

## François Ancel

President of the International Chamber  
of the Court of Appeal of Paris  
(Paris, France)  
chambre5-16.ca-paris@justice.fr

## Bénédicte Fauvarque-Cosson

Doctor of Law, member of Conseil d'Etat, Professor  
in Private Law (University Panthéon-Assas, Paris 2),  
Full Member (Academician) of the International  
Academy of comparative law  
(Paris, France)  
benedicte.fauvarque-cosson@conseil-etat.fr

УДК 347.44

### IS RENOVATING THE GENERAL LAW OF CONTRACTS USEFUL? THE FRENCH EXPERIENCE

**ABSTRACT.** The ordonnance of 10 February 2016 for the reform of contract law, of the general regime and of proof of obligations came into force on 1 October 2016. Further changes were made by the legislator in 2018. This reform modifies one of the most important part of the Code civil: the provisions on contracts and obligations

The reform aims at giving more accessibility and clarity to French contract law, and it undeniably has already made it more attractive internationally.

In this paper, we explain why, in an international world where contracting parties can chose the law applicable to their contract, we believe that a codified law is very important to overcome the void left by the contract and to resolve the difficulties that have arisen during its existence. Besides, it brings legal certainty, accessibility and visibility.

We also explain why we think that a modern general law of contracts is a unique opportunity to propose a base of legal provisions considered as “minimal” and to affirm a specific legal policy. If it is clear, that practitioners and judges should not conceive contract law as the expression of a contractual public order (*ordre public contractuel*), it is sometimes difficult to know to what extent contracting parties can set aside some provisions of the governing law.

Finally, we explain how, after having been for nearly two centuries the instruments of a certain legal nationalism, national codifications have become the cement of European private law. Indeed, the French contract law reform, which was built on the diversity of Europe, drew much inspiration from various European and international models. In turn, it has attracted a great deal of interest abroad, was translated into several languages and is extensively commented.

**KEYWORDS:** codification; contract law; mandatory rules; non-mandatory rules; civil law tradition; Code civil; European contract law.

The *ordonnance* of 10 February 2016 for the reform of contract law, of the general regime and of proof of obligations, which came into force on 1 October 2016 and which was ratified by the law on 20 April 2018<sup>1</sup>, constitutes an important step in the long life of the *Code civil* that governs civil law applicable in France since 1804. It does not change the *Code civil* in its entirety, but it modifies one of its most emblematic parts, the provisions on contracts and obligations that had remained almost unchanged since 1804.

The ambitions of the reform are threefold: to give more accessibility and clarity to French contract law, to strike a good equilibrium between conflicting objectives, to make French law more attractive internationally. This reform is characterised by its openness to external inspirations. This spirit of openness, which forms part of its richness, results from the academic and governmental drafts, from the confrontation of the opinions expressed during the course of many consultations – which made it possible to neutralise the extremes and to reach a certain consensus around balanced positions, – and from taking into consideration the European and international context.

The opportunity to redraft the French *Code civil* arose in the late nineteenth century and was under consideration until the beginning of the twenty-first century. The comparison with the German civil code – the BGB – which came into force on 1 January 1900, sharpened the desire for a French reform. In the twentieth century, other parts of civil law were either governed by specific legislative texts, or left to be developed by courts. These movements accentuated the isolation of the *Code civil* and widened the gulf between the Code and civil law more generally. Since 1964, and mainly under the initiative of Jean Carbonnier, the *Code civil* has undergone some reforms which mainly concerned family law<sup>2</sup>.

It is not until 2004 that, thanks to the celebrations of the bicentenary of the *Code civil*, a strong political input was given by the President of the Republic, Jacques Chirac, who proposed the challenge to rewrite “in 5 years the law of contracts and the law of sureties”<sup>3</sup>. Shortly before the bicentennial of the Civil Code, “a handful of civil lawyers who were academics” (according to Pierre Catala in his general presentation of the preliminary draft of the law of obligations and the prescription that was elaborated under its aegis) engaged in a project of modernisation of the law of obligations. Pierre Catala himself said that the impulse came from a symposium comparing French law with the Principles of European Contract Law, resulting from the work of the commission chaired by Professor Ole Lando. By that time, several academic initiatives launched by the European Commission, as well as by networks of

<sup>1</sup> H Beale and others, *Cases, Materials and Texts on Contract law* (3rd ed, Hart Publishers 2019).

<sup>2</sup> F Ancel, J Gest (coréd), *Aux sources de la réforme du droit des contrats* (Dalloz 2017).

<sup>3</sup> Beale (n 1).

European scholars, brought awareness to the necessity of reforming our law of contracts, torts and prescription. Besides, the first *Doing Business* report (2004 edition, under the aegis of the World Bank) revived French pride in its codified legal system by criticising the French legal tradition<sup>4</sup>.

Is renovating the general law of contracts useful? In this paper, we will first consider the reasons for asking such a question and then, based on the specificities of the civil law tradition, we will develop two arguments for our affirmative answer: the first one relates to the usefulness of the central distinction between mandatory and non-mandatory rules, and the second to the formation – through comparative law and national codifications – of a European common legal culture.

