

Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации¹



М.В. Мажорина

кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Адрес: 123995, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9. E-mail: mazhorinamaria@gmail.com



Аннотация

Глобализация изменила облик мира, породила перестройку социума, трансформацию государства и его суверенитета и привела к «разгосударствлению» права. Наибольшим изменениям подвержено сегодня международное частное право, где наблюдаются: увеличение числа субъектов нормотворчества и адхократический характер последнего; усиление и видоизменение процесса деллокализации права; стандартизация и поиск новой правовой идентичности; беспрецедентное разрастание массива норм негосударственного регулирования и поиски путей их легитимизации; активное развитие альтернативных негосударственной и надгосударственной систем разрешения трансграничных споров; парадигмальные сдвиги в области правопонимания, обусловленные интерпретацией понятия «нормы права»; актуализация института автономной правовой квалификации и пр. Разгосударствление права способствует его фрагментации, которая в рамках международного частного имеет две области проявления: нормативную и институциональную. Все это порождает эффект «запараллеливания» социальных реальностей, при котором формируются коллидирующие системы регулирования трансграничных отношений и соответствующие им системы разрешения споров, построенные на основе государственного права и негосударственного права. Новый социум и новая цивилизация формируют запрос на новое право, которое находится в поиске своей идентичности. Возникшие в связи с этим доктрины глобального негосударственного права требуют осмысления и концептуализации, а новые виды социальной практики — *lex informatica*, *lex digitalis*, *lex electronica* или *lex networkia*, *lex sportiva*, *lex constructionis*, *lex laboris internationalis* — нуждаются в адаптации к современной парадигме международного частного права. В статье исследуется многослойная нормативно-плюралистическая архитектура и делаются предположения относительно будущего нормативно-правового ландшафта применительно к трансграничным частноправовым отношениям. Формирующийся миропорядок, в авангарде которого находится глобальная экономика и обслуживающие ее трансграничные частноправовые отношения, по-прежнему регулируется правом, исходящим от государства, но последнее утрачивает регулятивную монополию, а потому требуется переосмысление нормативной надстройки и формирование нового юридического языка, способного осмыслить и объяснить последствия глобализации в правовом поле.

¹ Статья подготовлена в рамках проекта Российского фонда фундаментальных исследований № 18-011-00883 «Информационный суверенитет: от вопросов определения юрисдикции государства до он-лайн разрешения споров».



Ключевые слова

глобализация, негосударственное регулирование, международное частное право, применимое право, *lex mercatoria*, ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА, разгосударствление права, фрагментация права.

Библиографическое описание: Мажорина М.В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 193–217.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.193.217

1. Глобализация: последствия для права

1.1. Новая модель социума

Процесс глобализации серьезным образом трансформирует современное мироустройство. Ю. Базедов обращается к концепту «открытого общества», базис которого составляет торговля, влекущая за собой растущую проницаемость национальных границ, постепенно увеличивающуюся взаимозависимость обществ и экономик и интернационализацию жизни отдельных индивидов². Социолог М. Кастельс в контексте информатизации социума пишет о формировании «сетевое общества» (*network society*) — динамичной открытой системы, в основе которой лежат сети производства, власти и опыта³. В качестве сетей могут выступать, например, рынки ценных бумаг и обслуживающие их вспомогательные центры. У И. Валлерстайна глобализация — это новая высокоэффективная система мирового экономического хозяйствования, основанная на всемирной диффузии западной идеологии, которая создает новое чувство идентичности, заменяющее традиционные основы и прежний образ жизни⁴. Фактически глобализация ведет к созданию общества, лишённого традиционных признаков социальности: национальной, исторической, культурной и даже правовой идентичности. Это один из подходов в русле европеизации⁵, американизации⁶, вестернизации или «макдоналдизации» права⁷.

² Базедов Ю. Право открытых обществ — частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права. М., 2016. С. 13.

³ Castells M. The Information Age. Economy, Society, and Culture. The Rise of the Network Society, N.Y., 2010. P. 501.

⁴ Валлерстайн И. Конец знакомого мира: социология XXI в. М., 2003. С. 6.

⁵ Van Erp S. European Private Law and Legal Globalisation // Electronic Journal of Comparative Law. Vol. 6. January 2002.

⁶ Kennedy D. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal. Cambridge, 2006.

⁷ Robertson R. Globalization: Social Theory and Global Culture. London, 1992.

1.2. Глобализация экономики и глобализация права

Первопричиной изменений является глобализация экономики. Наблюдается сращивание национальных экономик в единую, хотя и не гомогенную, мировую экономическую систему (сеть), построенную на принципе глобальной взаимозависимости. Глобализация демонстрирует переход власти от государственных субъектов к экономическим⁸. Эра глобализации экономики — это, одновременно, эра локализации политики⁹.

Глобализация экономики приводит к глобализации права. Новое экономическое устройство мира уже не удовлетворяется ранее сложившимися механизмами правового регулирования. Когда «лицо мира» изменилось, необходимо, чтобы и право изменилось¹⁰. Современная юридическая карта мира — это разноцветное лоскутное одеяло национальных правовых порядков — трещит по швам сообразно тому, как государственные границы обесмысливаются и становятся формальными линиями на политических картах ввиду трансформации статуса государств. Правовая надстройка уже не может иметь прежнего характера автономных правовых массивов, требуется ее переосмысление с позиции глобального экономического и социального базиса.

В качестве прогнозируемых изменений в праве под воздействием глобализации У. Твайнинг называет возникновение новых субъектов с сильной транснациональной ориентацией; смещение традиционно национальных объектов в область транснационального измерения; возрастание осознания плюрализма и мультикультурализма; необходимость в систематическом переосмыслении и «переоценке» определенных областей, в частности, пересмотр западных правовых канонов и обращение к незападным правовым традициям для поиска ответов на вопросы современности¹¹.

Прежняя правовая архитектура не рухнула, но все больше расшатывается наднациональными, межнациональными и транснациональными экономико-ориентированными акторами в условиях ослабления или видоизменения государственного суверенитета. Новая же правовая архитектура в своем эмбриональном состоянии лишь локально концептуализируется. Право находится в состоянии экстренного и хаотичного поиска новых правовых мо-

⁸ Teubner G. Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? // https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852650/global_private_regimes.pdf (дата обращения: 10.10. 2017)

⁹ Ibid.

¹⁰ Mak V. Globalization, Private Law and New Legal Pluralism // New York University School of Law. N. Y., 2015. P. 3.

¹¹ См.: Twining W. Globalisation and legal scholarship. Montesquieu Lecture, 2009 // <https://lapa.princeton.edu/uploads/2011-0210%20Twining%20Paper.pdf> (дата обращения: 30.10.2017)

делей, форм, механизмов нормативного регулирования возникающих общественных отношений.

Возможно выделить две ключевые тенденции, развивающиеся в правовой плоскости, предопределяющие иные изменения, которые имеют непосредственное отношение к международному частному праву (далее — МЧП):

1) трансформация статуса государства в политической структуре общества и ослабление государственного суверенитета;

2) «приватизация»/ «денационализация»/ «разгосударствление» права.

Очевидно, оба процесса тесным образом связаны. В возникшей последовательности: трансформация статуса государства — «разгосударствление» права, очень трудно определить, что чему предшествует. Уже не выглядит оксюмороном юридической науки вопрос о праве без государства¹², он даже становится предметом исследования в рамках постюриспруденции или юриспруденция без государства и права¹³.

