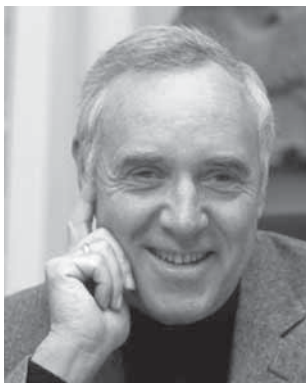


# ПРАВОВІ ПОДРАЗНИКИ: ПРИНЦИП ДОБРОСОВІСНОСТІ У БРИТАНСЬКОМУ ПРАВІ, АБО ЯК УНІФІКАЦІЯ ПРАВА ПРИЗВОДИТЬ ДО НОВОЇ ДИВЕРГЕНЦІЇ<sup>1</sup>



**Г. ТЮБНЕР**  
*доктор юридичних наук,  
професор юридичного факультету  
(Лондонська школа економіки)*

## ЗМІСТ

1. Правовий трансплантат: оманлива метафора
2. Контекст і автономія права
3. Зобов'язальні механізми у фрагментованому суспільстві
4. Сильні та слабкі зв'язки юридичного і соціального
5. Пов'язування права з соціальними фрагментами
6. Дивергенція режимів виробництва
7. Коеволюціонуючі траєкторії права і суспільства

## 1. Правовий трансплантат: оманлива метафора

Принцип добросовісності подразнює британське право. Нещодавно (сумно) звісна Директива ЄС про захист прав споживачів 1994 р. [65, с. 29] трансплантувала європейський континентальний принцип *bona fides* (принцип добросовісності) безпосередньо у тіло британського договірної права, де це викликало значне подразнення. Умова контракту вважається несправедливою, якщо «всупереч вимогам щодо добросовісності вона спричиняє значний дисбаланс між правами та обов'язками сторін, що виникають внаслідок договору, на шкоду споживачеві». Зараження цим вірусом вже відбулося у англо-американському договірному праві, особливо у Сполучених Штатах Америки, де Уніформованим комерційним кодексом та Рестейтментом щодо договорів передбачається дотримання принципу добросовісності при виконанні та правовому захисті угод [90; 66]. Британські суди енергійно відкидали цю доктрину в низці випадків, розглядаючи її як інфекційне захворювання іноземного похо-

<sup>1</sup> Перекл. за: *Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies // Modern Law Review. — 1998. — Vol. 61. — No. 1. — P. 11–32.* Переклад з англійської О. Кресіна.

дження, як «таку, що за своєю суттю несумісна із змагальністю позицій сторін» та «як нездійсненну на практиці» [92, с. 453, 460–461]. Проте зараз вони не знають, що робити з Директивою ЄС. І це ще не все, оскільки принцип добросовісності поширюється далеко за межі захисту споживачів. Стаття 1.106 Принципів європейського договірної права передбачає, що:

— при здійсненні своїх прав та виконанні своїх обов'язків кожна зі сторін повинна діяти відповідно до принципів добросовісності та чесної ділової практики;

— сторони не можуть вилучити або обмежити це зобов'язання.

І нарешті, в міжнародному комерційному праві добросовісність відіграє дедалі важливішу роль<sup>1</sup>.

Деякі наукові коментатори висловили своє глибоке занепокоєння: «Принцип добросовісності може завдати практичної шкоди, якщо його жорстко імплантувати до нашої системи права» [8, с. 385, 426]<sup>2</sup>. Інші вітають добросовісність як здорове вливання комунітарних цінностей, сподіваючись, що це допоможе подолати договірний формалізм та буде продуктивно взаємодіяти з іншими сутнісними елементами британського договірної права [11, с. 197; 9, с. 111]. Загалом дискусія формується потужною метафорою «правового трансплантату». Чи буде після трансплантації принцип добросовісності відкинута імунною реакцією британського права? Або чи буде він функціонувати як успішний трансплантат, який продуктивно взаємодіє з іншими елементами правового організму?

Відторгнення чи взаємодія? На нашу думку, це помилкова дихотомія, оскільки метафора правового трансплантату, хоч і спонукає до роздумів, є сама по собі оманливою. Вважаємо, що поняття «правовий подразник» пояснює ситуацію краще, ніж «правовий трансплантат». Звичайно, поняття трансплантату саме по собі має сенс, оскільки воно описує правовий імпорт/експорт з органічної, а не механічної точки зору. Правові інститути не можна просто перемістити з одного контексту до іншого, немов деталь однієї машини до іншої [45]. Вони потребують обережної імплантації та культивування в новому середовищі. Проте поняття «трансплантат» створює хибне враження, що після складної хірургічної операції перенесений матеріал залишатиметься ідентичним самому собі, відіграючи свою стару роль у новому організмі. Отже, все зводиться до вузької альтернативи: відторгнення чи інтеграція. Однак, вважаємо, що коли у культуру вживлюють іноземні норми, відбувається дещо інше. Це не трансплантація в інший організм, а радше за все глибоке подразнення, яке спричиняє цілу низку нових та неочікуваних подій. Звичайно, це подразнює мислення та емоції традиціоналістично налаштованих юристів, проте, у глибшому сенсі (це є ядром нашої тези), це подразнення «зобов'язального механізму» права. Це зовнішній шум, який створює сильні пертурбації у взаємодії дискурсів у рамках цього механізму і змушує їх внутрішньо реконструювати з нуля не лише власні норми, а й сам чужорідний елемент. «Правові подразники» не можна одомашнити, вони не можуть бути перетворені з чогось чужорідного на щось близьке, адаптовані до нового культурного контексту.

<sup>1</sup> Щодо статті 1.7 Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та статті 7(1) Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів див.: [24, с. 153; 71].

<sup>2</sup> Та сама теза: [35]. Скептичний погляд з точки зору порівняльного правознавства див. у: [59, с. 257].

Вони радше вивільняють еволюційну динаміку, в якій значення зовнішньої норми буде реконструйоване, а внутрішній контекст зазнає фундаментальних змін.

Отже, питання полягає не в тому, відкине чи інтегрує британська договірна доктрина принцип добросовісності. Радше воно полягає в тому, якої саме трансформації зазнає значення цього терміна і як зміниться його роль після перебудови відповідно до британського права? Гадаємо, що це не лише питання перебудови концепту з точки зору загального права на відміну від романо-германського бачення. Існує також принципова різниця у «режимах виробництва». Імперативи англо-американської економічної культури, на противагу романо-германській, призведуть до ще більш фундаментального перетворення принципу добросовісності в нових умовах. Саме тому ми вважаємо, що, незважаючи на усі благі наміри щодо «ще тіснішого союзу», спроби уніфікувати європейське договірне право призведуть до нових розколів.

Саме виходячи з цього аргументу ми розглядаємо два основні припущення, які сьогодні є популярними в порівняльному праві. Одне є «тезою конвергенції»<sup>1</sup>. В умовах сучасного руху до інтернаціоналізації, європеїзації та глобалізації припускається, що має відбуватися конвергенція соціально-економічних структур промислово розвинених країн. Відповідно, соціально-економічна конвергенція робить уніформізацію права основною метою, яка є водночас можливою та бажаною. Інша теза — «функціональна еквівалентність». У той час як національні правопорядки і досі засновані на різних доктринальних традиціях, вони стикаються з необхідністю вирішення однакових структурних проблем. Відповідно, вони знаходять різні доктринальні рішення в якості функціональних еквівалентів до однакових проблем, що знов призводить до конвергенції [100, с. 31; 4, с. 101–103; 33, с. 12; 7, с. 60]<sup>2</sup>. Ми піддаємо сумніву ці припущення, оскільки вони не враховують дискусії щодо глобалізації в суспільних науках, тому ймовірними є й припущення, абсолютно протилежні до вищезазначених. Із цих дискусій випливає, що сучасна тенденція до глобалізації не обов'язково призведе до конвергенції соціальних порядків та уніформізації права. Швидше за все ці відмінності створюються самою глобалізацією<sup>3</sup>. Ці тенденції призводять до подвійної фрагментації світового суспільства на функціонально диференційовані глобальні сектори та розмаїття глобальних культур. Гірше того, вони призводять до нового усунення цілих сегментів населення від модернізації [75; 56, с. 37; 55]. Відповідно, різні сектори глобалізованого суспільства стикаються не з однаковими, а з абсолютно різними проблемами, які має вирішити їх право. Результатом цього є не уніформоване, а ще більш фрагментоване право як прямий наслідок процесів глобалізації.

<sup>1</sup> Класичною є праця К. Керра: [46]. Глобальна культурна конвергенція є результатом процесів індустріалізації. Її правовий вимір аналізується у працях Б. Маркесініса та Ж.-Р. Гроота: [58, с. 30; 37, с. 7]. Вони розглядають конвергенцію джерел права, процедур, техніки нормотворчості та мислення суддів. Див. також: [40, с. 1207].

<sup>2</sup> Критичний погляд щодо цієї тези висловлено у працях Г. Франкенберга, П. Леграна, У. Евальда: [28, с. 101, 106; 51, с. 52, 55; 21, с. 1889, 1986].

<sup>3</sup> С. Хантінгтон [42, с. 22] запропонував достатньо драматичний сценарій глобального розколу. Більш реалістичним видається одночасний зріст тенденцій як до конвергенції, так і до дивергенції в результаті процесів глобалізації. Див.: [29; 25; 67]. Вирішальним питанням є те, як саме ідентифікувати умови для конвергенції/дивергенції. Ми ідентифікуємо основні умови для конвергенції в межах правової системи та основні умови для дивергенції у зобов'язальних механізмах, які пов'язують право з іншими соціальними системами.

У той час як існують свідчення такої фрагментації на рівні глобального суспільства, це менш помітно на регіональному рівні. Зокрема, в Європі існує рух до уніфікації через право. Це певним чином підтримує точку зору щодо дедалі більшої конвергенції та функціональної еквівалентності різних національних рішень. Звісно, відмінності у фрагментації на глобальному та європейському рівні є величезними. Тим не менш, хочемо розглянути принцип добросовісності, важливий елемент гармонізації європейського договірної права, як показний випадок, і на ньому перевірити наше припущення щодо того, що не лише тенденції глобалізації, а й зусилля щодо європеїзації національних правових порядків продукують нову дивергенцію як їх непередбачений наслідок.

## 2. Контекст і автономія права

У різкому контрасті з пануючим напрямом порівняльним правом деякі аутсайтери нещодавно розробили амбітні теорії щодо правових подразників, які одночасно подразнюють і пануючий напрям. Ми виділяємо трьох авторів: П. Леграна, А. Ватсона та У. Евальда.

