

МОЛЕКУЛЯРНИЙ ФЕДЕРАЛІЗМ І СТРУКТУРИ ПРИВАТНОГО ПРАВОТВОРЕННЯ¹



Д. СНАЙДЕР
*доктор юридичних наук,
дійсний член Міжнародної академії
порівняльного права,
професор права і директор програми
з підприємницького права
(Вашингтонський коледж права
Американського університету)*

У вільному суспільстві, що стрімко розвивається, цінності федералізму є довговічними. Вони закликають людей досягнути єдності, достатньої, аби протистояти їх спільній небезпеці та збільшувати їх спільний добробут без невинуватених жертв для їх відмінностей і з творчою енергією, яка породжує різноманітність.

Г. Векслер [63, с. 543]

ЗМІСТ

Вступ

1. Концепція приватного правотворення
 2. Федералізм і приватне правотворення
 - 2.1. Вертикальний федералізм
 - 2.1.1. Ідея вертикальності
 - 2.1.2. Вертикальна вісь молекулярного федералізму
 - 2.1.3. Непередбачувана, мінлива ієрархія молекулярного федералізму
 - 2.2. Горизонтальний федералізм
 - 2.2.1. Основи горизонтального федералізму
 - 2.2.2. Горизонтальний вимір молекулярного федералізму
 - 2.2.3. Розширення об'єктів горизонтального федералізму: міжнародний елемент
 3. Проблеми федералізму, представлені на молекулярному рівні
- Висновки

¹ Цю статтю було підготовлено для представлення на Другому міжнародному симпозиумі з порівняльного дослідження права і політичної економії, що відбувся у школі права Осгуд Хол Йоркського університету (Торонто) 9 листопада 2006 р. Автор радий висловити свою широкую вдячність професору доктору П. Цумбансену за запрошення й іншим учасникам симпозиуму за їх коментарі, особливо учасникам з Американського університету. Він також вдячний Джаннет М. Хайс за її допомогу у здійсненні цього дослідження. Вперше опубліковано як: *Snyder D. V. Molecular Federalism and the Structures of Private Lawmaking. — Toronto : York University, 2007. — 38 р. (Comparative Law and Political Economy Research Papers No. 1/2007)*. Переклад з англійської кандидата юридичних наук, доцента Київського міжнародного університету О. Ткаченка за наукової редакції О. Кресіна.

Вступ

Дана стаття являє собою спробу оцінки приватного творення права (або приватного правотворення) як різновиду федералізму, а отже і обговорення питання, яке вже стисло піднімалося у моїй більш ранній статті [56, с. 437]. Надзвичайно сумнівна легітимність є основним викликом приватному правотворенню. Конкуренція, або її державний еквівалент — федералізм — може допомогти обґрунтувати те, що в інших випадках може видаватися неналежною справою щодо фактичного створення права поза структурами демократії чи будь-якими іншими державними структурами. Оскільки приватне правотворення здійснюється без встановлених структур і залежить від випадкової комбінації приватних учасників, я позначаю те, що відбувається у приватній сфері як *молекулярний федералізм*. Дж. Медісон уявляв Сполучені Штати як «складену республіку» [39, с. 323] і концептуалізував приватне правотворення як «молекулярний федералізм», що є аналогом його «складеності»: метафора молекули (як опозиції атому) відсилає до ідеї складеності, оскільки приватне правотворення може здійснюватися лише в якості об'єднаних зусиль принаймні двох учасників, а зазвичай значно більшої їх кількості. Ця конструкція, таким чином, визнає те, що навіть приватне творення права є соціальною функцією.

Залишаючи осторонь його обґрунтування в якості шаблону для оцінки легітимності приватного правотворення, федералізм може також допомогти виявити динаміку різних видів приватного правотворення. Комплекс державних і приватних відносин у федералістських системах, який є предметом прискіпливого аналізу протягом багатьох десятиліть, може демонструвати як різні суб'єкти правотворення — публічні й приватні — впливають і реагують один на одного. Крім того, як демонструє наукове ставлення до неї, федералістська організація державної влади навряд чи є досконалою. Поширення вчення про федералізм на сферу приватного правотворення може допомогти виявити деякі переваги і недоліки продукування норм, що властиві приватній сфері.

І нарешті, ідея «складеності» молекули і федералізм можуть бути співзвучними деяким твердженням німецьких теоретиків систем відносно того, що вони називають «комунікаціями» [36, с. 467]. Фактично, поняття молекулярного федералізму можна прив'язати до ідеї «громадянського конституціоналізму» чи «соціетального конституціоналізму», запропонованої Д. Скюллі й докладно викладеної Г. Тюбнером [54; цит. у: 57; 60; 34]. Цей зв'язок, можливо, є найбільш явним у перефразуванні професором Г. Тюбнером афоризму Г. Гроція *ubi societas ibi ius*: «правотворчість також має місце й поза класичними джерелами міжнародного права, у домовленостях між глобальними гравцями, у приватному ринковому регулюванні багатонаціональних концернів, внутрішньому регулюванні міжнародних організацій, міжорганізаційних системах ведення переговорів, світовому процесі стандартизації, який частково відбувається у ринковий спосіб, і частково шляхом переговорів між організаціями» [57, с. 13]. Ця концепція належно описує принаймні міжнародні аспекти приватного правотворення, і може практично так само застосовуватися також і до національного приватного правотворення.

Ця стаття не націлена на високу теорію; замість цього вона зосереджується на перевірці та зважуванні, й зокрема, на витратах і здобутках, пов'язаних з розподілом влади між мінливою ієрархією публічного і приватного правотво-

рення. Зрештою, це дослідження може розглядатися як попередня спроба аналізу питань, залучених у «складну емпіричну і нормативну проблему», яку Г. Тюбнер формулює так: як насправді можлива «політична і автономна соціальна конституціоналізація»? [57, с. 14]. З огляду на жорсткі обмеження обсягу, в даній статті розглядається федералізм у Сполучених Штатах і приватне правотворення у комерційній чи діловій сфері. І навіть у цьому ми обмежуємося стислим і пробним підходом. Ми також залишаємо поза увагою деякі важливі міжнародні питання, зокрема, різновид федералізму — регуляторну конкуренцію — яка існує у Європі¹, так само як і комплексний аналіз норм міжнародного приватного права й ідеї молекулярного федералізму.

1. Концепція приватного правотворення

Ідея приватного правотворення, в розумінні, у якому цей вислів тут використовується, детально пояснена у моїй попередній статті [56; див. також: 37]. Квінтесенція полягає у наступному: значення *права* розуміється у межах традиції правового реалізму, й адаптується до О. Холмса і К. Ллевелліна: право є лише передбаченням того, як буде розв'язувати суперечку особа, уповноважена приймати рішення². *Приватне правотворення*, грубо кажучи, є процесом у якому приватний актор (або, частіше, групи приватних акторів) створює норми, які де факто зв'язують, або істотним чином впливають на великі групи людей.