1.3. Трансформация статуса государства и ослабление государственного суверенитета

Проблема видоизменения статуса государств в политической структуре общества приобрела поистине международный и междисциплинарный характер¹⁴. Например, в Бременском университете (Германия) создан исследовательский Центр трансформации государства, всесторонне исследующий разные аспекты эволюции института государства и права, а также прогнозирующий будущее суверенного государства¹⁵. По образному замечанию Ж.-Б. Оби, глобализация поражает институт государственного суверенитета в самое сердце¹⁶. К. Бенилеф и Ф. Желина считают, что цифровые технологии и средства коммуникации бросают вызов принципу национального суве-

¹² См.: *Васильев А.М.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М., 1976.; *Власенко Н.А.* Язык права. Иркутск, 1997.

¹³ *Веденев Ю.А.* Юридическая наука в системе междисциплинарных связей // *Lex Russica*. № 6. 2017. С. 13.

¹⁴ См.: *Bederman D.* Globalization and International Law. N. Y., 2008. P. X–XI, 176; *De Carolis D.* The process of harmonization of the law of international commercial arbitration: drafting and diffusion of uniform norms. Doctoral Thesis // <http://eprints-phd.biblio.unitn.it/214/1/dissertation.pdf> (дата обращения: 22.10. 2017); *Cohen J.* Globalization and sovereignty: Rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism. Cambridge, 2012; *De Burca G.* Developing Democracy Beyond the State // *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 46, No. 2, 2008; *Koh H.* Review Essay: Why do Nations Obey Law? // Faculty Scholarship Series. Paper 2101. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2101 (дата обращения: 30.10. 2017)

¹⁵ <http://www.sfb597.uni-bremen.de/pages/forProjekte.php?SPRACHE=en> (дата обращения: 11.11. 2017)

¹⁶ *Auby J.-B.* La globalization, le droit et l'Etat. Paris: 2010. P. 95.

ренитета, а само понятие суверенитета стало неустойчивым¹⁷. М. Кастельс прогнозирует зарождение сетевого государства, в котором выживут нации-государства, но не их суверенитет¹⁸. М. Миноу называет три области, в которых разворачиваются события, оказывающие влияние на статус современного государства: расширение числа частных субъектов, выполняющих государственные функции; включение арбитражных оговорок в потребительские договоры; массовое использование Интернета и цифровой связи потребителями и предпринимателями¹⁹.

В российской литературе также исследуются процессы трансформации институтов государства и государственного суверенитета в условиях глобализации. Н.Б. Пастухова, в частности, пишет о «пост-суверенном мировом порядке», в котором глобализация трансформирует саму роль государства в современном мире²⁰. Е.А. Войниканис замечает, что процессы глобализации ставят под сомнение монопольную роль государства в создании права и осуществлении правосудия²¹. Творцов правовой глобализации, по мнению М.В. Захаровой, можно условно разделить на два крупных блока: акторы, обладающие государственным характером актуализации; публичные и частные акторы наднационального и межнационального вектора функциональности²².

1.4. «Разгосударствление» права

Последствия трансформации статуса государства проявляются в праве. В XXI веке закладывается новая правовая действительность, над созданием которой активно работают не только (а порой, и не столько) государственно-властные образования, но и частные акторы: мировое бизнес-сообщество или бизнес-элиты в лице транснациональных и мультинациональных организаций, надгосударственных структур. Европейцы все больше привыкают к мысли, что большая часть законов исходит не из их собственного

¹⁷ *Benyekhlef K., Gélinas F.* The International Experience in regard to Procedures for Settling Conflicts relating to Copyright in the Digital Environment // *Copyright Bulletin*. No. 4, 2001. P. 7.

¹⁸ *Кастельс М.* Информационная эпоха: экономика, общество и культура / http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Polit/kastel/02.php (дата обращения: 26.12.2017)

¹⁹ *Minow M.* Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs // *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 52. 2017. P. 146–167.

²⁰ *Пастухова Н.Б.* Проблемы государственного суверенитета. М., 2006. С. 45–46.

²¹ *Войниканис Е.А.* Парадигмальный сдвиг в современном праве / *Философия политики и права*. М., 2010. Вып. 1. С. 138–161.

²² *Захарова М.В.* Влияние глобализации на юридическую карту мира // *Lex Russica*. 2011. № 3. С. 433–434.

национального государства, а из общеевропейских институтов²³. Юридическое сообщество в связи с этим должно быть озадачено вопросом: кто же вместо государства или совместно с ним становится современным «законодателем» (нормотворцем)? В условиях, когда современное общество впадает в колоссальную зависимость от цифровых ресурсов для связи, хранения, распространения и получения информации, возникает вопрос информационного суверенитета государств. Кто управляет современным обществом: государства или фейсбук?

Ответ на вопрос, кто создает право, предопределяет ответ на другой вопрос — что является правом. Таким образом, меняющийся круг субъектов правотворчества формирует новую парадигму современного правовопонимания. Закон уже «выплеснулся» за пределы национального государства²⁴, а потому сегодня активно разрабатываются концепции «приватизации»/ «денационализации»/ «разгосударствления» права²⁵. Концепты «частного правотворчества»²⁶ и «частного правопорядка» становятся навязчивым трендом зарубежной юридической мысли²⁷. Частное правотворчество соотносится с аполитичностью процедуры формирования права²⁸. При этом глобализационные изменения в различных отраслях права идут с неодинаковой быстротой. Наибольшему влиянию глобализации подвержены: международное право, экологическое право, международное частное право, право международной торговли, международное банковское право, информационное право, международное налоговое право, международный гражд-

²³ Cotterrell R. What Is Transnational Law? // Law & Social Inquiry. Spring 2012. P. 500.

²⁴ Ibid. P. 501–524.

²⁵ Peters A., Pagotto I. Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective // New Models of Governance. Basel, 2006. P. 5–6.

²⁶ См.: Teubner G. Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems // American Journal of Comparative Law. January 1997. P. 157; Globalization and Private Law. Cheltenham, 2010. P. 17.

²⁷ См.: Noortmann M., Ryngaert C. Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers. London, 2010; Cafaggi F. A comparative analysis of transnational private regulation: legitimacy, quality, effectiveness and enforcement // http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/a-comparative-analysis-of-transnational-private-regulation-fcafaggi_12062014.pdf (дата обращения: 1.09. 2017); Goldmann M. A matter of perspective: Global governance and the distinction between public and private authority (and not law) // Global Constitutionalism. March 2016. P. 48–84; Amstutz M. Global (Non-) Law: The Perspective of Evolutionary Jurisprudence // German Law Journal. No. 4. 2008. P. 465–476; Zumbansen P. Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power // Law and Contemporary Problems. Vol. 76. 2013. P.117–138; Michaels R. and Jansen N. Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization // The American Journal of Comparative Law. Vol. 54. 2006. P. 843–890.

²⁸ Galgano F. The New Lex Mercatoria // Annual Survey of International & Comparative Law. Issue 1. 1995. P. 109.

данский процесс, международный коммерческий арбитраж. Одной из сфер преломления глобализации стал финансовый рынок²⁹.

Еще одним концептом современности становится доктрина «транснационального права»³⁰, именуемая «темной лошадкой» или прото-концепцией³¹, и ее разновидности: концепции «транснационального коммерческого права»³², «мирового права»³³, «глобального права»³⁴. Квинтэссенцией транснационального права выступают именно те нормы, которые никуда не вписываются, что возвращает нас к полемике: что же есть право и каково его будущее. Транснациональное право, по выражению К. Скотта — это приглашение взглянуть на правовые явления глазами правового плюрализма³⁵. Собственно, концепции глобального/транснационального права, «разгосударствления» права, утраты государственной монополии на правотворчество следуют рука об руку³⁶.

У. Твайнинг утверждает, что глобализация бросает три вызова традиционной (западной) юриспруденции: а) «теориям черного ящика», которые квалифицируют национальные государства, общества, правовые системы и правовые режимы как закрытые и непроницаемые структуры, которые могут изучаться изолированно; б) идее, что изучение права может ограничиваться двумя типами правопорядков: международным правом и национальным правом; в) адекватности большинства современных юридических концепций и того юридического языка или категориального аппарата, посредством которых идет обсуждение правовых феноменов³⁷. Дихотомии национального и международного права, публичного и частного права признаются неадекватными для учета новых регуляторов, возникающих на глобальной сцене³⁸,

²⁹ Захарова М.В. Указ. соч. С. 434–435.

