

## ОБЪЯВЛЕННАЯ РЕВОЛЮЦИЯ

Ф. ГАЛГАНО\*

В статье известного итальянского ученого освещаются кардинальные изменения в праве, происшедшие в постиндустриальном обществе и продолжающие происходить в условиях глобализации экономики. Рассматриваются такие явления, как новая *lex mercatoria* и *shopping* права, финансовый холдинг и транснациональное предприятие, такие институты частного права, как *gross disparity* и *hardship*. Прослеживается непосредственная зависимость этих изменений от ряда экономических факторов, приводящих к дестатализации («разгосударствлению») права, при которой государственная монополия на правотворчество уступает место другой системе, допускающей за пределами закона иные, негосударственные, источники права. Это источники права вдвойне глобального: как по сфере его применения, поскольку оно должно применяться вне всякой территориальной границы, так и по способу его образования, поскольку оно может создаваться в самых различных точках планеты. Данные явления, по мнению автора, предвещают в будущем кризис западной правовой культуры и евроцентристского юридического мира. Хотя современная *lex mercatoria* может еще считаться выражением преимущественно западной правовой культуры, на смену ей должна прийти новая *lex mercatoria*, проникнутая духом торговых обычаев восточных рынков.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** постиндустриальное общество, глобализация экономики, финансовый холдинг, транснациональное предприятие, неиндустриальная экономика, финансовые продукты, предпринимательское право, коммерческое право, акционерное право, гражданское право.

---

\* Галгано Франческо (1932–2012) — известный итальянский юрист, адвокат и профессор гражданского права Болонского университета, почетный профессор университета Лимы (Перу), доктор *honoris causa* университетов Севильи (Испания) и Кордобы (Аргентина), а также экономического факультета Университета Генуи (Италия), член-корреспондент Академии наук Болонского университета; автор многотомного курса гражданского и коммерческого права, известный популяризатор юридической и экономической науки; десять из его многочисленных книг переведены на другие языки (английский, французский, испанский, китайский).

Galgano Francesco (1932–2012) was a famous Italian lawyer, attorney and professor of civil law in the University of Bologna, Honored Professor of the University of Lima (Peru), Doctor *honoris causa* of the University of Seville (Spain), of the University of Cordoba (Argentina) and of the Economic Faculty of the University of Genoa (Italy), correspondent member of the Academy of Sciences of the University of Bologna; the author of the multi-volume course in civil and commercial law, the famous legal and economic science writer. Ten of his numerous books have been translated in other languages (English, French, Spanish, Chinese).

Перевод с итал. выполнен д. ю. н. Д. О. Тузовым (проф. каф. гражд. права СПбГУ) по представленной автором рукописи.

© Тузов Д. О., перевод, примечания, 2013

## GALGANO F. DECLARED REVOLUTION

The article of the famous Italian scientist reveals fundamental changes which have already taken place in the postindustrial society and which are occurring due to globalization of the economy. The author also examines such phenomena as the new *lex mercatoria* and shopping of law, a financial holding structure and a transnational enterprise, as well as such institutes of private law as gross disparity and hardship. These changes depend directly on a number of economic factors leading to destatization (denationalization) of law under which the state lawmaking monopoly gives place to another system permitting other non-state sources of law, beyond the scope of a statute. They are the sources of global law in two aspects: both in terms of the scope of its application, as it shall be applied irrespective of any territorial border, and in terms of the method of its formation, as it may be created in different spots of the world. According to the author, these phenomena presage the future crisis of the Western legal culture and Europe-centered legal world. Although the modern *lex mercatoria* can be still considered as an expression of the predominantly Western legal culture, it shall be replaced by the new *lex mercatoria* permeated by the spirit of trade customs of the Eastern markets.

KEYWORDS: postindustrial society, globalization of the economy, financial holding structure, transnational enterprise, neo-industrial economy, financial products, entrepreneurial law, commercial law, company law, civil law.

## 1. ПОСТИНДУСТРИАЛЬНАЯ РЕВОЛЮЦИЯ

Если существует слово, без которого лексикон нашего времени, казалось бы, не может обойтись, когда имеется в виду описание современной реальности, то это слово «Революция». Вот серия прилагательных — в порядке их появления на последующих страницах, — которые обычно соединяются со словом «Революция»: постиндустриальная, цифровая, пространственная, мультимедийная, менеджерская, неоменеджерская, неоиндустриальная и, наконец, глобальная.

В течение нескольких десятилетий рост богатства является переменной, независимой от роста промышленного производства. Это — Постиндустриальная революция,<sup>1</sup> которая характеризуется также и другим показателем: количество занятых в промышленности превзойдено количеством занятых в сфере услуг. Соединенные Штаты были первыми, кто переступил — уже в 1956 г. — этот порог; в свою очередь Италия преодолела его в 1982 г.<sup>2</sup> Другое сравнение, относящееся к концу века: в Соединенных Штатах услуги составляли  $\frac{3}{4}$  валового внутреннего продукта, в Европе —  $\frac{2}{3}$ .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Выражение приписывается Д. Беллу (*Bell D. The coming of Post-Industrial Society*. New York, 1973).

<sup>2</sup> Привожу эти данные по книге «L'avvento post-industriale» под редакцией D. De Masi (Milano, 1987. P. 32 ss.). В более широкой исторической перспективе Д. Норс усматривает в численности работников признак, указывающий на трансформацию экономической структуры: преобладание работающих на фабриках над занятыми в сельском хозяйстве при переходе к индустриальной эпохе; преобладание работающих в сфере услуг в нынешнюю эпоху (*North D. C. Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia* (trad. it.). Bologna, 1994. P. 170 s.).

<sup>3</sup> Данные и сведения см.: *Martinelli F., Gadrey J. L'economia dei servizi*. Bologna, 2000. См. также: *Stiglitz J. E. I ruggenti anni novanta. Lo scandalo della finanza e il futuro*

В чем же состоит то новое, то отличное от индустриального общества, на что указывает приставка «пост-»? Для многих постиндустриальных обществ оно означает электронное общество, общество информатики, в котором машина, управляемая компьютером, заменяет труд человека. В этом случае связь между электронным обществом и снижением количества занятых в промышленности очевидна: она заключается в автоматизации производственного процесса, влекущей высвобождение человеческой энергии; и «высвобождение» служит здесь словом, имеющим также значение социальной нужды, безработицы. Мир права не замедлил сообразоваться с этим. Если набрать слово *computer* в банках данных судебной практики, то уже в 1985 г. можно найти судебное решение, показывающее, как сразу же изменился здравый смысл судей. В нем читаем, что «введение на предприятии компьютера, вызывая реорганизацию деятельности предприятия, составляет объективную уважительную причину увольнения работника в соответствии со ст. 3 закона от 15 июля 1966 г., № 604». В этой мотивации приведен радикальный аргумент, согласно которому увольнение следует считать объективно оправданным тем, что «введение компьютера упразднило ту деятельность, для осуществления которой использовался работник». <sup>4</sup> «Объективность» основания увольнения, квалифицированного этим судьей, имеет исторический оттенок: мы можем сказать, что с этим решением также и судебная практика переступила порог постиндустриальной эпохи.

Автоматизация промышленного производства является в свою очередь выражением некоторой более обширной революции, которая есть революция Цифровая, затрагивающая в прогрессивно растущей мере любой аспект хозяйственной жизни: не только способ производства, но и способ торговли и потребления или, попросту говоря, общения<sup>5</sup>, и выталкивающая, как кажется, отношения между людьми за пределы времени и пространства, в пространство нефизическое, в *киберпространство*, — поэтому она также является и Пространственной революцией,<sup>6</sup> и Мультимедийной революцией,<sup>7</sup> — в некоторого рода пространство без права, где юридические нормы вытесняются техникой,<sup>8</sup> занимающей их место и провозглашающей конец права.<sup>9</sup>

Постиндустриальное общество является, однако, не только передовым обществом технологий. Имеет место не одно лишь резкое снижение,

---

dell'economia (trad. it.). Torino, 2004. P. 178: в середине 90-х гг. лишь 14,1 % американских работников были заняты в промышленности.

<sup>4</sup> Решение Pret. Ancona, 13 giugno 1985 (*Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1986, p. 592; *Giustizia civile*, 1986, I, p. 275).

<sup>5</sup> Дж. Ю. Стиглиц пишет, что «конец тысячелетия подвел нас к невесомой экономике — экономике знания» (*Stiglitz J. E. I ruggenti anni novanta*. P. 178). Убедительный синтез правовых последствий Цифровой революции, намеченный в соответствии с трехчленным делением Гая «*personae, res, obligationes*», см. в послесловии Г. Альпы к книге «Il contratto telematico» (*Alpa G. Postfazione // Il contratto telematico / a cura di V. Ricciuto e N. Zorzi. Padova, 2002. P. 345*): лица превращаются в числовые идентификационные коды, вещи дематериализуются в информацию, договоры сводятся к актам обмена без соглашения.

<sup>6</sup> Так: *Ortino S. Il nuovo Nomos della Terra*. Bologna, 2000.

<sup>7</sup> *Baldassarre A. Globalizzazione contro democrazia*. Roma; Bari, 2002. P. 9.

<sup>8</sup> «Потому что технике суждено стать нормой, а всему остальному — нормируемым» (*Severino E. // Severino E., Irti N. Dialogo su diritto e tecnica*. Roma; Bari, 2001. P. 80).

<sup>9</sup> Это американская доктрина *lex informatica*, описанная (критически) Дж. Финнокьяро, которая ей противопоставляет *lex mercatoria* (*Finocchiaro G. // Il contratto telematico*. P. 42 ss.).