*Reasons for raising the question of the usefulness of a recodification*

Legislations and special codes have multiplied. They bring specific answers according to the types of contracts, the quality of the parties (individuals, traders, consumers, professionals) and the nature of their contractual relationships (private, commercial or professional). Therefore, some may doubt the usefulness of a “general law of contracts”.

In addition, the law is now developed according to various circuits, some of which are beyond State control. Soft law, guides and good practices are brought by continuously increasing transnational actors: companies, professional organisations, NGOs, experts, stakeholders... Economic actors draft complex contracts, following models emanating from professional associations and large multinationals. Thus, at a time where standard-form contracts and contract terms are the main legal instruments of large firms, some may think that one could use contracts rather than legislation or case law to create the standard.

The 2016 Nobel Academy Prize for Economic Sciences was awarded to two authors, Oliver Hart and Bengt Holmström. They were awarded the prize for their work on the theory of contract which promotes the so-called “incomplete” contract theory, after having noticed the quasi impossibility of drafting the ideal contractual document, that is to say exhaustive, in light of the complexity of the legal, operational and financial issues involved. Faced with contracts that are today inherently incomplete, they consider it preferable to abandon the ideal of “completeness” of a contract and instead to privilege what they call “the best elementary contract”, which we know it cannot predict everything. In this context, we also see the point of developing mechanisms, within general contract law, that will make it possible to overcome the void left by the contract and to resolve the difficulties that have arisen during its existence<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Beale (n 1).

<sup>5</sup> Ibid.

We believe that a codified law is indeed very important to overcome the void left by the contract and to resolve the difficulties that have arisen during its existence. Besides, it brings legal certainty, accessibility and visibility. Moreover, this allows the legislator to forge a model that finds its source, not in the implicit will of the interested parties but in a set of social, economic, and historical considerations. In addition, the general law of contracts allows the parties to avoid the cost of drafting contracts. Lastly, specific law is not generally sufficient in itself, it may contain inaccuracies, or even omissions, which the general laws are capable of completing.

This issue has been specifically debated as regard the question of “change of circumstances” which led to the introduction, into the French Civil code, of a new provision (art. 1195) enabling the judge to adapt or terminate the contract in case of an unexpected change of circumstances. Some representatives of companies promoted the drafting of this text, as they expressed the difficulties encountered by the small and medium-sized enterprises to get the support of a legal department which could guarantee them the implementation of hardship clauses into their contracts during the negotiations.

Codifying or recodifying the law also creates a vibrant intellectual environment. There are now many commentaries of the new provisions of the Code civil and these considerably enrich the reflections and the practice<sup>6</sup>.

The French law of obligations has constantly been updated thanks to the creativity of French judges, scholars and also through legislative initiatives which had taken place outside the *Code civil* (in other Codes or in statutory provisions not inserted in any code). This, however, had made French law difficult to read. For all these reasons, a modernised *Code civil* was considered the best instrument to promote legal certainty and business efficiency. However, the new French common law of contracts does not make a clean slate of the past. It must find its place within a complex legal environment, which takes account, for reasons of legal certainty, of the contracts concluded previously, but also of the will of the parties and the existence of special legal regimes that it is not intended to alter. A difficult question that has arisen and will certainly give rise to some important decisions by the courts is whether the new rules are mandatory or non-mandatory, a distinction that is characteristic of the civil law tradition<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Beale (n 1).

<sup>7</sup> F Ancel (coréd), *Le nouveau droit des contrats. Guide bilingue à l'usage des praticiens* (LGDJ 2019).

*The distinction between mandatory and non-mandatory rules:  
a key feature of the civil law tradition*

The general law of contracts is an opportunity to propose a base of legal provisions considered as “minimal” and to affirm a specific legal policy. It is clear, both from the report to the President of the French Republic and from parliamentary works, that practitioners and judges are invited not to conceive contract law as the expression of a contractual public order (*ordre public contractuel*).

All that is not forbidden is allowed. The exceptions that come from public policy, however widespread they may be in fact for certain sectors, always have, in law, a characteristic of exceptions and this should be kept in mind by the judges when, as part of their mission of interpreting the law, they qualify certain provisions as mandatory.

There are several indications that, in its general spirit, the texts of the *ordonnance* of February 10, 2016, as in some cases modified by the law of ratification, remain, like the Civil Code of 1804, “suppletive” of the will of the parties. The Report to the President of the Republic deduces the non-mandatory nature of these provisions when it explains “their suppletive character is inferred directly from Article 6 of the *Code civil* and from the new Articles 1102 and 1103, unless the imperative nature of the provision concerned stated explicitly otherwise”. If some articles still contain the words “unless otherwise stated” (C. civ., Art. 1216-1, para. 2), or an equivalent precision, the Report is careful to note that this reference authorises “no contrary interpretation and does not in any way call into question the general principle of the suppletive nature of the provisions: this reminder results only from a pure didactic concern, taking into account the wishes expressed by professionals regarding certain provisions in particular (in particular on obligations)”. In this matter, doubt must benefit the suppletive nature of the provision<sup>8</sup>.