Найбільш чистою формою приватного правотворення є процес, у якому приватна група створює норми, що зобов'язують інших без їх згоди. Ця форма включає у себе діяльність, подібну до публічної правотворчості, за якої, скажімо, Конгрес і Президент разом можуть створювати закони, обов'язкові для всіх громадян Сполучених Штатів поза будь-якою окремою згодою кожного громадянина з цим конкретним законом. Прикладом цієї форми приватного правотворення є зобов'язуючий ефект деяких міжбанківських домовленостей. Наприклад, відповідно до § 4-103 (b) Уніформованого торгового кодексу (*Uniform Commercial Code*)³, домовленості між банками про перевірку чеків можуть бути обов'язковими для будь-кого, хто виписує чек, незалежно від того, чи погоджується чекодавець з цими нормами. Так звані саморегульовані організації, такі як Нью-йоркська фондова біржа, також підпадають під цю модель, так само як такі ж важливі, однак менш відомі організації, які визначають стандарти бухгалтерського обліку і аудиту (наприклад, Рада зі стандартів фінансового обліку — організація приватного сектору, очевидні помилки якої призвели до санкціонованого державою створення іншого приватного

¹ В якості вступу до літератури з цього питання див.: [20] і більш свіжу працю: [27, с. 33]. І щодо корпоративного права, зокрема: [32].

² О. Холмс: «Юридичний обов'язок є нічим іншим, як передбаченням того, що якщо особа робить чи пропускає деякі речі вона буде підпадати в той чи інший спосіб під судовий розгляд; й тим же самим є юридичне право» [29, с. 457–458]. К. Ллевеллін: «Справою права є розгляд суперечок таким чином, щоб він був розумним. І люди які задіяні у цьому, чи-то судді, шерифи, клерки, тюремники чи адвокати є посадовими особами права. Те, що ці посадові особи роблять задля вирішення спорів, на мій погляд, і є правом як таким» [35a].

³ «Регламенти і експлуатаційні циркуляри Федеральної резервної системи, правила посередництва і подібні до них мають силу договорів згідно з підрозділом (а), незалежно від того, наявна чи ні спеціальна згода всіх сторін, зацікавлених у цих положеннях».

органу — Комітету з нагляду за звітністю відкритих акціонерних компаній)¹. Норми, створені у приватний спосіб цими організаціями, часто наділяються формальною юридичною силою актами держави², а отже, ці норми іноді змішуються з наступною категорією.

Менш чистою формою приватного правотворення є така, за якої приватна група створює норми, які будуть загально зобов'язувати інших, однак ці норми потребують формального публічного посередництва, такого, яке має місце, коли публічна законодавча влада визнає приватно створені кодекси і модельні закони, або коли публічні суди визнають і застосовують приватним чином спроектовані зводи норм і принципів. Американський інститут права і Національна конференція уповноважених з уніфікації права штатів слугують прикладами цього різновиду приватного правотворення, й вони є найвідомішими і найкраще вивченими приватними легіслатурами США. Інша форма приватного правотворення включає приватних юридичних осіб, які створюють норми, що зобов'язують інших за допомогою тисяч і мільйонів договорів приєднання. Договори банківських рахунків, що передбачають використання кредитних карток, є найкращим прикладом, однак є незчисленна кількість інших, включаючи гарантійні зобов'язання, які надаються великими продавцями, наприклад, автомобільними виробниками. Норми, створені торговельними асоціаціями, такі як Уніфіковані правила і звичаї щодо документарних акредитивів, ухвалені Міжнародною торговельною палатою, також можуть відповідати цій категорії; посилання на збірники норм, опубліковані такими організаціями, часто включаються до тисяч чи мільйонів договорів. Також є інші незчисленні приклади приватного правотворення у діапазоні від асоціацій власників житла й до торговельних асоціацій, організацій із стандартизації тощо³.

2. Федералізм і приватне правотворення

Федералізм у Сполучених Штатах має дві вісі. Вертикальна вісь пронизує ієрархічні відносини між національною владою і владою штатів; горизонтальна вісь — відносини між штатами, які створювались незалежно один від одного. Кожний з цих вимірів має особливі характеристики, такі як можливість конкуренції між штатами і здатність кожної влади обмежувати іншу. Ця частина статті присвячена кожному з цих вимірів і аспектів федералізму й розглядає, як кожен з них застосовується до приватного правотворення.

2.1. Вертикальний федералізм

2.1.1. Ідея вертикальності

Вертикальний федералізм відсилає до відносин між штатами і національною владою. Сама назва робить очевидною ієрархію; штати підпорядковуються федеральній владі, а отже, федеральне право, включаючи федеральне законо-

¹ *Sarbanes-Oxley Act of 2002* (кодіфіковано у 15 томі Зібрання Кодексів Сполучених Штатів, § 7211).

² Наприклад, *Securities and Exchange Commission, Financial Reporting Release No. 1*, § 101, адаптований до стандартів Ради з стандартів фінансового обліку.

³ За винятком вказаних вище, кожен з цих прикладів пояснюється з необхідним цитуванням у: [56, с. 378–402].

давство і регулювання, пріоритетне щодо права штатів¹. У цьому розумінні національний уряд і всі його численні юридичні особи наділені регуляторною владою, уособлюють найвищу владу, маючи можливість перевіряти і обмежувати акти урядів штатів. Це є менш очевидним, однак штати також можуть у деяких випадках обмежувати національну владу. З формальної і структурної точок зору національна влада є вищою лише у рамках її навмисно обмеженої влади. Згідно з десятою поправкою, «повноваження, які не делеговані Сполученим Штатам Конституцією, й не заборонені нею для штатів, зберігаються відповідно за кожним штатом чи за народом»². Будучи значною мірою ігнорованою чи придушеною протягом поколінь, починаючи з «нового курсу»³, ці ідеї федералізму — тобто обмеженої федеральної влади — знову стають більш важливими відповідно до *Rehnquist Court*⁴. Є принаймні дві інші відомі теорії про те, як штати можуть слугувати демократичним обмеженням федеральної влади. Одна з них пов'язана з ідеєю, яку в пізній період своєї діяльності суддя В. Бреннан запропонував у статті, присвяченій огляду судової практики та опублікованій в період, який він називав часами обмежень особистих прав з боку *Burger Court*⁵.

В. Бреннан стверджує, що суди штатів повинні визнавати заснований на праві штату захист особистих прав у випадках, коли немає визнаних федеральних прав, вказуючи, що суди декількох штатів діють таким чином [8, с. 489]. Верховний суд Сполучених Штатів, звичайно, не має повноважень змінювати ці рішення, оскільки вони засновані на праві штатів, а не на федеральному праві [8, с. 501]. В. Бреннан вказує, що ця влада штатів здійснювалася не лише у відповідь на звужене сприйняття федеральних прав, яке превалювало у часи після *Warren Court*⁶, але також задовго до того як федеральний Білл про права

¹ Див. ст. VI Конституції США (положення про верховенство загальнонаціонального права). Наголошується на важливості розуміння пріоритетної доктрини як частини федералізму. Див.: [30, с. 1].

² Конституція США, поправка X; див також поправку XI (обмеження федеральної судової влади у справах проти штатів), IX (визнання за народом прав, які не перераховані в Конституції).

