

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.181.12.009-021

М. В. Мажорина*

Право на выбор неправа: как открыть ящик Пандоры с помощью *lex voluntatis*¹

Аннотация. Автономия воли сторон (*lex voluntatis*) — один из центральных институтов международного частного права, который в условиях разрастания неправовой материи, множасьих источников норм негосударственного регулирования, а также ввиду концептуализации института «нормы права» (*rules of law*) в практике мировых арбитражей приобретает новое методологическое значение и требует своего переосмысления. В данной работе проводится исследование института автономии воли сторон с разных ракурсов: как коллизионного принципа, как материально-правового института, как механизма легитимизации норм негосударственного регулирования. Автономия воли сторон сегодня приобретает зримый потенциал юридического основания для конструирования особого, возможно «гибридного», нормативного режима для регулирования трансграничных частноправовых, преимущественно договорных отношений, становится формой выражения права на выбор неправа. Толкование автономии воли через призму материально-правовой теории и в контексте допущения выбора в качестве применимого права норм негосударственного регулирования может представлять собой серьезный риск как для сторон трансграничных контрактов, так и для правоприменителя в части коллидирования права и неправа.

Автор резюмирует: признание того, что институт автономии воли санкционирует право на выбор неправа, фактически означает, что фрагментированное правовое пространство, само по себе существенно отличающееся от государства к государству, может коллидировать со стремительно масштабируемым, еще более неоднородным негосударственным массивом норм, исходящим от негосударственных акторов. Такое состояние нормативной надстройки может быть охарактеризовано как коллизия права и неправа и требует выработки и настройки соответствующей методологии международного частного права.

Ключевые слова: международное частное право; коллизия права; автономия воли сторон; *lex voluntatis*; *lex mercatoria*; международный коммерческий арбитраж; нормы негосударственного регулирования; вненациональные нормы; Гагские принципы.

Для цитирования: Мажорина М. В. Право на выбор неправа: как открыть ящик Пандоры с помощью *lex voluntatis* // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 12. — С. 9–21. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.181.12.009-021.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16061.

© Мажорина М. В., 2021

* Мажорина Мария Викторовна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993

mvmazhorina@msal.ru

The Right to Choose *Non-Law*: How to Open Pandora's Box with *Lex Voluntatis*²

Maria V. Mazhorina, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
mvmazhorina@msal.ru

Abstract. The autonomy of the will of the parties (*lex voluntatis*) is one of the central institutions of private international law that, in the context of proliferation of non-legal subject matter, multiplying sources of non-state regulation, and also due to the conceptualization of the institution of “rules of law” in the practice of world arbitrations, acquires a new methodological meaning and requires its rethinking. The paper examines the institution of the autonomy of the will of the parties from different angles: as a principle of conflict of laws, as a substantive law institution, and as a mechanism for legitimizing the norms of non-state regulation. The autonomy of the will of the parties today acquires a visible potential of a legal basis for the construction of a special, possibly “hybrid,” regulatory regime for cross-border private law, for mainly contractual relations, it becomes a form of expression of the right to choose non-law. Interpreting the autonomy of the will through the prism of the substantive law theory and in the context of admitting the choice of non-state regulation as the applicable law can pose a serious risk both for the parties to cross-border agreements and for the law-enforcer in terms of conflicting law and non-law. The author concludes that acknowledgement that the institution of autonomy of the will authorizes the right to choose non-law, in fact, means that a fragmented legal space, which itself differs significantly from state to state, can collide with a rapidly scalable, even more heterogeneous non-state array of norms emanating from non-state actors. This state of the normative superstructure can be characterized as a conflict of law and non-law and requires the development and adjustment of an appropriate methodology of private international law.

Keywords: international private law; conflict of law; autonomy of the will of the parties; *lex voluntatis*; *lex mercatoria*; international commercial arbitration; norms of non-state regulation; non-national norms; Hague Principles.

Cite as: Mazhorina MV. Pravo na vybor neprava: kak otkryt yashchik pandory s pomoshchyu *lex voluntatis* [The Right to Choose Non-Law: How to Open Pandora's Box with *Lex Voluntatis*]. *Lex russica*. 2021;74(12):9-21. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.181.12.009-021 (In Russ., abstract in Eng.).

В современном международном частном праве институт автономии воли сторон (*lex voluntatis*) широко известен и распространен. Существуют разные доктринальные подходы к пониманию принципа автономии воли, что находит отражение в многочисленных работах российских и зарубежных авторов³. Однако в данной статье не ставится цель исследовать институт автономии воли сторон в его онтологии, но преследуется достаточно узкая задача выявления функциональной возможности *lex voluntatis* в части легитимизации норм негосударственного регулирования.

Традиционным для международного частного права является понимание автономии воли как коллизионной нормы или коллизионного принципа (*lex voluntatis*), позволяющего

сторонам трансграничного частноправового отношения выбрать применимое право⁴, что также закреплено во многих мировых кодификациях норм международного частного права. Коллизионный подход к институту автономии воли сводится к тому, что *lex voluntatis* выполняет коллизионную функцию отыскания права, применимого к регулированию отношений, или локализует правоотношение. И в этом контексте достаточно трудно предположить, что коллизионный принцип национального права (или международного договора) представляет собой санкцию на применение к регулированию отношения какого-либо нормативного массива, не являющегося правом в его позитивистском значении, или, говоря иными словами, легализует нормы негосударственного регулирования.

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-16061.

³ См. об этом: Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик-Медиа, 2012. С. 21–355; Лунц Л. А. Курс международного частного права: в 3 т. 2-е изд. М., 2002. С. 212–213.

⁴ См., например: Толстых В. Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб., 2004. С. 119.