З антропологічно наповненої «культуралістської» точки зору П. Легран наголошує на індивідуальних особливостях різних правових культур та подразнює європоцентричний консенсус компаративістів своєю провокативною тезою про те, що «європейські правові системи не зближуються» [49; 50, с. 262; 48; 52, с. 111]. Звісно, він стверджує, що конвергенцію можна спостерігати на рівні правових норм та інститутів, проте глибинні структури права, правові культури, правові менталітети, правові епістемології та несвідоме в праві, виражене у правовій міфології, залишаються історично унікальними та непереборними: «Культури є духовними створіннями своїх відповідних громад, а також продуктами їхнього унікального історичного досвіду, очищеного та витлумаченого протягом століть їхньою унікальною уявою»<sup>1</sup>.

Ці принципи відмінності існують не лише між дуже віддаленими культурами світу, а й між правом сучасних промислово розвинених суспільств. Особливо сильними вони є між культурами загального та романо-германського права. Відповідно, правові трансплантанти наштовхуються на непереборні відмінності культурних організмів. Вони не можуть пережити цю хірургічну операцію без змін: «Радше за все, норму, технічно інтегровану в інший правовий порядок, буде наділено новим культурно-специфічним значенням, відмінним від попереднього. Відповідно, вирішальний елемент нормативності норми — її значення — не зможе пережити подорож з однієї правової культури до іншої» [49, с. 33; 52, с. 119].

Це захоплююча перспектива, яка обіцяє нові ідеї від цікавої подорожі у більш глибокі та темні сфери порівняльного права. Це сучасне переформулювання культуралістичного скептицизму Ш.-Л. Монтеск'є щодо легкого перенесення правових інститутів, проте з важливою відмінністю щодо того, що «*esprit des lois*» («дух законів») є меншою мірою відображенням національної культури, а радше — специфічної правової культури. І це радикально перебудовує правову трансплантацію. Це робиться не з авторської перспективи суперпоказного правового порядку, а з точки зору правової культури-реципієнта, яка зано-

<sup>1</sup> Цитата з Б. Пареха. Цит. за: [49, с. 10].

во прочитує, конструює і створює текст трансплантанта. «Таким чином, право-ва трансплантація є неможливою» [52, с. 114]<sup>1</sup>.

Хоч цей підхід є перспективним, однак він є уразливим до деяких важливих заперечень. По-перше, як він уникне фатального лиха будь-яких спроб створити «*gesellschaftliche Totalität*» («соціальну тотальність»), у якій кожен правовий елемент відображає всю соціальну культуру та навпаки? Як таку апеляцію до тотальності значення культури, ансамблю глибинних структур права та культури суспільства *просто* перевести в детальний аналіз взаємодії між правом та культурою? Все ще досить скромні зусилля П. Леграна дивно контрастують з радикальними твердженнями його загальної програми<sup>2</sup>. По-друге, як він пояснить численні успішні інституційні трансфери між західними суспільствами, які відбувалися швидко та легко? І, по-третє, чи його власне переміщення до правового дискурсу антропологічного культурологічного знання, яке передбачає, що правові явища глибоко вкорінені в культурі, враховує фрагментацію, диференціацію, відокремлення, закриття дискурсів, що є типовим для модерністського та постмодерністського досвіду<sup>3</sup>. Чи П. Легран адекватно відображає подвійну фрагментацію глобального суспільства, що полягає не лише у багатокультурності, про яку він веде мову, а й у глибоких розколах між дискурсами, які він ігнорує<sup>4</sup>.

Прямо протилежно до П. Леграна історик права А. Ватсон пропонує легке вирішення цих трьох заперечень. Він наводить багаті історичні докази того, що перенесення правових інститутів між суспільствами має величезний успіх, незважаючи на те, що ці суспільства демонструють заплутане розмаїття соціально-економічних структур. Він пояснює успіх правових трансплантантів високорозвиненою автономією сучасної юридичної професії [96; 94; 95; 93, с. 335]. Він протистоїть компаративістам функціоналістського напрямку з теоретичним аргументом, що конвергенція соціально-економічних структур, а також функціональна еквівалентність правових інститутів насправді не мають значення. Також (це його звернення до культуралістів) не має значення цілісність культури суспільства.

Ці твердження засновані на трьох основних аргументах, які заслуговують на більш ретельний огляд. По-перше, А. Ватсон стверджує, що порівняльне право більше не повинно просто вивчати зарубіжне право, а досліджувати взаємозв'язки між різними правовими системами [95, с. 1–21]. На нашу думку, цей аргумент адекватно відображає основну історичну зміну у відносинах між націями та їх правом і може вгамувати завищені претензії культуралістів. У своєму «Дусі законів» Ш.-Л. Монтеск'є ще міг стверджувати, що право є

<sup>1</sup> Джерелом натхнення для П. Леграна стала, звичайно, теорія читання-відповіді С. Фіша. Див.: [26; 27].

<sup>2</sup> У працях П. Леграна [49; 51] представлено дещо схематичну спробу виокремити відмінності між культурою цивільного та загального права. Емпірична база для цих тез не дуже надійна: [52, с. 118].

<sup>3</sup> Ж.-Ф. Ліотар [57] говорить про герметичну закритість дискурсів; Н. Луманн [56] вбачає у глобальному суспільстві подвійну фрагментацію: культурну поліцентричність та функціональну диференціацію; Ю. Хабермас [38] ідентифікує різноманіття дискурсів у світі.

<sup>4</sup> П. Легран має пояснити, чому він бачить майже нездоланну прірву між різними правовими культурами в той час, як заперечує існування подібної прірви між правовими культурами, з одного боку, і політичними, економічними, науковими, естетичними культурами — з іншого [49]. Зокрема, відповідно до постмодерністських тверджень, які акцентують на фрагментації різноманітних дискурсів (Ж.-Ф. Ліотар), цю позицію важко захищати.

вираженням духу націй, що воно є глибоко вкоріненим та невіддільним від їх географічних особливостей, звичаїв та політики. Відтак перенесення глибоко вкоріненого у культурі права однієї нації до іншої становило «велику небезпеку». Нині, завдяки тривалим історичним процесам диференціації та глобалізації, ситуація зовсім інакша. Основною одиницею більше не є нація, яка виражає свій унікальний дух у власному праві в якості свого культурного досвіду, який не може бути поширений на інші нації з відмінними культурними традиціями. Швидше, національне право (подібно до національної економіки) відокремлюється від своєї первісної всеосяжної вкоріненості в культуру нації. А процеси глобалізації створили одну всесвітню мережу правових комунікацій, що зменшує важливість права національних держав до регіональних частин цієї мережі, які перебувають в тісній комунікації одна з одною<sup>1</sup>. Таким чином, перенесення правових інститутів вже не є питанням взаємозв'язків національних суспільств, де перенесені інститути опиняються під тягарем оригінальної національної культури. Скоріше, це прямий контакт між правовими порядками в межах одного глобального правового дискурсу. Це пояснює часте та відносно легке перенесення правових інститутів з одного правового порядку до іншого. Однак, у той самий час їхні зв'язки з «життям націй» не зникли. Незважаючи на те, що вони стали достатньо розпливчастими, вони все ще існують, проте в іншій формі. І варто сказати на противагу А. Ватсону з його полемікою проти «дзеркальних теорій» права та суспільства, що незважаючи на всю диференціацію та автономію права, ми не повинні випустити з уваги зв'язки між правом та культурою, маємо уважно спостерігати, що саме відбувається з ними, коли право відривають від його національного коріння.

По-друге, А. Ватсон вважає трансплантанти основним джерелом правових змін [95, с. 95]. Юристам подобається імітувати та приймати норми та принципи зарубіжних правових порядків, а не безпосередньо реагувати на зовнішні стимули суспільства. А. Ватсон відносить це до особливостей юриспруденції, що має виходити з прецеденту та авторитету. Юристи вважають за краще виводити свої рішення з правових традицій та ненавидять «*creatio ex nihilo*» («створене з нічого»). Знову ж таки, тут він має рацію. Однак особливості професії, як на мене, є вторинним явищем. Сама по собі внутрішня логіка правового дискурсу засновується на нормативній самореференції та рекурсивності, а отже створює перевагу для внутрішнього перенесення в межах глобальної правової системи на противагу складному вигадуванню нових правових норм щодо соціальних питань. Але знову ж таки, ця перевага в правовому дискурсі, яка надається власним продуктам, не повинна затьмарювати розуміння того факту, що зазвичай в разі трансплантації право реагує на зовнішній тиск, який потім виражається в зверненні до зарубіжних правових норм. І якщо ми хочемо зрозуміти динаміку правової трансплантації, то слід ретельно проаналізувати цей зовнішній тиск культури та суспільства.

По-третє, А. Ватсон виводить з історичних матеріалів, що правова еволюція відбувається досить ізольовано від соціальних змін, вона тяжіє до використання техніки правових запозичень та може бути пояснена без звернення до соціальних, політичних та економічних факторів [97, с. 38]. Знову ж таки, з багатством своїх досліджень історії приватного права він виграє у контекстуалістів

<sup>1</sup> Щодо дискусії про вплив глобалізації на право див.: [89, с. 1; 34; 68, с. 1; 30, с. 65].

та культуралістів, які розглядають право як віддзеркалення культури та суспільства. А результати його досліджень перегукуються з соціологічними теоріями культурної еволюції, які відкидають історичну траєкторію для суспільства в цілому та визначають натомість окремі еволюційні шляхи для різних секторів суспільства, в тому числі права. Дійсно, правові трансплантанти видаються єдиним основним джерелом специфічної правової еволюції, оскільки вони створюють розмаїття значень у праві. Проте і тут А. Ватсон не завершив свого завдання. У своїй полеміці проти контекстуалізму він занадто узагальнює та не бажає вивчати більш непрямі, тонкі способи взаємозв'язків права та суспільства<sup>1</sup>. Він робить лише одну таку спробу, описуючи еліту юриспруденції як перекладача загальної культури на культуру правову. Проте тут він описує поверхневе явище замість ретельного дослідження зв'язків між глибинною структурою різних дискурсів [96; 94, с. 568]. Як саме він буде інтегрувати контрприкладі політично-спричинених змін у праві на кшталт політичної трансформації американського публічного права протягом війни за незалежність США, проаналізованої У. Евальдом?<sup>2</sup> Схоже, що він захоплений якоюсь стерильною альтернативою культурної залежності й правової ізоляції, соціального контексту й автономії права, і звичайно, що це захоплення він розділяє зі своїми опонентами [1, с. 785–809]. Видається, що вся дискусія потребує певного концептуального вдосконалення, яке дозволить нам проаналізувати інституційний трансфер в термінах, відмінних від простої альтернативи контексту й автономії. Будемо сподіватися, що це удосконалення не закінчиться компромісною формулою на кшталт: правові трансфери відбуваються у «відносній автономії»...