³ Система економічних реформ президента Ф. Рузвельта, які були спрямовані на подолання Великої депресії 1929–1933 рр. — *Прим. перекл.*

⁴ Розширювальний погляд на повноваження федеральної влади часто пов'язується з «відступом у часі, який всіх врятував» протягом «нового курсу». Більш ранні спроби Верховного суду повернути назад соціальне реформування були різко припинені, і мислення, втілене більшістю в справі *Lochner v. New York* 1905 р., втратило свої підстави в таких справах, як *West Coast Hotel v. Parrish* 1937 р. (рішення по якій скасовує всі рішення ери *Lochner*), і *United States v. Carolene Products Co.* 1938 р. (в якому декларується необхідність поваги з боку судової влади до економічних способів регулювання). Останній раз збільшилися прояви федералізму в зв'язку з Десятою поправкою, що можна побачити у справах, вказаних у посиланнях нижче, а також у таких справах, як *United States v. Lopez* 1995 р. (Закон про заборону носіння зброї поблизу шкіл не належить до компетенції федеральної влади), і *United States v. Morrison* 2000 р. (Закон про заборону насилля відносно жінок не належить до компетенції федеральної влади). Див також: *Seminole Tribe v. Florida* 1996 р. (підтвердження широкого, позатекстового погляду на імунітет штату від судового переслідування згідно з Одинадцятою поправкою); *Alden v. Maine* 1999 р. (те саме). Ідея обмеженої влади знаходить свого сучасного захисника в особі судді Ренквіста, і це є гарною нагодою запитати, як Верховний суд буде розв'язувати подібні справи у майбутньому. Наприклад, справа *Gonzales v. Raich* 2005 р. може являти собою ширше аніж будь-коли визнання повноважень Конгресу щодо регулювання торгівлі. *Rehnquist Court* — прецедентна практика Верховного суду США у період головування судді В. Г. Ренквіста (1986–2005). — *Прим. перекл.*

⁵ *Burger Court* — прецедентна практика Верховного суду США у період головування суді У. Е. Бергера (1969–1986). — *Прим. перекл.*

⁶ Прецедентна практика Верховного суду США у період головування суді Е. Уорена (1953–1969). — *Прим. перекл.*

був прийнятий задля повного обмеження дій штатів (тобто, до того, як Білл про права був включений до правової системи в якості протизваги владі штатів) [8, с. 501–502]. В. Бреннан, з огляду на це, розглядає суди штатів і федерації як такі, що забезпечують «подвійне джерело захисту» особистих прав за допомогою цього давнього механізму [8, с. 503]. Навіть більш важливим для цілей приватного правотворення є твердження В. Бреннана, що суди штатів детальніше розвивають розуміння федерального застереження щодо належної правової процедури (*Due Process Clause*)¹ у випадках, коли визнають, розуміючи це як питання загального права штату, інтереси власності та свободи. Будучи одного разу визнаними *правом штату*, ці права — включаючи договірні й речові права — стають захищеними федеральною гарантією належної правової процедури [8, с. 503].

Друга відома теорія обмеження національної влади, яка ґрунтується на повноваженнях штатів, впливає з комплексного аналізу Г. Векслера. Замість наголосу на судах, він зосереджується на політичній структурі, встановленій Конституцією. Він стверджує, що «національний політичний процес у США — і особливо роль штатів у побудові й підборі кадрів для центральної влади — по суті є добре пристосованим для сповільнення чи стримування нових вторгнень центру в сферу штатів» [63, с. 558]². Ця ідея засновується на політичній реальності, що визнається протягом століть від Дж. Медісона до Т. О'Ніла³, згідно з якою навіть у Конгресі політики більшою мірою представляють місцеві, а не національні інтереси⁴. Г. Векслер також вважав, що колегія виборщиків посилює владу штатів — особливо великих, виборчі голоси яких можуть визначати результати президентських виборів. Цей аргумент потребує детального пояснення задля того, щоб бути зрозумілим, однак у підсумку він розкладається на декілька структурних частин:

- а) виборці кожного штату голосують разом;
- б) колегія не може вибрати президента без більшості;
- в) відсутність більшості означає, що президентське рішення переміщується до Палати представників, які голосують за свої штати — серйозна небезпека, хоча досі загалом не реалізована.

Хоча Г. Векслер присвятив значну частину своєї впливової статті цьому складному політичному і конституційному аналізу, він також зробив інше своє твердження першим, і можливо, що його осмислення є найглибшим: штати підлягають захисту, оскільки вони існують і здійснюють свою владу. Г. Векслер не намагається прискіпливо опрацювати чи виправдати це твердження в подальшому, однак, на мій погляд (і, очевидно, на його також), воно володіє великою підсвідомою правдоподібністю. Це твердження також добре працює з, як видається, основною ідеєю його статті — національна влада часто знаходить втручання у право штатів недоцільним, за винятком регулювання, що заповнює прогалини. Наприклад, однією з очевидних і добре відомих сфер компетенції національної влади є регулювання торгівлі між штатами згідно з положенням щодо торгівлі

¹ Маються на увазі поправки V і XIV до конституції США — *Прим. перекл.*

² Динаміка, подібна до В. Бреннана і Г. Векслера, представлена у двох статтях А.Р. Амара: [3; 2].

³ О'Ніл, Томас Філіп, молодший (Тіп) (1912–1994) — державний діяч, конгресмен-демократ від штату Массачусетс у 1953–1987. Спікер Палати представників у 1977–1986 рр. — *Прим. перекл.*

⁴ «Місцевий дух безпомилково буде переважати серед членів Конгресу, а не національний дух буде переважати серед законодавців конкретних штатів» [38, с. 296]. Див. також: [42].

(*Commerce Clause*)¹. Суди надають цьому положенню надзвичайно поширювальне значення², внаслідок чого контракти та інші комерційні правочини легко опиняються у межах юрисдикції федеральної влади. Крім того, Конгрес продовжує уникати систематичного регулювання цієї діяльності штатів, обмежуючись лише поступовим доданням неузгодженостей за допомогою національного законодавства.

Навіть такий стислий опис демонструє, що вертикальні відносини характеризуються чимось більшим за пряму, низхідну динаміку переваги одного над іншим. Хоча є небагато сумнівів щодо формальної вищості національної влади та її практичної вищості у випадках, коли вона вирішує здійснювати свою владу, практика демонструє відносини, в яких національна влада може виявлятися більш обмеженою порівняно з вимогами конституційних принципів, виразно стверджених Верховним судом. (Пригадаємо, що Верховний суд мав достатньо ліберальне бачення федеральної влади аж до зміни власної позиції під час «нового курсу», а також обмеженого втручання під час пізнього періоду головування В. Ренквіста). Хоча ця стриманість може в чомусь сприяти діям згідно принципів, виражених у тексті Конституції, і культурі прищеплення шанобливого ставлення до тексту, вона може добре узгоджуватися з простою (чи не простою) доцільністю.

2.1.2. Вертикальна вісь молекулярного федералізму

Оцінюючи те, як приватне правотворення функціонує вздовж вертикальної вісі федералізму, ми спершу повинні брати до уваги те, що вертикальна вісь федеральної влади встановлює очевидну, хоча і складну ієрархію, в якій національна влада є «вищою» у відведеній їй сфері, й при цьому позбавлена влади поза нею. Сфера національної компетенції, як вже зазначалося, включає торгівлю³, й тому охоплює ті різновиди діяльності, які висвітлюються нами у даному дослідженні. Важливість цієї обставини полягає у тому, що торговельна діяльність, у поняттях державної влади, може врегульовуватися штатами, чи федеральною владою, чи ними обома, однак якщо федеральна влада захоче підмінити собою штати, вона може це зробити.