³⁰ См.: Jessup P. C. *Transnational Law*. New Haven, 1956; César A. *Transnational Law as an Excuse*. How teaching law without the state makes legal education better // ESADE Working Paper № 219. October 2011. P. 20.

³¹ Scott C. *Transnational Law*’ as a Proto-Concept // *German Law Journal*. Issues 6/7. 2009. P. 864.

³² См.: Cranston R. *Theorizing Transnational Commercial Law* // *Texas International Law Journal*. No. 42. 2007. P. 597–617.

³³ См.: *Bederman D. Globalization and International Law*. London, 2008.

³⁴ *Domingo R. The New Global Law*. Cambridge, 2010; *Capaldo Z. The Pillars of Global Law*. London, 2008.

³⁵ Scott C. *Op. cit.* P. 868–875.

³⁶ См.: *Teubner G. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* // *Cardozo Law Review*. N 13. 1992. P. 1443–1462.

³⁷ *Twining W. General Jurisprudence* // *University of Miami International and Comparative Law Review*. No. 1. 2014.

³⁸ См.: *Koh H. Transnational Legal Process* // http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers (дата обращения: 2.12. 2017); *Möllers C. Transnational Governance without a Public Law? /Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford, 2004. P. 329–330.

поскольку отсутствует прямая связь между государственной властью и правопорядком, нет четкого разделения между частным и публичным правом, осуществляется «бесшовный» переход между нормами права и другими регуляторами³⁹.

Науке не хватает правового языка, чтобы описать и осмыслить происходящее, так как традиционная терминология разработана исключительно для государственного права, и язык формально-догматической юриспруденции уже не фиксирует и не выражает реальности права, а потому наука нуждается в «лингвистическом развороте».

Мы столкнулись с явлением, которое невозможно игнорировать, так как оно, будто гигантское цунами, накрывает всю прежнюю юриспруденцию и грозит стереть ее с лица земли. Это негосударственное право (*non-state law*), требующее осмысления и концептуализации. В настоящее время закладывается будущее нового права, которое должно быть адекватным новому социально-культурному контексту. Возможно, мы имеем шанс стать свидетелями появления « сетевого права » — как надстройки « сетевого общества ». Это требует выработки новых концепций, нового языка, объяснительного материала, так как позитивистская модель права исчерпала свой потенциал и уже не может служить полноценной надстройкой над трансформировавшимся базисом. Современный социум вырос из платья права XIX–XX веков, и мы не можем не замечать, что король рискует оказаться голым. Но новый гардероб королю вполне может быть « раскроен » в мастерских МЧП, которое в силу своей экономически-ориентированной природы находится в авангарде происходящих изменений, в то время как для отдельных отраслей (преимущественно публичных) характерен эффект серьезного запаздывания.

Международное частное право в эпоху перемен

2.1. Сетевой характер трансграничных частноправовых отношений

Современные трансграничные частноправовые отношения, понимаемые как отношения, выходящих за пределы одного государства и тем или иным образом связанные с правовыми системами разных государств⁴⁰, приобретают сетевой характер.

Мир выстраивается в логике пространства потоков, а люди пытаются продолжать жить в пространствах мест. В контексте МЧП поток становится

³⁹ Sieber U. A. Legal Order in a Global World. The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms // Max Planck Yearbook of United Nations Law. Vol. 14. 2010. P. 1–49.

⁴⁰ Международное частное право / отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2004. С. 9 (автор главы — Г.К. Дмитриева).

ся ключевой чертой трансграничных отношений. Именно здесь назревает существенное противоречие: сетевой характер отношений подразумевает децентрализацию, в то время как право в формально-догматическом смысле имеет иерархическую структуру⁴¹. Возникает конфликт, выражающийся в неадекватности фрагментарного и относительно статичного правового ландшафта и локализованных систем разрешения споров по трансграничным отношениям, интегрированным в глобальную сеть.

2.2. Новые субъекты нормотворчества и его адхократический характер

В сфере регулирования трансграничных частнопрововых отношений уже многие годы лидирующая роль в выработке соответствующих норм принадлежит ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА, Гаагской конференции по МЧП, а также Международной торговой палате (ИСС) и прочим организациям. Международно-ориентированные юридические фирмы усиливают воздействие на процессы стандартизации: они создают контракты нового образца, которые становятся 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. Активным субъектом нормотворчества становится международное бизнес-сообщество, его наиболее деятельная, высокопрофессиональная часть: эксперты, бизнес-элиты, арбитры, члены торгово-промышленных палат, профессиональных сообществ, ученые⁴².

Процесс активного участия частных акторов в нормотворчестве является, на наш взгляд, частным случаем более глубоких перемен, связанных с заменой типа государственного управления: бюрократия сменяется «адхократией» (*adhocrasu* — от лат. *ad hoc*), координирующей работу множества временных рабочих групп, возникающих и прекращающих свою деятельность в соответствии с темпом перемен в окружающей организацию среде⁴³. Введенный в научный оборот футурологом Э. Тоффлером, термин «адхократия» определяется как власть интеллектуалов, мобилизованных по конкретному поводу⁴⁴.

В МЧП процесс нормотворчества приобретает адхократический характер: государство замещается космополитичной юридической элитой, акку-

⁴¹ Войниканис Е.А. Указ. соч. С. 143.

⁴² Sweet-Stone A. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance // Journal of European Public Policy. August 2006. P. 627–646.

⁴³ Toffler A. Future Shock. N.Y., 1970. P. 505.

⁴⁴ Toffler A. The Third Wave. N.Y., 1980. P. 215.

мулированной в структурах международных и негосударственных организаций, торговых палат, арбитражей, лидирующих юридических фирм и пр. Субъектами негосударственных нормотворческих процессов становятся авторитетные практики (а не дипломаты и законодатели), действующие в личном качестве, объединенные в географически рассеянную, но профессионально однородную группу. В некотором смысле эти группы выглядят частными клубами⁴⁵ или «братствами», объединенными общностью интересов, мировоззрения, правовой культуры.

Адхократия находит выражение в нескольких ипостасях: в характере нормотворчества, в практике разрешения споров. Процессы адхократического типа высокопрофессионально организованы, но лишены широкой представительности и эндемичны по своей природе, а потому их результаты во многом зависимы от правовых предпочтений членов «клуба». Это усиливает и без того существенную фрагментацию права.

2.3. Делокализация международного частного права

Глобализация стирает идентичности, подрывает устои национального права и порождает сетевое право. Влияние международного права и «нетрадиционных источников права» в контексте формирования норм МЧП *de facto* растет⁴⁶. Однако унификация, будучи действенным способом делокализации, находится в стадии стагнации и уступает первенство гармонизации⁴⁷. Международные договоры утрачивают прежнее значение и отчасти замещаются так называемыми «несвязывающими» (*non-binding*) правовыми механизмами.

Мы наблюдаем уникальные практики, когда на межгосударственном уровне параллельно разрабатываются одноименные документы, практически идентичные по содержанию, но разные по форме. Речь идет о проекте ЮНСИТРАЛ в части подготовки документа о приведении в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в рамках согласительной процедуры. ЮНСИТРАЛ одновременно ведет работу над проектом Конвенции и проектом Типового закона⁴⁸. Таким образом, своего рода «вторая Нью-Йоркская конвенция» концептуализируется в разных

⁴⁵ См.: Keohane R., Nye J. The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy // <https://www.cigionline.org/publications/regime-complex-managing-global-cyber-activities> (дата обращения: 12.12.2017)

⁴⁶ Globalization and Private Law... P. 2.