### 3. Зобов'язальні механізми у фрагментованому суспільстві

Глухий кут дискусії «контекст проти автономії» можна подолати шляхом виділення двох типів інституційного трансферу, які О. Кан-Фройнд сформулював двадцять років тому [45, 298]. Він запропонував розрізняти правові інститути, які є культурно глибоко вкоріненими, та інші, які є фактично ізольованими від культури і суспільства. Правові інститути впорядковуються у вигляді спектру, який варіюється від «механічного», де перенесення є порівняно легким, до «органічного», де перенесення є дуже складним чи навіть прямо виключеним. У той же час О. Кан-Фройнд докорінно змінив значення «органічного», перенісши його від традиційного всеохоплюючого соціального вкорінення права до нової вибіркової зв'язності. Правові інститути вже не є тотально вплетеними в тканину суспільства і культури, їх основна залежність зосереджена на політиці. Таким чином, інституційне перенесення органічного типу в основному залежить від свого взаємозв'язку зі специфічною структурою влади двох суспільств [45, с. 303].

Хочу зосередитися на цих відмінностях (механічне/органічне та всеохоплює/вибіркове), однак певною мірою змінюючи їх. Вони дійсно забезпечу-

<sup>1</sup> Цей аргумент наводиться У. Евальдом [23, с. 1; 22, с. 489] у його детальній критиці праці А. Ватсона.

<sup>2</sup> У. Евальд [23] використовує історичні дослідження правових змін протягом Американської революції, що загалом підтверджують висновки А. Ватсона у сфері приватного права, проте безпосередньо їм суперечать у сфері публічного права. Див. також працю Дж. Еллісона [3, с. 14], що піддає сумніву емпіричні докази А. Ватсона.

ють відсутню ланку в погляді А. Ватсона на автономну трансплантацію, а також уможливають більш соціологічно наповнене формулювання культуралізму П. Леграна. Вони дають можливість зрозуміти, що саме трапилося з соціальними зв'язками права в ході великої історичної трансформації від вкоріненості до автономії — те, що можна було б назвати «зобов'язальним механізмом» права<sup>1</sup>. Дійсно, бачення Ш.-Л. Монтеск'є цілісної єдності права та національної культури більше не відповідає формалізованому, технізованому, професіоналізованому праву нашого часу, яке досягло операційної відокремленості в процесі позитивізації. Проте там, де щось вилучається, воно часто повертається через чорний хід. Старі зв'язки права з'являються знову в іншій подобі, в якій їх важко впізнати.

Я хотів би висунути чотири тези щодо того, який саме вигляд мають нові зв'язки права, та на цій основі побудувати решту статті:

1. Сучасні зв'язки права із суспільством вже не є всеохоплюючими, а натомість надзвичайно вибірковими, та варіюються від слабкого зв'язку до тісного переплетіння.

2. Вони більше не пов'язані з цілісністю соціального, натомість — із різноманітними фрагментами суспільства.

3. У тих випадках, де раніше право було пов'язане із суспільством шляхом своєї тотожності з ним, нині такі зв'язки встановлюються шляхом відмінності.

4. Вони більше не еволюціонують у спільному історичному розвитку, а у конфліктній взаємодії двох або більше незалежних еволюційних траєкторій.

Ці чотири властивості зобов'язального механізму права поділяють із культуралістичною точкою зору припущення, що право переплетене з культурою, проте вони різняться, коли мова йде про високий рівень вибірковості цих зв'язків, що виключає будь-які розмови про «цілісність суспільства». Із точкою зору автономістів вони поділяють припущення, що наївно говорити про віддзеркалення суспільства в праві, проте вони відрізняються своєю оцінкою правової автономії. Більша автономія не означає більшої незалежності права, радше більший ступінь взаємозалежності з специфічними дискурсами в суспільстві.

Що ж означають ці чотири властивості нових зв'язків права та суспільства для трансферу правових інститутів? Зокрема, як саме на перенесення континентального європейського принципу добросовісності в британське право вплинуть ці вибіркові зв'язки?

#### 4. Сильні та слабкі зв'язки юридичного і соціального

Нові зв'язки є дуже вибірковими. Оскільки сучасна розробка правових норм є інституційно відокремленою від продукування культурних норм, значні сфери права знаходяться в слабкому несистематичному контакті з соціальними процесами. Юридичні «справи» пересікаються з соціальними конфліктами лише принагідно. Вони реконструюють їх внутрішньо як «справи», вирішуючи їх шляхом переформулювання вже існуючих норм. Однак окрім сфер зі слабким зв'язком існують такі, в яких правові та соціальні процеси тісно пов'язані. Тут правові норми формулюються в ультрациклічних процесах між правом та

<sup>1</sup> Про цей концепт див. у: [87, с. 1443].



іншими соціальними дискурсами, які їх тісно пов'язують, зберігаючи в той самий час свою відокремленість та взаємну закритість<sup>1</sup>.

Різні формальні організації та процеси стандартизації, а також посилення права на соціальні норми діють в якості екстраправових нормотворчих машин. Вони приводяться в дію внутрішньою логікою однієї спеціалізованої соціальної сфери та конкурують із законодавчою машиною та договірним механізмом [70, с. 85; 81, с. 134]. Ця різниця між слабким та сильним зв'язками має значення для перенесення інститутів з одного правового порядку до іншого. Думка О. Кан-Фройнда про те, що перенесення інститутів може бути «механічного» або «органічного» типу, має сенс у світлі цієї різниці. У той час як у слабо пов'язаних сферах права це перенесення є порівняно легким, коли право тісно пов'язане зобов'язальним механізмом з соціальними процесами, опір змінам є значним.

Однак ми повинні мати на увазі, що навіть у сферах слабого зв'язку, в яких легше здійснити інституційний трансфер, це не є настільки «механічним», як вважав О. Кан-Фройнд, за аналогією із заміною карбюратора в двигуні. У своїй тонкій критиці як правового контекстуалізму, так і правового автономізму У. Евальд наводить сильний аргумент проти чисто механічного перенесення. Навіть у тих випадках, коли право є достатньо «технічним», ізольованим від свого соціального контексту, правовий трансфер не є легким та простим, проте він має бути асимільований у глибинній структурі нового права, соціальної конструкції світу, які є унікальними в кожній правовій культурі [21, с. 1943]<sup>2</sup>. Тут, у різниці правових епістем, у різних стилях правового мислення, способах інтерпретації, поглядах на соціальний світ культуралістичні ідеї П. Леграна знаходять свою обґрунтовану сферу застосування, зокрема, в сучасних умовах. Після формального перенесення норма може виглядати так само, проте фактично вона зазнала змін у процесі асиміляції в новій мережі особливостей права. У такій ситуації трансфер зустрічається з відмінністю епізодичних зв'язків, які лежать в основі різних правових конструкцій світу<sup>3</sup>. Правові культури різняться, зокрема, способом зв'язання між собою своїх епізодів вирішення конфліктів. Тут, у великому історичному розколі між загальним та романо-германським правом, важливу роль все ще відіграє культура.

Повертаючись до нашого прикладу, відомий принцип *bona fides* є вочевидь одним з унікальних виявів континентальної європейської правової культури. Специфічний спосіб, у який континентальні юристи розглядають «загальні положення», є абстрактним, невизначеним, орієнтованим на принципи, проте в той самий час високою мірою систематизованим та догматизованим. Це, вочевидь, не відповідає більш орієнтованому на норми, технічному, конкретно-му, проте слабше систематизованому британському стилю правового мислення, особливо коли мова йде про тлумачення законодавства. Чи включення такого широкого принципу до британських законодавчих актів також передбачає, що британські юристи тепер повинні «конкретизувати» це загальне положення у континентальний спосіб? Чи британські судді відтепер «виводи-

<sup>1</sup> Про аналіз ультрациклічних процесів у праві та суспільстві див. нашу працю: [81].

<sup>2</sup> Свіжий порівняльний аналіз глибинної структури загального і романо-германського права див. у: [60, с. 81–126].

<sup>3</sup> Див.: [84; 85, с. 727] щодо відношення епізодичних зв'язків до соціальних конструкцій світу права.

тимуть» свої рішення з цього абстрактного та розпливчастого принципу, рухаючись від абстрактного до конкретного шляхом різних та ретельно розрізнених кроків конкретизації? Чи будуть вони реконструювати принцип добросовісності у низці абстрактних чітко визначених доктринальних конструкцій, перетворювати їх на систему умовних програм, застосовувати до цього принципу неясну теологічну аргументацію та займатися псевдоісторичною інтерпретацією мотивів його включення до Директиви ЄС? Судячи з наших вражень щодо британського договірного права, можемо припустити, що принцип добросовісності ніколи не буде «трансплантований» у такий спосіб. Проте він буде суттєво «подразнювати» британську правову культуру. Під постійним впливом континентального шуму ця культура дійсно зазнає значних змін та розробляє новий орієнтований на принципи порядок тлумачення законодавчих актів, який, однак, помітно відрізняється від свого континентального аналога. Нові дисонанси від гармонізації!

У нинішніх умовах не можна навіть уявити, що британський принцип добросовісності стане подібним до принципу «*Treu und Glauben*» («принцип добросовісності») у німецькому стилі, який розроблявся у вельми специфічному історичному та культурному середовищі. Принцип «*Treu und Glauben*» був революційним інструментом, за допомогою якого формалістичне Цивільне уложення 1900 р. було «матеріалізовано» та адаптовано до зигзагів німецької історії ХХ ст.<sup>1</sup> За цей час німецька правова культура розвинула особливий «симбіотичний зв'язок» між новими повноваженнями, які національна Конституція та Цивільне уложення надали судовій владі, та старим авторитетом пандектної правової науки [21, с. 2087]. Результатом цього унікального типу епізодичних зв'язків став дуже суперечливий та невизначений принцип добросовісності, який, як спочатку передбачалося, буде принагідно гнучко врівноважувати жорсткість формального права, а фактично він піднявся на неймовірний рівень концептуальної систематизації та абстрактної догматизації<sup>2</sup>. Право принципу добросовісності, яке розвивалося за допомогою широкої судової практики, має три функції:

- 1) розширення та встановлення договірних зобов'язань (*officium iudicis*);
- 2) обмеження договірних прав (*praeter legem*);
- 3) трансформація контракту (*contra legem*).

Перша функція, що встановлює експансивну доктрину реляційної побудови договірних відносин, поділяється на низку доктринальних конструкцій: виконання проміжних обов'язків, обов'язки інформування, захисту та співпраці. Друга функція пов'язана з доктриною індивідуального та інституційного порушення прав: необґрунтоване набуття прав, невиконання власних зобов'язань, брак законного інтересу, пропорційність, суперечлива поведінка. Третя функція розширює суддівські повноваження щодо зміни угод у світлі наступних подій: дисбаланс еквівалентності, порушення цілі договору, істотні соціальні зміни [62; 69; 79]. Така ретельна догматична систематизація принципу добросовісності, суперечлива за визначенням, стала можливою тільки через обопільне посилення судового та професійного активізму. Сміливі судові рішення

<sup>1</sup> Чудовий аналіз матеріалізації приватного права та ролі принципу добросовісності у цьому процесі див. у: [98].

<sup>2</sup> Англomовну працю щодо принципу добросовісності у німецькому праві див.: [19; 71, с. 9].