Приватне правотворення, на перший погляд, з'являється внизу цієї ієрархії, поряд зі штатами, і виключно національна влада розташовується вище їх обох. Іншими словами, приватне правотворення може бути заміщеним як штатом, так і федеральною правотворчістю — додатна обставина, як видається, для того, аби звернути увагу на легітимність приватного правотворення. Часто штати і федеральна влада разом можуть обмежувати приватне правотворення, й іноді місцеве право також. За звичайного перебігу подій, таким чином, приватне правотворення легше замінити, аніж федеральну правотворчість, й таке заміщення є менш конституційно обтяжливим, аніж у випадку з національною владою. Хоча владна боротьба між штатом і національною владою може інколи викликати питання конституційного характеру, зокрема, вона стала причиною

¹ Див. ст. I, параграф 8 Конституції США. *Commerce Clause* — конституційний принцип, що передбачає право Конгресу США регулювати торгівлю з іноземними державами і між штатами. Закладений у ст. I, розділі 8, пункті 3 Конституції США — *Прим. перекл.*

² Див. рішення у цитованій справі *Gonzales v. Raich* 2005 р.

³ Див. ст. I, параграф 8 Конституції США. Будь-які сумніви щодо широти національних повноважень у сфері регулювання торгівлі були розвіяні рішенням по справі *Gonzales v. Raich* 2005 р.

однієї з найганебніших короткострокових повних змін прецедентної практики Верховного суду¹, заміщення приватно створеного права рідко викликає подібні питання, до тих пір як законодавство є очікуваним. Не з часів справи Локнера² Конституція сприймається як така, що захищає очікувану свободу договору, припускаючи, що національне регулювання може надати надзвичайно поважну раціональну основу перевірки правильності³. З огляду на такий вертикальний вимір федералізму, таким чином, національне регулювання може легко заміщувати приватне правотворення.

Це заміщення може відбуватися у різний спосіб, й різні методи регулювання можуть збільшувати різні проблеми приватного правотворення. За допомогою *матеріального регулювання* і *заміщення*, звичайно, публічні правотворці можуть частково чи цілковито ігнорувати приватних правотворців і їх обов'язкові норми. За допомогою *процесуального регулювання* публічні правотворці можуть врегульовувати процес приватного правотворення, заохочуючи конкуренцію чи забороняючи кроки, які ведуть до домінування. Примусовість антимонопольного права, незважаючи на наявні виключення для багатьох сфер діяльності приватних правотворців, може слугувати прикладом [53, с. 1393]. Нарешті, за допомогою *процесуального заміщення* публічні правотворці можуть повністю контролювати процес продукування норм. Наприклад, цей метод іноді використовується у звичайних випадках [40].

2.1.3. Непередбачувана, мінлива ієрархія молекулярного федералізму

Отже, поки все зрозуміло: будь-які спроби делегітимації приватної влади за допомогою приватного правотворення є предметом подвійного обмеження з боку штату і національної влади. Однак, як демонструє досвід, ця теорія залишає осторонь важливу динаміку торгівельного права і федералізму, й ця динаміка може спричинити підвищення місця приватного правотворення у ієрархії, принаймні у два способи. По-перше, переміщення може відбуватися плавно, й у майже плановому режимі. Більшість публічним чином створеного торгівельного права містить норми, які не можна виконати, й вони з огляду на таку їх природу, підлягають заміщенню приватними домовленостями, включаючи ті приватні домовленості, які ми розглядаємо як приватне правотворення. Те що більша частина торгівельного права складається з дефектних норм, наразі є загальноновизнаним. Деякі вчені навіть йдуть далі, стверджуючі що деякі з цих дефектних норм насправді заохочують їх заміщення приватними нормами, як у випадку з «нормами про штраф за невиконання зобов'язання». Такими нормами право визначає строк договору у такий спосіб, аби потім карати одну або дві сторони, й тим

¹ Див. рішення по справах: *National League of Cities v. Usery* 1976 р., яке було скасовано рішенням по справі *Garcia v. San Antonio Metro Transit* 1985 р.; *New York v. United States* 1992 р. (яке видається таким, що відкидає рішення по справі Гарсія); *Printz v. United States*. Див. також: [38; 42].

² Мається на увазі рішення по справі *Lochner v. New York* 1905 р., яким встановлено, що закон штату Нью-Йорк, що врегульовує тривалість робочого дня пекаря, є неконституційним, оскільки порушує гарантовану Конституцією США свободу договору. Рішення скасовано Верховним судом у 1917 р. — *Прим. перекл.*

³ Про завершення ери Локнера і появу поваги судової влади до економічного регулювання див. вище посилання 17. Положення про договори, закріплене ст. 1, параграфом 10 Конституції США («Штати не повинні... приймати будь-які... закони, що перешкоджають виконанню існуючих договірних зобов'язань») тлумачиться як обмеження штату чи місцевого права, які заважають діючим договорам. Рішення по справі *Ogden v. Saunders* 1827 р.

самим заохочує їх досягати домовленості щодо строку і заміщувати таку норму. Ця стратегія передбачає розкриття інформації і переговори щодо строку, які можуть вважатися вигідними¹. Якщо не брати до уваги жорстко формалізованої стратегії, публічно створене право часто створюється задля наступного свого підпорядкування приватно створеному праву.

По-друге, більш різке зміщення у ієрархії може відбуватися у цілковито відмінний спосіб. Розглянемо норми, створені банками, й особливо асоціаціями великих банків. На перший погляд, федеральна правотворчість і правотворчість штатів можуть заміщувати приватне правотворення. Право штату, який намагається контролювати приватне правотворення, однак, саме може бути заміщене федеральним правом, яке може надавати силу приватному правотворенню, незважаючи на спроби потенційного контролю з боку штату. Наприклад, банки, які видають кредитні картки — зазвичай члени банківських асоціацій, які здійснюють свою діяльність під брендами *Visa* чи *MasterCard* — обирають статус «національного банку», і таким чином отримують право на захист Закону про національні банки². Однією з ключових функцій цього закону і федерального агентства, що здійснює контроль за його застосуванням (Управління контролера грошового обігу), є захист національних банків від надмірного регулювання з боку штату. Таким чином, при видачі картки *Visa* банк, юридична адреса якого знаходиться у Південній Дакоті чи Делававі (зазвичай шляхом розміщення там дочірніх юридичних осіб з видачі кредитних карток), може вільно порушувати закони проти лихварства, чи навіть закони, що регулюють багато інших питань, таких як прострочення платежу, і подібних у інших штатах³. Закон, що впроваджується у життя десятками мільйонів приватних договорів, що укладаються між такими банками й їх клієнтами, що володіють кредитними картками, таким чином є вищим за право штату в інших штатах. Така зміна ієрархії, за якої приватне правотворення стає вищим за правотворчість штату, завжди є можливою в комерційній сфері, оскільки остання перебуває у межах влади федерального Положення про торгівлю⁴. Необхідно відзначити, що національна влада має діяти — за допомогою інструментів, таких як Закон про національні банки, — задля досягнення результату. Але в комерційній сфері такі дії завжди є можливими у відповідності з наявними

¹ Наукова література, присвячена мовчазним нормам, є величезною, в тому числі щодо питання так званих штрафних мовчазних норм. Гарним вступом до літератури з цього питання є нещодавній симпозиум, зміст якого відображений у *Florida State University Law Review. Матеріали цього симпозиуму опубліковані у першому номері цього журналу за 2005 рік — Прим. перекл.* Основною статтею з цієї проблематики є наступна: [5, с. 87].