Это означало бы допущение денационализации обязательственного (договорного) статута, что плохо увязывается с трактовкой коллизионной нормы как санкции государства на применение иностранного права. Так же непросто в духе коллизионного подхода к автономии воли сторон объяснить возможность сторон выбрать к их отношениям право, не имеющее никакой объективной связи с правоотношением, в то время как законодательство многих стран не содержит территориальных пределов автономии воли сторон. В. Л. Толстых, будучи сторонником коллизионно-правовой теории, также называет ряд ограничений автономии воли сторон, касающихся недопустимости выбора сторонами применимого права для отдельных частей контракта, выбора квазиправовых норм, а также необходимости объективной связи права и контракта⁵. Однако все эти ограничения не соответствуют законодательной практике многих стран: институт депесажа (фр. *dépeçage*) широко признан в мире, территориальные пределы автономии воли зачастую не установлены, а также встречаются национальные кодификации норм международного частного права, где прямо допускается применение неправовых регуляторов, о чем пойдет речь ниже.

В связи с тем, что коллизионный подход к автономии воли сторон не всегда выдерживает критику, в литературе обосновывается иной подход к автономии воли как к самостоятельному материально-правовому институту, что подробно исследовано в работе С. В. Третьякова⁶. Автор заключает, что автономия воли обладает правонаделительным характером, что несовместимо с выражающей коллизионный метод «классификационной» функцией, сводящейся к отнесению каждого общественного отношения с иностранным элементом к определенному национальному правопорядку. С. В. Третьяков квалифицирует автономию воли как материально-правовое решение коллизионной проблемы, но в результате наложения коллизионно-правовой

модели на правонаделительный институт юридически значимая воля превратилась в фактор локализации правоотношения. Следствием этого явилось характеризующее коллизионно-правовую теорию автономии воли противоречие между направленностью юридически значимой воли сторон на достижение материально-правового результата и специфической задачей коллизионно-правового механизма, состоящей в локализации общественного отношения, осложненного иностранным элементом⁷. Таким образом, автор рассматривает автономию волю как правонаделительный институт материального права, который, кроме права на выбор права, дает сторонам отношения еще и возможность смоделировать особый правовой режим путем кумуляции отдельных массивов правовых норм разных правопорядков, подчинив отдельные части договора разным правопорядкам, что является достаточно широко признанной законодательной практикой и закреплено, в частности, в п. 4 ст. 1210 ГК РФ. В итоге использование техники кумуляции приводит к такому сочетанию правовых норм, призванных регулировать соответствующее общественное отношение, которые не известны ни одному из национальных правовых порядков⁸.

Развивая мысли, высказанные С. В. Третьяковым, можно зайти еще дальше и смоделировать ситуацию, когда стороны контракта на основании автономии воли могут собрать гибридный нормативно-правовой режим для их контракта либо для отдельных его частей, состоящий из правовых и неправовых норм, или даже полностью уйти в неправовую плоскость, подчинив контракт, например, Принципам международных коммерческих договоров УНИДРУА⁹, тем более что такие алгоритмы уже заложены в отдельных национальных законах, в самих Принципах, а также, например, в документе Международной торговой палаты — Вненациональные нормы как применимое к международным контрактам право¹⁰. Такая

⁵ Толстых В. Л. Указ. соч. С. 120.

⁶ Третьяков С. В. Юридическая природа автономии воли сторон в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. 204 с.

⁷ Третьяков С. В. Указ. соч. С. 8–10.

⁸ Третьяков С. В. Указ. соч. С. 10.

⁹ URL: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Russian-bl.pdf> (дата обращения: 17.11.2021).

¹⁰ A-national rules as the applicable law in international commercial contracts with particular reference to the ICC Model Contracts // URL: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/Developing-Neutral-Legal-Standards-Int-Contracts.pdf> (дата обращения: 17.11.2021).

практика складывается сегодня в международном коммерческом арбитраже, где в принципе, в силу его специфики, устраняется необходимость обращения к коллизионным нормам национального права в соответствии с получившим широкое признание методом «прямого выбора права» (*voie directe*), а также в связи с широким толкованием автономии воли, предполагающей право на выбор не только правовых, но и норм негосударственного регулирования.

А. В. Асосков, перспективно оценивая материально-правовую теорию автономии воли, рассматривает этот институт как проявление другого метода международного частного права — метода прямого внутринационального регулирования, еще одним примером применения которого является институт свехимперативных норм¹¹. В качестве особого метода регулирования имущественных отношений с иностранным элементом автономию воли рассматривали в своей работе также Г. Г. Иванов и А. Л. Маковский¹².

Т. В. Новикова формирует собственное небезынтересное представление об автономии воли и выделяет два этапа ее реализации. На первом этапе автономия воли существует в форме материально-правовой нормы, упрямочивающей в определенных случаях и в строго очерченных пределах стороны частного-правового отношения с иностранным элементом на выбор применимого права; на втором этапе — в форме квазинормы коллизионного характера, непосредственно установленной соглашением сторон для определения применимого права. Следовательно, на первом этапе автономия воли есть совокупность управомочивающих материальных норм *lex fori*, устанавливающих объем возможностей сторон в связи с выбором применимого права (выбор права третьего государства, депесаж и пр.) и одновременно перечень частнопрововых отношений международного характера, в которых выбор права допускается. Такие нормы, по мнению автора, являются исключительно материально-правовыми по своей природе, т.к. не способны реализовать коллизионно-правовой метод регулирования и определить право, применимое к каким бы то ни было отношениям. На втором

этапе реализации автономии воли сторон в заключенном сторонами соглашении устанавливается квазинорма коллизионного характера, которая и выполняет функцию выбора права¹³.