⁴⁷ См.: Унификация и гармонизация в международном частном праве. Вопросы теории и практики / отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2016.

⁴⁸ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/083/22/PDF/V1708322.pdf?OpenElement>

формах. Родившийся когда-то в практике ЮНСИТРАЛ метод модельного регулирования продолжает активно развиваться.

Особенностью процесса делегализации МЧП становится то, что она осуществляется «снизу» частными акторами. Соответственно этому меняются методы и инструменты делегализации. Методами делегализации МЧП становятся «стандартизация»⁴⁹, «нормализация международных контрактов»⁵⁰, «типизация». Международный договор как основной инструмент делегализации заменяется типовыми/модельными законами, типовыми контрактами, руководствами, сводами и иными формами объективирования норм негосударственного регулирования.

Меняются и результаты делегализации МЧП. Стандартизация и типизация в некотором смысле безразличны к национальному праву, но работают на бесперебойное продуцирование норм негосударственного регулирования и типизацию деловой практики. Если унификация есть волевой процесс, посредством которого государство намеренно делегализует свое право в ходе правовой самоидентификации, то стандартизация и типизация идут фактически без участия государства и «с тыла» обезличивают правовые поля, стирают правовую идентичность государств. Унификация остается методом делегализации права в мультинациональном мире, а стандартизация и типизация становятся методами делегализации права мира глобального.

2.4. Разрастание массива норм негосударственного регулирования и новые формы их объективизации

Мы наблюдаем лавинообразный рост норм негосударственного регулирования⁵¹. Созданные не государствами, но рожденные в рамках международных неправительственных организаций или объединений, не обеспеченные механизмом принудительного и даже обязательного исполнения, соответствующие нормы объективируются в сводах, принципах, правилах.

⁴⁹ Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt, 1993.

⁵⁰ Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей. М., 2016. С. 7. См. также: Николюкин С.В. Систематизация и стандартизация международных торговых обычаев (на примере ИНКОТЕРМС-2010) // Юрист. 2013. № 6. С. 12–17.

⁵¹ В сфере межгосударственного регулирования появилась также концепция «неформального международного правотворчества», исследованию которой был, в частности, посвящен проект Гаагского института интернационализации права (2009–2012). Результатом проекта стало комплексное исследование, достоверно демонстрирующее значимую роль «неформальных» источников в развитии международного права, в его стандартизации, унификации и гармонизации. Informal International Lawmaking: Case Studies. The Hague, 2012 // file:///C:/Users/%D0%9C%D0%B0%D1%80%D0%B8%D1%8F/Downloads/LOTFS_3_Web.pdf (дата обращения: 10.11.2017)

В литературе говорится о методе «ползучей» (К. Берджер)⁵² или «прогрессирующей» кодификации⁵³. Наряду с периодическим обновлением уже ставших традиционными сводов, фиксирующих обычные нормы (ИНКОТЕРМС, Унифицированные обычаи и правила по документарным аккредитивам), Унифицированные правила о Инкассо, Оговорки о страховании грузов института Лондонских страховщиков), появляются акты негосударственного регулирования, в которых предпринимается попытка кодифицировать и истолковать нормы *lex mercatoria* (Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА; Принципы европейского договорного права; Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria* CENTRAL и пр.).

Формируется целая система стандартов как поведенческого типа, так и технического характера: кодексы поведения транснациональных корпораций, транснациональные стандарты безопасности в рамках Международной организации по стандартизации (ISO), межбанковская система управления, регулирования и стандартизации электронных трансферов и расчетов SWIFT. В рамках Международной организации комиссий по ценным бумагам ведется выработка единых стандартов поведения на рынках ценных бумаг, принципы и нормы кодифицируются в резолюциях и меморандумах о взаимопонимании. Юристами транснациональных корпораций или юридическими консультантами международных ассоциаций торговли создаются контракты нового образца, которые становятся стандартами. Эти договорные модели, зачастую не известные национальному праву, всегда именуется английскими терминами — лизинг, франчайзинг и распространяются по всему миру. Наконец, разработаны документы, направленные на формирование новых практик в области коллизионного и материального регулирования трансграничных отношений (Модельные правила европейского частного права; Гаагские принципы о праве, применимом к международным контрактам; Вненациональные нормы как применимое право к международным контрактам МТП).

Таким образом, «сбор и фиксация» сменяются «кодификацией и толкованием», трансформируясь в конечном итоге в «создание и квалификацию». От акта неофициальной кодификации торговых обычаев мы приходим к «применимому праву», что является бескровной революцией в области нормативного регулирования трансграничных отношений и (что еще более важно) в области правопонимания. Появление подобных кодифицированных источников норм негосударственного регулирования бросает вызов не

⁵² Berger K. The Creeping Codification of the New Lex mercatoria. Dordrecht, 2010.

⁵³ См., напр.: Пугинский Б.И., Амиров А.Т. Важный шаг в развитии нового Lex mercatoria // http://mgu-commercial-law.narod2.ru/Literatura/Statya_i_principipy_CENTRAL.doc (дата обращения: 24.04.2013)

только самому содержанию частного права, но и тому, как оно должно формироваться, а, как следствие, его природе.

По мнению Я. Смитса, пришло время найти новый источник легитимности соответствующих норм, и очевидно, что он не может проистекать из власти государства в форме актов национальных парламентов⁵⁴. В качестве такого источника автор видит механизм конкуренции юрисдикций, посредством которого субъекты рынка самостоятельно избирают нормы, наиболее удобные для регулирования возникающих отношений. Фактически осуществляется рыночный отбор наиболее удачных нормативных моделей. Так, например, DCFR⁵⁵ может быть использован в качестве инструментария европейским законодателем, в качестве источника вдохновения — Европейским судом и национальными судами, в качестве субсидиарного источника — сторонами контракта. Если DCFR не применяется, составители несут ответственность за отсутствие успеха правового режима.

Д. Левит пишет о «восходящем» международном нормотворчестве, которое представляет собой мягкий процесс, продуцирующий «твердые» правовые результаты. Его результатом становится автономная «закрытая правовая система» материальных норм и процедур их толкования с эффектом практико-ориентированной автокоррекции⁵⁶. Такое «восходящее» нормотворчество не замещает традиционного «нисходящего», но осуществляется «бок о бок» с последним⁵⁷.

Таким образом, традиционный метод правотворчества посредством «сплава» законодательной воли и правоприменительной практики сменяется новым методом — нормотворчеством негосударственных акторов путем доктринального осмысления и профессионального обобщения «лучших практик» в форме кодифицированных документов, легитимизированных бизнес-сообществом в условиях конкуренции юрисдикций. Функция источников норм негосударственного регулирования заключается в создании юридического единства внутри рыночного единства. Это происходит за счет формирования единообразной правовой культуры и стандартизированные практики, которые, по мнению некоторых исследователей, могут функционировать как сеть в экономическом смысле⁵⁸.

⁵⁴ Globalization and Private Law... P. 24–27. См. также: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. С. 335.

⁵⁵ Draft Common Frame of Reference – Модельные правила европейского частного права.

⁵⁶ Levit J. A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments // The Yale Journal of International Law. Vol. 30.. P. 125–209.

⁵⁷ Ibid. P. 173.

⁵⁸ См.: Ogus A. The economic basis of legal culture: networks and monopolization // Oxford Journal of Legal Studies. No. 3. 2002. P. 419–434.