вследствие автоматизации, количества «синих спецовок»,\* но также — причем в степени, количественно превосходящей это снижение, и более того, явно превосходящей, — увеличение числа «белых воротничков», занятых в сфере услуг. Под этим иным углом зрения, постиндустриальное общество является результатом еще одной революции, а именно революции Менеджерской,<sup>10</sup> или, точнее, Неоменеджерской.<sup>11</sup> Более давней, датируемой периодом между концом XIX и началом XX в., является та, что разъединяет собственность и контроль над богатством,<sup>12</sup> или, согласно иной терминологии, та, что противопоставляет собственность функции капитала, которая «в лице управляющего отделена от собственности на капитал»;<sup>13</sup> новая же Менеджерская революция — это та, что расширила класс управляющих вследствие изменений, происшедших за XX век в организации предпринимательства.

Развитие сферы услуг связано не столько с ростом услуг для конечного потребления, согласно первоначальной гипотезе, т. е. для удовлетворения новых потребностей общества благоденствия, сколько, скорее, с ростом услуг для сферы производства, вызванным увеличивающейся сложностью промышленных предприятий, которые становятся предприятиями мультипроизводящими и транснациональными, в связи с чем контроль и координирование этих сложных структур приводят к появлению многообразных специализированных услуг (согласно описанию, которое им дает Чэндлер) по выявлению и развитию ресурсов (выявление финансовых ресурсов, подбор и обучение персонала, исследования и технологическое развитие, стратегическое планирование), по организации и координированию производственной деятельности и обмена (учет и отчетность, управление персоналом, управление закупками, управление складом), по контролю за производством (периоды и методы, контроль качества, техобслуживание), по коммерциализации и распределению продукта (рыночное проектирование, продвижение продаж, реклама, обслуживание клиентов и т. д.).

Отсюда предложение скорректировать первоначальную формулу: экономикой, в рамках которой глубоко изменился, по сравнению с индустриальной эпохой, способ производства, является уже не постиндустриальная экономика, а скорее экономика неиндустриальная.<sup>14</sup> Дело в том, что экспансия третьего сектора экономики\*\* вызвана главным образом ростом так называемого имплицитного третьего сектора, т. е. увеличением «функций обслуживания» внутри самих промышленных

\* *Tute blu*, т. е. рабочих. — Прим. пер.

<sup>10</sup> В этом смысле: *Chandler A. D.* 1) *La mano visibile. La rivoluzione manageriale dell'economia americana* (trad. it.). Milano, 1981; 2) *Dimensione e diversificazione. Le dinamiche del capitalismo industriale* (trad. it.). Bologna, 1994.

<sup>11</sup> Дабы отличать ее от той, о которой в 40-е годы говорил Дж. Бэрнхейм (*Burnham J.* *La rivoluzione manageriale* (trad. it.). Torino, 1992; предшествующим итальянским переводом является перевод К. Пелицци: *Pellizzi C.* *La rivoluzione dei tecnici*. Milano, 1947).

<sup>12</sup> Согласно известной формуле: *Berle A. A., Means G. C.* *Societa per azioni e proprieta privata* (trad. it.). Torino, 1966.

<sup>13</sup> По терминологии К. Маркса, согласно которому управляющий-несобственник, не рискуя собственными деньгами, находится в более благоприятных для повышения ценности капитала условиях (*Marx C.* *Il capitale*. III, 2 (trad. it.). Roma, 1973. P. 121 ss.).

<sup>14</sup> Ср.: *Porter M.* *Il vantaggio competitivo delle nazioni* (trad. it.). Milano, 1991; обширное исследование литературы по теме см.: *Martinelli F., Gadrey J.* *L'economia dei servizi*. P. 24 ss., 79 ss.

\*\* Т. е. сферы обслуживания. — Прим. пер.

предприятий.<sup>15</sup> Тогда речь идет уже не о деиндустриализации экономики, а, напротив, о терциаризации\* промышленного производства.<sup>16</sup>

В рамки этого нового способа производства, в котором воплощается неоиндустриальная экономика, вписываются ощутимые преобразования в правовой организации предприятия. Функции стратегического и финансового управления отделяются от оперативных функций, составляя предмет деятельности особого общества — *holding*; в свою очередь, оперативные функции диверсифицируются между собой, давая место множеству — иногда бесчисленному — обществ, действующих под контролем холдинга.<sup>17</sup> Это, на юридическом языке, — феномен предприятия-группы, к которому я вернусь вскоре (см. ниже, § 3).

## 2. ПОСТИНДУСТРИАЛЬНАЯ ЭКОНОМИКА И ЭКОНОМИКА ФИНАНСОВ

Приставка «пост-» в словосочетании «постиндустриальная экономика», указывает еще и другое. Помимо экономики третичного сектора существует экономика финансов: новое состоит не только в том, как производится; оно состоит также в том, что производится; и, кроме того, оно состоит в том необычном обстоятельстве, что производитель выступает в одно и то же время субъектом и объектом экономики, сам служит меновым товаром.

В том новом, что производится, есть, конечно, все также благодаря электронике, продукты информации и коммуникации, которые дали жизнь *new economy*, представляющей собой, безусловно, индустрию, и колоссальную индустрию, если верно, что *Microsoft*, с точки зрения богатства, находится в числе первых трех предприятий в мире; но это настолько особая индустрия, что питает совершенно специфический — финансовый — рынок с совершенно особым ходом событий. Тут имеют место главным образом финансовые творения: одно из слов, возникшее для обозначения материальных благ, превратилось в метафору; слово «продукт» дематериализовалось, оно используется для обозначения «финансовых продуктов». Уместно заметить, что богатство, для того чтобы иметь возможность интернационализироваться, должно дематериализоваться. Если рынок — это Невидимая рука, правящая хозяйственной жизнью, то дематериализованное богатство представляет ее высочайшее выражение: это — невидимое и неосязаемое богатство, это — богатство, возведенное к чистому понятию.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Данные о количественном преобладании имплицитной сферы обслуживания над производством см.: *Martini M., Vairetti U. Terziario avanzato*. Milano, 1989. P. 21 ss.; *Martinelli F., Gadrey J. L'economia dei servizi*. P. 79 ss.

\* Т. е. о повсеместном проникновении в промышленность сферы обслуживания. — *Прим. пер.*

<sup>16</sup> В этом смысле: *Momigliano F., Siniscalco D. Mutamenti nelle strutture del sistema produttivo e integrazione fra industria e terziario // Mutamenti strutturali del sistema produttivo / a cura di Pasinetti*. Bologna, 1986.

<sup>17</sup> На вопросе о разделении функций предприятия в перспективе терциаризации промышленности останавливается Чэндлер (*Chandler A. D. Dimensione e diversificazione*. P. 33 ss.); см. также: *Dioguardi G. G. L'impresa nella società di terzo millennio*. Roma; Bari, 1995.

<sup>18</sup> Так я выразился в работе «*Il Rovescio del diritto. Parte seconda*» (Milano, 1997. P. 50). С. Чиполлина вновь обращается к этому образу, добавляя, что также и субъекты

Здесь соприкосновение экономики с правом становится более близким. В экономике финансов промышленная технология замещается договорной техникой: финансовые продукты обретают плоть и жизнь лишь в силу умелого использования юридических понятий. Когда-то договоры служили только для оборота вещей; сегодня они служат также для их изготовления, для создания финансовых продуктов. Ловкая комбинация слов — ибо из слов состоят договоры — создает таким путем богатство. Древняя алхимия не достигла цели производить из ничего золото; эта новая юридическая алхимия ее реализует.<sup>19</sup> Инвестицию в недвижимость можно преобразовать в движимую вещь, предназначенную для рынка финансовых продуктов. Юридическая техника смогла достичь многого: достаточно было изобрести атипичную ценную бумагу, которая позволяла бы предусмотреть в документе, предназначенном для обращения, статус ассоциированного участника предприятия, обладающего недвижимостью.<sup>20</sup> Другими изобретениями являются сделки РЕПО, основанные на договорной связи между кредитом и договором независимой гарантии,<sup>21</sup> и смешанные финансово-страховые продукты, основанные на договорной связи между полисом по страхованию жизни и договором об инвестиции в общие фонды\*.<sup>22</sup> Юридическая техника договорной связи — в данном случае между признанием долга и договором независимой гарантии — лежит также в основе ставших уже знаменитыми *commercial paper*.<sup>23</sup> И, затем,

---

финансового рынка часто анонимны, а потому невидимы и что таким путем «невидимость» распространяется от рынка к богатству и от него к хозяйственным организациям, профессиональным сообществам и социальным сетям (*Cipollina S. I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale. Milano, 2003. P. 12*). Это, комментирует М. Р. Феррарезе, «как если бы договор участвовал в игре виртуальности, присущей нашему миру, создавая виртуальные блага, которые расширяют сферу возможностей и экономических обменов» (*Ferrarese M. R. Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni. Bologna, 2002. P. 70*).

<sup>19</sup> Связь между финансами и алхимией отмечена также Соросом (*Soros G. L'alchimia della finanza. Firenze, 1998*).

<sup>20</sup> Об этой реконструкции сертификатов участия, связанного с недвижимостью, см.: App. Genova, 19 maggio 1988 // *Nuova giurisprudenza civile commentata*. 1989. P. 7, с комментарием М. De Acutis.

<sup>21</sup> И «... тот, кто вкладывает в ценные бумаги по сделкам РЕПО, — комментирует М. Францони, — думает не об объединении договоров, а об инвестиционной ценности, как если бы речь шла о Bot (*Buono ordinario del Tesoro*, обыкновенная казначейская облигация. — Прим. пер.) или о CCT (*Certificato di credito del Tesoro*, казначейский кредитный сертификат. — Прим. пер.)» (*Franzoni M. Vecchi e nuovi diritti nella società che cambia // Contratto e impresa. 2003. P. 575*).

\* Договор, по которому указанные фонды собирают средства вкладчиков, доверяющих управление своими сбережениями обществу, юридическая личность и капитал которого отличны от фонда (учреждаются в Италии на основании закона № 77 1983 г.). — Прим. пер.

