делокализованного» понимания киберпространства [Beall С., 1997: 361, 362]. Традиционные подходы к выбору применимого права терпят неудачу в сетевом мире ввиду их локально-ориентированности, в то время как Интернет создается не странами и территориальными единицами, но сетями, доменами и хостами. Примечательно, что критика традиционных коллизионных принципов преимущественно сопряжена со спорами о кибер-диффамации, которая становится объективом для изучения адекватности традиционного режима выбора права к отношениям, возникающим в киберпространстве [Davis P., 2002: 341].

Механистичность выбора применимого права, критикуемая применительно к киберпространству, перманентно нивелируется расширением сферы применения гибких коллизионных привязок: предсказуемость в некотором смысле уступает место гибкости. В первую очередь, речь идет

о расширении сферы применения принципа автономии воли сторон (*lex voluntatis*), что, собственно, характерно и для «реального мира». Наибольшим регулятивным потенциалом обладает принцип наиболее тесной связи (*proper law*), ядром которого выступает дискреция суда в оценке тех критериев, которые детерминируют выбор права. В этом смысле принцип наиболее тесной связи — это юридическое «заземление» правоотношения на ту или иную правовую почву, исходя из определения и кристаллизации наиболее понятных, предсказуемых решений, имитирующих разумную практику заинтересованного большинства. Формирование критериев наиболее тесной связи можно сравнить с централизованным прокладыванием дорожек в парке, руководствуясь траекториями тропинок, протоптанных местными жителями. Интерпретаторами такой практики, очевидно, должны быть, в первую очередь, судьи.

Не стоит забывать о потенциале такого инструмента, как «расщепление» договорного статута (*dépeçage*), который позволяет «разобрать» спорное отношение на отделимые части и подобрать к каждой из них наиболее подходящий правопорядок.

Существуют более экстравагантные коллизионные конструкции, примеры правовой эклектики, возводимые представителями разных научных школ применительно к отношениям в киберпространстве. П. Берман, последовательный приверженец идей космополитизма и противником концепции единого глобального права, оспаривает строгую привязку субъектов к территориальному расположению в пределах географических границ и развивает «космополитическую концепцию выбора права». При определении применимого права судам, по мнению автора, следует учитывать разнообразие нормативных систем, имеющих связи с конкретным спором. При этом судьи, идентифицируя себя как часть взаимосвязанной сети национальных, транснациональных и международных норм, смогут развивать юриспруденцию, отражающую космополитическую реальность. Космополитический подход не ограничивает суды в выборе одного национального правопорядка, но позволяет судьям 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. [Berman P., 2005: 1862]. 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. Бермана. В этом смысле мы легко можем прийти к выводу о возможности применения в суде в качестве применимого права норм негосударственного регулирования, выступающих регуляторами поведения в рамках того или иного сообщества.

Такой взгляд на коллизионную методологию перекликается с воззрениями немецких ученых Г. Тойбнера и А. Фишера-Лескано относительно межсистемного коллизионного права, происходящего не из коллизии отдельных национальных право порядков, но в связи с коллизией различных глобальных социальных секторов [Fischer-Lescano A., Teubner G., 2004: 999–1000]. Нормативный ландшафт все более фрагментируется, в том числе, за счет разрастания неправовой его составляющей.

Существует значительное число исследований, постулирующих возможность решения проблемы коллизии права посредством «реинкарнации» *lex mercatoria* в форме *lex informatica/ law cyberspace/ e-merchant* и тому подобных симулякров [Michaels R., 2005: 1209–1259]; [Reidenberg J., 2003: 553–593]. Как отмечает П. Берман, рост онлайн взаимодействия выстилает дорогу к возрождению *lex mercatoria*, где тысячи отдельных сделок медленно затвердевают в форме обычного права, которое в конечном итоге принимается как суверенное право государства... По иронии судьбы, «восходящая» концепция формирования права, воплощенная в *lex mercatoria*, была довестфальским международным правом [Berman P., 2002: 518-519]. Иными словами, новое — есть хорошо забытое старое? Движимое логикой юридических вызовов и ответов под влиянием самых разнообразных факторов, право самоопределяется, развивается и, с той или иной степенью динамичности, подстраивается под новые реалии, одной из которых выступает киберпространство.