2.5. Развитие альтернативных систем разрешения трансграничных споров как проявление «разгосударствления» права⁵⁹

Непосредственная связь между частным нормотворчеством и развитием системы альтернативного разрешения споров выражается в том, что такие негосударственные форумы становятся площадками для «тестирования» норм негосударственного регулирования. Как замечает Г.-П. Каллес, современные гражданско-правовые режимы защиты прав становятся независимыми от правопорядков государств за счет увязки частного нормотворчества (например, кодексов поведения), альтернативных процедур разрешения споров (ODR или ADR) и механизмов социально-экономического санкционирования и принуждения⁶⁰. Например, в разделе «Применимые нормы» Руководящих принципов ADR (Соглашение между Всемирной организацией потребителей и Глобальным диалогом бизнеса по вопросам электронной торговли) указано, что системы ADR могут урегулировать споры адекватным образом без необходимости участия в громоздких дорогостоящих исследованиях правовых норм, применяемых при разрешении спора в официальном судебном порядке. Лица, осуществляющие ADR, вправе принимать решения по справедливости и/или на основе кодексов поведения⁶¹.

Международный коммерческий арбитраж (далее — МКА) как способ разрешения споров переживает ренессанс. Государственные суды все чаще подвергаются критике за некомпетентность в решении трансграничных споров и неспособность идти в ногу с быстро развивающейся международной торговлей⁶². Доступ к государственным судам, *de jure* не ограничиваемый, *de facto* умалется популяризацией арбитражей и широко распространенной рыночной практикой. МКА, разрешая споры на основе норм негосударственного регулирования, обеспечивает их окончательную формализацию. Фактически круг замкнулся: нормы негосударственного регулирования изобилуют, квази-юридические основания для их использования есть, практика применения успешно развивается и все это обеспечено силой государственного принуждения — механизмом признания и исполнения иностранных

⁵⁹ Aguilar S. Supranational Systems of Dispute Resolution and their Integration into Domestic Legal Systems: A View of the Latin American Experience // http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1510331151991~117&usePid1=true&usePid2=true (дата обращения: 10.11. 2017)

⁶⁰ См.: Calliess G. *Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C-E-Commerce / Responsible Business: Self-Governance in Transnational Economic Transaction*. Oxford, 2008. P. 225–258,

⁶¹ http://www.gbd-e.org/ig/cc/Alternative_Dispute_Resolution_Nov03.pdf (дата обращения: 2.02.2018)

⁶² Zumbansen P. *Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism, and the Ironic Turn of Reflexive Law // Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper. N 13. 2008. P. 799.

арбитражных решений на основе норм Нью-Йоркской конвенции (1958). Сложилась автономная система разрешения споров, выстраиваемая на все более упрочивающемся свои позиции принципе автономии воли арбитров.

2.6. Парадигмальные сдвиги в области правопонимания, обусловленные интерпретацией понятия «нормы права» («rules of law»)

В лоне МКА формируется сегодня еще одна революционная тенденция, связанная с парадигмальными сдвигами в области правопонимания. На фоне методологического кризиса МЧП мы становимся свидетелями эволюции взаимосвязанных тенденций: институализации МКА/ADR и трансформации концепта «права».

Арбитраж отходит от модели, в которой национальный правовой порядок рассматривается как эксклюзивная правовая основа разрешения спора. Эта практика находит отражение в доктрине: Ф. Чахоши положительно отвечает на вопрос: «Является ли международный коммерческий арбитраж автономной правовой системой?»⁶³, К. Тити пишет об арбитраже как о нормотворце⁶⁴. Существуют все основания доказать, что концепт правопонимания МКА все больше отделяется от его «собрата», известного государственному праву, и наблюдается движение от права государства («State-law») к «нормам права» («rules of law») как к праву, применимому при разрешении трансграничных частнопрововых споров.

Термин «*rules of law*», с очевидностью понятный любому национальному юристу в контексте позитивистского подхода к праву, приобретает новое сакральное значение в МКА. Все больше специалистов в области МКА могут считать себя посвященными в закодированное значение этого словосочетания⁶⁵, в «тайное знание», этакое «коммерческое масонство»⁶⁶, зачастую способное предопределить результат разрешения трансграничного спора по существу.

Что стало процессуальной основой переосмысления термина «*rules of law*» в МКА? В регламентах МКА произошло последовательное замещение термина «право» (в смысле — право государства) на термин «нормы пра-

⁶³ Chaghooshi F. Is International Commercial Arbitration an Autonomous Legal System? / A Thesis Submitted to McGill University ... of Master of Law. June 2013. Montreal.

⁶⁴ См.: Tumu K. Арбитр как нормотворец: правотворческий процесс в инвестиционном арбитраже // Международное правосудие. № 2. 2015. С. 85–99.

⁶⁵ См.: Bardina M. P. Determination of Substantive law by International Commercial Arbitration in Russian law, ICAC Rules and Arbitration Practice / *Czech and Central European Yearbook of Arbitration: Borders of Procedural and Substantive Law in Arbitral Proceedings*. Prague, 2013. P. 22.

⁶⁶ См.: Teubner G. Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems // *American Journal of Comparative Law*. January 1997. P. 199–217.

ва» («*rules of law*»)⁶⁷. Арбитражные регламенты большинства мировых арбитражных институций предписывают сегодня применение «норм права» при разрешении споров. Произведя «подмену понятий», арбитраж перестал быть связанным в своем выборе правом того или иного государства, и автономия воли сторон в некотором смысле сменяется автономией воли арбитров⁶⁸ как в правопонимании, так и в правоприменении.

Итак, практика МКА пошла по пути расширительного толкования термина «нормы права», не сводя его содержание к норме национального права. В МКА различие между жестким и мягким правом размыто, и наблюдается серьезная гибридизация жестких и мягких правовых инструментов⁶⁹.

Покровы тайны с термина «нормы права» были сорваны Гаагскими принципами о выборе права, применимого к международным коммерческим контрактам⁷⁰ (далее — Гаагские принципы). В ст. 3 содержится беспрецедентная норма, согласно которой отсылка к праву (сделанная в контракте) включает «нормы права», общепризнанные на международном, наднациональном или региональном уровнях как нейтральный и сбалансированный свод правил, если иное не предусмотрено законом страны суда. Применимым правом с «легкой руки» Гаагской конференции по МЧП становятся фактически любые нормы, в том числе и, преимущественно, негосударственные, кодифицированные в тех или иных сводах. В Комментариях к документу прямо определяется, что термин «*rules of law*» используется с тем, чтобы обозначить нормы, которые не исходят из государственных источников права⁷¹.

В 2015 г. появился документ — «Вненациональные нормы как применимое право к международным контрактам Международной торговой палаты»⁷², уникальный как по своему названию, так и по содержанию. Он построен на реализации еще более «революционного» подхода, предполагающего существование автономной правовой системы (*lex mercatoria*), которая способна регулировать международные контракты вместо норм внутреннего законодательства, а также предлагать индивидуально «скроенные» решения⁷³. Значение документа и его «революционность» заключаются в том, что он позво-

⁶⁷ См., напр.: Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (ред. 1973), Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (ред. 2010), Арбитражный регламент Международной торговой палаты (МТП) (ред. 2012).

⁶⁸ См.: Асосков А.В. Указ. соч. С. 489.

⁶⁹ *De Carolis D.* Op. cit.

⁷⁰ The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts // http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf (дата обращения: 15.12.2017)

⁷¹ Там же.

⁷² <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата обращения: 15.12.2017)

⁷³ Там же.

ляет сторонам выбрать вненациональные нормы (*a-national rules*) в качестве применимого права. Как замечает Н.Г. Вилкова, это первая в истории ИСС попытка предложить сторонам международных коммерческих контрактов новые подходы к определению применимого права: стороны могут подчинить свои договоры общим правилам и принципам, в отношении которых существует широкий международный консенсус⁷⁴.