<sup>22</sup> У меня была возможность описать их в журнале «*Banca, borsa, titoli di credito*» (1988, I. P. 91); см. также: *Miola M. Il risparmio assicurativo. Napoli, 1988*.

<sup>23</sup> Изобретенных для удовлетворения потребностей промышленных или торговых обществ, имея излишки ликвидов, ожидающих использования в соответствии с уставным видом деятельности, находят резонным заставить их тем временем приносить доход, предоставляя их займы третьим лицам, которым предлагается подписать *commercial paper*: таким путем признание долга по возврату займа и уплате процентов (которое присоединенный договор независимой гарантии делает свободным от возражений, основанных на лежащем в его основании кредитном отношении) включается в документ и становится *res*, сравнимой с облигациями государственного займа; в актив же баланса вписываются не права требования в отношении заемщиков, которые не соответствовали

существует нематериальное, производящее другое нематериальное, как, например, финансовые деривативы, представляющие собой финансовые инструменты, ценность которых зависит от других финансовых инструментов, таких как *swap*, *future* и т. д.<sup>24</sup>

Нельзя сказать, что финансовые продукты являются продуктами лишь в метафорическом смысле: посредством договора могут создаваться самые настоящие блага. Я имею в виду недвижимость в мультисобственности\*: создано новое благо, в прошлом не фигурировавшее среди предметов мира, и тем не менее новое благо, произведенное не индустрией, а юридической фантазией: благо четырехмерное, имеющее границы не только в пространстве, но также и во времени.<sup>25</sup>

У будущего, конечно, давняя душа; и уже век назад МакЛеод (McLeod) мог написать: «...если бы у меня спросили, какое открытие наиболее глубоко повлияло на судьбы человеческого рода, можно было бы, вероятно, ответить: открытие, что долг является оборотоспособным товаром». Конечно, он имел в виду облигации, оформляющие государственный долг, хотя в то время они не достигли, как достигают сейчас во многих странах, объема, превышающего валовой внутренний продукт. Но он не мог еще знать о секьюритизации, последнем изобретении на службе как государств, так и предприятий, которое имеет свойство конвертировать в «свежие» деньги, сразу же предоставляемые вкладчиками, надежду на будущее богатство.<sup>26</sup> Еще в середине индустриальной эпохи, в книге, вышедшей в 20-е гг., Коммонс предупреждал, что «неосозаемая и бестелесная собственность стоит выше всех материальных благ», и был уже в состоянии оценить, что «невидимый капитал многих предприятий имеет гораздо большую ценность, чем все машины, земли, строения, запасы, которыми они обладают, и если бы такой невидимый капитал утратил свою ценность, то, возможно, весь капитал видимый свелся бы к старым железкам и лому».<sup>27</sup>

Процесс дематериализации богатства идет на разных фронтах. В индустриальном обществе, которое было обществом производства товаров, марка была лишь отличительным знаком производимых товаров.

---

бы уставному виду деятельности, а ценные бумаги, которые общество-займодавец «купило» и которые подписавшиеся, т. е. заемщики, «продали». Общество-эмитент сможет затем в любой момент их разморозить, разместив на финансовом рынке, т. е. продав.

<sup>24</sup> См.: Valle L. *Il contratto future*. Padova, 1996.

\* Мультисобственность на недвижимость (*multiroprieta immobiliare*) — право собственности нескольких лиц на одно жилое помещение, при котором каждый из собственников имеет долю в неделимой собственности на все это помещение и не подлежащее давности право полного и исключительного пользования им в определенный (или определяемый) период каждого года (регулируется ст. 69 Потребительского кодекса Италии). — *Прим. пер.*

<sup>25</sup> См.: Tassoni G. *I diritti a tempo parziale su beni immobili, un contributo allo studio delle multiproprieta*. Padova, 1999. М. Р. Феррарезе замечает по этому поводу: «...юридическая инновация сама делается инструментом конкуренции»; и «силам рынка удается перемещать ресурсы с одного места на другое, но также и постоянно создавать новые блага и новые отношения пользования» (Ferrarese M. R. *Le istituzioni della globalizzazione*. Bologna, 2000. P. 95).

<sup>26</sup> См.: Carota L. 1) *Della cartolarizzazione dei crediti*. Padova, 2002; 2) *Le operazioni di cartolarizzazione relative agli immobili pubblici // Contratto e impresa*. 2003. P. 789.

<sup>27</sup> *Commons G. R. I fondamenti giuridici del capitalismo* (trad. it.). Bologna, 1981. P. 730; там же (на с. 335) цитата из McLeod. На эту тему см. также коллективное произведение: *Dalle res alle new properties*. Milano, 1990. — Здесь на основании заявления президента *Federal Reserve* отмечается, что с нефизическими компонентами валового внутреннего продукта связано его увеличение в индустриализированных странах (р. 4).

В постиндустриальном обществе марка сама превратилась в благо: в нематериальное благо, составляющее самостоятельный предмет обмена или, посредством договора *merchandising*, самостоятельный предмет лицензии; в нематериальное благо, которое обращается совершенно независимо от оборота предприятия либо подразделения предприятия или от *know-how* его первоначального создателя.<sup>28</sup> Предметы одежды и соответствующие аксессуары лишь на первый взгляд производятся индустрией; последняя производит только материальную основу марки, престижной фирмы, той *griffe*, которая на них напечатана, представляющей собой благо нематериальное, *status symbol*, к которому, главным образом, стремится потребитель, подлинный «продукт», который предприниматель размещает на рынке, подлинный источник его прибыли.

### 3. ХОЛДИНГ ИНДУСТРИАЛЬНОЙ ЭКОНОМИКИ И ЭКОНОМИКИ ФИНАНСОВ

Общество финансов, наследующее обществу индустрии, имеет гораздо более многообразные и сложные черты, чем это может позволить уловить указание на финансовые продукты и на *griffes*. Когда-то крупный капитал был моносекторным: он посвящал себя определенной отрасли промышленности, или торговли, или услуг; он был капиталом промышленным, или торговым, или банковским и т. д. Сегодня капитал обнаруживает все более заметную способность быстро переходить от одной отрасли к другой; контрольные пакеты акций крупных предприятий переходят из рук в руки все более часто.

Но этот вопрос требует особого обсуждения.

Возникновение в XIX в. акционерного общества, а с ним и возможности разделять капитал на акции как ценные бумаги, передаваемые подобно движимым вещам, открыло путь обращению промышленного капитала. Промышленные предприятия становились в одно и то же время субъектами рынка продукции и объектами финансового рынка. В XX в. новая организация промышленных предприятий в качестве предприятий-групп, характеризующихся разделением функции стратегического управления, выполняемой холдингом, и оперативных функций, переданных контролируемым обществам, сильно увеличила мобильность промышленного капитала, его способность становиться объектом финансового рынка: обращаться могли даже отдельные элементы предприятия, одни отдельно от других, путем перехода относящихся к ним акций. Так появляется фигура исключительно финансового холдинга, не питающего интереса к отраслям производящим и распределяющим, где действуют контролируемые им общества, которые он рассматривает в качестве простого менового товара, приобретаемого для выгодной перепродажи. Вырисовывается очевидный феномен «рынка контроля»,<sup>29</sup> который проявляется в самых разнообразных формах — от враждебных поглощений\* до публичных оферт приобретения или продажи

---

<sup>28</sup> См.: *Zorzi N.* Il marchio come valore di scambio. Padova, 1995.

<sup>29</sup> Его удачное описание см. в: *Ferrarese M. R.* Il diritto al presente. P. 47 ss., с обширными ссылками. О «частных выгодах контроля», отличных от управления контролируемыми обществами и от участия в произведенных ими доходах, см.: *Enriques L.* Mercato del controllo societario e tutela degli investitori. Bologna, 2002. P. 15 ss.

\* *Scalate ostili*, т. е. приобретение контрольного пакета акций общества вопреки его воле (воле его администрации). — *Прим. пер.*



[акций], который находит в лице финансовых холдингов главных действующих лиц, чьи доли участия переходят по мотивам чистой финансовой целесообразности от одной отрасли к другой, от одного рода товаров к другому, и который иногда принимает облик *capital venture*, перепродающего приобретенные общества после их реструктурирования.

К идее холдинга как возможного субъекта предпринимательской деятельности, действующего лишь на финансовом рынке, но не на рынках промышленных, где функционируют контролируемые им общества, обращаются те глубокие исследования,<sup>30</sup> что различают промышленный холдинг, организующий производство, которым занимаются контролируемые общества, и управляющий этим производством, и холдинг исключительно финансовый (инвестиционный траст), ограничивающийся управлением финансовыми средствами, инвестированными в акционерные доли участия, и их увеличением. Первый стремится расширить производство, второй — усилить концентрацию [контроля].

Таким образом холдинг оказывается фигурой, способной занимать двойную и достаточно дифференцированную позицию: иногда он предстает как субъект индустриальной экономики и, более того, является ее главным действующим лицом, иногда же может располагаться в совершенно иной сфере — как субъект финансовой экономики, передового третичного сектора. Эта его двулика природа находит отзвук в законодательстве. Европейская директива о балансах обществ — объединений капиталов,\* на которую я здесь сошлюсь в контексте приводящих ее в исполнение норм итальянского Гражданского кодекса (artt. 1424, 1424 bis), разграничила контрольное участие, представляющее собой капиталовложение, в особенности капиталовложение финансовое, и предназначенное для управления контролируемыми обществами (и эта функция контроля презюмируется, пока не доказано иное), и участие, хотя и контрольное, но подлежащее включению в оборотный актив, как приобретенное в качестве чисто меновой ценности. Этот отзвук повторяется в недавней реформе обществ: контроль презюмируется предназначенным для осуществления «деятельности по управлению обществами и их координированию»; но это относительная презумпция, допускающая доказывание противного (art. 2497 sexies), т. е. доказывание, что контролирующее общество является только финансовым холдингом.