² 1863 р. — *Прим. перекл.*

³ Суддя В. Бреннан вказав у рішенні по справі *Marquette National Bank v. First of Omaha Service Corporation* 1978 р., що національний банк може поширювати свої відсоткові ставки на інші штати за умови, що відсоткові ставки є правомірними у штаті місцезнаходження банку. У відповідь на позовні твердження, що прострочення платежу Сітібанку не є відсотками, а тому не підпадає під захист рішення по справі *Маркетт*, Управління контролера грошового обігу обнародувало регулювання, що захищає банк, (Звід федеральних правил, том. 12 § 7.40001), і ця дія була не лише підтримана, але й здобула значний судовий захист, див.: *Smiley v. Citibank (South Dakota)* 1996 р.

⁴ Можна проводити аналогію між зміщенням ієрархії у цій складній схемі федералізму і зміщенням правових ієрархій, спричиненим розростанням права і суспільства, причому не лише до величезних розмірів Сполучених Штатів, але нині вже у глобальному контексті. Див.: [58, с. 763–787] (деконструкція ієрархії права відбувається завдяки глобалізації).

інтерпретаціями конституційних принципів, і вплив навіть одного закону чи федеральної агенції може мати далекосяжні наслідки.

Виходячи з цього, більшість тверджень В. Бреннана щодо федералізму є безпідставними. Він припустив, що національна конституція створить мінімальний рівень незмінних прав особистості, й що конституції штатів зможуть надавати більші права, як безпосередньо у своїх текстах, так і завдяки їх тлумаченню судами штату. Хоча таке розуміння працює відносно конституційних прав, воно розчиняється у випадку, коли права не мають конституційного статусу. Хоча у багатьох випадках дійсно буде мати місце «подвійне джерело захисту»¹, національна влада може вирішити призупинити свій захист і заборонити будь-якому поширенню компетенції штатів. За відсутності конституційних структур (а їх небагато у комерційній сфері), приватне правотворення є предметом критики, заснованої на правах особистості.

В контексті приватного права один з аргументів В. Бреннана дійсно працює, однак таким чином, що він міг би це назвати неправильним. Він стверджує, що суди штату, розвиваючи загальне право (без потреби звертатися до конституційного права), можуть визнавати інтереси власності й свободи. Таке розширювальне визнання може припускати надання більшого статусу договірним правам, які є продуктом приватного правотворення. Таким чином, норми, що були приватним чином створені договором, тільки-но вони будуть визнані в якості різновиду майнового інтересу, самі стануть захищатися відповідно до федерального застереження про належну правову процедуру. З огляду на це, правильним є те, що, як видається, найнижча ступінь у ієрархічній драбині — договори приватних осіб — можуть діяти з посиланням на федеральний порядок, хоча застереження про належну правову процедуру надає відносно небагато гарантій економічним правам. Звісно, нормативна валентність цього зміщення в ієрархії буде залежати від того, чи свобода договору, здійснювана у приватному правотворенні, є більш важливим правом за інші різноманітні права (наприклад, захист від лихварства), якими можуть нехтувати у цьому процесі. Це є ідеологічним питанням, що виходить за межі даної статті.

Рухаючись у бік політичного (як відмінного від правозахисного) погляду на федералізм, ідеї Г. Векслера, як видається, мають загальний, а не конкретний смисл. Він розуміє політичні процеси, структуровані Конституцією, як такі, що протистоять новим втручанням центру. Ієрархічний зсув, який, як гадають, відбувається на політичній арені, показує, як деякі гравці можуть захищати свою свободу одночасно від штатів і національної влади, звертаючись до національної влади. Цікаво, що банки і споживачі одночасно знаходять цю стратегію успішною² — факт, що може вказувати на випадковість, мінливість політичної ситуації, чи на структурний ефект. У цьому контексті, однак, Г. Векслер не є

¹ Важливим нещодавнім прикладом є кампанія колишнього генерального прокурора Нью-Йорка Е. Спітцер щодо введення законів проти корпоративного шахрайства і шахрайства з цінними паперами, які так само могли бути введені в дію національною владою (зокрема, Комісією з цінних паперів і біржової торгівлі).

² Прикладом захисту прав споживачів є Закон Магнуссона-Мосса про удосконалення діяльності Федеральної торговельної комісії, 11 розділ Кодексу Сполучених Штатів §§ 2301–2312, який цілеспрямовано витісняє несумісне з ним право штатів, що дозволяє продавцям відмовлятися від деяких гарантій. Щодо пояснення політичного процесу захисту прав споживачів див. напр.: [43]. Див. також: [28, с. 631] (порівнюється процес підготовки уніфікованого права з публічним, і особливо законодавчим процесом у Конгресі).

коректним у деталях. Він розглядає політичні структури як призначені для захисту влади штатів проти національної влади. Ці ж випадки стверджують, що приватна влада може успішно захищати себе за допомогою політики національного управління і управління штатом.

2.2. Горизонтальний федералізм

2.2.1. Основи горизонтального федералізму

Горизонтальний федералізм вказує на владу штату у відносинах з іншими штатами. Ці відносини мають декілька відомих аспектів. Штат може слугувати лабораторією демократії, пропонуючи різні вирішення проблем, не втягуючи всю країну в експеримент¹. Це не є лише теоретичною перевагою; декілька важливих і успішних національних проектів виникали у подібний спосіб, у тому числі надання жінкам виборчих прав, впровадження страхування на випадок безробіття, й мінімального рівня заробітної плати². Пов'язані з цією й більш економічно орієнтовані ідеї стверджують, що штати формують ринкове середовище для демократії, конкуруючи за клієнтів (резидентів і/або платників податків, а отже, за владу і/або гроші), пропонуючи різні закони. Теорії відрізняються, однак одне можна стверджувати – штати конкурують за цінних мігрантів, пропонуючи сприятливу економіку і ефективні закони, чи за додаткових виборців, шукаючи мігрантів, яким до вподоби соціальні блага і/або високі податки, або мігрантів з високим людським капіталом, пропонуючи притулок від попередніх кредиторів [9, с. 201]. Я буду називати ці дві ідеї «лабораторним» і «ринковим» аспектами федералізму.

Крім цього, горизонтальний федералізм може допомогти досягти такого виду правотворчості, який пристосовує логічні складнощі до великої кількості географічно розсіяних громадян. За умови меншої і більш децентралізованої влади, вона є ближчою і більшою мірою відповідає людям, й люди отримують легший доступ і більш конкретну частку влади. Бути ближче до людей означає забезпечувати більшу можливість для участі, й люди можуть стати краще поінформованими щодо того, що чинить їх влада³. Висувається гасло: «влада — народу». Ця структура повинна також забезпечити колективне вирішення деяких проблем, оскільки інтереси людей є різноманітними. Окрім того, різноманітні прошарки суспільства стикаються з різними проблемами, й будуть вигравати від можливості прийняття різноманітних рішень. Різноманітність рішень є найбільш ймовірною за режиму федералізму. Сегментарна організація влади дає змогу продукувати відносно придатні й стійкі відповіді на місцеві проблеми, тоді як у протилежному випадку вони б залишились:

- а) без жодної відповіді через владарювання тих, хто не потерпає від даної проблеми;
- б) реакція була б слабкою через необхідність компромісу з тими, хто не потерпає від даної проблеми;
- в) відповідь буде невинуватою жорсткою, якщо ті, хто не потерпає від даної проблеми, все ж повинні нести видатки, пов'язані з її вирішенням.

¹ Знаменитим твердженням є окрема думка судді Брендейса по справі *New State Ice Co. v. Liebman* 1932 р.