Функциональной задачей суда при разрешении трансграничного спора является решение коллизии права посредством выбора применимого правопорядка. При этом во всех иных случаях, отличных от действия принципа автономии воли сторон, суд отыскивает оседлость правоотношения, локализует его посредством наиболее тесной связи в том или ином ее проявлении и с учетом того, какие догматы наиболее тесной связи сложились в соответствующем государстве. Иными словами, все коллизионные принципы по своей природе нацелены на поиск естественной локализации правоотношения, его «приземление» на почву того или иного национального правопорядка. При использовании автономии воли сторон функция поиска применимого права, а соответственно, и регулятивная функция передается частным субъектам, ставится в зависимость от их воли. Стороны договорных отношений получают «санкцию» от государства на применение иностранного права, а в современных реалиях — не только права. При этом совершенно очевидно, что принцип автономии воли сторон делокализует отношение, создает возможность отвязать его от права, с которым оно объективно связано, т.е. выполняет противоположную задачу, в отличие от коллизионных принципов. Всё это позволяет констатировать особую природу автономии воли в сравнении с коллизионными принципами международного частного права.

Материально-правовая теория автономии воли сторон служит удобным методологическим основанием для постановки интересующего нас вопроса о допустимости выбора негосударственных норм в качестве применимого права. Легитимизирует ли автономия воли внешне-национальные источники? Достаточно подробное исследование этого вопроса проведено А. В. Асосковым, который приходит к заключению, что стороны трансграничного договора, заключенного при осуществлении предпринимательской деятельности, следует наделять возможностью выбора внешне-национальных источников в качестве применимого права при

¹¹ Асосков А. В. Указ. соч. С. 41–42.

¹² Иванов Г. Г., Маковский А. Л. Международное частное морское право. М., 1984. С. 26.

¹³ Новикова Т. В. О подходах к осмыслению автономии воли в международном частном праве // Государство и право. 2021. № 6. С. 183–191.

условии, что такие вненациональные источники соответствуют основным началам частнопроводного регулирования, защищены от возможных злоупотреблений путем установления определенных императивных норм, а также представляют собой относительно законченную систему правовых предписаний, способную самостоятельно урегулировать значительную часть спорных вопросов¹⁴.

Думается, что некоторые высказанные в 2012 г. А. В. Асосковым предложения были оптимизированы, в том числе под влиянием позднее анонсированных Гаагских принципов 2015 г.¹⁵, и легли в основу п. 32 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации»¹⁶. В нем Верховный Суд указал, что стороны договора, осложненного иностранным элементом, могут выбрать право страны, которая не имеет связей с договором или его сторонами (выбор нейтрального права). Стороны также вправе выбрать документы, содержащие правила, рекомендованные участникам оборота международными организациями или объединениями государств (например, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Европейские принципы договорного права, Модельные правила европейского частного права). Такие правила применяются только при наличии прямо выраженного соглашения сторон. Вопросы, которые не могут быть решены в соответствии с такими выбранными сторонами документами, а также общими принципами, на которых они основаны, подлежат разрешению в соответствии с внутригосударственным правом, определенным в соответствии с соглашением сторон или коллизионными нормами. В последнем случае право будет играть роль субсидиарного статута, к которому можно будет прибегнуть в случае пробела в «неправе». Пленум Верховного Суда РФ закрепляет модель сорегулирования трансграничных частнопроводных договорных отношений, позволяя сторонам трансграничного контракта самостоятельно собрать под себя нормативный

режим. Думается, что это можно квалифицировать как форму реализации материально-правовой теории автономии воли сторон.

Указанные нормы постановления Пленума Верховного Суда РФ созданы в развитие положений ст. 1210 ГК РФ и очень широко трактуют автономию воли сторон, допуская выбор сторонами в качестве права, применимого к трансграничным договорным обязательствам, как права, так и «неправа». Это само по себе является крайне спорным по той причине, что статья 1210 ГК РФ допускает лишь выбор сторонами «права». И. С. Зыкин, будучи соавтором одного из комментариев к ГК РФ, пишет, что в ст. 1210 говорится о выборе сторонами права. Речь идет об объективном праве, которое существует и является таковым независимо от воли сторон. Не воля конкретных сторон придает тому или иному акту (документу) характер права. Она может приводить к применению избранного сторонами права, но не к его созданию. Поэтому выбор сторон должен укладываться в категорию «право». К категории права не могут быть отнесены не вступившие в силу международные конвенции, их проекты, типовые законы, проекты национальных нормативных актов и т.п. Ссылка сторон в соглашении на акт (документ), не укладывающийся в категорию «право», может придать ему характер положений контракта, но такой акт или документ, как и любое условие контракта, не может противоречить императивным нормам применимого права. В данной ситуации речь может идти не о соглашении о выборе права, а о способе согласования между сторонами контрактных условий¹⁷. Такая аргументация выглядит очень убедительной, особенно в контексте того, что норма ст. 1210 ГК РФ, как и иные нормы разд. 6 ч. III ГК РФ, адресованы в первую очередь государственному суду, что основано на абз. 2 п. 1 ст. 1186 ГК РФ, где закреплена «исключающая оговорка» для международных коммерческих арбитражей.

С И. С. Зыкиным соглашается А. С. Комаров, когда отмечает, что в настоящее время государственные суды разных стран исходят из

¹⁴ Асосков А. В. Указ. соч. С. 339–340.

¹⁵ Гаагские принципы о выборе права, применимого к международным коммерческим контрактам (The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts) // URL: <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf> (дата обращения: 17.11.2021).

¹⁶ СПС «Гарант».

¹⁷ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. М., 2002. С. 426–427 (автор комментария к ст. 1210 ГК РФ — И. С. Зыкин).

традиционного понимания диспозиции нормы о выборе сторонами применимого права. Стороны должны указать право конкретного государства и условие, предусматривающее применение документа, в котором содержатся нормы, не отвечающие общепринятому пониманию «право», чаще всего не рассматривается судом как полноценное соглашение о применимом праве. В данной связи проблематичным с позиций ст. 1210 ГК РФ представляется признание российским судом в качестве полноценного выбора права ссылки на нормативные правила, которые не отвечают традиционному понятию «право»¹⁸.