приймалися за умови підпорядкованості суворим вимогам «догматизації», та навпаки. І така тенденція продовжує існувати; останнім часом учені-правознавці критикують суддівське право щодо принципу добросовісності за вільний стиль його аргументації, вони скаржаться на те, що принципу добросовісності ще досі бракує достатнього рівня догматизації та рішуче намагаються глибше реінтегрувати його в доктринальну систему німецького приватного права<sup>1</sup>.

У Великій Британії цілком можливо, що «принцип добросовісності» (разом із «законним очікуванням», «пропорційністю» та іншими загальними континентальними положеннями) запустить глибинні, довгострокові зміни від високо формального нормоорієнтованого прийняття рішень у договірному праві до більшої дискреційного заснованого на принципах суддівського мислення [53, с. 347, 368–378]. Але, можливо, він розвиватиметься у напрямі, що суттєво відрізняється від догматизації у німецькому стилі. Беручи до уваги притаманні Британії епізодичні зв'язки (права і суспільства. — *Прим. перекл.*), принцип добросовісності розвиватиметься радше у формах судового активізму, подібних до тих, що прийняті у інших країнах загального права, поєднуючи ретельний орієнтований на факти аналіз справи з вільною аргументацією, яка спирається на загальні принципи та політику. Британські правознавці уникатимуть ретельної розробки проміжних структур, догматичних конструкцій, правових теорій та концептуальної систематизації, такої милої серцю німецького права. Передбачуваним результатом стане судова доктрина принципу добросовісності, що є значно більш «ситуативною» за своїм характером<sup>2</sup>. «Англійські суди неодмінно волітимуть застосовувати більш точну термінологію, керуючись конкретними аспектами ділових відносин» [16, с. 271]. На відміну від абстрактних та загальних «умовних програм», а також низки чітко визначених доктринальних дороговказів, заснованих на принципі добросовісності, вони розрізнятимуть та ретельно розроблятимуть різні фактичні обставини договірних відносин. Вони не спиратимуться насамперед на абстрактний поділ, розроблений у правовій та економічній теоріях (повний/неповний, дискретний/реляційний, споживчий/комерційний), проте радше почнуть типізувати різні «відносини, що постійно трапляються» [54; 74] (орендодавець та орендар, лікар та пацієнт, перевізник та відправник вантажу тощо) та стикнуться з тиском фактичних обставин: «Дещо з цього є торговим звичаєм у вузькому сенсі; інше стосується практики, що є звичайною у певній ситуації; дещо стосується звичайних гравців у ситуації поза конкретною парою договірних сторін; а інше пов'язує певний тип транзакції з іншими інститутами або іншими раніше вже застосованими нормами» [64, с. 221].

На основі цього типу інформації англійське право розвиватиме на аналогічній основі нові норми, що є результатом ретельного аналізу фактичних ситуацій. І принципи, які буде задіяно, не буде перетворено на чітко концептуалізовані та систематизовані доктрини, вони радше будуть представлені у вигляді вільно організованих принагідних аргументів, що не заперечують свого політично-етичного походження.

<sup>1</sup> Про спробу Дж. Шмідта систематично реінтегрувати принцип добросовісності у Цивільне уложення див.: [79, с. 283–1433].

<sup>2</sup> Щодо такого ситуативного підходу до принципу добросовісності див.: [64, с. 201].

## 5. Пов'язування права з соціальними фрагментами

Такий вплив з боку глибинних структур правової культури відбуватиметься з будь-яким типом інституційного трансферу, незалежно від того, чи є він, за О. Кан-Фройндом, «механічним» чи «органічним», і чи виник він у ситуаціях вільного або тісного зв'язку (права з суспільними проблемами. — *Прим. перекл.*). Однак, тісний зв'язок викличе додаткові ускладнення. Перенесення зіштовхнуться не тільки з індивідуальними особливостями нової правової культури, їм доведеться стикнутися з опором, зовнішнім щодо права. Для визначення джерел опору слід розуміти, що нині право звертається до суспільства як до фрагментованого розмаїття дискурсів.

Сучасний правовий дискурс вже не є просто відображенням суспільства та культури; радше він тісно пов'язаний лише з деякими з їх сфер, лише у окремих ситуаціях, і лише із окремими фрагментами суспільства<sup>1</sup>. Сьогоднішнє суспільство не постає перед правом як містична єдність нації, мови, культури і суспільства, як *Volksgeist* (нім. — народний дух) у визначенні Ф. К. фон Савіньї та І. Г. Гердера, але скоріше як роздроблене розмаїття соціальних систем, що, відповідно, уможливує лише дискретні зв'язки з цими фрагментами. О. Кан-Фройнд висловив аналогічну думку — що серед багатьох соціальних факторів, які для Ш.-Л. Монтеск'є відповідали за дух законів, нині мають значення лише деякі. Вчений виділяє дискурс політичної влади як основну ланку зв'язку між правом і суспільством [45, с. 303].

Це є важливою ідеєю, проте до неї слід внести деякі корективи. О. Кан-Фройнд сформулював свою точку зору на початку 1970-х років, і виділення політичних зв'язків права відбиває надзвичайно важливі політичні розбіжності «холодної війни», всюдисущий спадок європейських тоталітарних політичних режимів, захоплення політичними інститутами як майже ексклюзивним вираженням відповідних конфліктів у суспільстві, та честолюбні наміри щодо політичного планування та управління, що панували у той час. З дещо поміркованої перспективи 1990-х років видається, що тут наявна переоцінка важливості політичної системи за рахунок інших соціальних систем. Ці інші підсистеми зовсім не втратили свого значення у процесі соціально-економічної конвергенції, який мав залишити нам, за твердженням О. Кан-Фройнда, лише відмінності в інституціоналізації політики. Навпаки, тоді як ліберальний конституціоналізм перетворився на домінуючу глобальну норму, розбіжності у інших дискурсах стали більш помітними. Це особливо характерно для різних типів економічних режимів у часи панування глобального капіталізму.

Це має наслідки для перенесення інститутів. Безсумнівно, деякі правові інститути так тісно пов'язані з політичною культурою суспільства, що їх перенесення до іншого суспільства вимагало би одночасних корінних змін в політичній системі останнього з тим, щоб вони могли функціонувати належним чином у новому середовищі. Саме тому О. Кан-Фройнд дуже критикував імпорт норм колективного трудового права із США до Великої Британії. Він засуджував це як (політично мотивоване) «неналежне використання» порівняльного права [45, с. 316]<sup>2</sup>. Але існують інші правові інститути, особливо у

<sup>1</sup> Розробку цього погляду див. у моїй праці: [87].

<sup>2</sup> Інше питання, звичайно, чи імпортовані норми взагалі планувалося використовувати «за призначенням».

приватному праві, зв'язки яких з політикою є досить слабкими, але вони водночас переплетені з економічними процесами. Інші міцно поєднані зі сферами технологій, охорони здоров'я, науки або культури. Саме в їх тісних зв'язках з різними соціальними світами можна побачити, чому правові інститути у різний спосіб опираються перенесенню. Соціальний дискурс, з яким вони тісно пов'язані, не реагуватиме на сигнали правових змін. Він підпорядковується іншій внутрішній логіці та реагує лише на сигнали зміни політичного, економічного, технологічного або культурного характеру. По суті, трансфер буде неможливим без проведення одночасних та компліментарних з ним змін у іншій соціальній сфері.

Принцип добросовісності є чудовим прикладом цієї фундаментальної трансформації від всеохоплюючої соціальної вкоріненості права до більш вибіркової та роздробленої пов'язаності. Якщо договірне право в цілому можна описати як таке, що складається з «принципів волюнтаризму, що накладені на основні соціальні моделі та статуси» [64, с. 221], то принцип добросовісності завжди був елементом договірного права, безпосередньо пов'язаним з цими моделями. Але з плином часу цей зв'язок набував різних форм, змінюючись паралельно з різними формами соціальної організації. Історично *bona fides* був зв'язком договірного права з моральністю суспільства [98; 20, с. 151–152]. Кожного разу коли застосування чітко визначених формальних договірних норм призводило до неприйнятних з етичної точки зору результатів, для протидії формалізму доктрини договірного права з боку соціальної моралі залучався *bona fides*. Договірні умови виконувалися згідно з ним у тому разі, якщо сторони дотримувалися прийнятих стандартів моральної поведінки.

За сучасних умов моральної плюралізації та соціальної фрагментації принцип добросовісності більше не може відігравати цю роль. Було зроблено спроби врахувати ці історичні зміни та замінити звернення до моралі зверненням до «цілей» правових інститутів. Договірні умови добросовісно виконуються, якщо сторони дотримуються політики норм, призначення їх прав, *idées directrices* (фр. — провідних ідей) інститутів, елементів «публічного порядку», цінностей конституційного права в межах цього приватного механізму<sup>1</sup>. Це нове політично орієнтоване тлумачення принципу добросовісності набуло значного поширення у цьому столітті, особливо у дискусії щодо інституційного *abus des droits* (фр. — порушення прав), і відобразилося у більш вибірковій природі соціальних зв'язків права. Воно сконцентрувало їх на стратегіях інституціоналізованої політики. Але у певному сенсі воно надає перевагу політичним зв'язкам права, нехтуючи зв'язками з іншими дискурсами.

Формальні договірні зобов'язання не лише пов'язані з основними вимогами та публічним порядком інституціоналізованої політики, на них рівною мірою впливають змістовні вимоги інших соціальних інститутів. Ринки та організації, професії, сфера охорони здоров'я, соціальне страхування, сім'я, культура, релігія — все це накладає певні вимоги на «приватні» договірні відносини. Застосування принципу добросовісності в таких ситуаціях означає забезпечення прозорості того, як договірні очікування залежать від низки недоговірних соціальних очікувань, в тому числі й політичних, та їх відтворення у договорі.

<sup>1</sup> Докладне переосмислення німецького договірного права та принципу добросовісності у такому орієнтованому на політику ракурсі див. у: [72].

Не можна наполягати на безмежному пріоритеті індивідуального консенсусу між сторонами договору, оскільки ми маємо справу з особливостями свідомості, суворими релігійними заборонами, політичними свободами, регуляторною політикою або економічними інститутами. Принцип добросовісності доповнює договірні зобов'язання соціальними очікуваннями, що походять з цих різних сфер. Через високий ступінь своєї невизначеності саме загальне застереження про принцип добросовісності підходить для того, щоб вибірково пов'язати договори з їх нестабільним соціальним середовищем з його мінливими і суперечливими вимогами<sup>1</sup>.

Саме ця вибірка та роздроблена прив'язка принципу добросовісності до дуже різних соціальних середовищ відповідає за подальші розколи. Якщо право ЄС переносить принцип добросовісності з континентального у британське право і якщо передбачається, що він відіграватиме у новому контексті свою роль прив'язки договорів до різних дискурсів, то він дасть результати, що значно відрізняються від континентальних правових порядків. Принцип добросовісності відтворить у правовій формі значні розбіжності між залученими національними культурами, і зробить він це, як не парадоксально, через те, що його призначенням було зробити різне право більш уніформним.

