

Lex mercatoria: средневековый миф или феномен глобализации?



М.В. Мажорина

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



Аннотация

Lex mercatoria — крайне привлекательное для ученых и практиков явление современности. Однако чем больше информации о нем существует, тем меньше ясности и стройности обретает эта концепция. Lex mercatoria имеет как ярых поклонников, так и скептиков, стремящихся развеять этот «околоправовой» миф. В статье предпринята попытка сместить ракурс исследования и подойти к проблемам понимания сущности современного lex mercatoria системно: через призму исторических предпосылок формирования автономной системы норм и условий современности, озаменованных глобализационными процессами. Автору показалось интересным взглянуть на lex mercatoria в условиях современной правовой парадигмы, с учетом нынешнего правопонимания и эволюционных процессов, которые происходят в этой области. Исследуются вопросы конституирования lex mercatoria в современной системе нормативного регулирования трансграничных отношений. Бизнес-сообщество самостоятельно создает, применяет и не может не квалифицировать значительный пул неправовых норм, которыми фактически пронизана трансграничная торговля и иные сферы трансграничного общения. Современное lex mercatoria эволюционирует сообразно с изменениями, которые происходят в сфере международного коммерческого арбитража, становясь «правом для арбитража» или даже «правом арбитража». Поступательная кодификация норм lex mercatoria, будучи тенденцией его современного развития, в некотором смысле меняет природу lex mercatoria, лишая его стихийности и аутентичности. «Сверхновое lex mercatoria» («new new lex mercatoria»), переживающее по некоторым оценкам третий этап развития, все дальше отходит от исторических корней. К чему в конечном итоге приведет такое перерождение: к вырождению или к формированию глобального правового или субправового массива? Все эти изменения отражаются в правоприменительной практике. В связи с этим статье присущ и практико-ориентированный характер: анализируются наиболее поздние писаные и кодифицированные источники lex mercatoria, перспективы применения норм lex mercatoria государственными судами и международными коммерческими арбитражами.



Ключевые слова

международный контракт, негосударственное регулирование, lex mercatoria, Принципы УНИДРУА, применимое право, международный коммерческий арбитраж.

Библиографическое описание: Мажорина М.В. Lex mercatoria — средневековый миф или феномен глобализации? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 4–19.

JEL: K1; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.4.19

Исторические зарисовки: средневековое «lex mercatoria» — автономный правопорядок или миф?

В 1473 году суд по делу *Anon. v. Sheriff of London* заявил, что иностранные купцы должны быть судимы не по английскому праву, а по праву естественному, называемому некоторыми *lex mercatoria*, которое является единым для всего мира¹.

В 1999 году Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма, разрешая спор, вытекающий из договора лицензирования между компаниями из Люксембурга и Китая, при определении применимого права в отсутствие соглашения сторон счел, что к существу спора применяются общепризнанные принципы международной торговли, в частности, Принципы УНИДРУА, а субсидиарно—материальное право Швеции как нейтральное право².

Между обозначенными выше решениями — более 500 лет, но поиск «естественного», «нейтрального» права жив и обретает новое звучание. По мнению ряда исследователей, история *lex mercatoria* насчитывает 900 и более лет³. И если средневековый крестьянин искал пристанища в городе, предпочитая ярмарочные суды на основе *lex mercatoria* местному праву, то современный гражданин может найти правовую защиту в нормах международного права или нормах права свободной торговли, преодолев национальное регулирование⁴. Что это? Феномен преемственности регулятивных механизмов? Средневековое *lex mercatoria* обрело новую, более удобную с точки зрения правоприменения форму, форму неофициальных кодифицированных актов, одним из ярких примеров которых являются Принципы УНИДРУА? *Lex mercatoria* помещено умелыми маркетологами в новую упаковку, которая сделала этот продукт более «продаваемым»?

В мае 1217 года ярмарочный суд Сант-Ивза⁵ (небольшой деревни в Хантингдоншире, Англия), разрешая спор по иску купца-винодела Жерара из Кельна (*Gerard of Cologne*), обратился к *law merchant*⁶. В июле 2000 года Ассоциация американских барристеров (*American Bar Association*) заключила, что суды должны вернуться к «*law merchant*» в вопросах интернет-споров⁷.

Данные примеры, который приводятся в одной из работ С. Сакса, демонстрируют параллель между событиями, которые разделяет семь столетий. Можно только удивляться, как загадочный термин «*law merchant*» сохраняет свое значение на протяжении такого длительного времени. В 1622 г. исследователи *lex mercatoria* констатируют, что истоки его восходят к греческой античности и библейским временам, к моменту возникновения цивилизованного права, и *lex mercatoria* древнее какое-либо писаного права⁸.

¹ *Anon v. Sheriff of London (The Carrier's Case)*, YB Eas. 13 Edw. 4, fol. 9, pl. 5 in: Exchequer Chamber Cases, 2:32.

² SCC Case 117|1999. Separate Award. SCC Arbitration Rules / Цит. по: Зыков Р.О. Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М., 2014. С. 121.

³ *Goldman D.B. Globalization and the Western Legal Tradition: Recurring Patterns of Law and Authority*. Cambridge, 2007. P. 278.

⁴ *Ibid.* P. 302.

⁵ Ярмарка в Сент-Ивзе была одним из самых оживленных мест торговли в средневековой Англии. Материалы ярмарочного суда сохранились.

⁶ *Sachs S. From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant'* // *American University International Law Review*. Vol. 21. No. 5. 2005. P. 685–811.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Malynes G. The Merchant's Almanac of 1622 or Lex Mercatoria, the Ancient Law — Merchant*. Methaglin Press, Phoenix, 1996. (1622). P. 5.

Итак, что это такое — средневековое *lex mercatoria*? Имеются ли исторические основы для построения сегодняшнего фундамента *new lex mercatoria*, стремящегося перерасти в глобальное торговое (коммерческое) или транснациональное право? И сущностный вопрос: а было ли *lex mercatoria* той самой автономной системой норм, существовавшей вне государства, а потому не нуждающейся в какой бы то ни было легитимации сегодня?