Но может случиться, и в крупных группах-конгломератах случается, что промышленная и финансовая деятельность взаимно интегрируются, и одна служит дополнением по отношению к другой. В этих случаях холдинг управляет обеими и координирует их, при этом становится непросто установить, рассматривает ли он вторую в качестве инструментальной по отношению к первой, или же, скорее, наоборот. Приведу пример, извлеченный мной из наблюдения, которое я имел возможность сделать в отношении одной промышленной группы, основывающейся на производстве автомобилей.

Общество, производящее автомобили, которое обозначим как В, является контролируемым обществом холдинга (А), контролирующего также

<sup>30</sup> Я имею в виду: Penrose E. T. La teoria dell'espansione dell'impresa (trad. it.). Milano, 1973. P. 34 ss., 242 s.

\* *Societa di capitali* (букв.: «общества капиталов») противопоставляются *societa di persone* (букв.: «обществам лиц») и в российской юридической терминологии соответствуют хозяйственным обществам (именуемым зачастую объединениями капиталов), противопологаемым хозяйственным товариществам (объединениям лиц). — Прим. пер.

общества по распределению (С), финансовые общества (D), страховые компании (E) и т. д. Общество В не продает непосредственно на внешний рынок, но продает обществу по распределению С, которое в свою очередь размещает автомобили на рынке. Так, из отчетности В следует, что все произведенные автомобили были проданы, в то время как они еще не вышли за пределы группы, управляемой А. Большая часть автомобилей, покупаемых С у В с единовременной полной оплатой, перепродается им в рассрочку с платежами в течение одного года, двух или даже трех лет; таким образом, риск неисполнения обязательств покупателями очень высок и может покрыть значительную долю выручки от продаж. Однако С страхует риск неисполнительности клиентов, причем страхуется в обществе Е, также контролируемом А. Поэтому С получает от Е в качестве страхового возмещения значительные суммы, которые ему не удалось взыскать с покупателей автомобилей.

Конечно, С уплачивает Е высокие страховые премии, и можно было бы задаться вопросом, каким же образом группа, управляемая А, может извлечь прибыль, учитывая, что премии все же уплачивает общество группы (С) и что общество все той же группы (Е) возмещает убытки. Но ответ прост: общество Е получает премии в начале года, а возмещение выплачивает в конце года; между тем через общество D оно инвестирует полученную сумму в доходную финансовую деятельность. В конце года балансы всех обществ активны: В продало автомобили, получив соответствующую цену; С получило возмещение убытков; Е получило доход от финансовых инвестиций в сумме, превышающей размер возмещения. Вывод может показаться парадоксальным: прибыль группы, т. е. та, что отражена в балансе холдинга А, находит в производстве автомобилей лишь свой первоначальный источник, и автомобильное производство оказывается необходимым, но недостаточным условием для ее получения. Она не была бы получена, если бы производству автомобилей не сопутствовала внутри той же группы торговая, страховая и прежде всего финансовая деятельность.

Данный пример ясно показывает, что эти направления деятельности тесным образом взаимодополняют друг друга и что ни одно из обществ группы не может полностью самостоятельно определять свою политику. Решения о том, сколько производить автомобилей, зависят в конечном счете от оценок, касающихся инвестиционной способности финансовых обществ группы; прибыль группы проистекает в итоге от финансовых инвестиций.

#### 4. РЕВОЛЮЦИЯ ГЛОБАЛЬНОЙ ЭКОНОМИКИ

Новое в экономике нашего времени состоит не только в прогрессировании третичного сектора, будь он внешним по отношению к промышленности или внутренне ей присущим, или в прогрессировании финансовой экономики; оно заключается прежде всего в том, что характеризуется как глобализация рынков.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Данное понятие приписывается М. Маклюэну, Б. Р. Пауэрсу (*McLuhan M., Powers B. R. Il villaggio globale (trad. it.). Milano, 1989*) и И. Валлерстайну (*Wallerstein I. Il sistema mondiale dell'economia moderna (trad. it.). Bologna, 1978*).

Можно вполне сказать, что понятие Революции, разрыва с прошлым подходит также и для глобализации;<sup>32</sup> но о понятии глобализации необходимо условиться. Глобальная экономика — это не только международная торговля, не только ее планетарная экспансия, которой благоприятствует прогрессивное падение таможенных барьеров, усилившееся после Второй мировой войны. Современная международная торговля, конечно, более обширна и более интенсивна, чем древняя, особенно благодаря — в последнее время — новым технологиям коммуникации,<sup>33</sup> но качественно не отличается от нее. Не нова и взаимозависимость между национальными экономиксами,<sup>34</sup> также связанная с международной торговлей и получившая теоретическое обоснование в начале XX<sup>35</sup> и даже уже в середине XIX в.<sup>36</sup>

Подлинно новое в наше время — это прежде всего планетарная экспансия организации производства. В эпоху индустриальной экономики производство всегда было национальным; интернациональными являлись рынки снабжения сырьем и размещения конечной продукции. В экономике, именуемой глобальной, за пределами национальных границ обращаются не только товары; имеет место не только глобализация обменов, как часто ошибочно полагают: еще прежде товаров обращаются ноу-хау и лицензии на производство, а договоры *joint venture* обеспечивают производственное сотрудничество между предприятиями отдаленных стран;

<sup>32</sup> О революции говорит Феррарезе, видящая в глобализации «более черты цезуры, чем преемственности» (*Ferrarese M. R. Le istituzioni della globalizzazione*. P. 12).

<sup>33</sup> Р. Вэйд подсчитал, что после 1960 г. процентное отношение экспорта к ВВП в 24 наиболее богатых экономических системах более чем удвоилось и что мировая торговля товарами выросла в полтора раза по отношению к коэффициенту роста мирового ВВП (*Wade R. La globalizzazione e i suoi limiti // Differenza e capitalismo globale / a cura di S. Berger e R. Dore (trad. it.)*. Bologna, 1998. P. 80). Финансовые потоки увеличились с 4 до 44 % ВВП (p. 82).

<sup>34</sup> С которой глобализация отождествляется в определении, данном ей Международным валютным фондом; см. по этому вопросу: *Cipollina S. I confini giuridici nel tempo presente*. P. 7 ss. Впрочем, это достаточно распространенное в современной социологии представление о глобализации; упомяну Э. Гидденса, определяющего глобализацию как «интенсификацию мировых общественных отношений, которые связывают между собой отдаленные местности, приводя к тому, что местные события моделируются событиями, происходящими на расстояниях тысяч километров, и наоборот» (*Giddens A. Le conseguenze della modernità (trad. it.)*. Bologna, 1994, особенно p. 71). Ограниченность этого представления отмечена Феррарезе: упускается из виду «перемена в сфере отношений между политикой и экономикой или, если угодно, между государствами и рынками» (*Ferrarese M. R. Le istituzioni della globalizzazione*. P. 14).

<sup>35</sup> Это обоснование дано Н. Энджелом, согласно которому мировая экономика стала взаимозависимой до такой степени, что нейтрализовала влияние государств и (непредусмотрительный прогноз) предотвратила риск войн (*Angell N. The great illusion*. New York, 1911). Любопытно, что уже в XVIII в. И. Кант видел в международной торговле противоядие войнам, ибо «коммерческий дух не может сосуществовать с войной» и «сила денег» вынуждает государства «способствовать благородному миру» (*Kant I. Lo Stato di diritto (trad. it.)*. Roma, 1973. P. 101).

<sup>36</sup> Установление «мирового рынка» с обменами, распространившимися «по всему земному шару», с «всеобщим оборотом», влекущим «всеобщую зависимость наций одна от другой», — уже реальность, описанная в первой главе «Манифеста» К. Маркса и Ф. Энгельса, восходящего к 1848 г. Посылкой является международная торговля (приобретение за границей сырья, продажа за границу продукции); вывод же следующий: «подобно тому, как в производстве материальном, так же и в духовном» случается, что «духовные продукты отдельных наций становятся общим достоянием», и «из многих национальных и местных литератур выходит литература мировая» (*Marx C., Engels F. Manifesto del Partito comunista (trad. it.)*. Roma, 1976. P. 61 s.).

и главное — в транснациональных сферах размещается и ветвится сама организация производства и распределения.

С конца Второй мировой войны крупные предприятия индустриализированных стран Запада и Японии начинают размещать свои производственные единицы непосредственно на потребительских рынках или же размещать в разных странах, согласно критериям целесообразности, различные фазы и различные участки своей деятельности, извлекая выгоду из разных благоприятных возможностей, которые им там предоставляются, таких как наиболее выгодный рынок труда, или наиболее выгодный рынок капиталов, или предпочтительная налоговая система,<sup>37</sup> и в то же время добиваясь, благодаря раздельной субъектности обществ группы, результата разделения соответствующих рисков на различные фазы либо на различные участки их деятельности или же на различные рынки, на которых последняя осуществляется. Это вызывает в некоторой мере консервацию рынка, поскольку преобразуются во внутренние отношения предприятия те отношения, которые ранее устанавливались между предприятиями.<sup>38</sup>

Выражение журналистского происхождения «мультинациональное предприятие»<sup>39</sup> привлекательно; оно вызывает образ предприятия, которое приобретает столько национальностей, сколько насчитывается стран, где оно действует.<sup>40</sup> В официальных же документах, в частности ООН, а также в более свежей экономической и социологической литературе говорится, однако, о транснациональном предприятии, и это выражение более правильно, поскольку передает идею предприятия пусть и национального, т. е. имеющего национальность своей холдинговой компании, но действующего посредством контролируемых обществ, расположенных за пределами национальных границ.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> О налоговых преимуществах, предоставляемых транснациональным предприятиям разнообразием национальных режимов, см.: *Cipollina S. I confini giuridici nel tempo presente*. P. 37 ss.