У подальших міркуваннях ми не можемо приділити увагу багатьом зв'язкам, які встановлюються принципом добросовісності з різними дискурсами. Ми сконцентруємо увагу лише на одному з таких зв'язків, договорів з режимами виробництва в їх економічному середовищі. Що станеться з інституційним перенесенням положень щодо добросовісності, якщо вони дійсно будуть міцно пов'язані з режимами виробництва залучених країн?

## 6. Дивергенція режимів виробництва

Тут ми стикаємося з досить дивними результатами у порівняльній політичній економії, які підривають уявлення пануючого напряму порівняльного права стосовно «конвергенції» та «функціональної еквівалентності», згадані вище [63; 2; 76, с. 271; 17]. Попри всі очікування того, що глобалізація ринків та комп'ютеризація економіки призведе до конвергенції економічних режимів та функціональної еквівалентності правових норм, що є відповідями на ідентичні проблеми, в реальності відбувається протилежне. Попри всі розмови про «регуляторне змагання», яке має стерти інституціональні розбіжності, конвергенція економічних режимів в умовах розвинутого капіталізму не відбувається. Натомість виникають нові розбіжності, навіть за уніфікаційних спроб у межах Європейського спільного ринку. Всупереч лібералізації світових ринків та праву Спільного ринку, дещо дивним результатом останніх тридцяти років стало утвердження більше ніж однієї форми розвинутого капіталізму. І, здається, розбіжності у режимах виробництва ще більше посилюються [76].

Режими виробництва є інституціональним середовищем для економічної діяльності. Вони організують виробництво за допомогою ринків і пов'язаних з ними інститутів та визначають рамки стимулів та обмежень, або «правила гри», через низку пов'язаних із ринком інститутів, у межах яких відбувається економічна діяльність [41; 5; 76]. Вони визначають стабільну конфігурацію

<sup>1</sup> Щодо переформулювання принципу добросовісності у сучасному суспільстві див. наші праці: [86; 83].

інститутів — взаємозалежну систему фінансових механізмів, корпоративного управління, промислових відносин, навчання і підготовки та взаємовідносини між компаніями, включаючи договірні відносини, мережі, технології, встановлення стандартів та вирішення спорів. У рамках цих стабільних конфігурацій інститути взаємодіють у спосіб, спрямований на отримання певних результатів, таким чином створюючи порівняльні інституційні переваги [63]. «Різновиди капіталізму» є результатом взаємозалежних систем економічних інститутів [39]. Ці конфігурації суттєво відрізняються у різних країнах, навіть у межах Європейського Союзу. Як і можна очікувати, найбільші розбіжності існують між континентальними європейськими (насамперед, Німеччина, Швеція, Норвегія, Швейцарія, Австрія) та англосаксонськими (Велика Британія, США, Ірландія, Канада, Австралія, Нова Зеландія) режимами виробництва. Звісно, така конфігурація економічних інститутів є сферою, де працює приватне право. Принципи добросовісності відіграють тут роль головного зобов'язального механізму між нормами приватного права та економічними режимами виробництва.

У Німеччині, де принцип добросовісності є рушійною силою у еволюції договірного права, розвиток цього правового принципу тісно пов'язаний зі специфічним режимом виробництва — рейнським капіталізмом [80]. У даному випадку на юридичні вимоги щодо добросовісного виконання договору суттєво вплинула економічна культура, яку можна краще за все описати як «ринкова економіка, що координується бізнесом» [77, с. 75]. Економічна діяльність ретельно координується асоціаціями підприємців та неформальними діловими мережами. Як докладно продемонстрували результати кількох проведених досліджень у сфері порівняльної політичної економії, вона характеризується довгостроковою співпрацею між компаніями на ринку, компаніями та їх працівниками, компаніями та їх власниками і постачальниками фінансового капіталу<sup>1</sup>. Ці режими забезпечують значну автономію працівників у ієрархії організації та різного роду постачальників — у межах довгострокових мереж співробітництва. Це відкриває можливості для виробництва, спрямованого на довгострокову співпрацю, проте водночас створює значні ризики, що є типовим для відносин з високим ступенем автономії та довіри. Існує ризик як колективних порушень, так і моральної небезпеки, що виникає через значні витрати на здійснення моніторингу [77]. Загалом можна сказати, що такий режим виробництва уможлиблюється та підтримується системою приватного права, в якій суди зокрема використовують принцип добросовісності для реагування на ризики та можливості, які є сумішшю автономії та довіри, що утворюється в специфічному режимі виробництва.

Наступні характеристики німецького режиму виробництва знаходять свої структурні кореляти у широкій серії зобов'язань згідно з принципом добросовісності, розвинутих судами<sup>2</sup>.

Корпоративне управління та корпоративні фінанси у Німеччині мають тенденцію стимулювати довгострокове фінансування фірм. Приватне право підтримує це за допомогою зобов'язань щодо добросовісності, яких власники,

<sup>1</sup> Див., зокрема, емпіричне дослідження різних економічних інституцій у: [91].

<sup>2</sup> Основою для нас у цьому випадку є ідеї з праць Д. Соскайса [76; 77], його аналіз поглиблено у напрямі вимог сфери приватного права.

компанії та банки мають дотримуватися один щодо одного. Принципу добросовісності мають дотримуватися не лише члени асоціації підприємців; німецьке право визнає важливе зобов'язання власників капіталу та іншого оточення фірми активно сприяти довгостроковим «інтересам компанії» на відміну від їх особистого інтересу [82]. Було розроблено широку систему зобов'язань щодо розкриття та надання інформації одне одному у відносинах банку та компанії.

Виробничі відносини в межах фірми та галузі є надзвичайно кооперативними, профспілки відіграють у них важливу роль. Внаслідок високого рівня автономії працівників суди розробили широкі зобов'язання у сфері добросовісності щодо лояльності до організації, що зменшують моральний ризик, притаманний такому автономному становищу. Натомість право надає їм захищений статус у межах фірми. Існують так само розвинені правові обов'язки щодо відповідальності та турботи керівників щодо своїх підлеглих [99, с. 12–17].

Відносини між компаніями мають тенденцію до утворення кооперативних мереж із побудовою довгострокових договірних відносин, як горизонтальних — у межах ринків, так і вертикальних — між постачальниками, виробниками та дистрибуторами. Відповідно до застереження щодо добросовісності суди запровадили зобов'язання щодо співпраці, спрямовані на досягнення спільної мети договору. Щодо договорів про співробітництво ними був розроблений загальний обов'язок *ex lege* перегляду договірних умов у разі зміни обставин. Однією з найважливіших судових інновацій стало повернення давнього положення *clausula rebus sic stantibus* (лат. — застереження про незмінність обставин), яке не було включене до Цивільного уложення. Судді вільні переписувати договірні умови у разі зміни обставин<sup>1</sup>.

Асоціації підприємців та великі фірми координують ринки через встановлення технічних стандартів, бізнес-стандартів щодо договірних відносин та вирішення спорів. На підтримку цієї самокоординації економіки судами були визнані та реорганізовані багатосторонні відносини між фірмами поза умовами двосторонніх угод<sup>2</sup>. Проте, їх найбільш важливим внеском до координації ринку асоціаціями було визнання обов'язковими стандартних умов та регулювання цих умов задля врахування певних інтересів, зокрема, інтересів споживачів [69].

Асоціації підприємців обговорюють з урядом технічні та комерційні стандарти. Інші позаекономічні групи інтересів, такі як асоціації споживачів та екологічні рухи, підтримують «неокорпоратистську» культуру узгодження економічних операцій із зовнішнім світом, з політичними, соціальними та екологічними проблемами. Суди можуть покласти на таку систему договірного публічного порядку та реконструювати на її основі стандарти добросовісності для протидії надмірним економічним операціям [83].

Імплантація цього «живого права» на британський ґрунт просто не зможе укорінитися у відповідній економічній культурі. Британська економічна культура разом із економічними культурами США, Ірландії, Канади, Нової Зеландії утворюють групу відносно нерегульованих ліберальних ринкових економік (*LME*). На відміну від континентальних європейських економік, що регулюються бізнесом (*SME*), організація бізнесу тут є слабкою і відіграє обмежену

<sup>1</sup> Огляд цієї проблематики див. у: [71, с. 9].

<sup>2</sup> Детальний розгляд цього див. у: [32].



роль у координації інституційної мережі [76; 39]. Натомість відбувається досить безпосередня взаємодія ринкових сил, з одного боку, та зовнішнього урядового регулювання — з іншого. Уряд, регуляторні органи, квазідержавні органи та правова система відіграють головну роль у встановленні норм, причому норми зазвичай набувають малодискретної форми. Як можуть зобов'язання щодо співпраці, інформування, узгодження, договірної адаптації на основі принципу добросовісності «вписатися» у режим виробництва, для якого характерні наступні риси [78, с. 45; 76]:

- фінансові системи встановлюють відносно короткострокові умови для компаній, але водночас допускають високий ступінь ризику;
- системи виробничих відносин у межах нерегульованих трудових ринків, які перешкоджають ефективному вияву здібностей працівників у межах компаній (звідси слабкість профспілок), але сприяють здійсненню одностороннього контролю з боку керівництва компаній;
- суворі вимоги до конкуренції, які висуваються до мереж підприємств, і звідси — обмеження щодо можливої співпраці між компаніями;
- координація між економічним та іншими секторами суспільства або віддається на відкуп ринковим силам, або приписується виключно державою, на відміну від неокорпоративного стилю узгодження, що є типовим для континентальних режимів виробництва.

Різниця між режимами виробництва є вражаючою. Британська економічна культура не видається родючим ґрунтом, на якому би міг процвітати континентальний *bona fides*. Таким чином, підхід «правових трансплантантів» привів би нас до очікуваного відторгнення, а не взаємодії. Застереження щодо добросовісності залишаться екзотичним винятком у правовому полі Великої Британії. З іншого боку, яка теорія виникає на основі метафори подразнювачів?

## 7. Коеволюціонуючі траєкторії права і суспільства

Тут ми маємо врахувати ще одну складність: дволикість зобов'язальних механізмів права. Економічні «правила гри» не тотожні правовим нормам, економічні інститути відрізняються від правових. Необхідно розрізнити економічну операцію від юридично чинного договору, навіть якщо вони існують одночасно. В двох словах, різниця полягає в тому, що економічні інститути — це структури обмеження та стимулювання, що впливають на рентабельність економічних акторів, тоді як правові інститути є комплексами юридично чинних норм, які структурують вирішення конфліктів. Будучи пов'язаними тісним структурним зв'язком, економічні та правові інститути відрізняються один від одного не тільки на теоретичному, а й на практичному рівні [87].