During the examination of the ratification law (2018), parliamentarians discussed the desirability of establishing a list of the mandatory provisions of contract law. This would have the advantage of avoiding excessive legal uncertainty for the parties. However, this was rejected. Some flexibility was needed. It was rightly argued that certain provisions, for example, those relating to the conditions of validity of the contract and to their sanction, are in essence of public policy without this being expressly reminded. It must also be admitted that provisions which recognise rights to third parties cannot be put aside by the parties. In addition, there are provisions such as those carrying definitions or classifications, for which a contrary stipulation would be nonsense<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Ancel (n 7).

<sup>9</sup> Beale (n 1).

*The importance of the French reform for the development  
of European private law*

A close and complex relationship has developed between French contract law and the construction of European private law.

Long awaited by civil lawyers, the project of a European contract law first had the effect of suspending the French reform, in anticipation of a European model. Then, when the prospect of a European contract code came closer, French mistrust and resistance had an accelerating effect on the internal reform. In order to really understand the French reform, it is therefore necessary to have an idea of the European context near the end of the twentieth century and of the reactions that the European contract law project, sometimes confused with that of the European Civil Code, instigated in France as well as in other Member States of the European Union, sometimes for different reasons.

There was a time when Europe mobilized lawyers in its favor. Thus, after the First World War, a draft of a French-Italian code of obligations, conceived as the prelude to a Europeanisation of law, was born.

In the same way, at the end of the Second World War, some leading French academics engaged in the elaboration of a type of European law which, in their eyes, was inseparable from the political project of European construction: 'To make Europe, our Europe – and we know the vital necessity of constructing it – wrote Henri Mazeaud – we must make a European law'. What remains then to overcome? This spirit of particularism and pride of which we are all imbued... The question is not to know which code will prevail – the Italian code, the Swiss code, the German code or the French code – the question is whether, as the drafters of the Napoleonic Code did when they unified French law, good-willed jurists want to seek in the civil institutions of all the countries of our Europe those which should be preferred. In 1953, the Henri Capitant Association voted unanimously for a proposal aimed at the elaboration of a common code of obligations in Europe<sup>10</sup>.

In 1961, in the early hours of European economic unification, Julliot de la Morandière raised this question:

Is it conceivable that a real Common Market develops without unity of legislation? And should France, instead of thinking of reforming alone the part of its code relating to obligations and contracts, take the initiative to propose, at least to the signatory countries of the Treaty of Rome, an international conference in view of the development of unique rules?<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Ancel, Gest (n 2).

<sup>11</sup> Ibid.

Later, Jean Carbonnier suggested to suspend the French project of recodification of contract law, pending a European codification that nonetheless did not arrive to finition. Thus, as early as 1945, one perceived the interest of such a unification had been perceived and the absence of a reform of contract law was largely a response to a desire to create an open market through European unification. The hope and the expectation of this unification have led the French authorities to favor the reform of some other parts of the Civil Code and in particular the law of persons and of the family<sup>12</sup>.

This French movement in favor of the unification of European contract law declined as the draft of European contract law became a priority for the European Commission, supported by the European Parliament that believed at that time that “further harmonisation in the field of civil law [was] essential in the internal market”. In 2001, the Commission issued a communication “concerning European contract law” in which it presented various options for “future European initiatives”.

The Draft Common Frame of Reference (DCFR) was entrusted to European academics under the 6th Framework Program for Research and Technological Development. The official order was that it consists of: principles, definitions, and model rules and is based on national contract law (established case law and practices), the *acquis communautaire*, relevant international instruments, in particular the United Nations Convention on the International Sale of Goods (1980). It also had to provide consumers with high-level protection. The common European private law network that won the tender brought together academics, judges and practitioners from all EU countries and even other countries. It was composed of several autonomous groups. The most important of these was the study group on the European Civil Code (Study Group for the European Civil Code), chaired by Professor Christian von Bar<sup>13</sup>.

Throughout the process, academics have played an important role in the contract law reform. From 2005 to 2016, many of them were involved with the Chancellery, along with other stakeholders, so that one cannot subscribe to the denunciation made by some of an “ordonnance-express”. This expertise was independent, contradictory and dynamic. The work of a joint working group of the *Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française* and the *Société de législation comparée*, specially set up within the framework of the European Network of Excellence, constituted a formidable source of comparative law. This work was published by the *Société de législation comparée* in two separate volumes in 2008 (*Terminologie contractuelle commune* (2008) and *Principes contractuels communs* (Common Contractual Principles hereinafter

<sup>12</sup> Ancel and Gest (n 2).

<sup>13</sup> Ibid.