Таким образом, мы имеем достаточно любопытную правовую коллизию: норма ст. 1210 ГК РФ оперирует понятием «право», а норма п. 32 постановления Пленума Верховного Суда РФ трактует ст. 1210 ГК РФ фактически в контексте расширительного толкования права. Подобное толкование было бы совершенно уместным, если бы в законодательстве были сформированы юридические основы для расширительного правопонимания, как это можно видеть в отдельных кодификациях норм международного частного права.

В Гражданском и торговом кодексе Аргентины, в ст. 2651, дается толкование автономии воли, согласно которому стороны договора «могут выбрать национальное право, а также могут определять по общему согласию материальное содержание своих договоров и даже создавать договорные положения, которые *заменяют императивные нормы выбранного права*» (здесь и далее курсив наш. — М. М.). Кроме того, «*общепринятые коммерческие практики и обычаи, обыкновения и принципы международного коммерческого права* применяются в тех случаях, когда стороны включили их в договор»¹⁹.

Закон № (6) от 02.07.2015 «О коллизии законов в гражданских и коммерческих делах с ино-

странным элементом» Бахрейна содержит ст. 4, согласно которой «стороны могут договориться о выборе применимого права или выборе *права международной торговли и его обычаев* (в качестве применимого права)»²⁰.

Закон о международном частном праве Венесуэлы²¹ закрепляет право сторон договора выбрать право, а в отсутствие такого выбора договорные обязательства регулируются правом, с которым они наиболее непосредственно связаны. При этом судом также принимаются во внимание «общие принципы международного коммерческого права, принятые международными организациями» (ст. 30). Сходные по сути положения можно встретить и в ст. 61 Закона № 544-14 «О международном частном праве» Доминиканской Республики от 15.10.2014²². Причем в Законе Доминиканской Республики есть любопытное дополнение, которое всё же позволяет прийти к выводу, что законодатель этой страны расширительно толкует автономию воли сторон. Параграфом II ст. 61 в дополнение к механизму определения применимого права в отсутствие соглашения сторон закрепляется, что «в соответствующих случаях применяются нормы, обычаи и принципы международного коммерческого права, а также общепринятые коммерческие обычаи и практика». Можно ли квалифицировать данную норму как позволяющую правоприменительному органу обращаться к источникам негосударственного регулирования для решения дела по существу? Рассмотрим два разных подхода к ответу на этот вопрос на примере оценки другого документа, который содержит аналогичную методологическую и нормативную конструкцию.

Нормы ст. 61 Закона Доминиканской Республики практически аналогичны нормам ст. 9 и 10 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам 1994 г.²³ (далее — Конвенция Мехико). Статья 8 Конвенции Мехико непосредственно посвя-

¹⁸ Комаров А. С. Внешнеэкономический договор: выбор контрагентами применимого права // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота : сборник статей / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. А. С. Комарова. М. : Статут, 2016. С. 126–127.

¹⁹ Международное частное право : сборник национальных кодификаций / сост. и ред. В. Плеханов. М., 2021. С. 85.

²⁰ Международное частное право : сборник национальных кодификаций. С. 99.

²¹ Международное частное право : сборник национальных кодификаций. С. 237.

²² Международное частное право : сборник национальных кодификаций. С. 312.

²³ URL: <http://uristinfo.net/dogovornoe-pravo/99-dogovornoe-pravo-v-mezhdunarodnom-oborote/2510-mezhamerikanskaja-konventsija-o-prave-primenimom-k-mezhdunarodnym-kontraktam.html> (дата обращения: 11.11.2021).

щена автономии воли и не содержит никаких указаний относительно возможности избрания негосударственных источников. В статье 9 регулируется ситуация, когда стороны договора не выбрали применимое право. Оно традиционно определяется на основании принципа наиболее тесной связи. При этом «судом могут быть приняты во внимание любые объективные и субъективные элементы контракта... Также учитываются *общие принципы международного коммерческого права, принятые международными организациями*». Статья 10 Конвенции Мехико в дополнение к положениям предыдущей статьи закрепляет, что *руководства, обычаи и принципы международного коммерческого права, а также общепринятые торговые обыкновения и практика* также применимы для обеспечения в конкретном случае правосудия и справедливости.

В литературе по международному частному праву можно встретить следующие оценки этих норм. С одной стороны, Фредерик К. Юнгер (Friedrich K. Juenger), возглавлявший американскую делегацию при подписании Конвенции Мехико, признает за сторонами возможность выбора международного коммерческого права²⁴. При этом Якоб Долингер (Jakob Dolinger), профессор Государственного университета Рио-де-Жанейро, высказывает более консервативную позицию, считая, что Конвенция не санкционирует выбор норм негосударственного регулирования, которые могут применяться лишь для целей отыскания наиболее тесной связи. Автор отмечает, что суд должен не только учитывать территориальные связи контракта с тем или иным правопорядком, но и тестировать содержание той или иной национальной правовой системы на предмет соответствия международным подходам к регулированию трансграничных договорных отношений, используя для этого вненациональные источники²⁵.

Систематическое и логическое толкование норм Конвенции Мехико и Закона Доминиканской Республики свидетельствуют, скорее, в пользу второго из обозначенных подходов, учитывая, что опция применения негосударственных источников открывается только применительно к определению применимого права в

отсутствие соглашения сторон об этом. С другой стороны, статьи 9 и 10 Конвенции Мехико, будучи связанными друг с другом самими нормотворцами, с точки зрения юридической техники выглядят несколько двусмысленно, кроме того, представляется спорным, что анализ руководств, обычаев, торговых обыкновений даст ответы на коллизионный вопрос поиска права, с которым договорное отношение наиболее тесно связано. Такое комплексное толкование может склонить чашу весов в пользу позиции, высказанной Ф. Юнгером.