Арбитр, расширительно толкуя «норму права», основываясь на фундаменте делокализации и автономности арбитража, фактически выходит за рамки правопонимания, исповедуемого государствами. Он применяет нормы, не квалифицируемые сегодня в качестве правовых национальными судами, но понимаемые таковыми в практике МКА. Таким образом, МКА, созданный на основе норм государственного права, в процессе правоприменения выстраивает новую архитектуру права или, как минимум, МЧП. Смеем предположить, что весь тот огромный массив норм негосударственного регулирования, который сегодня хлынул в нормативное поле, направлен преимущественно на МКА и систему ADR. Национальные же суды остаются почти безразличными к подобным источникам.

Р. Михаэльс оценивает концепции автономности арбитража и негосударственного права через понятие «утопия» (с греч. — «место, которого нет» или «блаженное место»). Автор даже использует термин «*no-place law*», который может быть осмыслен как «воображаемое негосударственное право» (*dreaming denationalized law*), «несуществующее право» или «делокализованное право»⁷⁵. Существование негосударственного права на современном этапе — это вопрос веры, что применимо и к государственному праву, основанному на вере в суверена и его власть. А если вера в государство и его суверенитет пошатнулась, нужна новая вера. На пути к новой парадигме мы движемся в утопию. Остается открытым лишь вопрос: в небытие или в блаженное место...

2.7. Актуализация института автономной правовой квалификации

Признаки «разгосударствления» МЧП можно обнаружить и в таком, казалось бы, частном вопросе, как проблема правовой квалификации. Сообразно государственно-правовой парадигме квалификация отношений должна по общему правилу осуществляться на основании закона страны суда (*lex fori*), что закреплено в большинстве современных кодификаций норм МЧП.

Однако с увеличением массива норм негосударственного регулирования актуализируется вопрос об использовании их интерпретационного ма-

⁷⁴ Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 47.

⁷⁵ Michaels R. Dreaming Denationalized Law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature // *London Review of International Law*. September 2013. P. 35–62.

териала и обращении к институту автономной квалификации. Излишний «лексфоризм»⁷⁶ не востребован в практике МКА и критикуется даже применительно к правоприменительной деятельности национальных судов. Для целей независимой квалификации, по мнению А. Белоглавека, национальные суды должны забыть о наличии любых национальных правовых актов договорного права и любой национальной квалификации договорных или внедоговорных обязательств и прибегнуть к фиктивному правовому *эсперанто*. Именно независимая квалификация, будучи уникальной возможностью сделать право менее формальным, предлагает уникальное и революционное решение в связи с иностранным элементом⁷⁷. Автономная квалификация по своей сути значительно более созвучна сетевой организации трансграничных отношений.

Институт автономной квалификации сегодня объективно легче вписывается в практику МКА, нежели государственных судов⁷⁸. Автономизация современного МКА имеет сегодня самые разные формы выражения: от автономии воли арбитров до «разгосударствления» понимания права путем ухода в плоскость «*rules of law*». Логичным продолжением этой цепочки является автономная квалификация.

2.8. Фрагментация международного частного права

Фрагментация права представляет собой эпифеномен глобализирующегося мира и сетевого общества и, как представляется, имеет две области проявления: нормативную и институциональную. На международном уровне широко исследуется «фрагментация международного права»⁷⁹. В докладе Комиссии международного права ООН М. Коскенниemi указывает, что глобализация приводит не только к единообразию социальной жизни, но и к ее все большей фрагментации из-за появления специализированных и автономных «сфер социального воздействия»⁸⁰. По мнению Дж. Розенау, знаковой чертой «новой эпохи» становится «фрагментативность» («*fragmegrative*»

⁷⁶ См.: *Petsche M.* International Commercial Arbitration and Transformation of Conflict of Laws // Michigan State Journal of International Law. Vol. 18. 2010. P. 454–493.

⁷⁷ См.: *Белоглаvek А.И.* Европейское международное частное право — договорные связи и обязательства: в 2 т. Т. 1. Киев, 2010. С. 106–113.

⁷⁸ См.: *Belohlavek A.* Arbitration Law and Practice in the Czech Republic (with Regard to the Arbitration Law in Slovakia). Prague, 2009. P. 265.

⁷⁹ Доклад Комиссии международного права ООН. Пятьдесят седьмая сессия (2005 г.). С. 212–222 // <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a716c0e2> (дата обращения: 27.11.2017). См. также: *Koskenniemi M., Leino P.* Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties // Leiden Journal of International Law. N 15. 2002. P. 553–579.

⁸⁰ *Koskenniemi M.* Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law / Report of the Study Group of the International Law Commission, UN A/CN.4/L.682, 3 April 2006.

как одновременное действие фрагментации — «fragmentation» и интеграции — «integration») ⁸¹.

Актуализированная в доктрине международного публичного права, концепция фрагментации нашла свое место и в МЧП ⁸². Нормативная фрагментация проявляется в спорадическом росте нормативных систем регулирования трансграничных отношений, которые, формируясь на публичном, частном, надгосударственном уровнях, частично перекрывают друг друга, коллидируют друг с другом. Дж. Картон пишет о секторальной фрагментации, которая происходит всякий раз, когда нормотворческие субъекты принимают нормы, приводящие к различным результатам при регулировании аналогичных сделок в различных отраслях сектора ⁸³. Озабоченность этим высказывается на уровне ЕС ⁸⁴.

Гармонизация, как ни парадоксально, также способствует нормативной фрагментации, так как не унифицирует нормы и правоприменительную практику. Результаты гармонизации «одомашниваются» в национальных правовых системах, сводя усилия их разработчиков практически к нулю. Этот процесс в иностранной литературе получил название «обратного тренда» (homeward trend) ⁸⁵.

Крайне любопытна тенденция, получившая широкое практическое признание: при регулировании тех или иных сегментов трансграничных отношений их стороны, пользуясь принципом автономии воли, стандартно выбирают в качестве применимого право одной и той же юрисдикции. Принцип автономии воли сторон породил «правовой рынок» ⁸⁶, и определенные национальные законы в силу тех или иных причин «продаются» лучше и де-факто становятся глобальными законами различных отраслей ⁸⁷. Например, договоры международной перевозки традиционно подчиняются

⁸¹ Rosenau J. New Dimension of Security: The Interaction of Globalizing and Localizing Dynamics // Security Dialogue. Vol. 25, September. 1994. P. 255–282.

⁸² См.: Karton J. Sectoral fragmentation of transnational commercial law // <https://www.law.uw.edu/media/140373/younger-comparativists-paper-presentations.pdf> (дата обращения: 28.01.2018); McE-Leavy P., Fiorini A. The Evolution of European Private International Law // International and Comparative Law Quarterly. Vol. 57. No. 4. 2008. P. 969–984.

⁸³ Karton J. Op. cit.

⁸⁴ Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A More Coherent European Contract Law: An Action Plan, COM 68 (2003) // http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_en.pdf (дата обращения: 15.12.2017)

⁸⁵ Honnold J. Documentary history of the Uniform Law for international sales. 1989. См. также: DiMatteo L. et al. The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence // Northwestern Journal of International Law and Business 34, Winter 2004. P. 299–440.

⁸⁶ O'Hara E., Ribstein L. The Law Market. Oxford, 2009.

⁸⁷ Ibid.

английскому праву, а франчайзинговые отношения выстраиваются на основе норм американского права; к международным сделкам «своп» применяется английское право или право штата Нью-Йорк. Такая практика нередко закрепляется в качестве стандартных условий типовых проформ договоров. Собственно, профессиональные объединения, разрабатывающие такие проформы, сами во многом популяризируют право (закон) того или иного государства. Такая «доминирующая» в той или иной области юрисдикция косвенно влияет и на содержание норм негосударственного регулирования, разрабатываемых в рамках соответствующей отрасли.

Американизация или европеизация частного права рассматриваются как причины его фрагментации⁸⁸, и, как отмечается, например, в голландской доктрине, национальный Гражданский кодекс превращается в замок из песка, подмываемый европейским правом в качестве прилива⁸⁹.