² Див. рішення по справі *Federal energy regulatory comm'n v. Mississippi* 1982 р.

³ Див.: [2, с. 1234] (хоча А. Р. Амар відносить цю рису до наукової лабораторної метафори).

Прикладами можуть бути розмір орендної плати і управління водними ресурсами. У деяких місцях вони є важливими, в деяких — ні, або потрібне управління іншого роду. Федералізм дозволяє урізноманітнити правопорядок для врахування різноманітних потреб.

Хоча федералізм характеризується цим різноманітними перевагами, значна кількість визнаних проблем протистоїть різним аспектам федералізму¹. Стисло назвемо їх: деякі види змагань можуть створити «ринок браку». Це може трапитися коли споживачі не мають достатньої інформації про якість і, відповідно, не хочуть платити за вищу якість [1]. Можливо, саме через цю динаміку громадяни — тобто споживачі права — можуть потерпати від гонки за виживання, коли невеликі групи тих, хто має стимули бути поінформованими, захоплюють перевагу над більшими групами з більшими, але й більш розрізненими інтересами. Багато хто стверджує, що ця ситуація спричинила саме такі «гонки за виживання» у корпоративному праві, хоча існують суттєві наукові суперечки з цього питання². Більше того, горизонтальний розподіл влади між штатами може призвести до побічних наслідків (найочевиднішим є, наприклад, викид одним штатом своїх забруднень по вітру в напрямку іншого штату). У демократичних умовах ця проблема виражає відсутність представлення. З економічної точки зору, це є проблемою зовнішніх ефектів. І, нарешті, множинність правотворців може позбавити суспільство вигод координації. Єдиний підхід до правотворення може знадобитися для досягнення ефективності уніфікованості на національному і міжнародному ринках. У таких випадках деякі контексти правотворення можуть являти ситуації природних монополій, коли конкуренція регулювань може бути складною чи неможливою, й у будь-якому випадку підпорядкована систематиці єдиного правового режиму.

2.2.2. Горизонтальний вимір молекулярного федералізму

У багатьох відношеннях приватне правотворення є особливо сильним уздовж горизонтальної вісі, значною мірою тому, що приватне правотворення може бути сегментованим, а потім нескінченно і постійно перебудовуватися для задоволення конкретних і мінливих потреб. Приватне правотворення є буквально безмежним, оскільки воно не прив'язане до географічних кордонів. А також є гнучким: приватне правотворення може пристосовуватися до різноманітних ситуацій у відмінний спосіб. Акредитиви можуть регулюватися нормами, відмінними як за змістом, так і за обсягом від, скажімо, норм, що регулюють обіг кредитних карток (хоча ці два кредитні механізми насправді є дуже подібними), й ці норми можуть (так і відбувається) походити від різних комбінацій приватних учасників. Проблема не повинна вирішуватися конкретним політичним суб'єктом; новий приватний правотворець (правотворці) може з'являтися у кожній ситуації, яка виграє від встановлення норм. Цей пункт є основним аргументом на користь приватного правотворення, хоча він також потребує кваліфікації, яка буде надана у частині третій даного дослідження.

Взаємопов'язані категорії «лабораторія» і «ринок» виражають приватне правотворення у, можливо, найпривабливішому світлі як таке, що надає прак-

¹ Найбільш важливими статтями є: [51, с. 41; 31, с. 2180]. Корисні посилання на літературу містить ця стаття: [17, с. 1].

² Важливими статтями є: [12, с. 663; 65, с. 251; 49, с. 225]. Див. також: [50, с. 14–24]. Бурхливі дебати ще тривають. Див. напр.: [6, с. 1793].

тично необмежені можливості для експериментування і незчисленних потенційних змагань. Говорячи економічною мовою — існує величезне збільшення «пропозиції» доступного права¹. Прикладів цього багато — навіть у деяких сферах, які, здавалося, перебувають під непорушним пануванням однієї групи, як у випадку торгівлі алмазами. Практично неприступне домінування надзвичайно однорідних і закритих ультра-ортодоксальних євреїв зазнало відчутного вторгнення з боку цілковито відмінних груп, підкорених іншому (недержавному) режиму². Інше, більш відкрите юридичне змагання можна спостерігати у сфері обнародування конкуруючих приватних чи квазі-приватних режимів міжнародного договірного права, таких як Принципи УНІДРУА щодо міжнародних комерційних договорів і Принципи європейського договірного права, які разом, як видається, конкурують з публічно створеною Конвенцією ООН щодо договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, так само як і з національним правом. Існування таких прикладів демонструє, що принаймні в деяких контекстах реальна конкуренція регулювань можлива, й переваги такої конкуренції можуть бути реалізовані [10].

Приватне правотворення також руйнує те, що А. Амар називає «уявним етатизмом лабораторії перспективи» [2, с. 1245], й, вірогідно, може звільнити правотворення від іноді паралізуючої влади вкорінених інтересів тих, хто домінує у сфері державного управління [62]³. Таке подолання етатизму і його затверділих інтересів веде до розподільчої тези, яку я називаю «владою людей»: приватне правотворення утверджує людей як правотворців для самих себе. Такого роду відхід від держави і створення простору для приватних союзів реалізує те, що французькі реформатори уявляли як договір, що виступає як можливість правотворення для будь-якої особи, яка може знайти собі контрагента за договором. Сторони можуть створювати право для себе за допомогою свого договору (з врахуванням різноманітних очевидних обмежень)⁴.

Якщо говорити більш широко, виходячи за межі основної комбінації двостороннього правочину, то приватне правотворення має великий потенціал для реалізації деяких переваг демократичної теорії, й тим самим одержує більшу легітимність. Коли приватне правотворення є результатом зусиль групи, яка створює норми для себе, це є виразним прикладом різновиду демократії, описаного Дж. Дьюї, а нині й демократичними експериментаторами. Люди, залучені до вказаних процесів, не лише стають більш поінформованими щодо їх приватної влади та її норм, але й сама приватна влада опиняється в кращому положенні для вивчення того, які її норми можуть бути покращені з урахуванням накопиченого досвіду. Ця структура, таким чином, може забезпечити більш широкі можливості для того, що ці теоретики могли б назвати «експери-

¹ Детальніше див.: [44, с. 245]. Як видається, економісти в цілому погоджуються з ефективністю вибору права, питанням, тісно пов'язаним з динамікою приватного правотворення, хоча цей погляд не є загальноприйнятим, особливо з радикальної перспективи. Нещодавні авторитетні публікації згадуються в: [52].

² [47, с. 383] (вказується на важливість Дж. Паланпурі та інших індійців у алмазній індустрії). Також важливою є стаття: [7, с. 115]. Див. також: [46].

³ Однак, цей напрям може вважатися проблематичним, так само як руху до децентралізації протистоїть рух до централізації [61].

⁴ Див. ст. 1134 Французького цивільного кодексу.

мент» і «подразнення», а отже і корекції¹. Іншими словами, приватна влада є органічною частиною системи влади, й вона може вивчатися на основі досвіду. Аналогічним чином, руйнування традиційних масштабів правотворчості, за яких вона втілювалася у великих державних установах, забезпечує більшу швидкість реагування і дає змогу правотворчому процесу скористатися перевагами реляційної теорії договору Я. Макнейла. Як зазначає П. Вінсент-Джонс, «там, де спосіб економічної організації є договірним, здатність до колективного навчання серед сторін, залучених до договірного режиму, скоріш за все буде залежати від реляційності установчих регулятивних відносин» [61]. Цікаво, що Європейська Комісія намагається знайти способи перевести цю очевидну перевагу приватного правотворення у публічну сферу під назвою «рефлексивного управління», про що більш детально зазначено у іншому виступі на цьому симпозиумі [61].