Заключение

Киберпространство стало одним из определяющих свойств общества XXI века, опосредующим его формирующуюся сетевую структуру. Это переопределяет многие правовые концепты, формирует новую парадигму права. Международное право, которое исторически приспособлено к регулированию трансграничных отношений, чутко реагирует на вызовы киберпространства за счет гибкости своего инструментария и адаптивной методологии. Материальный способ регулирования, основанный на применении результатов унификации, осовременивается гармонизацией, успешно заполняющей пробелы в нормативном регулировании новых, стремительно масштабируемых общественных отношений. Коллизионный способ, решающий коллизию права, применим и к отношениям, возникающим в киберпространстве, так как он обогащен универсальным алгоритмом поиска наиболее тесной связи, определения «оседлости отношения», что осовременивается привязкой не столько к месту (*lex loci*), сколько аффилированностью с тем или иным профессиональным сообществом или социальным

сегментом. В этой части формируются новые критерии наиболее тесной связи, соотносимые со свойствами киберпространства. Параллельные процессы идут и в области конфликта юрисдикций. Наблюдается также активное эволюционирование проблемы коллизии права в пограничную область коллизии права и неправа (преимущественно *lex mercatoria*), где различные нормативные массивы, производные от совершенно разных центров компетенций, коллидируют друг с другом. Делокализованное *lex mercatoria*, которое проявляет себя в самых разных формах (от *lex sportive* и *lex informatica* до *e-merchant*), систематизируется и кодифицируется в духе права, что ставит перед правотворцами и правоприменителями задачу акцептировать соответствующие нормативные конструкты и инкорпорировать их в архитектуру нормативного регулирования.



Библиография

Дмитриева Г.К. (ред.) Унификация и гармонизация в международном частном праве. М.: Норма, 2016. 208 с.

Иссад М. Международное частное право. М.: Прогресс, 1989. 400 с.

Терентьева Л.В. Сетевое пространство и государственные границы: вопросы юрисдикции в сети Интернет. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 1. С. 63–68.

Acker R. Choice-of-Law Questions in Cyberfraud. University of Chicago Legal Forum, 1996, issue 1, pp. 437–469.

Bederman D. Globalization and International Law. New York: Macmillan, 2008, 264 p.

Beall C. The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet. Marshal Journal of Computer & Information Law, 1997, vol. 15, pp. 361–390.

Berman P. The Globalization of Jurisdiction. University of Pennsylvania Law Review, 2002, no 2, pp. 311–545.

Berman P. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era. University of Pennsylvania Law Review, 2005, vol. 153, pp. 1819–1882.

Blomley N. Law, space and the geographies of power. New York: Guilford Press, 1994, 259 p.

Bosky S. Defamation in the Internet age: Missouri's Jurisdictional flight begins with Baldwin v. Fisher-Smith. Saint Louis University Law Journal, 2012, no 2, pp. 587–612.

Castells M. The Rise of the Network Society. Information Age. Vol. 1. New York: Wiley-Blackwell, 2009, 594 p.

Chik W. «Customary Internet-ional Law»: Creating a Body of Customary Law for Cyberspace. Part 1: Developing Rules for Transitioning Custom into Law. Computer Law and Security Review, 2010, vol. 1, pp. 3–22.

Cotterrell R. What is Transnational Law? Law & Social Inquiry, 2012, issue 2, pp. 500–524.

Dasteel J. Consumer click arbitration: a review of online consumer arbitration agreements. Arbitration Law Review, 2017, vol. 9, pp. 1–20.