<sup>38</sup> То, что они «трансформировали обмены между автономными предприятиями во внутренние дела стратегии группы», подчеркивает Л. Райзер (*Raiser L. Gli attuali confini del diritto internazionale dell'economia // Il compito del diritto privato* (trad. it.). Milano, 1990. P. 263); и экономисты дают количественное измерение этого феномена. Согласно С. Стрэйндж, «более четверти всей международной торговли является сегодня тоговлей внутри предприятия» (*Strange S. Chi governa l'economica mondiale?* (trad. it.). Bologna, 1998. P. 82); по мнению П. Стритена, «по меньшей мере треть общей торговли промышленными товарами составляют сегодня обмены внутри обществ» (*Streeten P. Commercio libero e commercio regolato // Differenze nazionali e capitalismo globale*. P. 234); это приводит к искажению данных платежного баланса государств, комментирует Ж. Лафэй (*Lafay G. Capire la globalizzazione* (trad. it.). Bologna, 1998. P. 45).

<sup>39</sup> Словосочетание восходит к началу 60-х: оно засвидетельствовано у Ф. Томпсона (*Thompson F. G. La globalizzazione economica // Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti: Iredita del Novecento / dir. del progetto editoriale: G. Bedeschi*. Roma, 2000. P. 496 s.).

<sup>40</sup> Это образ, часто встречающийся в экономической литературе: у мультинационального предприятия «нет какой-либо страны, где бы оно чувствовало себя полностью как дома» (*Wade R. La globalizzazione e i suoi limiti*. P. 77). И применительно к новому субъекту экономики этот образ воспроизводит то, что некогда говорилось о физических лицах — торговцах: «граждане, не принадлежащие к какой-либо отдельной стране» (*Smith A. La ricchezza delle nazioni* (trad. it.). Torino, 1975. P. 549), «существа без родины», движимые только выгодой (*Goldschmidt L. Storia universale del diritto commerciale* (trad. it.). Torino, 1913. P. 17).

<sup>41</sup> Согласно С. Стрэйндж, термин «мультинациональное» является «семантическим эвфемизмом»: не общества являются мультинациональными, а их деятельность (*Strange S. Chi governa l'economia mondiale?* P. 12). А. Р. Вэйд отмечает (применительно

Приведу заимствованные из исследования А. Квадрио Курцио,<sup>42</sup> использующего данные ЮНКТАД, процентные значения, которые показывают возможность предприятий становиться транснациональными: это значения, относящиеся к имуществу предприятия и занятости на нем за границей, т. е. к имуществу и работникам иностранных контролируемых обществ. Эти данные показывают, что у девяти из пятнадцати самых крупных предприятий нашего времени за границей находится более 50 % имущества, а у пяти — более 70 %; что семь имеют за границей более 50 %, а три — более 70 % занятости.

Глобализация не является результатом конфликта между государствами. Надо сразу же сказать, что реальность опровергает или, по меньшей мере, делает уже не актуальной архаическую философию империализма, приписывавшую великим державам функцию расчистки национальным предприятиям пути к завоеванию мировых рынков.<sup>43</sup> Нынешние действующие лица глобализации — скорее транснациональные предприятия, чем государства. У *Shell* за границей 67,8 % всего имущества и 77,9 % занятости; у *Volkswagen* за границей 84,8 % имущества и 44 % занятости; но *Nestlé* — самое глобальное предприятие с 86,9 % имущества и 97 % занятости за границей. У первого из этих предприятий голландский капитал, второе

к холдингам), что большинство акций формируется из акций, относящихся к стране происхождения, что последней принадлежат почти все компоненты административных советов, что на родине мультинациональные предприятия сосредоточивают стратегические решения и осуществляют деятельность с более высокой добавленной стоимостью (*Wade R. La globalizzazione e i suoi limiti. P. 100 s.*). Равным образом Ж. Лафэй замечает, что «крупные группы, хотя и будучи интернационализованными в сфере их деятельности, остаются привязанными к стране своего происхождения в том, что касается капиталов, культуры и главных руководителей» (*Lafay G. Capire la globalizzazione. P. 44 s.*).

<sup>42</sup> Исследование, названное «*Globalizzazione: profili economici*» («Глобализация: экономические аспекты»). — Прим. пер.), выполнено в рамках исследовательского проекта CNR (Consiglio Nazionale delle Ricerche — Национального Совета Исследований). — Прим. пер.) на тему «*Ambiente, istituzioni e mercati*» («Окружающая среда, институты и рынки»). — Прим. пер.) (опубликовано лишь извлечение в издательстве «*Il mulino*» в 1999 г.). Вот, вкратце, эти данные (с. 41):

Общество	Имущество за границей (%)	Продажи за границей (%)	Занятость за границей (%)	Общество	Имущество за границей (%)	Продажи за границей (%)	Занятость за границей (%)
Royal Dutch/Shell	67,8	73,3	77,9	Nestlé	86,9	98,2	97,0
Ford	29,0	30,6	29,8	Bayer	89,8	63,3	54,6
General Electric	30,4	24,4	32,4	ABB	84,7	87,2	93,9
Exxon	73,1	79,6	53,7	Nissan	42,7	44,2	43,5
General Motors	24,9	29,2	33,9	Alf Aquitaine	54,5	65,4	47,5
Volkswagen	84,8	60,8	44,4	Mobil	61,8	65,9	52,2
IBM	51,9	62,7	50,1	Daimler-Benz	39,2	63,2	22,2
Toyota	30,5	45,1	23,0				

<sup>43</sup> В этом смысле в начале XX в.: *Hilferding R. Il capitale finanziario* (trad. it.). Milano, 1961. P. 442 ss.; так же, как затем в середине века: *Sweezy P. M. Il presente come storia* (trad. it.). Torino, 1962. P. 68.

является немецким, а третье — швейцарским. Сегодня можно господствовать на мировом рынке, не имея за плечами крупной военной и даже значительной политической мощи. Транснациональные предприятия могут обходиться как без первой, так и без второй; они в самих себе имеют силу, ведущую их к завоеванию мировых рынков. Они, как было отмечено,<sup>44</sup> движутся в пространстве, где «обитает» только экономика, но не политика.

Если, однако, принять другие показатели и градуировать предприятия в зависимости от их рыночной стоимости, то оказывается, что первыми тремя являются американские предприятия *General Electric*, *Microsoft* и *Exxon*, хотя их потенциал к глобализации и несколько ниже. Они, тем не менее, могут первенствовать на фоне других благодаря их внутреннему рынку, гораздо более обширному. Лишь одно из этих американских предприятий, *Exxon*, демонстрирует степень глобализации, близкую европейским предприятиям.<sup>45</sup>

Необходимо избавиться и от другого штампа, также довольно распространенного, согласно которому глобализация рынков равнозначна установлению единого мирового рынка, который занимает место, ранее занятое рынками национальными. Это может быть верным для финансового рынка,<sup>46</sup> но не является таковым для рынка промышленного. Здесь действие транснациональных предприятий предполагает длящееся присутствие национальных рынков, и, более того, именно из имеющихся между ними различий (различные рынки труда, различные рынки капиталов и т. д.) извлекают транснациональные предприятия характерное для них преимущество. Не следует пренебрегать и тем значением, которое еще имеет для промышленности различие между рынком внутренним и рынком внешним, а также тем, что масштабы первого при равенстве всех прочих условий играют для нее определяющую роль. Впрочем, те же оценки экономистов, основанные на разделении данных национального рынка и рынков зарубежных, предполагают стойкое укоренение на соответствующих национальных внутренних рынках транснациональных предприятий, которое в процентном выражении может быть определено в значениях, редко намного удаляющихся от 50 %.

Дело в том, что открылось глубокое противоречие между транснациональным масштабом крупных предприятий и национальным характером правовых систем, внутри которых они действуют. Влияние государств тем самым оказывается обесилленным: они управляют разве только некоторым сектором транснационального рынка, в то время как транснациональные

<sup>44</sup> *Ferrarese M. R.* Il diritto al presente. P. 167.

<sup>45</sup> В связи с этим необходимо одно уточнение: крупные американские предприятия извлекают прибыли из-за рубежа также и иными способами, отличными от организации предприятия в правовых формах группы обществ, включающей иностранные контролируемые общества. Эти иные способы заключаются в «сети предприятия» (ср.: *Lafay G.* Capire la globalizzazione. P. 42 s.), обеспечивающей присутствие за рубежом в силу лицензий на патенты или ноу-хау (с соответствующим контролем качества) либо в силу договоров франчайзинга или *joint venture*.

<sup>46</sup> Который представляет собой «единственный действительно глобализованный рынок; и является таковым, поскольку развивается при поддержке самой передовой технологии», нейтрализующей любую физическую границу, и благодаря «формам все более разреженного богатства», для которых «финансовые *assets* (англ.: имущество, средства, активы. — *Прим. пер.*) национальных государств выступают уже не объектом прямого инвестирования, а простым предметом пари, т. е. спекулятивными параметрами для операций по фьючерсам» (*Cipollina S.* I confini giuridici del tempo presente. P. 11 ss., основываясь на: *Tremonti G.* La guerra «civile». Milano, 1996. P. 842 s.).

предприятия в состоянии его контролировать в целом.<sup>47</sup> К чему нужна принадлежащая государствам власть устанавливать налоги, если их плательщиками являются предприятия, уходящие от налогообложения путем размещения холдинга, где формируются облагаемые прибыли, в ином месте? И к чему нужно устанавливать взносы социального страхования, если предприятия размещают контролируемые общества, управляющие промышленными производственными единицами, за пределами территории государства? Само понятие «экономического программирования», которое в 60-е гг. познало свои славные дни и с которым в качестве инструмента достижения программных задач было связано прямое вмешательство государства в экономику, уж вышло из политического лексикона.