А. ди Робилан пишет, что *lex mercatoria* — средневековый порядок, основанный на легенде о средневековой фактичности, натуралистичный и спонтанный, высоко плюралистический, поразительно напоминающий нынешний рост многообразного, высоко разгосударственного и глубоко автономного массива мягкого права⁹. П. Маццакано, обращаясь к работам Г. Бермана, подмечает, что последний в манере выяснения, «что первично: курица или яйцо», утверждает, что средневековая коммерческая революция способствовала появлению коммерческого права, но и коммерческое право, в свою очередь, помогло свершиться коммерческой революции¹⁰.

«Идеализированное» мнение о *lex mercatoria* как о универсальном автономном правопорядке, способном регулировать торговые отношения, простирающиеся за пределы государственных границ, является распространенным. Такая идеологическая канва очень на пользу современной доктрине «*new lex mercatoria*», которая, как это преподносится, имеет глубокие корни и авторитет. Однако далеко не все ученые разделяют «романтизированные» представления о *lex mercatoria*.

С. Сакс, например, анализируя памятники средневековья — Купеческую хартию 1303 г.¹¹, и Статут рынка 1353 г., отказывается от ставшего почти классическим подхода к пониманию *lex mercatoria*, считая его глубоко ошибочным¹². Если вернуться к оригинальным источникам — протоколам ярмарочного суда Сент-Ивза как самому обширному из сохранившихся источников — то они показывают, что купцы в средневековой Англии были преимущественно подчинены местным законам и обычаям торговли. Последние при этом существенно различались от города к городу, от ярмарки к ярмарке и не составляли единого, консолидированного правопорядка.

Свитки и записи ярмарочного суда в сочетании с доказательствами из хартий и уставов английских городов свидетельствуют о том, что «*law merchant*», иногда встречающееся в документах Сент-Ивза, не функционировало в качестве универсального права купеческого сословия, но было обычным правом, черпало силу из торговых обычаев без какого-либо обнародования или признания государством. В Сент-Ивзе использование термина «*secundum legem mercatoriam*» не подразумевало применения определенного круга принципов торговли; скорее речь шла о применении неопределенного числа принципов, основанных на местных обычаях. Скорее, существовали разнообразные локальные практики, которые потом были собраны учеными в единую фикцию, именуемую сегодня *lex mercatoria*¹³. Да, споры разрешались на основе торговых обычаев, но

⁹ *Robilant di A. Genealogies of Soft Law // The American Journal of Comparative Law. 2006. Vol. 54. No. 3. P. 499–554.*

¹⁰ *Berman H. The Law of International Commercial Transaction (Lex mercatoria) // Emory International Law Review. 1988. No 2. P.235.*

¹¹ [Электронный ресурс]: // URL: <http://vostlit.narod.ru/Texts/Dokumenty/Engl/XIV/1300-1320/EduardI/hartija1303.htm> (дата обращения: 10.01.2017)

¹² *Sachs S. Op. cit. P. 685–811.*

¹³ *Ibid. P. 694.*

нет свидетельств, что в ярмарочных судах применялся автономный правовой порядок, признаваемый на континенте.

Наибольшая часть *lex mercatoria* представляла собой именно процедурные, нематериальные аспекты и нормы. Дошедшие до настоящего времени свидетельства подтверждают существование упрощенной процедуры разрешения споров, нежели системы единообразных материальных норм. Обычаи сильно различались в разных городах, портах, ярмарках. И суд, применяя нормы *lex mercatoria*, фактически применял местные обычаи и местную практику, а не универсальную систему норм. Обычаи иногда заимствовались и проникали в другие регионы, но зачастую с искажениями. И когда купцы просили суд судить по нормам *lex mercatoria*, это вовсе не свидетельствовало о применении автономного универсального правопорядка, а о том, что торговцы стремились разрешить дело по справедливости и на основе коммерческой практики¹⁴.

Иными словами, существует весомая научная позиция, согласно которой в средневековых ярмарочных судах складывалась похожая, но не единообразная практика, «лоскутное одеяло» (*crazy-quilt*)¹⁵: в каждой стране, да и в каждом торговом городе существовало свое *lex mercatoria*. При описании его принципов речь преимущественно шла о процедурных нормах (быстрота, справедливость, применение обычаев).

Однако почему тогда неверная или как минимум крайне спорная с точки зрения истории интерпретация *lex mercatoria* как автономного правопорядка столь преуспела и в период глобализации тезис об «идеализированном» *lex mercatoria* обрел новую жизнь?

Р. Михельс подчеркивает, что сторонники *lex mercatoria* подгоняют реальность под свои теории в то время, как существование истинно автономного *lex mercatoria* крайне неправдоподобно, и такая сомнительная его оценка обрела широкое признание¹⁶. С. Фассберг замечает, что изучающие право международной торговли, как правило, не являются историками. При этом исследования свидетельствуют не в пользу теории автономности *lex mercatoria*, квалифицируя последнее как часть местного права. Все эти доводы спорны, но, как пишет автор, наводит на размышления отсутствие заинтересованности в достоверности исследования того, что служит фундаментальной основой *lex mercatoria*¹⁷. Существование *lex mercatoria*, как и существование Бога, зависит от готовности верить¹⁸.

С. Сакс образно сравнивает историографию *lex mercatoria* с игрой в «испорченный телефон»: каждое поколение все дальше отходит в интерпретациях от исторических фактов, свидетельствующих о сущности средневекового явления. Но факт остается фактом — *lex mercatoria* не является независимым правопорядком, основанным на

¹⁴ См. о развитии торгового права: *Батрова Т.А.* Развитие торгового права в средневековой Англии и Франции // *Международное публичное и частное право.* 2011. № 5. С. 39-41.

¹⁵ *Mitchell W.* An Essay on the Early History of the Law Merchant. Cambridge, 1904. P. 10. См. также: *Мажорина М.В.* Гармонизация права международной торговли или «лоскутное одеяло» неправового регулирования трансграничной торговли / Московский юридический форум. VI Международная научно-практическая конференция «Гармонизация российской правовой системы в условиях международной интеграции». Ч. I. М., 2014. С. 161–167.

¹⁶ См.: *Michaels R.* The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls> (дата обращения: 26.01.2017)

¹⁷ См.: *Fassberg C.* Lex Mercatoria — Hoist with Its Own Petard? // *Chicago Journal of International Law.* Vol. 5. № 1 [Электронный ресурс]: // URL: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol5/iss1/7> (дата обращения: 2.02.2017)

¹⁸ *Ibid.*

естественном праве, наоборот, оно находится в сильной зависимости от английского общего права, «которое, будучи матерью купеческого права, одарило его бесспорными преимуществами»¹⁹.