Davis P. The Defamation of Choice-of-Law in Cyberspace: Countering the View that the Restatement (Second) of Conflict of Laws is Inadequate to Navigate the Borderless Reaches of the Intangible Frontier. *Federal Communications Law Journal*, 2002, vol. 54, pp. 339–364.

Easterbrook F. Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum*, 1996, vol. 1, pp. 207–216.

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, pp. 999–1046.

Geist M. Is There a There — Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction. *Berkeley Technology Law Journal*, 2001, vol. 16, pp. 1380–1404.

Goldsmith J. Against Cyberanarchy. *University of Chicago Law Occasional Paper*, 1999, no 40, pp. 1–37.

Giddens A. *The Consequences of Modernity*. Stanford: University Press, 1990, 186 p.

Honnold J. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 51.

Johnson D., Post D. Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*, 1996, vol. 48, pp. 1367–1402.

Lastowka G. Foreword: Paving the Path of Cyberlaw. *William Mitchell Law Review*, 2013, vol. 38, pp. 1–9.

Levit J. A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments. *The Yale Journal of International Law*, 1996, no 125, pp. 125–209.

Michaels R. The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism. *Wayne Law Review*, 2005, vol. 51, p. 1209–1259.

Menthe D. Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 1998, vol. 4, pp. 69–103.

Polanski P. *Customary Law of the Internet: in the Search for a Supranational Cyberspace Law*. The Hague: Asser Press, 2007, 413 p.

Reidenberg J. States and Internet Enforcement. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 2003, vol. 1, pp. 213–230.

Sommer J. Against Cyberlaw. *Berkeley Technology Law Journal*, 2000, vol. 15, pp. 1145–1232.

Sweet A. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*, 2006, vol. 13, pp. 627–646.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2020. No 2

Cyberplace and Methodology of International Private Law



Mariya V. Mazhorina

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya–Kudrinskaya Str., Moscow 125593, Russian Federation. E-mail: mvmazhorina@msal.ru



Abstract

Is it possible to regulate an extensive segment of transborder relations in cyber space with the available legal tools and is reasonable to discuss the formation of the new bulk of norms in cyber space? The aim of the article is an attempt to answer this question through the prism of the regulation mechanism in trans-border private law relations belonging to the subject matter of international private law. Due to the nature and the presence of *foreign component*, the private law relations are closely connected with those emerging due to the scale of cyber space. The methodology of the international private law has adjusted during many centuries to the regulation of trans-border relations having developed a number of mechanisms with a high degree of flexibility and able to respond efficiently to the challenges of the modern society. Cyber space as a new environment for net community makes the issues of the past generation relevant, in particular conflict of jurisdictions and conflict of laws. The solutions are developing both by adjusting the traditional regulatory models and the development of the new ones some of which are being discussed in the article. The research argues that the concept of cyber law as an autonomous legal system regulating public relations in cyber space is irrelevant as the very nature of the relations are not transformed. However, law needs to realize cyber space and formulate relevant responses to the new forms of making trans-border private law relations objective. In particular, the sphere concerning the definition of jurisdiction may draw the attention due to the theoretical concepts and practice: Calder effects, Zippo-test, targeting test etc. Conflict of laws has a tendency of shifting from local legal relations with *lex loci* to a more flexible conflict of laws regulation. or the cosmopolitan approach of the applicable law presented by P.S. Berman. Cyber space makes *lex mercatoria* relevant again which may be referred to as *lex informatia* or *e-merchant*. As accumulated, all the above-mentioned may enrich the modern doctrine and practice of international private law.



Keywords

net, cyberspace, cyber law, international private law, *lex mercatoria*, e-merchant, conflict of jurisdictions, choice of law, conflict of law norms, targeting.

Acknowledgements: The paper is prepared under support of Russian Fund for Basic Researches (RFBR) as part of RFBR project N 18-29-16061).