“CCP”) and it was translated into English (as regard the CCP, the translation was limited to the black letter provisions) and published by sellier European law publishers. It has inspired the Chancellery, in particular its guiding principles built on the three pillars of freedom, security and contractual fairness as well as the analysis of each article of the CCP, insofar as they had been confronted with other sources (UNIDROIT Principles; Vienna Convention on the International Sale of Goods, CESL, Catala project and also the DCFR. In the part that was not translated, the CCP explain the changes proposed to the PECL, and analyse them in the light of the two French drafts (Projet Catala and Terré) as well as in the light of the existing soft law (PECL, UNIDROIT Principles, Code Européen des Contrats). The “*principes directeurs du droit européen du contrat*” (*liberté contractuelle, sécurité contractuelle, loyauté contractuelle*) which precede the CCP have formed the basis for an introductory passage entitled “Principles” in the first volume of the DCFR (where four principles are listed: freedom, security, justice, efficiency). Perceived by the European scholars as particularly “French”, this work has had a limited influence on the final text of the DCFR. However, and much more importantly, they influenced the European Commission’s decision to set up its own group of experts and to limit its ambition to the codification of the law of contracts (a decision which was subsequently further narrowed down to sales contracts)<sup>14</sup>.

In 2011 the European Commission proposed a Common European Sales Law (CESL) for sales where one party is a consumer or an SME. It received strong support from the European Parliament but not from the European Council and in 2014 the Commission withdrew it. The Commission subsequently proposed much narrower texts, dealing only with certain aspects of the supply of digital content and the sale of goods to consumers. All these developments have had major impacts on national laws which continue to apply to both domestic and cross-border contracts in Europe<sup>15</sup>.

In 2000, the European Union adopted ‘United in Diversity’ (*In varietate concordia*) as official motto. Due to the diversity of Member States, the unity targeted is complex. Based on an understanding that difference enriches human interactions, the path to unity is shown by the comparative analysis of existing texts and models. After having been for nearly two centuries the instruments of a certain legal nationalism, national codifications become the cement of European private law. The French contract law reform was built on the diversity of Europe, drawing inspiration from certain national laws and non-state, European and international models. From 2004 to 2016, the French drafts in turn attracted a great deal of interest

<sup>14</sup> Ancel and Gest (n 2).

<sup>15</sup> Beale (n 1).



abroad, was translated into several languages and extensively commented. The 2018 modernised *Code civil*, also translated, is now part of Europe's legal heritage.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Edited books*

1. Ancel F (coréd), *Le nouveau droit des contrats. Guide bilingue à l'usage des praticiens* (LGDJ 2019) (in French).
2. Ancel F, Gest J (coréd), *Aux sources de la réforme du droit des contrats* (Daloz 2017) (in French).
3. Beale H and others, *Cases, Materials and Texts on Contract law* (3rd ed, Hart Publishers 2019) (in English).

Франсуа Ансель  
Бенедікт Фоварк-Коссон

## ЧИ ДОЦІЛЬНЕ ОНОВЛЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ ДОГОВІРНОГО ПРАВА? ДОСВІД ФРАНЦІЇ

АНОТАЦІЯ. Постановою від 10 лютого 2016 р., яка набула чинності 1 жовтня того ж року, проведено реформу договірної права, яка змінила одну з найважливіших частин Цивільного кодексу Франції, а саме норми, що регулюють договірні зобов'язальні відносини. Подальші зміни були внесені законодавцем у 2018 р.

Реформа мала на меті забезпечення більшої доступності та зрозумілості французького договірної права і, безсумнівно, зробила його більш привабливим на міжнародному рівні.

У статті висловлена позиція, згідно з якою на міжнародному рівні, де договірні сторони можуть обирати право, застосовне до договору між ними, кодифіковане право відіграє важливу роль для подолання прогалів, що не закриті договором, а також для вирішення питань, що виникли за час його існування. До того ж цим забезпечується правова визначеність, доступність і видимість.

Обґрунтовано твердження, чому, на нашу думку, сучасні загальні положення договірної права – це унікальна можливість запропонувати базу правових положень, що розглядатимуться як “мінімальні”, та закріпити конкретну правову політику. Поряд із тим, що фахівці-практики і судді не повинні розглядати договірне право як вираження договірної суспільного порядку (*ordre public contractuel*), іноді важко зрозуміти, як саме договірні сторони можуть не застосовувати деякі положення регулюючого права.

Аргументовано, яким чином національні кодифікації, які протягом майже двох століть були інструментами певного правового націоналізму, створили міцне підґрунтя європейського приватного права. Дійсно, реформа договірної права у Франції, побудована на різноманітті Європи, значною мірою спиралася на різні європейські та міжнародні моделі. Зі свого боку реформа викликала велику зацікавленість за кордоном, була перекладена на декілька мов і нині широко коментується.

Ключові слова: кодифікація; договірне право; імперативні норми; диспозитивні норми; цивільно-правова традиція; Цивільний кодекс Франції; європейське договірне право.

## ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Написання висновків до будь-якої колективної праці – доволі складне завдання. Тим паче, що йдеться не про монографію, а про тематичну добірку, загальний задум якої і підбір авторів залежали від упорядника. Отже, склад колективу не може претендувати на репрезентативність, а думки авторів – на відображення основних тенденцій в українській та зарубіжній доктринах порівняльного правознавства. І все ж спробуємо проаналізувати основні думки, висловлені у статтях актуальної теми цього номера журналу.

Насамперед зазначимо, що частина авторів безпосередньо або опосередковано означили свою прихильність до культуроцентричного бачення права і до відповідної школи в порівняльному правознавстві (або “духовно-культурологічної концепції” – Є. Харитонов та О. Харитонova). Ця школа є однією з домінуючих у юридичній компаративістиці, за змістом є радикальним контекстуалізмом, що послідовно протистоїть такому самому радикальному деконтекстуалізму, представленому, зокрема, А. Ватсоном та відображеному в діяльності міжнародних організацій, що сприяють демократизації та вестернізації незахідного світу.

На думку Є. Харитонova та О. Харитонovoї, право не так відображає соціально-політичний розвиток, як духовний світ людини, є елементом культури та суспільної свідомості. Воно, на думку В. Батлера та Ч. Варги, визначене культурою, ідеологією, іншими духовними чинниками, мова права (і навіть міжнародного права) культурно-національно обумовлена, однакові слова в різних культурах, зокрема й юридичні терміни, приховують відмінний зміст, що опирається поверховому позаконтекстному зіставленню. Тому й будь-яке запозичення в праві є справою дуже складною, має починатися з пізнання культурно-ціннісних засад регулювання суспільних відносин (В. Батлер), а абстрактне делокалізоване і деконтекстуалізоване право є утопією (Ч. Варга).

Зазначене дає змогу зрозуміти, чому для авторів опублікованих у цій підбірці статей саме національні правові системи продовжують виступати як найбільш розвинені, каркас світового правопорядку, а інші типи правових систем (субнаціональні, наднаціональні (міжнародні та релігійні), квазінаціональні) виконують субсидіарну роль у правовому розвитку (Д. Лук’янов). Водночас відзначається, що “чистих” правових систем не існує, всі національні правові системи є змішаними, а також перехідними, якщо цим словом означати їх постійну взаємодію (В. Батлер).

Вчені пропонують розглядати процес взаємодії та змішаність як зріз цього процесу як самоцінні (В. Батлер). Є. Харитонов та О. Харитонova

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 3 • 229-234

терміном “лабільність правових систем” поєднують здатність правопорядків водночас до трансформації та взаємодії, підкреслюючи нерозривність цих процесів.

Взаємодія стає одним із джерел плюралізму в праві поруч із уже згаданим існуванням субсидіарних правових систем, що не збігаються з кордонами держав. Д. Лук'янов наголошує, що роль таких систем більш помітна у незахідних країнах, де створення і реалізація соціорегулятивних механізмів перебуває в руках не лише держави, а й різних спільнот, передусім релігійних. В. Батлер наголошує на марності пошуку універсалій у праві – адже навіть міжнародне право є сукупністю регіональних і галузевих підсистем, набором конкуруючих правових просторів, що разом із рухом до універсалізації та глобалізації можуть набувати більш загального характеру, а можуть, відповідно, знову повертати собі регіональний і національний характер. Ф. Ансель і Б. Фоварк-Коссон роблять важливий наголос на тому, що національне право взаємодіє також з неофіційними кодифікаціями, що, на нашу думку, можуть розглядатись як зародки потенційно можливих нових наднаціональних субсидіарних правових масивів.

У статті О. Кресіна продемонстровано, що сама собою ідея особливо-го в праві як конкретного загального/спільного в національних правопорядках, що виступила як опозиція та водночас уточнення і розвиток ідей окремого (національного) й всезагального (універсального) в праві, має конкретний історичний початок, відображає тенденції взаємодії правопорядків та існування таких соціорегулятивних систем, що не збігаються з кордонами держав, але не передбачає поглинання національного права неіснуючими чи потенційно можливими наднаціональними правопорядками. Правова карта світу залишається національною, змінюється лише правова картина світу як осмислення станів і взаємодій правопорядків.

У контексті вчення про окреме, особливе й загальне в правовому розвитку є логічним наголос А. Саїдова на тому, що в результаті постійних взаємодій правопорядків будь-яке право є явищем одночасно національної та загальнонародської культури, а також відображенням тієї чи іншої цивілізації й не може розумітися поза цими взаємодіями.

Також у цьому контексті зрозуміле сприйняття В. Батлером класифікації правових систем не як самоцілі, а насамперед як набору ракурсів, аналітичних призм для пізнання розвитку і взаємодії правопорядків; такі класифікації мають залишатися множинними, відображати відносність і мінливість відмінностей та подібностей окремих характеристик правопорядків, їх станів і процесів, у яких до певної міри відомим є лише

минуле, а майбутнє визначається результатом конкуренції й поєднання спадщини, тенденцій розвитку та взаємодій сучасності.