Нынешний упадок публичного управления экономикой не является лишь плодом перехода к либерализму. В основе политики приватизаций лежит также — а возможно, и в первую очередь — некоторое более общее изменение условий и пространств, в которых развивается экономическая конкуренция, уже не являющихся в современной транснациональной экономике условиями конкуренции, которые поддаются решительным политическим коррективам, и уже не являющихся пространствами конкуренции преимущественно национального характера.<sup>48</sup> Отношение между государством и рынком перевернулось: именно рынок, или, точнее, транснациональные рейтинговые компании, служит источником оценки оформляющих государственный долг ценных бумаг, эмитированных государствами, и определяет финансовую политику этих последних.<sup>49</sup>

Получающаяся в результате картина опровергает смитовскую формулу богатств наций: богатство не имеет нации, нации не имеют богатства. Даже сама идея нации меняет значение. Возрождающийся сегодня национализм

---

<sup>47</sup> Перед транснациональными предприятиями, пишет Райзер, «отдельное государство, в одиночку, безоружно» (*Raiser L. Gli attuali confini del diritto internazionale dell'economia. P. 264*), и приводит в качестве примера (в сн. 11) вынужденный отказ Управления по картелям Германии, возбудившего судебный процесс против нефтяных обществ, от обвинения. Примеры этого «отступления суверенитета» в различных сферах традиционного вмешательства государства см.: *Cassese S. La crisi dello Stato. Bari, 2002. P. 45 ss.* Усилия государств, направленные на регулирование экономики, оказывают действие на «национальном уровне, пронизанном и трансформированном уровнем интернациональным» (*Hirst P., Thompson G. La globalizzazione dell'economia (trad. it.). Roma, 1997. P. 12 ss.*; см. также: *Habermas J. La costellazione post-nazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia (trad. it.). Milano, 1999. P. 41 ss.*). З. Бауман использует термин «экономическая импотенция государства» (*Bauman Z. Dentro la globalizzazione (trad. it.). Roma; Bari, 2001. P. 75*). Феррарезе, в свою очередь, говорит о «помутнении суверенитета» (*Ferrarese M. R. Le istituzioni della globalizzazione. P. 7*).

<sup>48</sup> У. Бек пишет, что «центральная задача политики — устанавливать непреложные юридические, социальные и экологические условия-рамки, исходя из которых экономическая деятельность вообще становится социально возможной и легитимной, — упущена из виду или утрачена» (*Beck U. Che cos'è la globalizzazione (trad. it.). Roma, 1999. P. 22 ss.*); Вэйд останавливается на тщетности «правительственных попыток моделировать эволюцию национальных экономик», которым препятствует «мобильность финансов, физических капиталов и даже труда во всех частях света» (*Wade R. La globalizzazione e i suoi limiti. P. 75 ss.*).

<sup>49</sup> Данное наблюдение принадлежит Кассезе (*Cassese S. La crisi dello Stato. P. 37*). См. у Баумана суждение о том, что «никакое государство не может сопротивляться более нескольким дням спекулятивному давлению рынков» (*Bauman Z. Dentro la globalizzazione. P. 75*); см. также аналогичное мнение Стрэйндж, согласно которому «сегодня во многих узловых вопросах именно рынки повелевают правительствами» (*Strange S. Chi governa l'economia mondiale? P. 21 ss.*).

не имеет, при ближайшем рассмотрении, того же значения, как некогда. В прошлом национализм был знаменем народов, которые стремились стать независимыми от держав, ощущавшихся ими как иноземные. Сегодня это скорее рыночный выбор. Отстаиваемая независимость тесно связана с избранной новой экономической зависимостью. Стремятся избавиться от одной сферы влияния, чтобы попасть в другую сферу влияния. Национальный суверенитет, уже не ассоциируемый с национальным богатством, остается чисто номиналистическим данным. Присоединение к наднациональным организациям представляет для государств отречение от своего суверенитета лишь в смысле формальном. В сущности же это присоединение происходит из осознания того, что национальный масштаб более не является тем масштабом, который пригоден для реального осуществления суверенитета.

Экономическим и Социальным Советом ООН был разработан весьма ценный и амбициозный проект «Кодекса поведения транснациональных предприятий», последняя версия которого вышла в 1990 г.<sup>50</sup> Его провозглашенная функция — «увеличить в максимальной степени вклад транснациональных предприятий в развитие и экономический рост стран, в которых они действуют, и свести к минимуму негативные последствия их деятельности». Предъявляются требования уважения национального суверенитета и законов стран, в которых действуют различные единицы группы, а также соблюдения прав человека и основных свобод; запрещается коррупционная практика; предъявляется требование охраны окружающей среды. Кроме того, требуется составление консолидированных балансов. В том, что касается операций внутри группы, предписывается не применять цены, не соответствующие рыночным, или, в любом случае, цены, которые имели бы отрицательные последствия для налогообложения, валютных резервов или других аспектов экономики стран, в которых они действуют, и запрет распространяется на использование обходных путей.

Некоторые из этих принципов выполняют явную функцию охраны стран третьего мира, лишенных адекватной способности самозащиты перед всемогуществом транснациональных предприятий. Но другие допускают универсальное применение, как, например, принципы, относящиеся к внутренним операциям группы, способные защитить миноритарных акционеров от распространенной практики транснациональных предприятий, переводящих прибыли от основной производственной деятельности из дочерних обществ в общество материнское под видом мнимых вознаграждений за консультативные услуги либо за лицензии на производство или марку или же завышающих размер этих вознаграждений, таким путем уменьшая, а то и вовсе исключая, балансовую прибыль и дивиденд акционеров, не говоря уже о нарушении интересов казны. Только если подобный кодекс вступит в силу и только если удастся реально применять его на практике, можно будет сказать, что юридические нормы регулируют всю сферу действия транснациональных групп, имея такую же область территориального распространения. Однако в данный момент этот проект, кажется, отложен. В последнее время на международной арене скорее господствует Всемирная торговая организация, чье главное призвание — устранить любые остаточные препятствия для свободы международной торговли.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Его полный текст я привел в приложении к моей книге «*I gruppi di societa*» (Torino, 2001. P. 283).

<sup>51</sup> По мнению Стрэйндж, подобные международные организации являются скорее инструментами выполнения соглашений, достигнутых в ходе переговоров между



## 5. ПРАВО ПОСТИНДУСТРИАЛЬНОЙ РЕВОЛЮЦИИ

Индустриальная революция вызвала самую грандиозную трансформацию, которую когда-либо знало право. Новое право, заложенное великими кодификациями XIX в., заступило в континентальной Европе место, которое ранее занимало римское право, дожившее до того времени в качестве «права разума» и как таковое применявшееся в судах и преподававшееся в университетах. Система римского права строилась вокруг права собственности: последнее в доиндустриальную эпоху было господствующим правом, правом, обеспечивающим присвоение и использование ресурсов, увековечивая древнее воззрение Ульпиана о том, что предметом всего частного права является способ, которым приобретает, удерживается и прекращается собственность. В кодификациях центр системы сместился с собственности на договор, понимаемый уже не просто как один из способов перенесения собственности, но как правовой инструмент обмена, которым пользуется предприниматель для приобретения факторов производства и для сбыта продукции в ожидании получения прибыли. Римское право было уже не наставлением для настоящего, а историей права, освобождением от прошлого.

Складывается впечатление, что Постиндустриальная революция не повлекла столь же радикальных последствий в сфере права. Переход от одной эпохи к другой протекает, как кажется, под знаком преемственности, а не разрыва. Можно было бы сказать, что право, созданное для индустриального общества, без существенных изменений способно регулировать также отношения внутри общества постиндустриального. Эту заслугу стали приписывать достигнутой правом высокой степени обобщенности и абстрактности, явившейся великим достоинством кодексов: благодаря ей европейские кодексы XIX в. могли заимствоваться путем простого перевода с одного языка на другой в странах далеких цивилизаций, таких как Китай и Япония; благодаря все той же высокой степени обобщенности и абстрактности в настоящее время кажется правомерным предположить, что те же самые нормы, задуманные для продажи или для найма промышленных продуктов, могут быть применимы на сегодняшнем изменившемся экономическом горизонте и оказаться пригодными также для регулирования найма или лицензионных соглашений, предметом которых выступают постиндустриальные нематериальные продукты, будь они произведениями электроники, финансовыми продуктами или *griffes*.

Это впечатление, однако, обманчиво. Истина состоит в том, что правовая организация, предшествовавшая Постиндустриальной революции, оказалась перевернутой этой последней до основания, искажена в своих ведущих принципах, начиная с принципов государственности и национальности права.

Абсолютно верно, что наступление постиндустриальной эпохи не требует, как требовал приход индустриальной эры, глубоких законодательных реформ и что общая картина кодифицированного права остается в сущности неизменной. Но она остается неизменной потому, что наиболее значимыми инструментами, посредством которых осуществляются правовые инновации, служат уже не законы, а иные инструменты. Насколько бы сильно догма государственности права, явившаяся, как было отмечено,<sup>52</sup>

---

национальными правительствами, чем формами глобального управления (*Strange S. Chi governa l'economia mondiale? P. 247*).

<sup>52</sup> Карлом Шмиттом (см.: *Schmitt C. I tre tipi di pensiero giuridico // Le categorie del politico / a cura di Miglio e Schiera. Bologna, 1972. P. 90*).