В последние несколько десятков лет средневековый опыт стал основой нового политического движения, направленного на замену национального регулирования внешней торговли транснациональным правом²⁰. *Lex mercatoria*, будучи по выражению Н. Хатжимейла подобием Арлезианки, таинственной незнакомки с портретов Ван Гога и Пикассо, которую никто не видел, но о которой все говорят²¹, привлекает к себе всеобщее внимание. *Lex mercatoria* становится символом, который гарантирует специальный, отдельный, автономный режим самоорганизации внешней торговли, в то время как исторические корни этого феномена нуждаются в доказательствах и все чаще подвергаются сомнениям.

Итак, современная театральная постановка (современная интерпретация *lex mercatoria*) подменила авторское произведение (средневековое *lex mercatoria*)? И уже почти никому нет дела до истоков, до истинной природы и сущности этого средневекового института? И чем вольная интерпретация «грозит» правовому мироустройству? Все эти вопросы актуальны и сопряжены с эволюцией права, эволюцией представлений о праве, с практикой признания или отрицания социальной ценности правовых и неправовых институтов, со сменой правовой парадигмы, в частности, в регулировании трансграничных отношений.

Lex mercatoria: современный взгляд и перспектива применения

Исследуя истоки и природу средневекового *lex mercatoria*, многие ученые и практики проецируют этот средневековый инструментарий на современность. Существует целый ряд исследований места *lex mercatoria* в матрице международного частного права, относительно соотношения *lex mercatoria* с правом международной торговли, международным коммерческим правом, транснациональным правом и пр.²² В частности, в транснациональных корпорациях видят «потомков» странствующих торговцев; международный коммерческий арбитраж «произрастает» из «пыльных судов» и полужыческих жюри.

Интерпретация средневекового *lex mercatoria* в качестве автономной правовой системы, проецируемая на сегодняшние попытки обоснования глобального коммерческого или транснационального права, оказывается очень кстати. Такая интерпретация формирует исторически обоснованную модель современной политики экранирования транснациональных акторов национального права с одновременным позиционированием *lex mercatoria* в качестве замены коллизионного права. Отдаляясь все дальше от документальных свидетельств и доказательств, доктрина *lex mercatoria* начинает ды-

¹⁹ *Sachs S.E.* Op. cit. P. 769.

²⁰ *Ibid.* P. 808.

²¹ *Hatzimihail N.* Many Lives — and Faces — of *Lex mercatoria*: History as Genealogy in International Business Law [Электронный ресурс]: // URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1484&context=lcp> (дата обращения: 27.01.2017)

²² См. об этом: *Мажорина М.В.* Право международной торговли и *Lex mercatoria* // Российский юридический журнал. 2010. № 1. С. 33–41.

шать даже в разреженном кибер-пространстве²³, закладываясь в качестве основы создания нового правового порядка — «киберправа» («виртуального права») без участия суверенных государств, реализуемого через частные «виртуальные арбитражи»²⁴. Адепты «new law merchant», как отмечает А. Лоунфельд, с нетерпением ждут, когда арбитры смогут разрешать дела на основе обычаев торговли, ослабляющих национальное регулирование как «неподходящее для международной торговли»²⁵.

Современные юристы видят в средневековом *lex mercatoria* то, что им хочется видеть — модель правовой гармонизации или даже унификации, которая распространяется за пределы государственных границ и государственного управления. Количество современных источников *lex mercatoria* поражает воображение. *Lex mercatoria* стремится конституировать себя в качестве автономного правового порядка.

При этом, как образно выражается Г. Тойбнер, в научных кругах идет жестокая «война за веру»: французские профессора утверждают, что хорошо организованная и сплоченная ассоциация торговцев-предпринимателей является «законодателем» современного *lex mercatoria*, в то время как их британские и американские коллеги с холодным презрением объявляют это коммерческое масонство «фантомом Сорбоннской профессуры»²⁶. Х. Коллинз называет *lex mercatoria* концепцией-хамелеоном²⁷.

В немецкой доктрине *lex mercatoria* отождествляется с негосударственными актами (кодексами) коммерческого права или так называемыми «мягкими кодификациями», примером которых выступают Принципы УНИДРУА. Французская юридическая школа связывает *lex mercatoria* с транснациональными принципами и нормами, разработанными в ходе разрешения споров в международном коммерческом арбитраже. Эти принципы нейтральны и служат цели достижения справедливости при разрешении международных коммерческих споров.

Наконец, в странах «общего права» преобладает концепция, видящая истоки *lex mercatoria* в обычаях, обыкновениях, практике, сформировавшейся в отдельных областях торговли и находящей выражение в стандартизированных контрактах. Примером в финансовой сфере служит ISDA Master Agreement. При этом критики всех концепций фактически едины в одном — *lex mercatoria* отличается от национального права. Такая критика верна, но бесполезна ввиду очевидности самого аргумента²⁸.

В правоприменительной плоскости суды и арбитражи также не могут уклониться от анализа вопроса о том, надлежит ли им обращаться к источникам *lex mercatoria* для разрешения споров по существу. Если практика международных коммерческих арби-

²³ *Sachs S.* Op. cit. P. 809.

²⁴ *Hardy T.* The Proper Legal Regime for «Cyberspace» [Электронный ресурс]: // URL: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1536&context=facpubs> (дата обращения: 17.12.2016)

²⁵ *Lowenfeld A.* *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View* [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.translex.org/126000/pdf/> (дата обращения: 17.12.2016)

²⁶ *Teubner G.* Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of *lex mercatoria* [Электронный ресурс]: // URL: http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852780/frames_eng.pdf (дата обращения: 15.12.2016)

²⁷ *Collins H.* Flipping Wreck: *Lex Mercatoria* on the Shoals of *Ius Cogens* // *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*. Oxford, 2015 [Электронный ресурс]: // URL: https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0ahUKEwipq56PioHRAhVD2SwKHeWfDEAQFggsMAM&url=https%3A%2F%2Fwww.lse.ac.uk%2Fcollections%2Fflaw%2Fprojects%2Ftlp%2FCollins%2520flips%2520conference%2520paper.doc&usg=AFQjCNGEJoUf0Q_icl81qfyEbWxitrKP2g&bvm=bv.142059868,d.bGg (дата обращения: 19.12.2016)

²⁸ *Ibid.*

тражей очень лояльна к подобным нормам негосударственного регулирования, то для государственных судов поставленный вопрос пока вызывает сомнения. Примечательно, что вопрос правовой природы *lex mercatoria* — суть тот несчастный случай, когда юридическая практика напрямую коррелирует с правовой теорией. Признание в правовой теории *lex mercatoria* в качестве применимого права позволяет, используя арсенал коллизионных норм, применять нормы *lex mercatoria* для разрешения споров.