Нормативная фрагментация в частноправовом поле проявляется в развитии достаточно уникальных частных субправовых или квази-правовых феноменов, неизвестных прошлым общественным практикам, например, «Интернет-право» (*lex informatica*, *lex digitalis*, *lex electronica* или *lex networkia*), *lex sportiva*, *lex constructionis*, *lex laboris internationalis* и т.д. Эти нормативные подсистемы становятся современными аналогами средневекового *lex mercatoria*.

Частное право стало своего рода строительной площадкой, где находится несколько архитекторов, расположенных на наднациональном, европейском и национальном уровнях⁹⁰. Рост числа акторов-нормотворцев породил разноуровневые, часто дублирующие друг друга пласты норм, которые пока достаточно хаотично взаимодействуют или согласуются друг с другом. К традиционному национальному и международному регулированию добавился внушительный объем норм, произведенный ЕС, иными международными организациями, судебными и внесудебными институтами, частными акторами. Нормативная надстройка трансграничных частноправовых отношений «расслаивается», и МЧП утрачивает роль солирующего инструмента в этом разноголосом оркестре, где каждый на свой лад исполняет собственную мелодию.

Фрагментация права является правовым последствием развития открытого/сетевого общества. В то время как в досетевом обществе право имело закрытую организацию и локальную природу, обслуживалось собствен-

⁸⁸ Smits J. The Complexity of Transnational Law: Coherence and Fragmentation of Private Law // <https://www.ejcl.org/143/art143-14.pdf> (дата обращения: 5.12.2017)

⁸⁹ Van Boom W. Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrech // RM Themis, 2003. P. 299.

⁹⁰ Roth W Detail vergesseneheit // Juristenzeitung, 2001. P. 488.

ным государственным аппаратом и обогащалось собственной доктриной и правоприменительной практикой, цифровое общество обрушивает все заслоны, не обеспечив международной унификации. В условиях сетевого общества множатся социальные миры, выстраивая сети в пространстве и времени произвольным образом: нанизывая их друг на друга или располагая параллельно друг другу⁹¹. Потому и правовая надстройка не воспринимается более как целое, как *corpus juris*, а скорее как совокупность норм, принятых *ad hoc* сообразно адхократическому характеру нормотворческих процессов. Право все более понимается как неисторическое образование, лишенное преемственности.

Нормативная фрагментация идет рука об руку с институциональной, которая проявляется в формировании разноуровневой системы нормотворчества и разрешения споров. Системы частного нормотворчества и частного «правосудия» автономизируются, все больше фрагментируя нормативный ландшафт. МКА, системы ADR, ODR, различные интернет-платформы в секторе потребительских сделок (eBay, системы PayPal, Airbnb, Uber и пр.) предлагают разнообразные негосударственные механизмы разрешения споров.

В некотором смысле соответствующие системы негосударственного регулирования того или иного круга общественных отношений приобретают характер автопойетичных⁹² («самопорождаемых»). Система, производящая, толкующая и обновляющая нормы, создает и органы, которые эти нормы применяют в ходе разрешения соответствующих споров, и разработчики норм выступают одновременно в роли арбитров или нормоприменителей⁹³.

3. Заключение

По нашему глубокому убеждению, все перечисленные процессы находятся в тесной связи друг с другом и порождают некий эффект «запараллеливания» социальных реальностей и нормативных и институциональных надстроек. Трансграничные частнопровые отношения, с одной стороны, подлежат регулированию в рамках традиционного инструментария МЧП и посредством обращения к институтам международного гражданского процесса и/или МКА. В этом смысле парадигма МЧП остается соотносимой с правовой парадигмой, сформировавшейся под влиянием формально-юри-

⁹¹ Назарчук А.В. Социальное время и социальное пространство в концепции сетевого общества // Вопросы философии. 2012. № 9. С. 56–66.

⁹² Этот термин используется Г. Тойбнером применительно к *lex mercatoria*. См.: Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / Global Law without a State. Aldershot, 1997. P. 3.

⁹³ См.: Levit J. Op. cit. P. 172.

дического подхода к праву. Однако «материк» МЧП стремительно уходит под воду, и прежний инструментарий в виде материального и коллизионного способов регулирования обнаруживают неподготовленность к регулированию современных трансграничных отношений сетевого характера.

С другой стороны, те же отношения (или их значительный массив) могут быть упорядочены сегодня нормами негосударственного регулирования посредством обращения к арбитражным институтам и ADR. Так, эксплуатируя вакуум власти на глобальном уровне, частная автономия создает «институциональный треугольник»: набор частных институций, соответствующих традиционным институтам национального правопорядка: «система разрешения споров», «нормотворчество» и «заключение контрактов»⁹⁴.

Таким образом, наблюдаются и нарастают вероятность коллидирования разных уровней нормативного регулирования (что на языке МЧП может быть выражено как коллизия права и «неправа») и разных систем разрешения споров, в рамках которых складывается принципиально отличная «правоприменительная» практика. «Правовое» знание в частных автономиях рискует обрести характер герметичного и эзотерического, понятного исключительно инсайдерам, образующим касту посвященных в околоарбитражный круг. Это может привести к снижению активности частных субъектов, нуждающихся в «проводниках» в этом фрагментированном ландшафте, к увеличению издержек и полному вытеснению малого и среднего бизнеса на международной арене транснациональными корпорациями-гигантами.

Особенность современного этапа развития общества в том, что будущее не есть продолжение настоящего. Формируется новый социум, новая цивилизация. Информатизация социума, скорость и темпы жизни обесценивают принципы постоянства и преемственности, исповедуются недолговечность, модульность, заменяемость. Формируется запрос общества, в особенности бизнеса, на более субъективное, прецедентное, прагматичное, сиюминутное, мобильное, лишенное государственной идентичности право, на применение которого будет затрачиваться минимум усилий. «Новое» право находится в поиске своей новой идентичности.

Все это объясняет небывалый интерес в области нормативного регулирования к нормам негосударственного регулирования, обладающим свойствами краткосрочности, гибкости и обновляемости. Нормы негосударственного права фактически становятся стандартизированным *ad hoc* правом и служат антиподом жесткому, статичному, локальному национальному праву или крайне трудоемкому международному праву.

⁹⁴ Teubner G. Breaking Frames: Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria // European Journal of Social Theory, 2002, no 2. P. 210.

Первоначально кажущийся бессвязным и фрагментарным нормативный пейзаж⁹⁵ и ощущаемая хаотичность нормативного регулирования при внимательном рассмотрении обнаруживают соответствие сетевому обществу — миру астатических, пересекающихся и перекрывающих друг друга сетей. Сетевое пространство оказывается вне нормативной досягаемости отдельных государств и международных учреждений или вакууме, который и заполняется формирующимся нормативным массивом. Многослойная, многоуровневая и многосоставная реальность порождает соответствующую нормативно-правовую надстройку.



Библиография

Базедов Ю. Право открытых обществ — частное и государственное регулирование международных отношений: общий курс международного частного права. М.: Норма, 2016. 382 с.

Веденеев Ю.А. Юридическая наука в системе междисциплинарных связей // *Lex Russica*. № 6. 2017. С. 9–31.

Berger K. *The Creeping Codification of the New Lex mercatoria*. Dordrecht: Kluwer Law International, 2010. 464 p.

Castells M. *The Information Age. Economy, Society, and Culture. The Rise of the Network Society*. N.Y.: Wiley, 2010. 656 p.

Cohen J. *Globalization and sovereignty: Rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism*. Cambridge, 2012. 453 p.

Cotterrell R. *What Is Transnational Law?* // *Law & Social Inquiry*. Spring 2012. P. 500–524.