«блистательным творением» западной правовой культуры, драгоценным юридическим завоеванием Просвещения и Индустриальной революции, ни была еще укоренена в мышлении юристов, для которых право — это закон, а закон не принимается кем-либо иным кроме государства, и как бы многие из них до сих пор ни отвергали идею, что другие источники, отличные от закона, могут создавать право, это все же реальность, с которой юрист, нравится она ему или нет, должен сегодня соотноситься.<sup>53</sup>

Речь идет о многогранной реальности. За пределами границ государств идет процесс создания международными арбитражными коллегиями того спонтанного единообразного права, которому было дано имя Новой *lex mercatoria* и которое призвано регулировать договорные отношения внутри глобального рынка. В то же время разные государственные правовые порядки обнаруживают все более отчетливую склонность, в прошлом совершенно немыслимую, выступать за пределами национальных границ в качестве моделей для *shopping'a* права, а гражданам государства предоставляется возможность выбирать для регулирования своих договорных отношений право третьего государства. Сама государственная организация внутренне трансформируется, чтобы соотноситься с глобализацией экономики, и новые технократии приходят на место старых центров принятия политических решений. Место закона все в большей степени занимает договор, причем как в частном праве, где он выполняет функцию введения — в виде атипичных договоров, единообразных для всего глобального рынка, — договорных фигур, которым эволюция экономики беспрестанно дает жизнь, так и в праве публичном, где наблюдается замена публичной администрации акционерным обществом, а закона или административных правил — договором, будучи и те и другие субъектами или инструментами, пригодными для преследования публичных интересов. И еще: функцию приспособления права к изменениям действительности, как никогда стремительным в наше время, и к возникающим потребностям транснациональной экономики имеет тенденцию брать на себя судья.

Кто восстает против идеи агосударственного права и демонстрирует, что не может постичь права иного, чем диктуемое посредством закона государством, не учитывает, что право — реальность куда более древняя, чем государство-нация, и что наша юридическая культура процветала без последнего в течение семнадцати из девятнадцати веков ее существования, со II века н. э., который был веком Ульпиана, веком первой систематической разработки права, до кануна современных кодификаций (и даже до конца XIX в. в Германии, где римское право оставалось в силе в качестве «права разума» вплоть до 1899 г.). Но скажем больше: некоторые авторы именно в крайнем этатистском и националистическом ожесточении XX в.,

---

<sup>53</sup> Это учитывается Феррарезе, согласно которой «государства уже не являются единственным «источником» права: в правотворчестве участвуют и другие субъекты, в том числе частные лица» (*Ferrarese M. R. Le istituzioni della globalizzazione. P. 133*). Состояние напряженности между древними догмами и новыми реалиями, наблюдаемое сегодня в менталитете юристов, можно ощутить в недавней книге Л. Францезе (*Frantzese L. Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni. Padova, 2004*). Но у итальянского юриста, не забывшего лекцию Санти Романо о множественности правовых порядков, нет причины удивляться: уже Т. Аскарелли мог заметить, что «кризис суверенитета национального государства отразился — и это отмечал В. Э. Орландо, сближая под данным углом зрения институционализм Романо и плюрализм Кельзена, — в пересмотре принципа государственности права» (*Ascarelli T. Certezza del diritto e autonomia delle parti // Problemi giuridici. I. Milano, 1959. P. 123*).

начиная с Первой мировой войны, различают настолько глубокий кризис западной правовой традиции — гораздо более тяжелый, чем все предшествовавшие, — что он способен «эвентуально привести ее к концу».<sup>54</sup> Государственность и национальность права служат факторами не прогресса, но кризиса права.

## 6. ОБЪЯВЛЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ РЕВОЛЮЦИЯ

Здесь можно себе представить эвентуальное возражение. Изменения, произошедшие в мире права вследствие Постиндустриальной революции в различных указанных выше аспектах, и прежде всего в результате глобализации, изменили, конечно, и изменили глубоко, систему источников правотворчества, но — и это может быть выдвинуто в качестве возражения — не вызвали столь же глубокого преобразования права, которое посредством этих источников было создано. Действительно, появились новые юридические фигуры, созданные *lex mercatoria*, такие как *Gross disparity* и *Hardship*, не имеющие соответствий в кодифицированных системах; однако этого слишком мало, чтобы можно было говорить о подлинной революции в мире права, т. е. о радикальном изменении права в его целостности, в иерархии его источников и в его концептуальных категориях.

На это возможное возражение можно прежде всего ответить, что, как недавно было вновь замечено,<sup>55</sup> «чтобы сделать настоящую революцию, необходимо более чем одно поколение». Мы не должны ограничиваться учетом того, что новая система источников произвела до сегодняшнего дня, но должны принимать во внимание то, что она может произвести в будущем именно благодаря ее новым и специфическим чертам, т. е., используя метафору Э. Ди Робилана,<sup>56</sup> вследствие перехода от «нормативной игры с двумя игроками», государством-нацией и адресатами его предписаний, к нормативной игре «с несколькими игроками», где в конкуренцию с правом государства-нации вступают спонтанные правовые системы, такие как *lex mercatoria*, а также — благодаря *shopping'у* права — различные правопорядки других государств-наций, производя систему норм с непредвидимыми эволюционными последствиями.

Итак, право, которое мы называем рожденным Индустриальной революцией, т. е. право, созданное кодификациями XIX в. и развитое последующим государственным законодательством, уходит своими корнями в Просвещение и в то его воплощение в правовых ценностях и понятиях, которое мы обычно синтетически обобщаем в естественном праве XVII и XVIII вв., т. е. в разработке юристов от Дома до Потье, от Гроция до

---

<sup>54</sup> Так полагает Г. Дж. Берман (*Berman H. J. Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale* (trad. it.). Bologna, 1998. P. 16 ss.); сошлюсь прежде всего на место, где автор предостерегает, что «это фактически самая большая опасность, заключенная в современном национализме. Нации Европы, рожденные от взаимодействия внутри западного христианства, в течение XIX в. становились все более отдаленными друг от друга. С Первой мировой войной были насильственно разъединены и разрушены общие узы, которые до того держали их, пусть и слабо, вместе. В конце XX в. мы все еще страдаем по вине возникшей в XIX в. националистской историографии, утверждающей о распаде общего европейского наследия в области права» (p. 38).

<sup>55</sup> Г. Дж. Берманом (*Berman H. J. Diritto e rivoluzione. P. 45* (см. там же цитаты)).

<sup>56</sup> *Di Robilant E. Diritto, societa e persona. Torino, 1999. P. 79 ss.*

Пуфендорфа.<sup>57</sup> Но Просвещение и все то, что с ним связывается, было лишь западным явлением,<sup>58</sup> которому остались совершенно чужды те обширные пространства планеты — от исламского мира до Индии и прежде всего от Японии до Китая, — которые лишь начиная с XX в. вступили в экономическую и культурную конкуренцию с Западом.<sup>59</sup> Этим обширным пространствам планеты мало что говорит или вовсе ничего не говорит все то, что на Западе составляет «право природы» или «права разума» как основу кодифицированного права и в то же время постоянную цель, подлежащую реализации, непереступаемый предел для законодательной власти государств; и не слишком много говорит то, что на Западе определяется термином «общепризнанные основные принципы права», в котором «*обще-*» подразумевает все же общность западных стран. Верно, что между концом XIX и началом XX в. Япония и Китай рецепировали западные кодексы и что они в этих странах действуют до сих пор (в то время как исламские страны приняли моделированные по западному образцу кодексы лишь для регулирования отношений с иностранным элементом); но так же верно и то, что при применении этих кодексов японцы и китайцы вовсе не являются отражением в «зеркале западных правопорядков», и даже более того, отвергают существующую практику толкований и теоретические систематизации судей и юристов Запада.<sup>60</sup>

Принятие западных кодексов имело целью внешне продемонстрировать перед Западом дух современности. В практике их применения особое внимание было уделено общим клаузулам, таким как договорная добросовестность, применение которой вследствие отказа от типизации ее юридических составов дает место некоторого рода свободному праву; и в итоге добросовестность стала рассматриваться как совпадающая со справедливостью, что привело к выхолащиванию содержания как договорной воли, так и кодифицированных положений о договоре.<sup>61</sup> Недавний китайский закон о договорах от 1 октября 1999 г. рисует следующую перспективу: он возводит явную несправедливость в число оснований недействительности

---

<sup>57</sup> Фундаментальным справочным изданием в этом отношении остается «История современной правовой мысли» (т. I) Дж. Тарелло (*Tarello G. Storia del pensiero giuridico moderno. I. Bologna, 1976*).

<sup>58</sup> Берман отмечает, что «Просвещение XVIII в. было явлением исключительно западным, которое создало идеологические основы не только французской и американской революций, но также движений за радикальные перемены в Англии и других странах. Русская революция родилась из интернационального коммунистического движения, начало которому было положено двумя немцами; его корни обнаруживаются в Парижской коммуне 1870 г. Подобным образом национальные революции имели после себя огромный — всецело западный — резонанс» (*Berman H. J. Diritto e rivoluzione. P. 49*).

<sup>59</sup> Уже в начале 80-х Берман писал, что «сегодня вновь происходит так, что преобразованием охватывается вся правовая традиция в ее комплексе, а не только некоторые ее элементы или аспекты; это оказывается ясным прежде всего в сравнении с незападными культурами и философиями. В прошлом западный человек уверенно нес с собой по миру свое право. Сегодня, однако, мир недоверчив — более чем когда-либо недоверчив — по отношению к западной «законности»; восточные и южные народы предлагают альтернативы, да и сам Запад ставит под сомнение универсальную значимость собственного традиционного видения права, главным образом по отношению к незападным культурам. Право, которое до сих пор представлялось «естественным», сегодня видится как «западное», и многие утверждают, что оно устарело даже для Запада» (*Ibid. P. 63*).

<sup>60</sup> В этом плане вопрос проясняется у М. Тимотео (*Timoteo M. Il contratto in Cina e in Giappone nello specchio dei diritti occidentali. Padova, 2004*).

<sup>61</sup> *Ibid. P. 352 ss.*

договора (ст. 52, п. 2); позволяет судье восполнять договор предписаниями относительно качества имущества, выступающего его предметом, цены, места, срока и способа исполнения (ст. 61), на чем китайские юристы основывают фигуры *Gross disparity* и *Hardship*.<sup>62</sup> Зато ответственность за неисполнение абстрагируется от вины (ст. 107), и для ее наступления иррелевантно действие третьего лица, воспрепятствовавшего исполнению: отнюдь не освобождая должника, оно устанавливает отношение между ним и третьим лицом (ст. 121).