Структурний зв'язок не створює нової тотожності, він радше пов'язує через розбіжність, що існує між правом і дискурсом, з яким воно пов'язане. Зобов'язальні механізми не створюють нової єдності права та суспільства, об'єднаних соціально-правових дій або спільних соціально-правових структур. Хоча суспільні та правові події відбуваються одночасно, вони залишаються окремими частинами свого особливого дискурсу з різними минулим та майбутнім. Єдиною умовою їх синхронізації є те, що вони мають бути сумісні один з одним. Зобов'язальні механізми мають подобу Януса, тобто правове та соці-

альне обличчя. І, на жаль, ці два обличчя Януса можуть змінювати свої рішення в різних напрямках.

Отже, у випадку правового перенесення змінюється правовий бік їх відношення і вже не можна презюмувати його сумісності з соціальним боком; її треба відтворити в новому контексті, що є складним та тривалим процесом. Це передбачатиме подвійну трансформацію, зміну по обидва боки перенесеного інституту, не тільки реконтекстуалізацію його правового боку в новій мережі правових відмінностей, а й реконтекстуалізацію його соціального боку в іншому дискурсі. Не існує одностайного визначення напрямку, в якому відбуватиметься зміна іншого боку. Взаємозв'язок правового і соціального неможливо описати як інституційну тотожність. Так само неправильним є його опис як причинної залежності між незалежною та залежною змінними, не говорячи вже про відносини «останньої інстанції» між економічним базисом та правовою надбудовою. Скоріше це — символічний простір сумісності різних значень, що припускає кілька можливих актуалізацій.

Зобов'язальний механізм, пов'язуючи право із соціальним дискурсом, розвивається не по одній-єдиній історичній траєкторії, а двома окремими та якісно різними еволюційними шляхами цих двох боків, що переплітаються під час ко-еволюції. Правовий бік бере участь у еволюційній логіці права, тоді як соціальний — підкоряється іншій логіці розвитку. Проте їх еволюції взаємодіють тією мірою, якою, завдячуючи їх міцному структурному поєднанню, вони постійно збуджують одна одну та взаємно провокують зміни.

Тепер стає зрозумілим, чому перенесена норма може слугувати лише як подразник і ніколи як трансплантат, якщо перенесення правових норм припускає зміну зобов'язального механізму між правом та іншим соціальним дискурсом. Вона подразнює ко-еволюційний процес двох траєкторій. З правового боку зобов'язальний інститут, норма буде реконтекстуалізована у новій мережі правових розбіжностей і її все ще можна буде розпізнати як первісну правову норму, навіть якщо зміниться її юридичне тлумачення. Але із соціального боку відбудеться дещо зовсім інше. Правовий імпульс, якщо його буде розпізнано, створить збурення в іншій соціальній системі та запустить там певні зміни, керуючись внутрішньою логікою цього світу значень. Його буде реконструйовано в іншій мові цієї соціальної системи, переформульовано в її кодах та програмах, що призведе до наступної серії подій. У свою чергу ці соціальні зміни спрацюють у зворотному напрямі як збудження щодо правового боку інституту, таким чином створюючи замкнуту ко-еволюційну динаміку, яка може досягти попередньої рівноваги лише коли обидва дискурси, правовий та соціальний, досягнуть у своєму розвитку відносно стабільних власних значень, кожен у своїй сфері. Це демонструє, наскільки маловірогідною є успішна трансплантація правової норми у зобов'язальний механізм іншого правового контексту. Якщо її не буде відхилено прямо, вона призведе або до руйнування зобов'язального механізму, або до динаміки взаємних збуджень, які кардинально змінять її ідентичність.

А що ж принцип добросовісності? Він навіть не стане подразником для британського режиму виробництва якщо у німецькому стилі претендуватиме на низку правових зобов'язань щодо співпраці, нав'язаних сторонам угоди. Британський режим поставиться до нього з холодною байдужістю. Проте — і це є нашою заключною тезою — добросовісність стане сильним подразником

для ринково-орієнтованого режиму виробництва у Великій Британії, якщо новий контекст трансформує цей принцип з стимулюючої норми у заборонну. Замість стимулювання автономії, довіри та співпраці, результатом його дії була б заборона певних надуживань в економічній діяльності. Принцип добросовісності стане квазіконституційним обмеженням двох центральних елементів режиму виробництва: суворої ієрархії приватного управління та певних експансіоністських тенденцій у процесах конкуренції.

Як ми вже говорили, континентальний режим виробництва, якому відповідає принцип *Treu und Glauben*, характеризується високим ступенем автономії та довірчими відносинами на ринку і в межах організацій. Вони несуть специфічні ризики та небезпеки, що були пом'якшені завдяки розробці системи правових зобов'язань із співпраці. Ті ризики та небезпеки, що несе у собі британський режим виробництва, не є проблемами високого ступеня автономії та довіри, а радше навпаки. Цей режим виробництва характеризується ризиками «фінансового фордизму», за якого дешеве стандартизоване виробництво вимагає детального регулювання праці та частоті заміни кадрового складу, небезпечною проектною організацій, що вирішують складні завдання із застосуванням сильних адміністративних прерогатив, роздутою ієрархією в економічній організації та асиметричними відносинами між сильними компаніями та їх залежними сателітами [76]. Зрозуміло, що роллю принципу добросовісності не може бути трансформація цих тісно скоординованих організацій у кооперативний механізм<sup>1</sup>. Завданням договірному праву радше є визначення квазіконституційних прав та їх захист від зазіхання з боку приватного управління, встановлення малодискретних правових норм, які б обмежили квазіадміністративні повноваження<sup>2</sup>. Принцип добросовісності мав би розвинутися у судові обмеження щодо свавільних рішень приватного управління. Замість активації європейських комунітарних традицій «зобов'язань» щодо довірливої співпраці, суди мали б активувати традицію конституційних «прав», які історично були покликані обмежити державну владу, та реалізувати їх у контексті приватного права.

Існує друге перетлумачення принципу добросовісності, яке так само видається доречним у новому режимі виробництва. Воно враховує фундаментальну розбіжність у встановленні стандартів між координацією асоціаціями та ринком — у широкому розумінні технічних, міжорганізаційних та договірних стандартів. Тоді як на континенті суди часто посилаються на некорпоративістські процеси стандартизації, де домовленості між асоціаціями призводять до певного узгодження соціальних та політичних інтересів з ринковими результатами [69], встановлення стандартів у Великій Британії здебільшого відбувається у межах ринкових процесів. Отже, згідно зі своїм режимом виробництва, британське право намагається визнавати стандартні умови недійсними після того, як бізнес-асоціації почали в односторонньому порядку встановлю-

<sup>1</sup> Політичними заходами важко змінити режими виробництва. І тут існує іманентна асиметрія. Тоді як перемкнутися з координованого асоціаціями режиму виробництва на ринково-орієнтований режим порівняно легко шляхом політичного рішення про припинення дії існуючих узгоджувальних структур, то перейти у зворотному напрямі за допомогою політичної волі є, безперечно, набагато складнішим, тривалим та енергоємним процесом. Див.: [76].

<sup>2</sup> Так званий «горизонтальний ефект» конституційних прав. Соціологічне обговорення цієї проблематики див. у: [73]; щодо застосування основних прав як обмежень приватного управління див.: [15]. Недавній порівняльний аналіз горизонтальних ефектів основних прав див. у: [13; 36].

вати уніформовані стандартні умови до всього ринку. У справі *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* суд визнав фактором, що анулює стандартні умови, «подібне обмеження відповідальності, яке в усьому світі було втілене в умовах торгівлі між насінниками та фермерами і залишалося таким протягом багатьох років [31]. Британський режим виробництва не передбачає вирішальної ролі асоціацій підприємців у формулюванні стандартних договорів. Суди вважають порушенням умов ринку підготовку бізнес-асоціаціями уніформних стандартних угод, що виключають конкуренцію між різними договірними режимами [16, с. 242]. Це принципово відрізняється від ситуації в Німеччині, де асоціації підприємців відіграють вирішальну роль у односторонній стандартизації умов здійснення підприємницької діяльності [12]. Як наслідок, згідно з німецькими нормами щодо добросовісності немає різниці, чи були стандартні угоди сформульовані одним підприємством, чи бізнес-асоціаціями для всього ринку [69].

У британському режимі виробництва двостороння домовленість зацікавлених асоціацій щодо стандартних умов, на яку б суди потім могли посилатися як на справедливий компроміс, є виключенням. Стандартизація більш або менш повністю залишена ринковим механізмом. У такій ситуації було б небезпечним, якщо б суди розуміли принцип добросовісності як інкорпорацію спонтанно розроблених стандартів у приватне право. Право б просто санкціонувало процеси руйнації стандартів у сфері ринкової конкуренції та фактично б виключило позаекономічні політичні та культурні аспекти стандартизації. У такій ситуації роль суду значно б наблизилася до функцій зовнішнього політичного регуляторного органу, який встановлює чіткі межі для розвитку ринку, коли останній спрямований проти фундаментальних потреб інших соціальних сфер<sup>1</sup>. Разом з урядом, регулятивними органами та квазідержавними організаціями суди британського режиму виробництва мають встановити свої власні зовнішні стандарти економічної діяльності без звернення до соціальних норм, що були сформульовані у ході домовленостей між асоціаціями.

Отже, на процесуальний вимір принципу добросовісності значною мірою впливає різниця між режимами виробництва. Якщо принцип добросовісності означає, серед іншого, що одна сторона має враховувати законний інтерес іншої, а у випадку споживчих угод — що стандартизовані угоди мають відображати інтереси споживача [65], то головним питанням буде, який тип процедур ефективно задовольняє цю вимогу. Це, безумовно, більш сувора процесуальна вимога щодо добросовісності, ніж звичайна відсутність тиску та шахрайства. За встановлюваного асоціаціями режиму виробництва суди мають здійснювати нагляд за тим, щоб домовленості між різними асоціаціями та регулятивними органами відповідали процесуальній вимозі відповідного та ефективного представлення інтересів споживача в процесі стандартизації. Їхня коригуюча діяльність полягатиме насамперед у зміні правил гри та перегляді майнових прав залучених колективних гравців. За ринково орієнтованого режиму виробництва суди матимуть застосовувати більш активний підхід, щоб забезпечити відповідність стандартизованих угод процесуальним вимогам принципу добросовісності. За відсутності домовленостей між асоціаціями вони матимуть

<sup>1</sup> «Право споживчих договорів нині має розглядатися як самостійний регуляторний режим» [10, с. 255, 278].

покладатися на розподіл праці з регуляторними органами, зокрема, Управлінням добросовісної конкуренції та Департаментами торгових стандартів місцевих органів влади [61]. Проте, як підтверджено численними документальними доказами, ці процедури мають «серйозні недоліки» [6]. Мається на увазі, що на даний момент судам самим доведеться нести основний тягар забезпечення дотримання процесуальних вимог принципу добросовісності. Замість здійснення моніторингу за процесом домовленостей суди матимуть відповісти собі на суттєві питання з цього приводу та визначитися щодо того, яким чином враховувати законний інтерес однієї зі сторін угоди.