Domingo R. *The New Global Law*. Cambridge, 2010. 213 p.

Globalization and Private Law. Ed. by M. Faure. Cheltenham, 2010. 488 p.

Minow M. *Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Serve Human Needs* // *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 52. 2017. P. 146–167.

Michaels R. *Dreaming Denationalized Law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature* // *London Review of International Law*. September 2013. P. 35–62.

Scott C. *Transnational Law as a Proto-Concept* // *German Law Journal*. Vol. 10. Issues 6/7. 2009. P. 859–876.

Sieber U. A. *Legal Order in a Global World The Development of a Fragmented System of National, International, and Private Norms* // *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 14. 2010. P. 1–49.

Twining W. *Globalization & Legal Theory*. Cambridge, 2000. 296 p.

Zumbansen P. *Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power* // *Law and Contemporary Problems*. Vol. 76. 2013. P. 117–138.

⁹⁵ *Zumbansen P. Transnational Comparisons: Theory and Practice of Comparative Law as a Critique of Global Governance* // *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper. 2012. N 1. P. 1–20.

Zumbansen P. Transnational Comparisons: Theory and Practice of Comparative Law as a Critique of Global Governance // Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper. 2012. No 1. P. 1–2.

Private International Law in Context of Globalization: from Privatization to Fragmentation



Mariya V. Mazhorina

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya–Kudrinskaya str., 125593, Moscow, Russian Federation. Email: mazhorina@inbox.ru



Abstract

Globalization has changed the face of the world, gave rise to the restructuring of society, the transformation of the state and its sovereignty and led to the «denationalization» of law. Today, the future of law is formed, which must be adequate to the new society. The greatest changes occur in international private law, where we are witnessing an increase in the number of norm-making actors with norm-making being adhocistic in nature; strengthening and modification of the delocalization process of law, standardization and the search for new legal identity; an unprecedented growth of the bulk of non-state regulation norms and searching for ways to legitimize them; the active development of alternative non-state and supranational systems for transboundary dispute resolution; paradigmatic shifts in the field of law, due to the interpretation of the concept of “rules of law”; updating of the institute of autonomous legal qualification, etc. The privatization of law contributes to its fragmentation, which in the framework of private international has two areas of development: normative and institutional. All this creates an effect of “parallel” social realities, with two, in fact, colliding systems of regulating transboundary relationships and two dispute resolution systems based on state law and non-state law, developing. The emerging new society and a new civilization form the request for a new law, which is in search of its new identity. Incurred in connection with this doctrines of global /transnational /non-state law require their understanding and conceptualization, and a new social practice: *lexinformatica*, *lex digitalis*, *lex electronica* or *lex networkia*, *sportiva lex*, *lex constructionis*, *lex laborisinternationalis*, — need to be adopted to the modern paradigm of private international law. The article explores the multi-layered normative pluralist architecture, and makes some assumptions about the future regulatory landscape with regard to cross-border private-law relations. The emerging world order, the center of which is the global economy with supporting cross-border private-law relations, still governed by the law emanating from the state, but the latter loses its regulatory monopoly, and therefore require a rethinking of the normative superstructure and the formation of a new legal language, able to explain and comprehend the effects of globalization in the legal field.



Keywords

globalization, non-state regulation, private international law, applicable law, *lex mercatoria*, UNCITRAL, UNIDROIT, denationalization of law, fragmentation of law.

Citation: Mazhorina M.V. (2018) Private International Law in Context of Globalization: from Privatization to Fragmentation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 193–217 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.193.217



References

- Basedow J. (2016) *Pravo otkrytykh obshchestv — chastnoe i gosudarstvennoe regulirovanie mezhdunarodnykh otnosheniy: obshchiy kurs mezhdunarodnogo chastnogo prava* [The law of open societies: private ordering and public regulation in the conflict of laws]. Moscow: Norma, 382 p. (in Russian)
- Berger K. (2010) *The creeping codification of the new lexmercatoria*. Dordrecht: Kluwer Law International, 464 p.
- Castells M. (2010) *The information age. economy, society, and culture. The rise of the network society*. N.Y.: Wiley, 656 p.
- Cohen J. (2012) *Globalization and sovereignty: Rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism*. Cambridge: University Press, 453 p.
- Cotterrell R. (2012) What is transnational law? *Law & Social Inquiry*, vol. 37, issue 2, pp. 500–524.
- Domingo R. (2010) *The new global law*. Cambridge: University Press, 213 p.
- Globalization and Private Law*. (2010) Ed. by M. Faure. Cheltenham: Edgar Publishing, 488 p.
- Minow M. (2017) Alternatives to the state action doctrine in the era of privatization, mandatory arbitration, and the internet: directing law to serve human needs. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 52, p. 146–167.
- Michaels R. (2013) Dreaming Denationalized Law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature. *London Review of International Law*, vol. 1, issue 1, p. 35–62.
- Scott C. (2009) Transnational law as a proto-concept. *German Law Journal*, vol. 10, issues 6/7, p. 859–876.
- Sieber U. (2010) A. legal order in a global world — the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 14, p. 1–49.
- Twining W. (2000) *Globalization & legal theory*. Cambridge: University Press, 296 p.
- Vedeneev Yu.A. (2017) *Yuridicheskaya nauka v sisteme mezhdistsiplinarnykh svyazey* [Legal science in the system of interdisciplinary relations]. *Lex Russica*, no 6, p. 9–31.
- Zumbansen P. (2013) Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power. *Law and Contemporary Problems*, vol. 76, p. 117–138.
- Zumbansen P. (2012) Transnational comparisons: theory and practice of comparative law as a critique of global governance. *Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper*, no 1, p. 1–2.

Особые мнения в международных судах: доктрина и практика



А.С. Исполинов

доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук. Адрес: 119991, Российская Федерация, Москва, ГСП-1, Ленинские горы, 1/13. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Аннотация

В рамках настоящей статьи автор рассматривает недостаточно изученную в отечественной доктрине тему особых мнений судей международных судов и арбитражей. Отмечается, что палитра оценок отечественными исследователями роли и значения особых мнений в современном международном правосудии находится в диапазоне от снисходительно-благодушного до восторженного. При последнем взгляде особые мнения воспринимаются как неотъемлемая часть современного международного правосудия. Деятельность многочисленных международных судов дает обширный эмпирический материал, позволяющий оценить воздействие особых мнений на отправление правосудия и их влияние как на процесс принятия решения конкретным судом, так и на восприятие этого решения и самого международного суда или арбитража сторонами спора и создавшими данный суд или арбитраж государствами. Анализируя аргументы «за» и «против» особых мнений, автор приходит к выводу, что особые мнения в международных судах и арбитражах являются противоречивым явлением, вызывающим неоднозначные оценки и имея как сторонников, так и не менее убежденных критиков. В современном международном правосудии нет процессуальных механизмов, отделяющих «хорошие» особые мнения от «дурных», и все определяется сдержанностью и характером судьи, оказавшегося в меньшинстве, а также культурой и традициями самого суда. Чем старше и авторитетнее суд, тем он устойчивее к неожиданностям, которые могут принести неудачные особые мнения, тем выше у него иммунитет к таким мнениям. Напротив, чем моложе суд, тем больший ущерб ему и его решениям могут нанести особые мнения судей, если авторы особых мнений не подойдут к вопросу ответственно. Приведенная в статье практика особых мнений в Суде ЕАЭС убедительно показывает, что особые мнения могут самым ощутимым образом сказаться на целостности, легитимности и коллегиальности международного суда, поэтому их использование должно быть ограничено вплоть до запрета, либо они должны быть использоваться очень осторожно.



Ключевые слова

особые мнения, международные суды и арбитражи, независимость судей, Суд ЕАЭС, судебное разбирательство, коллегиальность, конфиденциальность, судебное совещание.