Усі автори статей, опублікованих у цій підбірці, пропонують порівняння як спосіб пізнання правової картини світу. Також частина вчених різко засуджують підпорядкування емпіричного порівняльного пізнання апріорно твореним теоретичним і філософським схемам. Можливо, найбільш яскраво таку думку висловлює В. Батлер: порівняльне право “душиться” теорією держави і права. Ч. Варга наголошує на відсутності нейтральної мови чи опорного пункту осмислення права поза конкретною культурою, а тому покладення в основу порівняння апріорних абстракцій є нелогічним.

О. Ткаченко розкриває анатомію метафізичного дискурсу в порівняльному правознавстві, пропонованого функціоналізмом як одним із домінуючих його напрямів, в апріорних презумпціях якого дійсне право єдине, воно лише вкрадене і розсічене по національних домівках. Функціоналізм прагне створити нейтральну, загальну, ефективну мову права, яка є кращим правом, що має замінити національні правопорядки. В основі такого засуджуваного автором підходу – трансляція в порівняльне правознавство з природничих наук методологічного інструментарію та філософської легітимації. О. Тихомиров більш акцентовано пов’язує цю течію з модернізмом й об’єктивістським класичним типом розвитку науки і філософствування.

Натомість частина авторів представлених статей пропонують згаданий культуроцентричний підхід до порівняльно-правових досліджень – те, що О. Тихомиров визначає як постмодерністську за своєю сутністю течію, унікалізм (який корелюється з некласичним типом наукової раціональності), представлений у світі працями Дж. Г. Меррімена, П. Гленна, П. Леграна та ін. Отже, якщо немає завчасно даної аналітичної структури та нейтральної мови, то яким чином здійснювати порівняння в праві?

Для цієї течії важливе пізнання насамперед меж свого права та його унікальних рис, його самобутності (В. Батлер). Як зазначає Ч. Варга, феномени, продукovanі культурою, традицією, ідеалами, зокрема й право, є непорівнюваними, адже незіставні в своєму історичному встановленні. Вони, зокрема, не піддаються чіткій класифікації, адже кожна класифікація передбачає ранжування, а кожна культура виростає з відмінного власного середовища і відповідає своїм умовам. Порівняння при такому розгляді зникає, поступаючись паралельному розгляду правових культур. Такий підхід, на думку Ч. Варги, заперечує ідеї експорту та експансії права, дає змогу іншому одночасно бути поясненим та залишатися собою і чужим для нас. Зіставлення з іншим набуває більшою мірою

характеру протиставлення, яке дає змогу поглибити розуміння своєї правової культури. Пізнати ж іншого при такому підході стає практично неможливо, адже його культура інтерпретується через свою культуру, тому результат зіставлення обумовлений культурою того, хто порівнює.

Водночас, на думку Ч. Варги, на основі зіставлення все ж можливе творення право-філософської абстракції універсальності – узагальненого знання про право і правове мислення, ідеали правопорядку в контексті культури та обставин, а саме зіставлення творить спільний майданчик для різних культур. І все ж основна мета зіставлення – вдосконалення нашого самопізнання, епістемологічна трансформація від моно-епістемології до відкриття мислення для сприйняття інших моделей мислення, від своє-центризму – до чужості, розуміння обмеженості й обумовленості наших правових рішень у контексті інших моделей. В. Батлер доходить на цій підставі висновку про те, що поліпшення національного права завдяки зарубіжним зразкам – сумнівне й оцінне гасло, слід не копіювати зарубіжне право, а вивчати за його допомогою право загалом. Виразом такого підходу, на думку Ч. Варги, має бути трансформація порівняльного правознавства у науку порівняльних правових культур.

Х. Бехруз, у зв'язку з ідеями цього напрямку, слушно зазначає, що відбувається підміна порівняння паралельним розглядом, що піддає сумніву саму сутність порівняльно-правового дослідження. Такий же критичний погляд на культуроцентризм більш докладно розвиває О. Ткаченко. Він зазначає, що універсальність функціоналізму і сингулярність культуралізму є змістовними антагоністами, але вони єдині за своїми філософсько-методологічними засадами, стверджуючи метафізичну самодостатність права. Якщо для функціоналізму самодостатнім є дійсне краще право, а реальні відмінні між собою правопорядки – лише полігон для втілення кращого права, то для культуралістів самодостатній цілковито унікальний національний культурний досвід, нейтральної структури опису реальності не існує, а межа між правопорядками стає нездоланною, смисли між ними не прирошуються. На думку О. Ткаченка, обидва напрями виводять інше право за межі буття свого – чуже не бере участі у бутті свого права. Хіба що другий напрям є прикладом трансляції не природничих, а гуманітарних підходів.