Однако и в теории права вопрос о правовой природе *lex mercatoria* — отнюдь не простой. В одной из статей Г. Тойбнер моделирует мучения и метания судьи в попытках провести четкую линию между правом и неправом, ответив на вопрос о природе *lex mercatoria*²⁹. С точки зрения традиционной теории права *lex mercatoria* как система норм негосударственного происхождения, бесспорно, не может быть квалифицирована как массив правовых норм. Но глобализация ломает старые устои. *Lex mercatoria* уже не является уникальным примером глобального права, созданного без участия государства. Другие примеры можно усмотреть в деятельности ТНК, профсоюзов, в мире спорта, телекоммуникаций, в области экологии и пр. Внеациональная природа этих сфер не позволяет их нормативным регуляторам укорениться в национальном правопорядке. А когда прежний иерархический порядок рушится, то новый порядок может быть только разнородным. И в этом новом «правоустройстве», как пишет Г. Тойбнер, *lex mercatoria* стоит рассматривать в качестве позитивного права³⁰. Возможность применения норм *lex mercatoria* усматривается автором в потенциале коллизионных норм, отсылающем к национальному праву.

Заимствовав термин из биологии и применив его к праву, Г. Тойбнер называет *lex mercatoria* автопойетичным³¹ или «самопорождаемым». Автопойетизм — свойство процесса или системы, которая, подобно организму, продуцирует собственную организацию, поддерживает, обслуживает и конституирует себя в пространстве. Под автопойетизмом автор имеет в виду тип автономного организма. Таким образом, *lex mercatoria* в понимании Г. Тойбнера — это не столько совокупность норм материального права, сколько процесс самоорганизации и самовоспроизводства. Как это ни парадоксально, но *lex mercatoria* в этом случае и автономный, и неавтономный правопорядок³². П. Маццакано³³ доказывает, что *lex mercatoria* — суть автономный глобальный правопорядок, который является одновременно негосударственным правом и правом, производным от государства (*state-based law*). Он не создается ни в государстве, ни исключительно в коммерции. Не хочу сказать, отмечает автор, что *lex mercatoria* находится в зоне между фактом и вымыслом. Но оно является в каком-то смысле самопорождающим и самопорождающимся³⁴.

Анализируя различные процессы: доктринального осмысления *lex mercatoria*, формирования устойчивой практики международных коммерческих арбитражей, активной неофициальной кодификации норм *lex mercatoria* и, что особенно примечательно сегодня, формализации оснований применения норм *lex mercatoria* в источниках негосудар-

²⁹ Teubner G. Op. cit.

³⁰ Ibid.

³¹ Teubner G. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / Global Law Without a State*. Aldershot, 1997. P. 3.

³² Mazzacano P. *Lex Mercatoria as Autonomous Law // Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper No. 29/2008 [Электронный ресурс]: // URL: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/190> (дата обращения: 07.10.2016)

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

ственного регулирования, можно утверждать, что автономное глобальное контрактное право уже существует. По крайней мере делается все, чтобы такое видение мира трансграничной торговли сложилось. Делается кем? Видимо, «заказчиками» и одновременно «создателями» этого мира, финансовыми и производственными бизнес-элитами, не согласными действовать по нормам национального права и обеспечиваемого национальными системами отправления правосудия.

Иными словами, автономный контракт, оснащенный механизмом восполнения его пробелов без обращения к нормам национального права, — автономный порядок разрешения споров в форме международного коммерческого арбитража — государственная система принудительного исполнения арбитражного решения на основе норм Нью-Йоркской конвенции (1958). «*Частное нормотворчество*» плюс «*частная юстиция*» на фоне доктринального обоснования правового плюрализма и осовременивания средневекового *lex mercatoria*.

Современное *lex mercatoria* все больше походит на систему государственного права. Международный арбитраж легализован; аморфный принцип справедливости пасует перед детально прописанными нормами; различные агентства-разработчики норм негосударственного регулирования питают все больший интерес к материальным нормам; Принципы УНИДРУА преподносятся как кодификация норм *lex mercatoria*. Арбитры — больше не купцы, но все чаще решения экспертов в сфере международного коммерческого права приобретают прецедентный характер. Другими словами, современное *lex mercatoria* выглядит в точности как право, только лучше³⁵.

Чтобы суды и арбитражи не задавались вопросами, что же служит основанием для применения норм *lex mercatoria*, в последнее время появилось несколько документов, содержащих ответы: «Гаагские принципы выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам» (далее — «Гаагские принципы»)³⁶, «Внеа национальные нормы как применимое право в международных коммерческих контрактах, инкорпорирующих типовые контракты МТП» (далее — Документ ICC)³⁷. Названные документы беспрецедентны и разработаны, как отмечается в них или в комментариях к ним, в развитие «нейтральных правовых стандартов» международных контрактов³⁸.

Одним из «новаторских решений», как отмечается в Комментарии к Гаагским принципам, является ст. 3, содержащая квалификацию термина «право, избранное сторонами»³⁹. Таким правом могут быть нормы права, которые являются общепризнанными на международном, наднациональном или региональном уровнях как нейтральный и сбалансированный свод правил, если иное не предусмотрено законом страны

³⁵ Michaels R. Op. cit.

³⁶ Документ разработан Гаагской конференцией по международному частному праву [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.hcch.net> (дата обращения: 20.12.2016)

³⁷ Разработан Международной торговой палатой (МТП) [Электронный ресурс]: // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата обращения: 15.01.2017)

³⁸ [Электронный ресурс]: // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата обращения: 15.01.2017)

³⁹ См. об этом: Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам [Электронный ресурс]: // URL: <http://agp.ru/upload/iblock/8c0/8c09b4c8f907f79c091a0a279522da07.pdf> (дата обращения: 27.09.2016); Мажорина М.В. Новые «Гаагские принципы» о выборе права, применимого к международным коммерческим контрактам, или еще раз об автономии воли сторон в свете глобальных изменений в праве международной торговли // Журнал правовых и экономических исследований. № 1. 2015. С 41–45.