Таке тлумачення принципу добросовісності, орієнтоване на специфіку, можливості, ризики та небезпеки певного режиму виробництва, дійсно призведе до суттєвої дивергенції норм у різних країнах, навіть до суперечливих рішень у явно однакових справах. Такі розколи не можна і не потрібно приховувати за ентузіазмом щодо гармонізації права в Європі. Якщо європейські юридичні органи і відіграють у цьому роль, намагаючись нав'язати своє унітарне тлумачення, вона полягатиме у посиленні подразнення стосовно принципу добросовісності замість його нейтралізації.

Європейські зусилля щодо гармонізації ще серйозно не враховували «різновиди капіталізму», різницю у режимах виробництва. Якщо можна винести з цього урок, то результатом стане нове тлумачення принципу субсидіарності — не лише у рамках політичної децентралізації, а скоріше поваги до автономії соціальної, економічної та культурної сфер, делегування нормотворчих повноважень соціальним групам, а правові колізії мають розглядатися не лише у рамках національного права, а й між різними режимами виробництва<sup>1</sup>.

Можливо, нова мережа європейських націй, що перебуває у стадії свого становлення, може здобути урок з досвіду іншої, дещо старшої, федерації націй, Британської Співдружності. Нещодавно Таємна Рада дозволила не адаптувати рішення Палати Лордів щодо загального застереження про недбалість на території всієї Співдружності, якщо його виконання не забезпечується «загальною моделлю соціально-економічної поведінки» [43]. Це дещо нагадує розмаїття режимів виробництва: загальний правовий принцип допускає існування різності конкретних рішень, так як він набув своєї специфіки у інших соціальному та економічному культурних контекстах. Тут не йдеться про єврофілію чи єврофобію, це радше питання європарадоксії, парадоксу багатолічкової єдності, що вимагає інтеграції права попри всю риторику «ще тіснішого союзу», щоб віддати найвищу данину поваги автономії та розмаїттю європейських культур: «Обов'язок відповісти на заклик європейської пам'яті... диктує повагу до відмінностей, мови, меншини, індивідуальності... закликає толерувати все, що не перебуває у владі розуму» [18]<sup>2</sup>.

Підбиваючи підсумки нашим більш абстрактним міркуванням, можна сказати, що спроби інституційного перенесення викликають подвійне подразнення в новому контексті. Вони подразнюють зобов'язальний механізм права щодо суспільства. Іноземні норми є подразниками не лише щодо внутрішнього правового дискурсу як такого, а й щодо соціального дискурсу, з яким право, за

<sup>1</sup> Щодо нової дослідницької перспективи європейської інтеграції у світлі плюралізації, фрагментації із використанням ідеї мережі див.: [47, с. 33; 44, с. 125].

<sup>2</sup> Щодо такої перспективи у договірному праві див.: [14, с. 353].

певних обставин, сильно пов'язане. Як правові подразники вони змушують певну епістему внутрішнього права до реконструкції у мережі власних відмінностей. Як соціальні подразники вони провокують самореконструкцію соціального дискурсу, до якого міцно прив'язане право. Отже, вони запускають дві різні низки подій, взаємодія між якими призводить до виникнення еволюційної динаміки, що може досягти нової рівноваги у власних значеннях задіяного дискурсу. Результатом такого складного та бурхливого процесу рідко стає конвергенція правових порядків, але скоріше створення нових розколів у взаємодії операційно закритих соціальних дискурсів.

#### ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Abel R.* Law as Lag : Inertia as a Social Theory of Law // Michigan Law Review. — 1982. — Vol. 80.
2. *Albert M.* Capitalism Against Capitalism. — London : Whurr, 1993.
3. *Allison J. W. F.* A Continental Distinction in the Common Law. — Oxford : Oxford University Press, 1996.
4. *Ancel M.* Utilité et Méthodes du Droit Comparé. — Neuchatel : Ides et Calendes, 1971.
5. *Aoki M.* The Japanese Firm as a System of Attributes : A Survey and Research Agenda // The Japanese Firm : Sources of Competitive Strength / ed. by M. Aoki, R. Dore. — Oxford : Oxford University Press, 1994.
6. *Beale H.* Legislative Control of Fairness : The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts. // Good Faith and Fault in Contract Law / ed. by J. Beatson and D. Friedmann. — Oxford : Clarendon Press, 1995.
7. *Bogdan M.* Comparative Law. — Deventer : Kluwer, 1994.
8. *Bridge M. G.* Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith? // Canadian Business Law Journal. — 1984. — Vol. 9.
9. *Brownsword R.* «Good Faith in Contract» Revisited // Current Legal Problems. — 1996. — Vol. 49.
10. *Brownsword R.* Contract Law, Co-operation and Good Faith : The Movement from Static to Dynamic Market-Individualism // Contracts, Cooperation and Competition / ed. by S. Deakin, J. Michie. — Oxford : Oxford University Press, 1997.
11. *Brownsword R.* Two Concepts of Good Faith // Journal of Contract Law. — 1994. — Vol. 7.
12. *Casper S.* German Industrial Associations and the Diffusion of Innovative Economic Organisation. — Berlin : Wissenschaftszentrum für Sozialforschung, 1996.
13. *Clapham A.* Human Rights in the Private Sphere. — Oxford : Oxford University Press, 1996.
14. *Collins H.* European Private Law and the Cultural Identities of States // European Review of Private Law. — 1995. — Vol. 3.
15. *Collins H.* Justice in Dismissal. — Oxford : Clarendon Press, 1992.
16. *Collins H.* The Law of Contract. — London : Butterworths, 3rd ed., 1997.
17. *Crouch C., Streeck W.* Modern Capitalism or Modern Capitalisms. — London : Pinter, 1995.
18. *Derrida J.* L'autre Cap. — Paris : Minuit, 1991.
19. *Ebke W., Steinhauer B.* The Doctrine of Good Faith in German Contract Law // Good Faith and Fault in Contract Law / ed. by J. Beatson, D. Friedmann. — Oxford : Clarendon Press, 1995.
20. *Esser J.* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. — 4th ed. — Tübingen : Mohr, 1990.
21. *Ewald W.* Comparative Jurisprudence I : What Was It Like to Try a Rat // University of Pennsylvania Law Review. — 1995. — Vol. 143.
22. *Ewald W.* Comparative Jurisprudence II. The Logic of Legal Transplants // American Journal of Comparative Law. — 1995. — Vol. 43.
23. *Ewald W.* The American Revolution and the Evolution of Law // American Journal of Comparative Law. — 1994. — Vol. 42.
24. *Farnsworth E. A.* Good Faith in Contract Performance // Good Faith and Fault in Contract Law / ed. by J. Beatson, D. Friedmann. — Oxford : Clarendon Press, 1995.
25. *Featherstone M.* Globalisation, Modernity and the Spatialisation of Social Theory // Global Modernities / ed. by M. Featherstone, S. Lash, R. Robertson. — London : Sage, 1995.
26. *Fish S.* Doing What Comes Naturally : Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies. — Oxford : Oxford University Press, 1989.
27. *Fish S.* There's No such Thing as Free Speech. — Oxford : Oxford University Press, 1994.
28. *Frankenberg G.* Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law // Harvard International Law Journal. — 1985. — Vol. 26.
29. *Friedman J.* Being in the World : Globalisation and Localisation // Global Culture : Nationalism, Globalisation and Modernity / ed. by M. Featherstone. — London : Sage, 1990.

30. *Friedman L. M.* Borders : On the Emerging Sociology of Transnational Law // *Stanford Journal of International Law*. — 1996. — Vol. 32.
31. *Mitchell G.* (Chesterhall) Ltd v *Finney Lock Seeds Ltd* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.legalmax.info/members2/conbook/acknowle.htm#george\\_m.htm](http://www.legalmax.info/members2/conbook/acknowle.htm#george_m.htm).
32. *Gernhuber J.* Das Schuldverhältnis. — Tübingen : Mohr & Siebeck, 1989.
33. *Glendon M. A.* Comparative Legal Traditions. — St. Paul : West, 1994.
34. *Global Law Without a State* / ed. by G. Teubner. — Aldershot : Dartmouth Gower, 1997.
35. *Goode R.* The Concept of «Good Faith» in English Law. — Roma : Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1992.
36. *Graber Ch., Teubner G.* Art and Money : Constitutional Rights in the Private Sphere // *Oxford Journal of Legal Studies*. — 1998. — Vol. 18.
37. *Groot G.-R.* European Education in the 21st Century // *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education* / ed. by B. de Witte, C. Forde. — Deventer : Kluwer, 1992.
38. *Habermas J.* Between Faces and Norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. — Cambridge, Mass : Massachusetts Institute of Technology, 1996.
39. *Hall P.* The Political Economy of Europe in an Era of Interdependence // *Continuity and Change in Contemporary Capitalism* / ed. by H. Kitschelt, P. Lange, G. Marks, J. D. Stephens. — Cambridge : Cambridge University Press, 1999.
40. *Helmholz R.* Continental Law and Common Law : Historical Strangers or Companions // *Duke Law Journal*. — 1990. — Vol. 39. — No. 6.
41. *Hollingsworth J. R.* Comparing Capitalist Economies. — Oxford : Oxford University Press, 1993.
42. *Huntington S. P.* The Clash of Civilizations // *Foreign Affairs*. — 1993. — Vol. 72.
43. *Invercargill City Council v Hamlin* [Електронний ресурс] // Сайт «New Zealand Legal Information Institute». — Режим доступу : <http://www.nzlii.org/nz/other/nzlc/pp/PP39/PP39.pdf>
44. *Joerges Ch.* Taking the Law Seriously : On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration // *European Law Journal*. — 1996. — Vol. 2.
45. *Kahn-Freund O.* On Uses and Misuses of Comparative Law // *Kahn-Freund O. Selected Writings*. — London : Stevens, 1978.
46. *Kerr C.* Industrialism and Industrial Man. — Cambridge, Mass : Harvard University Press, 1960.
47. *Ladeur K.-H.* Towards a Legal Theory of Supranationality : The Viability of the Network Concept // *European Law Journal*. — 1997. — Vol. 3.
48. *Legrand P.* Against a European Civil Code // *Modern Law Review*. — 1997. — Vol. 60.
49. *Legrand P.* Comparatists-at-Law and the Contrarian Challenge. — Inaugural Lecture, Tilburg, 1995.
50. *Legrand P.* Comparative Legal Studies and Commitment to Theory // *Modern Law Review*. — 1995. — Vol. 58.
51. *Legrand P.* European Systems Are Not Converging // *International and Comparative Law Quarterly*. — 1996. — Vol. 45.
52. *Legrand P.* The Impossibility of «Legal Transplants» // *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. — 1997. — Vol. 4.
53. *Levitsky J.* The Europeanization of the British Legal Style // *American Journal of Comparative Law*. — 1994. — Vol. 42.
54. *Liverpool City Council v Irwin* [Електронний ресурс] // Сайт «Law Essays UK». — Режим доступу : <http://www.law-essays-uk.com/resources/sample-essays/sport/liverpool-city-council-v-irwin.php>
55. *Luhmann N.* Inklusion und Exklusion // *Nationales Bewußtsein und kollektive Identität* / ed. by H. Berding. — Vol. 2. — Frankfurt : Suhrkamp, 1994.
56. *Luhmann N.* The Paradox of Observing Systems // *Cultural Critique*. — 1995. — Vol. 31.
57. *Lyotard J.-F.* The Différend : Phrases in Dispute. — Manchester : Manchester University Press, 1987.
58. *Markesinis B.* Learning from Europe and Learning in Europe // *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century* / ed. by B. Markesinis. — Oxford : Clarendon Press, 1994.
59. *de Moor A.* Common and Civil Law Conceptions of Contract and European Law of Contract : the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts // *European Review of Private Law*. — 1995. — Vol. 3.
60. *Murphy T.* The Oldest Social Science? — Oxford : Clarendon Press, 1997.
61. *Office of Fair Trading, Unfair Contract Terms* // *Bulletin*. — 1996. — № 1.
62. *Palandt O.* Bürgerliches Gesetzbuch. — 56th ed. — München : C. H. Beck Verlag, 1997.
63. *Porter M.* The Competitive Advantage of Nations. — London : Macmillan, 1990.
64. *Rakoff T.* The Implied Terms of Contracts : Of «Default Rules» and «Situation Sense» // *Good Faith and Fault in Contract Law* / ed. by J. Beatson and D. Friedmann. — Oxford : Clarendon Press, 1995.
65. *Regulation 4 of the Unfair Terms in Consumer Contracts, SI 1994 No 3159, implementing the EU Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993* // *Official Journal*. — No. L95. — 21 April 1993.
66. *Restatement (2d) of Contracts* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [http://www.lexinter.net/LOTWVrs4/restatement\\_\(second\)\\_of\\_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVrs4/restatement_(second)_of_contracts.htm)