У зв'язку з різноманітністю аспектів федералізму, приватне правотворення, здається, є його найсильнішим аспектом, враховуючи його здатність створювати норми для різноманітних потреб. У певному розумінні це є ідентичністю приватного правотворення, чи то на найпростішому рівні двостороннього правочину, чи в більш далекосяжних версіях приватного правотворення, де норму можна створювати — і вона створюється — у конкретних, але широких за діапазоном відносинах, контекстах (наприклад, таких як акредитиви, які є конкретним кредитним інструментом, економічно важливим усюди)². Фактичний і моральний диктат різноманіття також пропонує один з найважливіших аргументів на користь федералізму загалом і приватного правотворення зокрема. Обидві ці стратегії організації можуть допомогти вирішенню проблем лівого та правого підходів — надзвичайно неефективного централізованого планування й огидного підкорення різних учасників єдиній визнаній моделі, в якій не все їм підходить³. Тут приватне правотворення має особливу перевагу щодо державно-орієнтованого федералізму, оскільки воно є надтериторіальним, або, іншими словами, має непросторовий вимір. Сторони можуть обрати режим безвідносно до їх місцезнаходження.

Цей екстериторіальний аспект молекулярного федералізму є особливо важливим у багатьох сферах, як торговельній, так і інших. Інтернет є найбільш відомим прикладом режимів приватного правотворення — перш за все програм для друку — які існують у великій кількості [56, с. 444]. Більш важливо, як дехто стверджує, що комп'ютерні коди самі по собі також є видом приватного правотворення [57]⁴, й нещодавні події є аргументами на підтримку цієї ідеї. Microsoft наразі заохочує до використання коду, який виконує такий різновид роботи, який ми зазвичай пов'язуємо з правом: захист прав споживачів. Ця компанія, засновуючись на тому, що вона сприймає як ринкові вимоги, просуває конкретне програмне забезпечення для захисту конфіденційності кінцевих користувачів [16]. Інші, за межами віртуального світу комп'ютерів й Інтернету, вказують на відмінний екстериторіальний підхід до приватного правотворення

¹ Щодо ідей демократичних експериментаторів див. напр.: [18, с. 267]. Більш свіжою працею, в якій здійснена спроба втілення ідей Дж. Дьюї, є: [55].

² В якості доповнення до [56] див.: [26, с. 23].

³ Щодо лівої стратегії див.: [11]. Класичне ствердження правої позиції викладено у праці: [41, с. 191].

⁴ Більш докладно про це див.: [35].

ня. Подібно до того, як може бути складним забезпечити достатню політичну підтримку для державного захисту комп'ютерної конфіденційності, це може бути складним і з огляду на географічне розсіяння, як із законами проти дискримінації, пов'язаної з сексуальною орієнтацією. Однак, друкована програма може дозволити дисперсним сторонам обрати екстериторіальний правовий режим, який забороняє таку дискримінацію, і такі канали переваг недискримінації для тих, хто його обрав [4]. Нарешті, екстериторіальність допомагає на рівні підприємств різних розмірів. У межах територіальних правових режимів великі підприємства можуть уникнути обов'язковості норм, залишаючи юрисдикцію, так як зробили багато банків, розмістивши свої філії у Делаварі і Південній Дакоті. Якщо гравці можуть обрати режим без зміни місцезнаходження, бар'єри для входу на ринок знижені, а конкуренція стане більш надійною. Звичайно, водночас регулювання стане складнішим.

Також слід відзначити одну окрему, більш гіпотетичну ідею: приватне правотворення може бути більш динамічним за федералізм, заснований на штатах. За межами публічного управління є менше перешкод для створення нового права, й меншим центрам правотворення простіше скасувати застаріле право, аніж публічним легіслатурам, чії інтереси є значно більшими. Ця гіпотеза виглядає сильнішою коли на кону стоять гроші: «політики і чиновники не оцінюють і не здійснюють інновації у праві таким чином, як це роблять підприємці — швидко, гнучко, і з використанням ресурсів і стимулів ринку, що є у їх розпорядженні» [25]. Ця інтуїція, звичайно, є предметом обговорення. Наприклад, із стандартних договірних умов суверенного ринкового боргу, які були розглянуті з огляду на режим приватного правотворення, можна зробити висновки, що дають змогу рухатися в обох напрямках. Можна вказати на положення, що пропонує ключові фінансові умови, які можуть змінюватися лише 75 % голосів (замість одноголосного рішення). Це нововведення вирішує важливу проблему нездатності публічних правотворців ухвалювати рішення. З іншого боку, коли нове стандартне правило стало необхідним, жодних нових правил введено не було, внаслідок чого дехто стверджує, що зміни у приватним чином створених стандартних умовах відбуваються «рідко, повільно і тихо» [14, с. 1129]¹.

2.2.3. Розширення обривів горизонтального федералізму: міжнародний елемент

Хоча федералізм у США передбачає значною мірою замкнену систему управління, приватне правотворення не є таким обмеженим². Таким чином, конституційний федералізм США нездатний охопити міжнародну і недержавну динаміку приватного правотворення. Іншими словами, він не стосується можливості гетерархії (тобто, норми іншого).

Динаміка у міжнародній сфері у певних відношеннях є тотожною до тієї, що має місце у національній. В обох сферах сторони можуть обрати варіанти у межах федералізму США, або по всьому світу. Це ілюструють корпоративне

¹ В якості «шокового» судового процесу див. рішення по справі *Elliott Assocs v. Banco de la Nacion* 1999 р. Щодо впровадження положення про 75 % див.: [22], з вказівкою на скептичні міркування щодо ефективності цього положення.

² Варто зазначити, що вказівка на «закритість системи» не має на меті посилання на ідею самовідтворення. Я залишаю цей аргумент для інших. Див. напр.: [36, с. 467].

право і розміщення цінних паперів. Так само як бізнес, який здійснюється в Айові, може поширюватися на Делавар і таким чином підпадати під дію корпоративного права Делавару замість Айови, російський бізнес може розміщувати свої цінні папери у Нью-Йорку чи Лондоні, або в обох одночасно, підпадаючи під регулювання цінних паперів залежно від такого вибору [15, с. 903]. Для деяких компаній високі правові вимоги можуть бути привабливими й, обираючи вимогливий режим регулювання, вони посилають сигнал щодо своєї цінності й прозорості. Таким чином, іноземна компанія може обрати (і багато хто обирає) для котирування своїх цінних паперів Нью-йоркську фондову біржу, підпорядковуючись нормам, що регулюють діяльність вітчизняних емітентів — норм, що є значно суворішими, аніж для іноземних емітентів [48, с. 476]. По інший бік океану фінансовий ринок Лондону збільшує своє проникнення у долю Нью-Йорку на фінансових ринках — значною мірою, як говорять, через відмінний режим регулювання [59]. Це є випадком регуляторної конкуренції, чи то на національному, чи на міжнародному рівнях. Вибирати Лондон (чи будь-яке інше місце в ЄС) — це навряд означає нічим не обмежену ковбойську свободу; відмінність полягає не у відсутності там регулювання, а у тому, що відмінною є структура останнього. Цікаво, що всі ці приклади включають в себе як публічні, так і приватні змагання правотворців; норми походять як від публічної влади, так і від приватних бірж.