суда. В Комментарий подчеркивается, что термин «нормы права» используется с тем, чтобы обозначить нормы, которые не исходят из государственных источников права⁴⁰.

Как отмечает М.П. Бардина, понятие «нормы права» (*rules of law*) в международном арбитраже означает не только нормы, сформулированные законодателем и включенные в правовую систему государства, обязательные для применения субъектами, которым они адресованы, но и нормы негосударственного характера, в частности, Принципы УНИДРУА (ред. 2010)⁴¹. Тем самым ввиду появления ряда документов, содержащих неформальные правила и претендующих или могущих претендовать в будущем на регулирование международных коммерческих договоров, в «Гаагских принципах» сделана попытка сформулировать критерии, при соблюдении которых подобные документы могут быть возведены в ранг применимого права⁴².

Примеры, приведенные в Комментарий к ст. 3 «Гаагских принципов», демонстрируют общий подход к складывающейся концепции автономии воли сторон в новом прочтении: национальное право выступает в качестве субсидиарного статута по отношению к актам международного, наднационального, регионального характера.

Значение документа МТП и его «революционность» заключаются в том, что он позволяет сторонам выбрать вненациональные нормы в качестве применимого права (*applicable law*) во избежание выбора «моего права» или «вашего права». В «Гаагских принципах», как было отмечено, дается расширительное толкование «применимого права», а документ Палаты прямо провозглашает вненациональные нормы применимым правом. Как замечает Н.Г. Вилкова, «это первая в истории МТП 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 консенсус»⁴³.

Документ МТП построен на «революционном» подходе, предполагающем существование автономной правовой системы (*lex mercatoria*), способной регулировать международные контракты вместо норм внутреннего законодательства, а также предлагать индивидуально «скроенные» решения⁴⁴. При этом «революционный» подход МТП позиционируется как новая ступень на пути применения транснациональных норм.

Принципиально важно, что в документе МТП отмечается: тот факт, что национальные государственные суды в большинстве своем не признают *lex mercatoria* в качестве применимого права, не препятствует признанию и приведению в исполнение иностранных решений, вынесенных на основе норм *lex mercatoria*⁴⁵. В связи с этим небезынтерес-

⁴⁰ [Электронный ресурс]: // URL: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf (дата обращения: 16.11.2014)

⁴¹ Бардина М.П. Выбор сторонами применимых «норм права» при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем / Международные отношения и право: взгляд в XXI век. СПб., 2009. С. 340–355.

⁴² Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота / под ред. А.С. Комарова. М., 2016. С. 83.

⁴³ Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву / Там же. С. 47.

⁴⁴ [Электронный ресурс]: // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата обращения: 15.01.2017)

⁴⁵ Tribunal de Grande Instance of Paris, 4 March 1981, Norsolor v. Pabalk Tikaret, in: Rev. arb., 1983, p. 469; Cass. (France), 9 December 1981, S.N.C.T. Fougerolle v. Banque du Proche Orient S.A.I., in: Rev. arb., 1982, p. 183.

на трактовка современного *lex mercatoria* в качестве «прецедентного права» арбитров коммерческих арбитражей⁴⁶.

Вот, собственно, и все: круг замкнулся: нормы негосударственного регулирования изобилуют, квази-юридические основания для их применения есть, механизм их применения международными коммерческими арбитражами действует, и все это обеспечено силой государственного принуждения — механизмом признания и исполнения иностранных арбитражных решений⁴⁷! Это невероятно, особенно с точки зрения доминанты позитивистской правовой парадигмы.

Современное *lex mercatoria* переживает, по некоторым наблюдениям, третью стадию своего развития. Так, по образному выражению Б. Голдмана, *lex mercatoria* подобна почтенной старой леди, которая уже дважды исчезала с лица земли и дважды была реанимирована⁴⁸. Современная третья реинкарнация *lex mercatoria* описывается как «новое-новое *lex mercatoria*» или «сверхновое *lex mercatoria*» («new new *lex mercatoria*»)⁴⁹, которое движется от аморфного и подвижного мягкого права к конституируемой системе правовых норм, узаконенной международным коммерческим арбитражем как просудебной институцией⁵⁰. Принципиальным признаком этой третьей исторической стадии развития *lex mercatoria* выступает активная целенаправленная кодификация норм негосударственного регулирования в форме различного рода обновляемых сводов принципов и норм.

Некоторые кодифицированные источники норм негосударственного регулирования обрели настолько весомое значение в отдельных сферах трансграничной торговли, что вся практика таких отношений полностью выстроена на их основе. Г.З. Мансуров отмечает, что в сфере расчетных отношений, в том числе международных, межбанковский документооборот базируется именно на Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов и подобных актах. Таким образом, факт, что акты *lex mercatoria*, в том числе акты МТП в сфере расчетных отношений представляют новое явление, мало изученное современной теорией права. Их специфика заключается в том, что, фактически являясь обычаями международного торгового оборота и/или рекомендациями МТП, они имеют признаки императивных норм при регулировании международных расчетных сделок⁵¹. Об этом пишет и Х. Коллинз в статье «Разбирая останки ко-

Cass. (France) 22 October 1991, *Compañía Valenciana de Cementos Portland v. Primary Coal Inc.*, in: *Rev. Arb.* 1990, p. 663; Court of Appeal (England), 24 March 1987, *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH c. Ras Al Khaimah National Oil*, in: *Yearbook*, XIII-1988, p. 522; US District Court, S.D. California, 7 December 1998, *Ministry of Defense of Iran v. Cubic Defense Systems*, in: *Uniform Law Review*, 1999, P. 799.

⁴⁶ Цит. по: *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. 1220.

⁴⁷ См. об этом: *Мажорина М.В.* Применимое право к международным коммерческим контрактам: современное толкование и прогнозируемая практика международных коммерческих арбитражей и национальных судов // *Законодательство*. № 6. 2015. С. 79–87.

⁴⁸ *Goldman B.* *Lex Mercatoria* // *Forum Internationale*. November 1983. P. 3.