Кодекс международного частного права Республики Панама²⁶ содержит целый ряд интересных норм. Так, согласно ст. 79 стороны договорного отношения «могут использовать *принципы международных коммерческих договоров, разработанных Международным институтом унификации частного права, известные как UNIDROIT* по его сокращению на английском языке, и притом *в качестве дополнительного правила к применимому праву или как средство толкования судьей или арбитром в договорах или отношениях международного коммерческого права*». То есть Принципы УНИДРУА законодательно санкционированы как субсидиарный статут к применимому праву.

Далее, в ст. 80 закрепляется, что «в рамках коммерческих договоров между сторонами действительно согласование (применения) *общих обычаев, обычной практики в рамках коммерческой деятельности и повторяющихся практик международного характера*, известных сторонам как коммерческим операторам или экономическим агентам в рамках их международных отношений». Определение коммерческих операторов или экономических агентов содержится в ст. 81, где под ними понимается «любой коммерсант, который в рамках своей деятельности производит услуги, товары или капитал на международном или национальном рынке (*lex mercatoria*)». Эта норма крайне интересна тем, что в ней упоминается *lex mercatoria*, определение которого также содержится в Кодексе Панамы, где наличествует глоссарий (титул IX). В глоссарии, в п. 25, *lex mercatoria* трактуется как латинское выра-

²⁴ Juenger F. K. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons // *The American Journal of Comparative Law*. 1994. Vol. 42. Iss. 2. P. 387–388.

²⁵ Dolinger J. Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts // *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 2000. Vol. 282. P. 441–444.

²⁶ Международное частное право : сборник национальных кодификаций. С. 601.

жение, относящееся к совокупности обычаев, обычных практик и повторяющихся практик, касающихся международной коммерции, которые применимы к коммерческим отношениям, если стороны об этом договорились²⁷. Статья 81 и пункт 25 глоссария с трудом увязываются друг с другом, однако не подлежит сомнению, что закон акцептирует концепт *lex mercatoria*, что представляет собой уникальную юридическую практику.

В глоссарии также дается определение «автономии воли сторон» как полномочия или права договаривающихся сторон устанавливать *соглашения, положения или условия*, которые они сочтут удобными в своем международном договоре (в контексте российского права речь идет о трансграничном контракте), при условии, что они не противоречат праву, морали или публичному порядку (п. 3)²⁸. В таком толковании, сопряженном с оценкой норм ст. 79 и 80 Кодекса международного частного права Республики Панама, можно усмотреть законодательную иллюстрацию материально-правовой теории автономии воли сторон, так как институт автономии воли сторон не определяется через коллизионный принцип отсылки к праву, избранному сторонами. При этом там же, в титуле IX, в п. 14, содержится определение коллизионной привязки как критериев локализации, которые содержат указание на применимый правовой порядок. Это определение дополнительно аргументирует сделанный выше вывод о толковании автономии воли как материально-правового института.

В Законе № 5393 «О праве, применимом к международным договорам» Парагвая²⁹, в ст. 4, законодатель также санкционирует право сторон договора на выбор права. Значительный интерес представляет статья 5, в которой закреплено определение норм права и устанавливается, что «в настоящем законе отсылка к праву включает в себя *нормы права негосударственного происхождения, общепризнанные в качестве нейтрального и сбалансированного свода норм*». Это достаточно уникальная для мировых кодификаций норм международного частного права практика, которая свидетельствует уже не просто о расширительном толковании автономии воли, но о сдвиге в право-

понимании, что перекликается с положениями Гаагских принципов и их толкованием института «нормы права» (*rules of law*). Особенностью же указанной статьи является то, что она содержится в законе государства, а не в источнике негосударственного регулирования, что усиливает сделанное выше допущение о парадигмальном сдвиге в вопросе правопонимания. Именно так в настоящее время выглядит механизм легитимизации неправа, созданный внутри национального права.

Статья 12 Закона посвящена справедливому согласованию интересов при решении вопроса о праве, применимом к международным договорам. В ней установлено, что «в надлежащих случаях с целью достижения требований, налагаемых справедливостью в данном конкретном случае, применяются *нормы, обычаи торговли и принципы договорного права, преобладающие в сравнительном праве*»³⁰. Подобное положение также не распространено в мировых кодификациях и имеет большое значение в контексте обеспечения интересов обеих сторон при решении вопроса о применимом праве. Известно, что на практике зачастую выбор права фактически осуществляется одной из сторон сделки, в то время как вторая сторона лишь вынуждена его акцептировать. Закон наиболее тесной связи также может привести к ситуации некоторого перекося в пользу одной из сторон сделки. Данная же норма Закона Парагвая содержит дополнительную гарантию обеспечения справедливого согласования интересов при определении применимого к договору права, позволяя прибегнуть к негосударственным источникам и методу сравнительного правоведения.

Не меньший интерес представляет Общий закон о международном частном праве Уругвая, в ст. 45 которого применительно к автономии воли говорится, что стороны могут выбирать *нормы права, общепринятые на международном уровне, в качестве свода нейтральных и сбалансированных норм при условии, что они исходят от международных организаций, участником которых является Восточная Республика Уругвай*. Статья 45 дополняется статьей 51, закрепляющей, что *обычаи и принципы международного договорного*

²⁷ Международное частное право : сборник национальных кодификаций. С. 614.

²⁸ Международное частное право : сборник национальных кодификаций. С. 613.

²⁹ Международное частное право : сборник национальных кодификаций. С. 622.

³⁰ Международное частное право : сборник национальных кодификаций. С. 623.