Вихід із цього подвійного тупика О. Тихомиров вбачає в постнекласичній парадигмі наукової раціональності, що передбачатиме діалектику, додатковість і діалогічність класики й некласики, модерну й постмодерну, об'єктивного і суб'єктивного пізнання, заперечення абсолютизації загального чи одиничного і натомість виявлення меж, обмеженості та місця кожного феномена, процесу, тенденції, інтерпретації,

а також суб'єктивності будь-якої методології. Такий підхід, на думку вченого, передбачає тріаду “одне, друге, інше”, а саме присутність як спільного та відмінного, так і якісно протилежного, можливість як інтегративного, так і контрастного порівняння. Ще одним елементом виходу з кризи порівняльно-правових досліджень О. Тихомиров вважає їх розширення на весь соціорегулятивний простір, тобто пошук права всюди. Це, безумовно, є ще більш радикальним контекстуалізмом, ніж культуроцентричний напрям, але дає змогу де-метафізувати, раціоналізувати і конкретизувати підходи останнього, поставивши в центр дослідження регулювання людської поведінки, суспільних відносин.

О. Ткаченко свій підхід до виходу з кризи формулює як шлях до порівняння як самостійного постметафізичного дискурсу. На його думку, лише правове порівняння як дискурс несамоодатності права може структурувати інтелектуальний простір, в основі якого не лежить протиставлення об'єкта (зарубіжне право) і суб'єкта (себе). На думку вченого, “зарубіжне право як таке” не може бути об'єктивно пізнане, але “зарубіжне право для нас”, його участь у розвитку нашого права може бути досліджене й концептуалізоване. Отже, власне право несамоодатне, воно може ставати іншим завдяки іншому праву, у взаємодії з ним. Окрім меж з'являється простір між правопорядками – простір взаємодії, який і є основним простором буття права і прирощення смислів. О. Ткаченко пише про “буття як ніщо сущого”; на нашу ж думку, це звільнення екзистенції від метафізичних презюмованих есенцій або принаймні можливість діалогу з ними.

Дещо подібну як до О. Тихомирова, так і до О. Ткаченка позицію займають Ф. Ансель і Б. Фоварк-Коссон, наголошуючи, що відмінності збагачують людські взаємодії, а єдність у праві європейських держав досягається через порівняння.

Низка авторів представлених статей пишуть про особливий світогляд компаративістів (В. Батлер, Х. Бехруз, О. Тихомиров, О. Ткаченко). Останні, як уже нами показано, цілеспрямовано осмислюють й узагальнюють філософські засади порівняльно-правових досліджень, що не збігаються з філософією права. Зокрема, для О. Тихомирова це філософія плюралізму правового розвитку в усіх формах, що, з одного боку, є локалізацією у межах філософії права (як філософії загального), а з другого – ширша за філософію права, адже має охоплювати також не-юридичні засади соціорегулятивного простору.

Частина авторів звертається до “вічного питання” щодо дисциплінарної чи функціональної організації порівняльно-правових досліджень. Жодний з авторів не вирішує це питання з позиції “або – або”. Як зазна-



чає Н. Оніщенко, порівняльне правознавство і метод порівняння в галузевих дисциплінах не є опонуючими категоріями. О. Тихомиров наполягає на первинності порівняльно-правових досліджень, об'єктивності їх існування й природності плюралізму форм їх організації та забезпечення.

М. Дамірлі аналізує форми організації порівняльно-правових досліджень і порівняльно-правового знання на ісламському сході, зокрема таку невідому сучасним компаративістам науку, як порівняльний фікх – як порівняльне дослідження систем ісламських теоретико-правових ідей – що був визнаний у своєму дисциплінарному статусі, має свої предмет і методологію. Власне, стаття М. Дамірлі вказує на обмеженість нашого розуміння науки загалом та історичного розвитку порівняльно-правових досліджень зокрема.

Окремо слід вказати на розуміння авторами представлених статей практичної значущості порівняльно-правових досліджень (Н. Оніщенко), що концептуалізується також як “відкритість до натхнення з-за кордону”, зокрема, для підвищення привабливості власного права в світі (Ф. Ансель, Б. Фоварк-Коссон).

Повторимося: це лише суб'єктивні підсумки досліджень невеликої групи компаративістів, але й вони виявили цілий пласт ідей, що покликані якісно трансформувати сучасне порівняльне правознавство.

*За редакцією  
координатора актуальної теми  
“Національна доктрина порівняльного правознавства”,  
доктора юридичних наук, доцента,  
старшого наукового співробітника,  
члена-кореспондента Міжнародної академії порівняльного права,  
керівника Центру порівняльного правознавства  
Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України  
Олексія Кресіна*



Вибрана бібліографія з актуальної теми  
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА  
ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВОЗНАВСТВА”