⁴⁹ Выделяют три этапа развития *lex mercatoria*: 1) средневековой *lex mercatoria*; 2) new *lex mercatoria*; 3) new new *lex mercatoria*. См. об этом: *Michaels R.* The True *Lex Mercatoria*: Law Beyond the State [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls> (дата обращения: 26.01.2017)

⁵⁰ *Fortier Y.* The New, New *Lex Mercatoria*, or Back to the Future // 17 *Arb.Int'l* 121. 2001.

⁵¹ См. подробнее: *Мансуров Г.З.* Нормы *lex mercatoria* в системе регуляторов международных расчетных сделок / Проблемы и перспективы развития российской экономики: материалы II Всероссийской научно-практической конференции. Екатеринбург, 2009. С. 56–64.

раблекрушения: *Lex mercatoria* на мели *Jus Cogens*»⁵². Так, например, финансовые рынки регулируются по большей части нормами, разработанными самими участниками таких рынков. Такое частное нормотворчество можно обнаружить в разных областях: в сфере биржевой торговли финансовыми продуктами, акциями, сырьевыми фьючерсами; в решениях арбитров коммерческих арбитражей; в условиях типовых контрактов и пр. При этом очевидная опасность, создаваемая разрастанием дифференцируемого массива источников «глобального права», в том, что правовой плюрализм расширяет понимание права вне всяких мыслимых границ, выхолащивая значение закона и всякую ссылку на закон при регулировании спорных отношений⁵³.

В таких условиях в ходе правоприменения неминуемо встают вопросы: как нормы *lex mercatoria*, претендующие на квази-правовую природу, соотносятся с применимым национальным правом? Можно ли их квалифицировать не в качестве контрактного условия, но как авторитетный свод принципов и норм? Должен ли судья чувствовать себя обязанным применять нормы *lex mercatoria*?

Х. Коллинз исходит из того, что если нормы негосударственного регулирования или их своды признаются в качестве авторитетного источника, они начинают взаимодействовать с национальным правом. И тогда «мягкое право» заставляет «жесткое право» реагировать: путем инкорпорации, рецепции соответствующих норм мягкого права, отторжения их или использования для толкования права. При этом, как отмечается автором далее, нормы негосударственного регулирования могут быть судами квалифицированы исключительно как контрактные условия, но даже не как некий «статут» или свод норм, призванный регулировать определенный сектор экономики⁵⁴.

Позиция судов в отношении норм *lex mercatoria* может быть определена, по выражению Р. Михельса, как почтительное уважение⁵⁵: судьи признают важность института автономии воли субъектов в регулировании их отношений, но правила и нормы, создаваемые последними, расценивают как обычаи или намерения, а не внациональный правовой порядок.

Lex mercatoria в некотором смысле являет собой систему частным образом созданных транснациональных норм с квази-правовым эффектом. Особенностью и одновременно недостатком таких норм является их нацеленность на достижение или обеспечение частного интереса при практическом игнорировании внешних факторов и общих интересов. *Lex mercatoria*, будучи очень «частным», не пользуется защитой в суде, так как лишено государственно-общественного ядра. Мы должны принять вердикт, пишет Х. Коллинз, суть которого в том, что транснациональное право отключено от процессов, касающихся общества в целом, от процессов, которые нацелены на достижение «общего блага», достижение социальной справедливости. А потому можно спрогнозировать, что суды, выражая уважение к *lex mercatoria*, будут, тем не менее, отдавать беспспорное предпочтение императивным нормам национального права⁵⁶.

Все эти и подобные тому размышления, по большей части зарубежных авторов, наглядно демонстрируют попытку вживить *lex mercatoria* в ткань нормативной системы регулирования трансграничных отношений, определив природу и место *lex mercatoria* в эволюционирующем регулятивном механизме.

⁵² *Collins H.* Op. cit.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ *Michaels R.* The Re-State-Ment of Non-State Law... P. 1209–1259, 1233.

⁵⁶ *Collins H.* Op. cit.

Некоторые выводы. Постановка новых вопросов

Что, собственно, происходит?

Есть Венская конвенция 1980 г., совершенно беспрецедентный акт, в котором на 17 мая 2016 г. участвовало 85 государств. Есть иные международные договоры. Есть национальное право государств. И тут вдруг появляются «Гаагские принципы», акты ИСС, регламенты международных коммерческих арбитражей, претендующие на расширительное толкование понятия «нормы права» для целей квалификации термина «право, избранное сторонами» к международному коммерческому контракту, осуществляется переход от «права» к «лучшим практикам»⁵⁷. Международно-ориентированные (американские, английские) 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. Таким образом, спонтанное *case-by-case* нормообразование частных лиц «снизу» нивелирует значение государства как монополиста в области правотворчества.

Активным субъектом нормотворчества становится международное бизнес-сообщество, его наиболее деятельная, высоко профессиональная часть: эксперты, бизнес-элиты, арбитры, члены торгово-промышленных палат, профессиональных сообществ, ученые⁵⁸. В иностранной литературе все громче звучит мысль о денационализации или «разгосударствлении» права, связанном с ростом числа акторов, создающих «снизу» в отдельных областях собственные нормы, консолидирующие «достижения практики международного оборота»⁵⁹. Современное право под воздействием глобализации⁶⁰, технического прогресса серьезным образом эволюционирует, становится транснациональным⁶¹ и «автономным»⁶². Сращивание по функциональным направлениям правового, экономического, ценностного аналогов глобализации приводит к появлению уникальных, неизвестных прошлым общественным практикам социальным феноменам, таким, как «Интернет-право», «право Макдональдса»⁶³ и т.д.