права, общепризнанные или кодифицированные международными организациями, членом которых является Республика, применяются, если необходимо, без ущерба для положений норм ст. 45³¹. Уникальной по своему содержанию является и ст. 13 Общего закона Уругвая, в которой квалифицируется международное коммерческое право, его источниковый состав и условия применения. Давая же оценку ст. 45 и 51, можно констатировать, что уругвайский законодатель, закрепляя широкую дискрецию сторон договора на выбор права и неправа, легитимизирует последнее в акте национального законодательства. При этом можно позитивно оценить трактовку «нейтральных и сбалансированных норм» в привязке к участию Республики Уругвай в тех международных организациях, которыми разработаны соответствующие нормы. Это создает ситуацию большей определенности и предсказуемости в вопросе выбора негосударственных источников в качестве применимого права, что в конечном счете дополнительно стабилизирует гражданский оборот, гармонизирует судебную практику, хотя и сужает вариативность выбора для сторон контракта.

Приведенные выше выдержки из актов законодательства отдельных государств тем не менее являются исключением из общего правила. Традиционно нормы об автономии воли формулируются следующим образом: «стороны договора могут выбрать право, применимое к договору в целом или отдельным его частям», или «стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору» (как в п. 1 ст. 1210 ГК РФ). Страны ЕС в части регулирования вопроса выбора применимого к международным контрактам права применяют нормы Регламента ЕС о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам от 17.06.2008³² (далее — Регламент Рим I).

Статья 3 п. 2 проекта Регламента Рим I предусматривала возможность сторон выбрать в

качества применимого права принципы и правила материального договорного права, получившие признание в мире или в Европейском Сообществе. Однако вопросы, относящиеся к сфере действия таких принципов или правил, прямо ими не урегулированные, должны регулироваться лежащими в их основе общими принципами или, если такие принципы не обнаружены, в соответствии с правом, применимым в отсутствие выбора по настоящему Регламенту. В пояснительном меморандуме к проекту Регламента Рим I подчеркивалось, что использованная формулировка исключает возможность применения чрезмерно расплывчатой концепции *lex mercatoria*, а также делает невозможным выбор в качестве применимого права частных кодификаций, которые пока не нашли признания у мирового сообщества³³. А. И. Белоглазев, комментируя ст. 3 п. 2 проекта, считал позитивным, что «не были реализованы несколько химерические представления о том, что общие принципы, на которых основаны *Lex mercatoria*, или транснациональное торговое право, могли бы образовать целостную систему, способную стать основой для материально-правового толкования договорного отношения»³⁴. Будучи оставленной в документе, эта норма требовала бы больших интеллектуальных, временных затрат для правоприменителя, а также не служила бы цели повышения предсказуемости судебного разбирательства в части определения применимого к спору права, порождая высокие риски правовой неопределенности и неограниченной дискреции суда. Даже в арбитражных разбирательствах, где арбитры более подготовлены к встрече с неправовой материей, выбор негосударственных предписаний в качестве применимого права, как считает А. И. Белоглазев, является скорее анахронизмом, нежели тенденцией, на которую в будущем следовало бы опираться³⁵.

Соответственно, указанная формулировка была исключена из окончательного текста Регламента Рим I. Однако попытка акцептировать

³¹ Международное частное право : сборник национальных кодификаций. С. 896–897.

³² Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам «Рим I». Страсбург, 17 июня 2008 г. // URL: <http://www.cisg.ru/dok/rim-1-ru.pdf> (дата обращения: 11.11.2021).

³³ Приводится по: Асосков А. В. Указ. соч. С. 329–330.

³⁴ Белоглазев А. И. Европейское международное частное право — договорные связи и обязательства : в 2 т. Киев : Таксон, 2010. Т. 1. С. 706.

³⁵ Белоглазев А. И. Указ. соч. С. 706–707.

неправовую реальность, инкорпорировать ее в правовую материю демонстрирует тенденцию сдвига в правопонимании в области международного частного права. Регламент Рим I постулирует в п. 11 преамбулы, что свобода сторон выбирать подлежащее применению право должна выступать одним из краеугольных камней системы коллизионных норм в области договорных обязательств. В пункте 13 преамбулы предусмотрено право сторон включать посредством отсылки в свой договор негосударственное право (non-State body of law) или международное соглашение, что, однако, не дает им силы применимого права и, как следствие, влечет за собой юридическое последствие в виде квалификации названных нормативных массивов в качестве контрактных условий, а также не снимает вопроса о необходимости определения применимого к договорным отношениям права. Из этого логически следует, что негосударственная система регулирования, которую стороны могут включить в договор де-факто в виде его составляющей, не должна противоречить императивному регулированию применимого *legis causae*³⁶, учитывая то, что собственно выбор того или иного права преимущественно сводится к выбору именно соответствующих императивных норм.

Анализируя положения Регламента Рим I об автономии воли, А. И. Белоглазев считает, что свобода выбора права имеет вполне прагматическую цель, которая состоит в реализации интереса в максимальной правовой определенности и превенции возникновения споров. Следовательно, выбор права обеспечивает предсказуемость объема субъективных прав³⁷. Существуют в этой связи большие сомнения, что опция выбора неправа могла бы решить определенную автором задачу.

Нельзя не упомянуть еще одно крайне любопытное заключение А. И. Белоглазева, которое имеет значение для раскрытия вопроса о том, каковы причины того, что в преамбулу Регламента Рим I всё же был имплементирован пункт 13, если исходить из презумпции, что его нормы не являются дозволением на применение негосударственных источников. Автор полагает, что, скорее, это какое-то скрытое обращение к правоприменительным органам (особенно судам) использовать более широко

общепризнанные принципы права и осуществлять интернационализацию юридической среды. Применение систем негосударственного регулирования, нельзя отрицать, должно быть возможным лишь в рамках материально-правовой автономии сторон, а не коллизионной. В случае если существует соответствующее соглашение сторон о применении таких режимов материально-правового регулирования, третейские судьи обычно пользуются большой свободой в их применении³⁸.