67. *Robertson R.* Glocalisation : Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity // *Global Modernities* / ed. by M. Featherstone, S. Lash, R. Robertson. — London : Sage, 1995.
68. *Röhl K., Magen S.* Die Rolle des Rechts im Prozess der Globalisierung // *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. — 1996. — Vol. 17.
69. *Saerger H.-T.* Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. — 12th ed. — Stuttgart : Kohlhammer, 1991.
70. *Sand I.-J.* From the Distinction Between Public Law and Private Law to Legal Categories of Social and Institutional Differentiation in a Pluralistic Legal Context // *Legal Polycentricity : Consequences of Pluralism in Law* / ed. by H. Petersen, H. Zahle. — Aldershot : Dartmouth, 1995.
71. *Schlechtriem P.* «Good Faith» in German Law and International Uniform Laws. — Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1997.
72. *Schmidt E., Esser J.* Schuldrecht. — Vol. I. — 7th ed. — Heidelberg : Mueller, 1991.
73. *Selznick Ph.* Law, Society and Industrial Justice. — New York : Russell Sage, 1969.
74. *Shell UK Ltd v Lostock Garage Ltd* [Електронний ресурс] // Сайт «Times of India». — Режим доступу : <http://timesofindia.indiatimes.com/topic/Shell-UK-Ltd-v-Lostock-Garages-Ltd>
75. *Sinha S. P.* Legal Polycentricity // *Legal Polycentricity* / ed. by H. Petersen, H. Zahle. — Aldershot : Dartmouth, 1995.
76. *Soskice D.* Divergent Production Regimes : Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s' // *Continuity and Change in Contemporary Capitalism* / ed. by H. Kitschelt, P. Lange, G. Marks, J. D. Stephens. — Cambridge : Cambridge University Press, 1999.
77. *Soskice D.* German Technology Policy, Innovation and National Institutional Frameworks // *Industry and Innovation* / ed. by P. Hall, D. Soskice. — Oxford : Oxford University Press 1997.
78. *Soskice D.* The Institutional Infrastructure for International Competitiveness : A Comparative Analysis of the UK and Germany // *Economics for the New Europe* / ed. by A. B. Atkinson, R. Brunetta. — London : Macmillan, 1991.
79. *von Staudinger J.* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. — 13th ed. — Berlin : Schweitzer, 1993.
80. *Streeck W.* German Capitalism : Does It Exist? Can It Survive? // *Modern Capitalism or Modern Capitalisms* / ed. by C. Crouch, W. Streeck. — London : Pinter, 1995.
81. *Teubner G.* Autopoiesis and Steering : How Politics Profits from the Normative Surplus of Capital // *Autopoiesis and Configuration Theory: New Approaches to Societal Steering* / ed. by R. J. t'Veld, C. J. A. M. Termeer, L. Schaap, M. J. W. van Twist. — Dordrecht : Kluwer, 1991.
82. *Teubner G.* Company Interest : The Public Interest of the Enterprise «in Itself» // *Reflexive Labour Law* / ed. by R. Rogowski, T. Wilthagen. — Deventer : Kluwer, 1994.
83. *Teubner G.* Die Generalklausel von «Treu und Glauben» // *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* / ed. by R. Wassermann. — Band 2. — Neuwied : Luchterhand, 1980.
84. *Teubner G.* Episodenverknüpfung // *Theorie als Passion : Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag* / ed. by D. Baecker, J. Markowitz, R. Stichweh. — Frankfurt : Suhrkamp, 1987.
85. *Teubner G.* How the Law Thinks : Towards a Constructivist Epistemology of Law // *Law and Society Review*. — 1989. — Vol. 23.
86. *Teubner G.* Law as an Autopoietic System. — London : Blackwell, 1993.
87. *Teubner G.* The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism // *Cardozo Law Review*. — 1992. — Vol. 13.
88. *Trading Malpractices*. — London : Office of Fair Trading, 1990.
89. *Twining W.* Globalisation and Legal Theory // *Current Legal Problems*. — 1996. — Vol. 49.
90. *Uniform Commercial Code* [Електронний ресурс] // Сайт «Cornell University Law School». — Режим доступу : <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/>
91. *Varieties of Capitalism : The Challenges Facing Contemporary Political Economies* / ed. by P. A. Hall, D. Soskice. — Oxford : Oxford University Press, 1998.
92. *Walford v Miles* // *All England Law Reports*. — 1992. — No. 1.
93. *Watson A.* Aspects of Reception of Law // *American Journal of Comparative Law*. — 1996. — Vol. 44.
94. *Watson A.* Evolution of Law : Continued // *Law and History Review*. — 1987. — Vol. 5.
95. *Watson A.* Legal Transplants. — 2nd ed. — Georgia : University of Georgia, 1993.
96. *Watson A.* The Evolution of Law. — Baltimore : Johns Hopkins University Press, 1985.
97. *Watson A.* The Making of the Civil Law. — Cambridge, Mass : Harvard University Press, 1981.
98. *Wieacker F.* A History of Private Law in Europe : With Particular Reference to Germany. — Oxford : Clarendon Press, 1996.
99. *Zöllner W., Loritz K.-G.* Arbeitsrecht. — 4th ed. — München : Verlag C. H. Beck, 1992.
100. *Zweigert K., Kötz H.* An Introduction to Comparative Law. — Oxford : Oxford University Press, 1992.

**Тюбнер Г. Правові подразники: принцип добросовісності у британському праві, або Як уніфікація права призводить до нової дивергенції**

**Анотація.** Концепт правових подразників пояснює перенесення правових норм з однієї країни до іншої краще, ніж концепт правових трансплантантів. Правова норма,



внесена в культуру країни, не є трансплантантом в іншому організмі, швидше вона виступає глибинним подразником, який запускає ланцюг нових та несподіваних подій. Вона подразнює зобов'язальні механізми права щодо інших соціальних сфер. Правові подразники не можна «одомашнити», вони не трансформуються з чогось чужого на щось своє, не адаптуються до нового культурного контексту. Ймовірніше вони провокують еволюційну динаміку, в якій значення зовнішньої норми заново конструюється, а внутрішній контекст зазнає фундаментальних змін. Як демонструє приклад внесення принципу добросовісності в англійське право, концепт правових подразників має далекосяжні наслідки для перенесення приватноправових норм з однієї економічної культури до іншої. Імперативи специфічної англо-американської економічної культури на протидію специфічній європейській континентальній призведуть до фундаментальної реконструкції принципу добросовісності в нових умовах.

**Ключові слова:** правові подразники, правові трансплантанти, правова конвергенція, правова дивергенція, переміщення правових норм, зобов'язувальний механізм права, режим виробництва.

**Тюбнер Г. Правовые раздражители: принцип добросовестности в британском праве, или Как унификация права приводит к новой дивергенции**

**Аннотация:** Концепт правовых трансплантантов поясняет перенесение правовых норм из одной страны в другую лучше, чем концепт правовых трансплантантов. Правовая норма, внесенная в культуру страны, не является трансплантантом в другом организме, скорее она срабатывает как глубинный раздражитель, который запускает цепь новых и неожиданных событий. Она раздражает обязывающие механизмы права по отношению к другим социальным сферам. Правовые раздражители нельзя «одомашнить», они не трансформируются из чего-то чужого в что-то свое, не адаптируются к новому культурному контексту. Скорее они провоцируют эволюционную динамику, в которой значение внешней нормы заново конструируется, а внутренний контекст претерпевает фундаментальные изменения. Как демонстрирует пример внесения принципа добросовестности в английское право, концепт правовых раздражителей имеет далеко идущие последствия для перенесения частноправовых норм из одной экономической культуры в другую. Императивы специфической англо-американской экономической культуры в отличие от специфической европейской континентальной приведут к фундаментальной реконструкции принципа добросовестности в новых условиях.

**Ключевые слова:** правовые раздражители, правовые трансплантаты, правовая конвергенция, правовая дивергенция, перемещение правовых норм, обязывающий механизм права, режим производства.

**Teubner G. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies**

**Summary.** Legal irritant explains the transfer of legal rules from one country to another better than legal transplant. When a foreign rule is imposed on a domestic culture, it is not transplanted into another organism, rather it works as a fundamental irritation which triggers a whole series of new and unexpected events. It irritates law's binding arrangements with other social sectors. Legal irritants cannot be domesticated, they are not transformed from something alien into something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an evolutionary dynamics in which the external rule's meaning will be reconstructed anew and the internal context will undergo fundamental change. As the example of the imposition of good faith on English law demonstrates, the concept of legal irritants has far-reaching consequences for the transfer of private law rules from one economic culture to the other. The imperatives of a specific Anglo-American economic culture as against a specific Continental one will bring about a fundamental reconstruction of good faith under the new conditions.

**Key words:** legal irritants, legal transplants, legal convergence, legal divergence, transfer of legal rules, law's binding arrangement, production regime.