For citation: Mazhorina M.V. (2020) Cyberplace and Methodology of International Private Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 230–253 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2020.2.230.253



References

- Acker R. (1996) Choice-of-Law Questions in Cyberfraud. *University of Chicago Legal Forum*, issue 1, pp. 437–469.
- Beall C. (1997) The Scientological Defenestration of Choice-of-Law Doctrines for Publication Torts on the Internet. *Marshal Journal of Computer & Information Law*, vol. 15, pp. 361–390.
- Bederman D. (2008) *Globalization and International Law*. New York: Macmillan, 264 p.
- Berman P. (2002) The Globalization of Jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, no 2, p. 311–545.

- Berman P. (2005) Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, p. 1819–1882.
- Blomley N. (1994) *Law, space and the geographies of power*. New York and London: Guilford Press, 259 p.
- Bosky S. (2012) Defamation in the Internet age: Missouri's Jurisdictional flight begins with Baldwin v. Fisher-Smith. *Saint Louis University Law Journal*, no 2, pp. 587–612.
- Castells M. (2009) *The Rise of the Network Society. Information Age*. Vol. 1. Oxford: Wiley-Blackwell, 594 p.
- Chik W. (2010) «Customary Internet-ional Law»: Creating a Body of Customary Law for Cyberspace. Part 1: Developing Rules for Transitioning Custom into Law. *Computer Law and Security Review*, vol. 1, pp. 3–22.
- Cotterrell R. (2012) What is Transnational Law? *Law & Social Inquiry*, issue 2, pp. 500–524.
- Dmitrieva G.K. (ed.) (2016) *Unification and harmonization in international private law. Theory and practice*. Moscow: Norma, 208 p. (in Russian)
- Dasteel J. (2017) Consumer click arbitration: a review of online consumer arbitration agreements. *Arbitration Law Review*, vol. 9, pp. 1–20.
- Davis P. (2002) The Defamation of Choice-of-Law in Cyberspace: Countering the View that the Restatement (Second) of Conflict of Laws is Inadequate to Navigate the Borderless Reaches of the Intangible Frontier. *Federal Communications Law Journal*, issue 2, pp. 339–364.
- Easterbrook F. (1996) Cyberspace and the Law of the Horse. *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1, pp. 207–216.
- Fischer-Lescano A., Teubner G. (2004) Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, pp. 999–1046.
- Geist M. (2001) Is There a There — Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 16, pp. 1380–1404.
- Giddens A. (1990) *Consequences of Modernity*. Stanford: University Press, 186 p.
- Goldsmith J. (1999) Against Cyberanarchy. *University of Chicago Law Occasional Paper*, no 40, pp. 1–37.
- Hannerz U. (1989) Notes on the Global Ecumene. *Public Culture*, issue 2, pp. 66–75.
- Honnold J. (1999) *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. The Hague: Kluwer Law International, p. 51.
- Issad M. (1989) *International private law*. Moscow: Progress, 400 p. (in Russian)
- Johnson D., Post D (1996) Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*, vol. 48, pp. 1367–1402.
- Lastowka G. (2013) Foreword: Paving the Path of Cyberlaw. *William Mitchell Law Review*, vol. 38, pp. 1–9.
- Levit J. (1996) A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments. *The Yale Journal of International Law*, no 5, pp. 125–209.
- Michaels R. (2005) The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism. *Wayne Law Review*, vol. 51, pp. 1209–1259.
- Menthe D. (1998) Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 4, pp. 69–103.

Polanski P. (2007) *Customary Law of the Internet: In the Search for a Supranational Cyberspace Law*. The Hague: Asser Press, 413 p.

Reidenberg J. (1998) Lex Informatica: The Formulation of Information Technology Rules through Information Technology. *Texas Law Review*, no 3, pp. 553–593.

Reidenberg J. (2003) States and Internet Enforcement. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 1, pp. 213–230.

Sommer J. (2000) Against Cyberlaw. *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 15, pp. 1145–1232.

Sweet A. (2006) The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*, vol. 13, pp. 627–646.

Terentyeva L.V. (2010) Net space and state borders: jurisdiction in the Internet. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* no 1, pp. 63–68 (in Russian)