Применение норм негосударственного регулирования может и должно способствовать «интернационализации юридической среды», что в практической плоскости может выражаться в разных формах: в гармонизации, единообразии правоприменительной практики по трансграничным спорам, а также в популяризации института автономной квалификации как одного из сложных институтов международного частного права, актуального на стадии выбора права.

Подводя итоги относительно того, можно ли квалифицировать автономию воли как инструмент легитимизации норм негосударственного регулирования, можно обособить следующие два подхода. В рамках первого, обусловленного коллизионно-правовой природой автономии воли, государство сможет санкционировать нормы негосударственного регулирования, вероятно, только в силу серьезных сдвигов в правопонимании и отказа от позитивистского подхода к праву. Кроме того, стремясь локализовать отношение, в том числе допуская «сорегулирование» при помощи сторон сделки, законодатель, а вслед за ним и правоприменитель будут «приземлять» искомое отношение на почву того или иного национального права. Выбор применимого права, сделанный сторонами, для правоприменителя служит тем самым «локализирующим компонентом», который при этом подвергается оценке суда, а также может быть признан несостоявшимся или недействительным.

Материально-правовое толкование автономии воли сторон действительно, как замечает А. В. Асосков, освобождает этот институт от догматических оков, позволяет осуществить анализ конкретных его проявлений и выбрать наиболее эффективные законодательные реше-

³⁶ Белоглазев А. И. Указ. соч. С. 708.

³⁷ Белоглазев А. И. Указ. соч. С. 675–676.

³⁸ Белоглазев А. И. Указ. соч. С. 709–710.

ния, ориентируясь на определение оптимального баланса реальных интересов и установленных на их основе групп нормообразующих факторов³⁹. Автономия воли в контексте ее материально-правовой природы может рассматриваться как проявление свободы договора для сферы трансграничных частноправовых отношений, как правоустанавливающая норма, управомочивающая субъектов контракта смоделировать определенный нормативный режим, который может вбирать в себя нормы отдельного, в том числе иностранного, правопорядка, нескольких правопорядков, международно-правовых договоров или даже, как мы в видим из законодательства ряда стран, вне-национальных источников. Воля сторон контракта может быть выражена также в форме отказа от данного правомочия. Законодатель акцептирует волю субъектов трансграничного контракта ввиду отсутствия универсального локализирующего компонента и с целью обеспечения достижения наибольших интересов участников коммерческого оборота. В таком ключе институт автономии воли сторон может, в случае сформировавшейся на это воли законодателя, служить инструментом легитимизации норм негосударственного регулирования.

При этом суд, разрешая спор из трансграничного контракта, должен на основе норм *lex fori* квалифицировать сделанный сторонами выбор применимого права или особого нормативного режима как юридический факт, провести оценку соблюдения материально-правовых дозволений и непротиворечия нормам, ограничивающим автономию воли сторон, и, при отсутствии законодательных нарушений, «присвоить» легитимно совершенный выбор себе для целей реализации уже своей обязанности по установлению содержания норм применимого права и регулированию спора по существу. Иным вариантом может стать негативная оценка судом сделанного выбора или констатация его отсутствия и последующий переход к поиску права на основе коллизионных принципов характерного исполнения, наиболее тесной связи или иных привязок, закрепленных в нормах *lex fori*. При этом автономию воли стоит расценивать не как возможность законодателя переложить «коллизионное бремя» с себя и

правоприменителя на участников международного коммерческого оборота, но как признание права последних на большую свободу в договорной сфере, объективно ограничиваемую в иных областях трансграничных частноправовых отношений.

В международном коммерческом арбитраже при сохранении в целом обозначенной выше логики автономии воли придается еще большее значение ввиду того, что у арбитража отсутствует столь серьезная привязка к нормам *lex fori*, как у национального суда, и в части «тестирования» легитимности сделанного выбора арбитраж связан, пожалуй, лишь общими ограничительными механизмами международного частного права, сродни оговорке о публичном порядке. Делокализация арбитража упрощает этот этап оценки автономии воли и допускает арбитров к стадии ее реализации. Кроме того, распространение в практике международного коммерческого арбитража метода «прямого выбора права» служит основанием для реализации еще более широкой «автономии воли арбитров», которые фактически отождествляются со сторонами контракта в части моделирования нормативного режима, применимого к спорным отношениям.

О. Ландо проводит интересное сравнение между двумя типами правоприменителей: законниками, ни на йоту не отступающими от буквы закона и выступающими против применения *lex mercatoria*, и «изобретателями», применяющими и признающими *lex mercatoria*. Арбитрам иногда приходится «изобретать» новые решения, действуя в качестве «социальных инженеров», собирая необходимую информацию из национального права и норм *lex mercatoria*. Противники последнего оспаривают обязательную юридическую силу *lex mercatoria* ввиду его недерминированности от государственной власти. Но сам автор придерживается иного взгляда, считая, что обязательная сила *lex mercatoria* не зависит от того факта, что его нормы не созданы государством, но обусловлена тем, что они признаются государственными органами в качестве автономного свода правил⁴⁰. О. Ландо небезосновательно подчеркивает, что, применяя *lex mercatoria*, арбитры могут воспользоваться своей свободой для выбора дей-

³⁹ Асосков А. В. Указ. соч. С. 44.

⁴⁰ Lando O. The Law Applicable to the Merits of the Dispute // URL: http://translex.uni-koeln.de/114900/_/lando-ole-the-law-applicable-to-the-merits-of-the-dispute-in-sarcevic-essays-on-international-commercial-arbitration-boston-london-1991-at-129-et-seq/#head_21 (дата обращения: 11.11.2021).

ствительно лучшей нормы права, чего не могут позволить себе суды⁴¹. Это и есть проявление автономии воли арбитров, которые обладают значительно большими дискреционными полномочиями, чем стороны контракта.