Трансграничная торговля, будучи авангардом общественных отношений, наиболее иллюстративным срезом последних, отражает процессы, которые с той или иной сте-

⁵⁷ *Di Matteo L., Ostas D. Comparative Efficiency in International Sales Law // American University International Law Review. 2011. Vol. 26. Issue 2. P. 421–431.*

⁵⁸ См. об этом: *Stone-Sweet A. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance // Journal of European Public Policy. August 2006. P. 627–646.*

⁵⁹ *Мучак Р.И. Саморегулирование делового оборота участниками международных контрактов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 3.*

⁶⁰ О влиянии глобализации на право см.: *Захарова М.В. Влияние глобализации на юридическую карту мира // Lex Russica 2011, № 3. С. 417–444.*

⁶¹ Транснационализация права исследуется в зарубежной литературе зачастую параллельно с таким явлением как «разгосударствление права», которое происходит на фоне размывания границ государств как основных правовых акторов. См: *Freeman J., Minow M. Introduction to Government by Contract: Outsourcing and American Democracy /, 2009.*

⁶² Автономность здесь понимается как все меньшая зависимость от государственного воздействия, от государственного механизма, обеспечивающего соблюдение норм права. Это обусловлено множеством причин, одной из которых является развитие, интернет-среды. В правовом поле появляются инструменты, которые трудно назвать правовыми. Примером служат т.н. смарт-контракты (*smart contracts*).

⁶³ «Право Макдональдса» — стандартизированные правовые конструкции, выработанные транснациональными корпорациями. См. об этом: *Захарова М.В. Указ. соч. С. 429.*

пенью достоверности и вероятности позволительно экстраполировать на остальные общественные отношения. Я. Рамберг практически низводит роль права в торговле к минимуму, отмечая, что «в сфере торгового права право не является обязательным и преимущественно выполняет функцию заполнения пробелов, по крайней мере, некоторые из принципов права выступают в качестве подходящих норм, от которых не стоит с легкостью отказываться»⁶⁴.

Все чаще появляются работы с красноречивыми названиями: «Является ли международный коммерческий арбитраж автономной правовой системой?»⁶⁵, «От глобального контрактного права к глобальному применимому праву»⁶⁶, наименование и содержание которых с очевидностью демонстрирует формирующиеся тенденции в области трансграничной торговли и международного коммерческого арбитража.

Современное автономное позиционирование *lex mercatoria* и международного коммерческого арбитража — суть взаимосвязанные вещи. Сегодня фактически существуют две параллельные реальности, в которых формируются разные каноны правопонимания и правоприменения. Это: 1) национальный суд и применимое право государства (на основе коллизионных норм); 2) международный коммерческий арбитраж и *lex mercatoria* (с расширительным толкованием термина «нормы права» и принципом автономии воли арбитров).

Думается, что автономность арбитража — это все еще мечта, преградой на пути которой выступает государственная система исполнения решений международного коммерческого арбитража. Арбитраж все еще не только связан с государством, но зависим от него, а потому не способен в своих решения «оторваться» от национального права и «парить» в пространстве *lex mercatoria*. На практике хозяйствующие субъекты в значительно большей степени полагаются на государство и его институты⁶⁷.

Насколько уместно квалифицировать *lex mercatoria* по канонам права? Настолько же, насколько допустимо сравнивать международный коммерческий арбитраж с национальным судом. Это суть разные вещи. Они существуют в некотором смысле в разных реальностях.

Связующим звеном между судом и арбитражем выступает Нью-Йоркская конвенция 1958 г., которая запускает механизм исполнения в государственно-правовом поле решения, вынесенного в частной юрисдикции на одном лишь основании — в связи с наличием в контракте арбитражной оговорки, легитимность которой установлена государством. Таким образом, в национальном праве заложены механизмы признания этой квази-судебной процедуры. Лишись арбитраж Нью-Йоркской конвенции и соответствующей процессуальной «поддержки» национального права, он очень быстро канет в Лету. Потому его автономность — некоторая фикция.

⁶⁴ Рамберг Я. Международные коммерческие транзакции. М., 2011.

⁶⁵ Chaghooshi F.S. Is International Commercial Arbitration an Autonomous Legal System? Unpublished thesis. June 2013. Faculty of Law, McGill University, Montreal.

⁶⁶ Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 43–54.

⁶⁷ Например, британские перестраховщики, по некоторым сведениям, предпочитают суды арбитражам. См.: Stammel C. Back to Courtroom? Developments in the London Reinsurance Market / Emerging Legal Certainty: Empirical Studies in the Globalization of Law. Aldershot, 1998. P. 347, 374-379. В свою очередь японские рыбаки также обращаются в государственный суд, а не в частный арбитраж. См.: Feldman E. The Tuna Court: Law and Norms in the World's Premier Fish Market [Электронный ресурс]: // URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1267&context=californialawreview> (дата обращения: 25.01.2017)

То же самое и с *lex mercatoria*: мы же не «натягиваем» на международный коммерческий арбитраж судебскую мантию, тогда зачем на *lex mercatoria* набрасывать правовые покровы? Арбитраж — не суд, и *lex mercatoria* — не право. Автономность последнего сродни автономности контракта. Контрактом создается особый режим регулирования отношений в силу принципа автономии воли сторон, свободы договора. Так и применение норм *lex mercatoria* — это проявление автономии воли сторон, которая ограничивается оговоркой о публичном порядке и сверхимперативными нормами национального права. И если юридическая сила норм права зиждется на их производности от государства, то применимость норм *lex mercatoria* зависит от воли самих сторон контракта, хозяйствующих субъектов.

Автономность современного *lex mercatoria* в его стремительно кодифицируемом состоянии также сомнительна в силу содержательной составляющей писаных источников *lex mercatoria* — обновляемых сводов принципов, норм и правил международной торговли. Все эти нормы родом из национальных правовых систем, они не уникальны, они — компромисс, усредненная модель регулирования частноправовых отношений, результат компаративистских усилий различных международных организаций, ассоциаций, торгово-промышленных палат и иных субъектов международного бизнес-общества.

Таким образом, *lex mercatoria* сегодня менее автономно, чем когда-либо ранее. С той быстротой, с какой его нормы кодифицируются, *lex mercatoria* утрачивает прежние преимущества, органичность и аутентичность. Оно перерождается из стихийно формируемой «снизу» системы норм, обычаев, практик в искусственно синтезированный и подаваемый «сверху» продукт, претендующий на статус альтернативы праву. «Сложившуюся практику», обычаи торговли сменяют «лучшие практики» и сборники толкования обычаев. Происходит сдвиг от того, «как поступаем» в сторону того, «как должно поступать». Возможно, таков новый виток развития *lex mercatoria*, или шаг к его закату⁶⁸.



Библиография

Бардина М.П. Выбор сторонами применимых «норм права» при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем / Международные отношения и право: взгляд в XXI век: материалы конференции в честь профессора Л.Н. Галенской. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2009. С. 340–355.