Темп развития выходящих на мировую арену восточных стран непрерывно растет; экономическая конкурентоспособность этого нового горизонта капитализма в настоящее время находится в фазе, вызывающей на Западе тревогу. Старая догма государственности права представляла собой непреодолимый защитный барьер; по мысли ее теоретиков, «физической неприкосновенности границ соответствует исключительность правопорядка».<sup>63</sup> Но это была философия права эпохи, в которую территориальные границы служили одновременно границами политическими и экономическими. Еще в первой половине прошлого века Карл Шмитт обращал внимание, что «эпоха государственности уже приближается к концу» и что «государство как монополия политического единства, государство как обладатель самой исключительной из всех монополий — монополии политического решения, этого блистательного творения европейского формализма и западного рационализма, вскоре будет низвергнуто с пьедестала».<sup>64</sup>

В настоящее время порядок, основанный на неприкосновенности территории, разрушился;<sup>65</sup> монополия государства и идейные основы, на которые она опиралась, не выдержали внутри государств давления, оказанного гражданским обществом,<sup>66</sup> а вовне не выдержали удара глобализации рынков, вторжения транснациональных предприятий. Государственная монополия на правотворчество уступила место другой системе, допускающей за пределами закона иные, негосударственные источники права, источники права вдвойне глобального: по сфере его применения, поскольку оно должно применяться вне всякой территориальной границы, и по способу его образования, поскольку оно может создаваться в самых различных точках

<sup>62</sup> Свидетельство этого см.: *Ibid.* P. 24.

<sup>63</sup> В этом смысле высказывается Н. Ирти (*Irti N. Norma e luoghi. Problemi di geodiritto.* Bari, 2001. P. 5) со ссылкой на концепцию государства, которую отстаивал Еллинек, бывший в начале XX в. среди величайших творцов абсолютистской концепции государственной власти.

<sup>64</sup> *Schmitt C. I tre tipi di pensiero giuridico.* P. 90. Немецкий юрист кризис государства связывал с вторжением в него массового общества (ср.: *Galli C. Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno.* Bologna, 1996. P. 179 ss.). Но сегодня извне действует лишающий его авторитета эффект глобализации экономики; поэтому в настоящее время вдвойне очевидно «затмение суверенитета», подточенного как конкурирующими силами изнутри, благодаря «все более плюралистической действительности демократических обществ», так и во внешних отношениях, где «полнота государственной власти, которую собственно и обозначает суверенитет, утрачивается, вследствие чего государство практически лишилось своего содержания, а его границы исчезли» (*Matteucci N. Lo Stato moderno.* Bologna, 1997. P. 97 s.).

<sup>65</sup> См.: *Badie B. La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sull'utilità sociale del rispetto* (trad. it.). Trieste, 1996. P. 33 ss.

<sup>66</sup> Из которого происходит та «разнородность команд», которая в конструкции Массимо Северо Джаннини характеризует сегодняшнее «многоклассовое государство» (*Giannini M. S. Diritto pubblico dell'economia.* Bologna, 1977).

планеты. Современная *lex mercatoria*, хотя и обладает некоторыми существенно оригинальными элементами, может еще считаться выражением преимущественно западной правовой культуры. Но это ее сохраняющееся изначальное клеймо отражает сегодняшнее до сих пор устойчивое преобладание западных предприятий и культурных ценностей, которые они несут с собой и распространяют по миру. Мы не знаем, продержится ли и до каких пор *lex mercatoria* преимущественно западного духа, как та, которую сегодня мы видим освященной в Принципах УНИДРУА, и не приведет ли, и с какого времени, изменившееся соотношение сил между Востоком и Западом к новой *lex mercatoria*, далекой от своего нынешнего содержания, проникнутой духом торговых обычаев восточных рынков. Что тогда останется в уже не евроцентристском юридическом мире от европейского формализма и от западного рационализма смитовской традиции? Сейчас *lex mercatoria* является вместилищем принципов преимущественно западного толка; но в будущем она может превратиться в средство доставки на Запад принципов, рожденных в других правовых широтах.

И что-то в этом направлении уже происходит: фигуры *Gross disparity* и *Hardship*, которые зародились на Востоке, явившись плодом вскормленной восточными культурами эквитативной концепции договора, нашли место в Принципах УНИДРУА, несмотря на отсутствие соответствий им в западных системах. И это, несомненно, результат широты торговых связей между Востоком и Западом, с которым постоянно связано смешение соответствующих принципов, регулирующих договор. Но есть и нечто гораздо большее: в результате недавней немецкой реформы обязательственного права, вступившей в силу в 2002 г. и проведенной под именем *Modernisierung des Schuldrecht*, в § 313 BGB, названном «Нарушение основания сделки», появилась норма, которая в случае последующего изменения обстоятельств, положенных в основание договора, позволяет судье возложить на одну из сторон приведение договора в соответствие (с изменившимися обстоятельствами. — Прим. пер.). Так *Hardship* перешел из внутреннего права Китая в Принципы УНИДРУА, а из них — во внутреннее право Германии: Принципы УНИДРУА, т. е. *lex mercatoria*, уже начали действовать в качестве средства, переносящего в национальные правовые порядки Запада правовые фигуры, зародившиеся на Востоке.<sup>67</sup> Вот он, реванш истории: сто лет назад Китай импортировал немецкое право; теперь же, хотя бы и через *lex mercatoria*, китайское право импортирует Германия.<sup>68</sup>

То же самое можно сказать о *shopping'e* права. Сегодня в договорах между азиатскими и западными предприятиями в большинстве случаев мы находим третейские оговорки, отсылающие — в том числе в том, что каса-

<sup>67</sup> Введение *Hardship* вызвало, как это можно было предвидеть, замешательство у части немецкой доктрины, объявившей об опасности чрезмерного пересмотра принципа *pacta sunt servanda*, или связующего эффекта договора. Об этом см.: *Memmo D. Il nuovo modello tedesco della responsabilita per inadempimento delle obbligazioni // Contratto e impresa*. 2004. P. 821.

<sup>68</sup> При желании можно было бы говорить о возврате в немецкое культурное пространство, ибо *Hardship* в 80-е гг. был введен в Гражданский кодекс Германской Демократической Республики, упраздненный с воссоединением Германии в 1990 г. Быть может (но это следует доказать), Гражданский кодекс Восточной Германии оказал влияние — вследствие идеологической близости двух систем — на китайский закон о договорах 1999 г. Однако речь шла, несомненно, о неосознанном возврате: в *lex mercatoria* эта фигура пришла из Китая, а, конечно же, не из ГДР; и из *lex mercatoria*, а, конечно же, не из Гражданского кодекса ГДР она затем пришла в новое BGB.

ется критерия выбора применимого права, — к регламентам арбитражных палат Парижа, или Женевы, или Лондона, или Нью-Йорка; или так же часто находим условия, определенно устанавливающие в качестве применимого права право третьего по отношению к сторонам спора государства; и в последнем случае, которым мне приходилось заниматься, выбор права, применимого к договору между китайским предприятием и предприятием итальянским, выпал на право штата Нью-Йорк. В этих случаях то, чего добивается азиатское предприятие, — это выбор в качестве права, подлежащего применению, права, отличного от национальных правопорядков обеих сторон договора, но сила договорной позиции западного контрагента еще такова, что позволяет ему навязать применение того или иного западного права. Тем не менее в договорах между китайскими и западными предприятиями начинают появляться третейские оговорки, относящие разрешение споров к ведению арбитража при Китайской Международной торговой палате. Нетрудно представить, каковым будет содержание третейских оговорок, если соотношение сил между этими предприятиями переменится в пользу восточных предприятий.<sup>69</sup> И разговор о *shopping'e* может быть продолжен также вне области арбитража и коснуться выбора подлежащего применению «третьего» права в том числе в договорных отношениях между обыкновенными гражданами, что допускается Римской конвенцией: можно себе представить будущее, в котором западные судьи отправляют правосудие на Западе, применяя по выбору более сильных сторон в договоре право Ближнего или Дальнего Востока.

Случится ли это и каким именно образом, узнают лишь последующие поколения. Мы знаем, однако, что правовая культура, которую мы сегодня определяем как западную, тоже является составной правовой культурой, плодом слияния различных, и даже глубоко различных, правовых культур, каким было в Европе тысячу лет назад, у истоков нашей правовой цивилизации, слияние римского права с правом германцев и франков.

Закончу словами, произнесенными на исходе прошлого века Берманом во вступлении к своей книге: «...не все захотят слушать эту историю. Многие найдут неприемлемым ее сюжет, сочтут его фантазией. Некоторые скажут, что западная правовая традиция никогда не существовала; другие же — что в конце XX в. западная правовая традиция существует и обладает отличным здоровьем».<sup>70</sup> Между тем есть уже кто-то, кто пишет, что глобализация является всего лишь «легендой»,<sup>71</sup> как и был кто-то, говоривший о Новой *lex mercatoria* как о «фантазме профессоров Сорбонны».<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Между тем арбитраж при Китайской Международной торговой палате завоевал большую популярность на всем азиатском пространстве, а китайское право занимает в азиатском арбитраже одно из первых мест среди прав, избранных сторонами. Свидетельство об этом см. в работе: *Crespi Reghizzi G. L'arbitrato commerciale internazionale e il diritto comparato // Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché / a cura di Bertorello. Milano, 2003. P. 57.*

<sup>70</sup> *Berman H. J. Diritto e rivoluzione. P. 15.*

<sup>71</sup> *Dal Bosco E. La leggenda della globalizzazione. L'economia mondiale degli anni novanta del Novecento. Torino, 2004.*

<sup>72</sup> *Teubner G. // Global law without a State. Aldershot; Brookfield, USA; Dartmouth, 1997. P. 433.*