О. Ландо считает, что иногда применение норм *lex mercatoria* может оказаться более эффективным — даже в сравнении с обращением к национальной правовой системе. Такая ситуация возникает, когда арбитру приходится применять правила правопорядка, который ему не знаком. В этом случае трудности могут быть значительными и нередко ошибки. Но даже при применении хорошо известного национального законодательства арбитр может столкнуться с трудностями, которые делают его решение менее предсказуемым, вызванными тем, что некоторые нормы (а скорее, подавляющее большинство норм) разработаны исключительно для регулирования внутренних отношений и, следовательно, не подходят для трансграничных споров. *Lex mercatoria* при этом имеет преимущество, так как устраняет процесс выбора права, который многие юристы ненавидят. Автор очень оптимистичен в своей оценке перспектив применения вненациональ-

ных источников: *lex mercatoria*, по его мнению, может применяться даже при всех несовершенствах этой системы. Все национальные правовые системы когда-то были несовершенными, а многие из них всё еще несовершенны. Отказать бизнесменам в праве выбирать *lex mercatoria* было бы неоправданной опекой⁴². В настоящее время в области международного коммерческого арбитража складываются новые практики, которые существенно меняют взгляд на возможности применения норм негосударственного регулирования.

Признание того, что институт автономии воли санкционирует право на выбор неправа, фактически означает, что фрагментированное правовое пространство, само по себе существенно отличающееся от государства к государству, может коллизировать со стремительно масштабируемым, еще более неоднородным негосударственным массивом норм, исходящим от негосударственных акторов. Такое состояние нормативной надстройки может быть охарактеризовано как коллизия права и неправа⁴³ и требует выработки и настройки соответствующей методологии международного частного права.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. — М. : Инфотропик-Медиа, 2012.
2. Белоглазев А. И. Европейское международное частное право — договорные связи и обязательства : в 2 т. — Т. 1. — Киев : Таксон, 2010.
3. Комаров А. С. Внешнеэкономический договор: выбор контрагентами применимого права // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота : сборник статей / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. А. С. Комарова. — М. : Статут, 2016.
4. Мажорина М. В. О коллизии права и «неправа», реновации *lex mercatoria*, смарт-контрактах и блокчейн-арбитраже // *Lex russica*. — 2019. — № 7 (152).
5. Международное частное право : сборник национальных кодификаций / сост. и ред. В. Плеханов. — М., 2021.
6. Новикова Т. В. О подходах к осмыслению автономии воли в международном частном праве // Государство и право. — 2021. — № 6.
7. Третьяков С. В. Юридическая природа автономии воли сторон в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2003. — 204 с.
8. Lando O. The Law Applicable to the Merits of the Dispute // URL: http://translex.uni-koeln.de/114900/_/lando-ole-the-law-applicable-to-the-merits-of-the-dispute-in-sarcevic-essays-on-international-commercial-arbitration-boston-london-1991-at-129-et-seq/#head_21 (дата обращения: 11.11.2021).

Материал поступил в редакцию 17 ноября 2021 г.

⁴¹ Lando O. Op. cit.

⁴² Lando O. Op. cit.

⁴³ См. об этом: Мажорина М. В. О коллизии права и «неправа», реновации *lex mercatoria*, смарт-контрактах и блокчейн-арбитраже // *Lex russica*. 2019. № 7 (152). С. 93–107.

REFERENCES

1. Asoskov AV. Kollizionnoe regulirovanie dogovornykh obyazatelstv [Conflict-of-laws regulation of contractual obligations]. Moscow: Infotropic-Media Publ; 2012 (In Russ.).
2. Beloglavek AI. Evropeyskoe mezhdunarodnoe chastnoe pravo — dogovornye svyazi i obyazatelstva : v 2 t. [European private international law — contractual relations and obligations: in 2 volumes] Vol. 1. Kiev: Taxon Publ.; 2010 (In Russ.).
3. Komarov AS. Vneshneekonomicheskiy dogovor: vybor kontragentami primenimogo prava [An international business agreement: choice of applicable law by counterparties]. In: Komarov AS, editor. *Actual legal aspects of modern practice of international commercial turnover: collection of articles*. Moscow: Statut Publ.; 2016 (In Russ.).
4. Mazhorina MV. O kollizii prava i “neprava», renovatsii lex mercatoria, smart-kontraktakh i blokcheyn-arbitrazhe [Conflict-of-Law and “Non-Law” Renovation of the Lex Mercatoria, Smart Contracts and Blockchain Arbitration]. *Lex russica*. 2019;7(152):93-107. DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.093-107 (In Russ.).
5. Plekhanov V, editor. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : sbornik natsionalnykh kodifikatsiy [International private law: collection of national codifications]. Moscow; 2021 (In Russ.).
6. Novikova TV. O podkhodakh k osmysleniyu avtonomii voli v mezhdunarodnom chastnom prave [About Approaches to Understanding Autonomy of the Will in Private International Law]. *Gosudarstvo i pravo*. 2021;6:183-191. DOI: 10.31857/S102694520015045-0 (In Russ.).
7. Tretyakov SV. Yuridicheskaya priroda avtonomii voli storon v mezhdunarodnom chastnom prave : dis. ... kand. yurid. nauk [The legal nature of the autonomy of the will of the parties in private international law: Cand. Sci. (Law) Thesis]. Moscow; 2003 (In Russ.).
8. Lando O. The Law Applicable to the Merits of the Dispute. Available at: http://translex.uni-koeln.de/114900/_/lando-ole-the-law-applicable-to-the-merits-of-the-dispute-in:-sarcevic-essays-on-international-commercial-arbitration-boston-london-1991-at-129-et-seq/#head_21 (Accessed: 11.11.2021) (In Russ.).