Бардина М.П. Основания применения Принципов УНИДРУА при разрешении международных коммерческих споров по существу спора / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сборник статей / под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016. С. 6–19.

Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сборник статей / под ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016. С. 43–55.

Захарова М.В. Влияние глобализации на юридическую карту мира // *Lex Russica*. 2011. № 3. С. 417–444.

Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам / Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей / под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016. С. 73–94.

Fassberg C. *Lex mercatoria—Hoist with Its Own Petard?* // *Chicago Journal of International Law*. Vol. 5. No. 1. Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol5/iss1/7> (дата обращения: 2.02.2017)

⁶⁸ See: Fassberg C. Op. cit.

Hatzimihail N. Many Lives — and Faces — of *LEX MERCATORIA*: History as Genealogy in International Business Law. Available at: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1484&context=lcpr> (дата обращения: 27.01.2017)

Mazzacano P. The Lex Mercatoria as Autonomous Law. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 29/2008. Available at: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/190> (дата обращения: 07.10.2016)

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. 5, pp. 1209-1259.

Michaels R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls> (дата обращения: 26.01.2017)

Sachs S.(2005) From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant' // *American University International Law Review*, vol. 21, no 5, pp. 685–811.

Robilant Di A. Genealogies of Soft Law // *American Journal of Comparative Law*. 2006. Vol. 54, no 3, pp. 499–554.

Teubner G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / *Global Law Without a State*. G.Teubner, ed. Aldershot, 1997. P. 3–31.

Teubner G. Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of *lex mercatoria*. Available at: http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852780/frames_eng.pdf (дата обращения: 15.12.2016)

Lex mercatoria: Medieval Myth or Phenomenon of Globalization?



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. Email: mazhorina@inbox.ru



Abstract

Lex mercatoria is a phenomenon magnetically attractive for contemporary scholars and practitioners. However, the more information about it exists or appears, less clarity and harmony the concept acquires. *Lex mercatoria* has both its ardent followers and skeptics seeking to debunk this sublegal myth. The article attempts to shift the perspective and approach of the study to the problems of understanding the essence of the modern *lex mercatoria* in a systematic manner through the prism of the historical prerequisites for the formation of a certain autonomous system of norms and conditions of modern times, marked by globalization processes. The author found it interesting to look at *lex mercatoria* in contemporary legal paradigm, considering the current understanding of those evolutionary processes that occur in this area. The article examines the issues of institutionalization of *lex mercatoria* in the modern system of normative regulation of cross-border relations. The business community generates, uses and should qualify the significant pool of non-legal norms that, in fact, are riddled with cross-border trade and other areas of cross-border communication. Modern *lex mercatoria* is changing along with international commercial arbitration becoming the *law to arbitration* or the *law of arbitration*. The progressive codification of *lex mercatoria*, that being a trend this stage of its development, in a sense changes the nature of *lex mercatoria*, depriving it of the spontaneity and authenticity. “Super-new *lex mercatoria*” experiencing, according to some views, its third stage of development, steadily moves away from its historical roots. To what will eventually lead such a rebirth: the degeneration or the formation of a global legal or sub-legal bulk? All these changes are reflected in law enforcement practice. In this regard, the article is of practice-oriented nature: most recent analyses of written and codified sources of *lex mercatoria*, prospects of application of norms of *lex mercatoria* by state courts and international commercial arbitrations.



Keywords

international contract, non-state regulation, lex mercatoria, UNIDROIT Principles, applicable law, international commercial arbitration.

Citation: Majorina M.V. (2017) *Lex mercatoria: Medieval Myth or Phenomenon of Globalization?* *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–19 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.1.4.19



References

- Bardina M.P. (2009) Vybory storonami primenimykh «norm prava» pri rassmotrenii spora mezhdunarodnykh kommercheskim arbitrazhem. *Mezhdunarodnye otnosheniya i pravo: vzglyad v XXI vek: materialy konferentsii*. Saint Petersburg.: Izdatel'skiy dom Sankt-Peterburgskogo universiteta, pp. 340–355.
- Bardina M.P. (2016) Osnovaniya primeneniya Printsipov UNIDRUA pri razreshenii mezhdunarodnykh kommercheskikh sporov po sushchestvu spora. *Aktual'nye pravovye aspekty sovremennoy praktiki mezhdunarodnogo kommercheskogo oborota*. A.S. Komarov (ed.). Moscow: Statut, pp. 6–19.
- Fassberg C. (2004) Lex Mercatoria—Hoist with Its Own Petard? *Chicago Journal of International Law*. Vol. 5. No.1 Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol5/iss1/7> (accessed: 2.02. 2017).
- Hatzimichail N. (2008) The Many Lives — and Faces — of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law. Available at: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1484&context=icp> (accessed: 27.01. 2017)
- Mazzacano P. (2008) The Lex Mercatoria as Autonomous Law. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper no. 29. Available at: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/190> (accessed: 07.10. 2016)
- 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.
- Michaels R. (2007) The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls> (accessed: 26.01.2017)
- Ramberg Ya. (2011) *Miezhdunarodnye kommercheskie transaktsii*. Moscow: Statut, 229 p. (in Russian)
- Robilant di A. (2006) Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, no 3, pp. 499–554.
- Sachs S. (2005) From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant'. *American University International Law Review*, vol. 21, no 5, pp. 685–811.
- Teubner G. (1997) Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society / G. Teubner (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth, pp. 3–31.
- Teubner G. (1997) Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria. Available at: http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852780/frames_eng.pdf (accessed: 15.12.2016)
- Vilkova N.G. (2016) Ot global'nogo kontrakt'nogo prava k global'nomu primenimomu pravu. *Aktual'nye pravovye aspekty sovremennoy praktiki mezhdunarodnogo kommercheskogo oborota*. A.S. Komarov (ed.). Moscow: Statut, pp. 43–55.
- Zakharova M.V. (2011) Vliyaniye globalizatsii na yuridicheskuyu kartu mira. *Lex Russica*, no 3, pp. 417–444.
- Zykin I.S. (2016) Gaagskie printsipy o vybere primenimogo prava k mezhdunarodnykh kommercheskim dogovoram. *Aktual'nye pravovye aspekty sovremennoy praktiki mezhdunarodnogo kommercheskogo oborota*. A.S. Komarov, ed. Moscow: Statut, pp. 73–94.