1. Берман Г, *Западна традиція права: епоха формування* (2-е изд, ИНФРА-М–НОРМА 1998).
2. Бехруз Х, *Исламские традиции права: монография* (Юридическая литература 2006).
3. Давид Р и Жоффре-Спинози К, *Основные правовые системы современности* (Международные отношения 1999).
4. Дамирли М, *Сравнительное правоведение, ч 1: Статус, предмет и система* (Феникс 2013).
5. Егоров А, *Основы сравнительного правоведения: учебное пособие* (ПГУ 1999).
6. Зайчук О та Оніщенко Н (ред), *Порівняльне правознавство (правові системи світу)* (Парламентське видавництво 2008).
7. Копиленко О та Зайчук О та Оніщенко Н та Журавський В та Тихомиров О, *Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): монографія* (Фенікс 2007).
8. Кресін О (кер авт кол), *Порівняльне правознавство у системі юридичних наук: проблеми методології: монографія* (Інститут держави і права ім В М Корецького НАН України 2006).
9. Кресін О (ред), *Порівняльне правознавство: антологія української компаративістики XIX–XX століть: збірники наукових праць* (Логос 2008).
10. Кресін О (ред), *Філософія порівняльного правознавства: збірник наукових праць* (Ліга-прес 2015).
11. Кресін О, *Порівняльне правознавство у XIX–XX століттях: проблеми становлення: монографія* (Логос 2011).
12. Кресін О та Ситар І (ред), *Історія порівняльного правознавства як сфера наукових досліджень: збірник наукових праць* (Ліга-прес 2015).
13. Кресін О, *Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація* (Логос 2017).
14. Леже Р, *Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход* (2-е изд, Волтерс Клувер 2010).
15. Лук’янов Д, *Релігійні правові системи в сучасному світі* (Право 2015).
16. Петришин О (заг ред), *Порівняльне правознавство: підручник* (Право 2012).
17. Петришин О та Зінченко О та Лук’янов Д (уклад), *Порівняльне правознавство: хрестоматія* (Право 2016).
18. Петришин О та Зінченко О, *Правова карта сучасного світу* (Право 2018).
19. Ребет Л, *Порівняльна метода у науці права* (Логос 2017).
20. Савчин М, *Сучасні тенденції конституціоналізму в контексті глобалізації та правового плюралізму: монографія* (РІК-У 2018).
21. Саидов А, *Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник* (Юристъ 2000).
22. Тихомиров А, *Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы: монография* (Знання 2005).

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 3 • 235-236

23. Ткаченко А, *Энигма функционализма: некоторые размышления относительно происхождения, содержания и перспектив функционального метода сравнительного правоведения: монография* (Науковий світ 2012).
24. Харитонов Е и Харитонов Е, *Очерки сравнительного правоведения. Традиции частного (гражданского) права в Европе* (Феникс 2013).
25. Цвайгерт К и Кетц Х, *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права* (2000).
26. Шевчук С, *Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції* (вид 3-тє, Реферат 2010).
27. Шемшученко Ю та Кресін О (ред), *Ідея порівняльного міжнародного права: pro et contra: збірник наукових праць на честь іноземного члена НАН України та НАПрН України Уільяма Елліотта Батлера* (Ліра-прес 2015).
28. Bussani M and Mattei U (ed), *The Cambridge companion to comparative law* (Cambridge University Press 2012).
29. Butler W and Kresin O (ed), *The Interaction of Legal Systems: Post-Soviet Approaches* (Wildy, Simmonds & Hill, Publishers 2015).
30. Butler W and Kresin O and Shemshuchenko Iu (ed), *Foundations of comparative law: methods and typologies* (Wildy, Simmonds & Hill 2011).
31. Canivet G and Adenas M and Fairgrieve D (ed), *Comparative law before the courts* (British Institute of International 2005).
32. Cruz P, *A comparative law in a changing world* (3rd ed, Routledge-Cavendish 2006).
33. Engelbrekt A and Nergelius J (ed), *New directions in comparative law* (2010).
34. Farran S and Gallen J and Hendry J and Rautenbach C (ed), *The Diffusion of Law: The Movement of Laws and Norms Around the World* (Routledge 2015).
35. Glanert S (ed), *Comparative Legal Reasoning: Essays in Honour of Geoffrey Samuel* (Wildy, Simmonds & Hill 2018).
36. Glenn P, *Legal traditions of the world* (4th ed, Oxford University Press 2010).
37. Harding A and Orucu E (ed), *Comparative law in the 21st century* (Kluwer Academic 2002).
38. Hoecke M (ed), *Epistemology and methodology of comparative law* (Hart Publishing 2004).
39. Legrand P and Munday R (ed), *Comparative legal studies: Traditions and transitions* (Cambridge University Press 2003).
40. Markesinis B, *Comparative law in the courtroom and classroom: The story of the last thirty-five years* (2004).
41. Monateri P (ed), *Methods of comparative law* (2012).
42. Orucu E and Nelken D (ed), *Comparative law: A handbook* (Hart Publishing 2008).
43. Orucu E, *The enigma of comparative law: Variations on a theme for the Twenty-First century* (Martinus Nijhoff PublishersLeiden 2004).
44. Reimann M and Zimmermann R (eds), *The Oxford handbook of comparative law* (Oxford University Press Inc. 2008).
45. Smits J (ed), *Elgar encyclopedia of comparative law* (2nd ed, 2012).
46. Varga Cs, *Comparative legal cultures: On traditions classified, their rapprochement & transfer, and the anarchy of hyper-rationalism* (Szent István Társulat 2010).
47. Watson A, *Comparative law: Law, reality and society* (2008).