У деяких випадках динаміка приватного правотворення є відмінною від федералізму США, однак, передусім через можливість вибору «офшорних» притулків, де є незначне регулювання, або його може зовсім не бути. Необхідно підкреслити, що розміщення в офшорах посилає свій власний сигнал щодо цінності й прозорості. Ключовим моментом тут є те, що приватне правотворення пропонує практично необмежені можливості для правових режимів, у тому числі тих, в яких є відмінні норми, й тих, які не мають релевантних норм і, можливо, жодної реальної влади взагалі. У такому випадку приватне правотворення не прив'язане до влади як у випадку з федералізмом у США. Очевидно, ця обставина може бути небезпечною чи звільняючою, або і тим, й іншим залежно від контексту й ідеології. З іншого боку, сама можливість приватного правотворення не означає, що все дозволене. По мірі того як особи бажають діяти у звичайних (не офшорних) правових системах, державні норми міжнародного приватного права можуть контролювати вибір права [див. напр.: 24].

Азартні ігри в Інтернеті слугують гарним прикладом. У одному з своїх емпіричних досліджень я зазначав, що провідний банк, який видає кредитні картки, вказав на те, що асоціації *Visa* і *MasterCard* розглядали питання заборони використання їх карток для азартних ігор в Інтернеті в основному через побоювання щодо бізнесових ризиків [56, с. 400]. Ці норми або були неуспішними, або взагалі не були прийняті. Така відсутність приватного регулювання тягне за собою вертикальне втручання: Конгрес прийняв закон, що змушує банки попередити використання кредитних карток для азартних ігор в Інтернеті¹. (За іронією долі цей крок засвідчує владну точку зору, що приватне правотворення, якщо б воно мало місце, було б відносно ефективним). Тим не менше, не

¹ Законопроект 4411 щодо протиправності азартних інтернет-ігор, прийнятий Палатою представників, було включено до законопроекту 4954 й також успішно проголосовано, й після підписання Президентом 13 жовтня 2006 р. він набув чинності.

може бути жодних сумнівів у тому, що знайдуться ті, хто обере інший, ймовірно, «офшорний» режим платежів, який уникає як кредитних карток США, так і регулювання США. Ці альтернативні платіжні системи будуть мати свої власні норми. Жорстко визначені норми, як правило, мають першочергове значення у таких контекстах. Однак, ці норми обходять публічно створене право. Використовуючи картезіанську аналогію для федералізму, там не буде вертикальних перевірок на горизонтальній прямій.

Можливо, однією з найбільш великих проблем для приватного правотворення у міжнародній сфері є складність інституціоналізації, або знаходження єдиної вертикальної вісі — конструкції, яка забезпечує структуру, в межах якої приватне правотворення може здійснюватися і регулюватися. Наразі більша частина цієї структури повинна виводитись з норм міжнародного приватного права (наприклад, колізійних норм і норм щодо виконання арбітражних рішень). Ці норми можуть встановити важливі, практичні межі можливості сторін імпортувати норми приватно створених офшорів у правові системи, які можуть мати більше значення, навіть для самих сторін. Чи забезпечують норми міжнародного приватного права достатню систему контролю чи балансування, однак, залишається великим і складним питанням, що виходить за межі даної статті. Тим не менше, слід зазначити, що деякі структурні норми — що уможливають і перевіряють приватне правотворення — будуть, очевидно, необхідними. Вони іноді називаються «мета-нормами» і вказують на необхідну участь держави (тобто, публічного правотворця) у формуванні розумних режимів приватного правотворення [33]. Ці мета-норми аналогічні ідеї «процесуально-го регулювання», яку я запропонував вище.

3. Проблеми федералізму, представлені на молекулярному рівні

Можливо, найбільшим викликом для федералізму, й будь-якого режиму множинної правотворчості, є необхідність координації чи одноманітності, або обох, вздовж широкого спектру комерційних правочинів. Як демонструє досвід, проблема не є нездоланною, однак вона є дуже значною. Уявна сила вибору і конкуренції, яка може спостерігатися на горизонтальній вісі федералізму, й яка дає змогу сторонам обирати серед конкуруючих суб'єктів правотворення, може призвести до плутанини і непорозуміння. Те, що одна особа може мати справу з електронними акредитивами, в той час як інші можуть намагатися перемістити транспортні накладні (зазвичай з мотивів збільшення прибутків підприємців) до електронного світу, не приносить абсолютної вигоди. Вирішальне значення може мати координація. Оскільки умови комерційних акредитивів часто вимагають надання транспортних накладних, необхідні узгоджені зусилля правотворців відносно того, що кожен з них визнає іншого.

Насправді, потреба у комерційній визначеності й уніфікованості була поштовхом до створення чинної Конституції, яка замінила собою невдалі Статті Конфедерації. Як вказує Д. Вебстер, «все, що ми можемо думати про це зараз, так це те, що Конституція безпосередньо походить з переконання щодо необхідності такої уніфікованості, чи тотожності, у регулюванні торгівлі» [цит. за: 30, с. 47]. Національна влада — включаючи різноманітні правові системи — передбачена Конституцією і першими прийнятими законами, значною мірою захищала вимоги кредиторів, фінансових ринків і приватної власності. Строки

розробки Конституції також слід пам'ятати: «батьки» Конституції працювали з травня по вересень 1787 р., лише декілька місяців, що слідували за постійними збройними нападами на суди з метою недопущення переходу закладеної нерухомості у власність заставодержателів і у зв'язку з іншими борговими процесами (відомі як «повстання Шейса» з серпня 1786 по лютий 1787 р.) [13, с. 225; цит. за: 30, с. 48].

За допомогою Конституції, й особливо її положень, присвячених різним федеральним органам (ст. III, параграф 2), Сполучені Штати намагались забезпечити комерційну безпеку і уніфікованість, спираючись на національну владу. Багато хто думав, що розвиток федерального загального права торгівлі був би корисним для цих об'єднуючих зусиль, і Конституція, як вона тлумачиться Верховним судом, була спрямована на досягнення такої уніфікованості впродовж тривалого режиму, встановленого у справі *Свіфта проти Тайсона* [21, с. 483], який дозволив федеральним судам створити загальне право у різноманітних справах (навіть у тих, що не були пов'язані з жодним федеральним законом, але підпадали під федеральну юрисдикцію тому, що позивачі були жителями різних штатів). Однак, експеримент виявився невдалим, оскільки його неочікуваним результатом було множення правових норм і контр-норм, оскільки суди штатів і федеральні суди проголошували відокремлені й іноді суперечливі стратегії [30, с. 46–55]. Ця множинність у підсумку виявилася нестійкою, і Верховний суд нарешті припинив її у справі *Erie R.R. v. Tompkins* у 1938 р., передусім ґрунтуючись на принципах федералізму, і зокрема на владі штатів.

Цей історичний досвід вказує на необхідність обмеження кількості правотворців, принаймні у торгівельній сфері (і, ймовірно, також загалом, оскільки це усвідомлення стає дедалі більш поширеним)¹. Цей досвід також вказує на те, що принаймні деякі ринки можуть вимагати невеликої кількості домінуючих правотворців, а можливо, й ексклюзивного режиму. Множинність правових режимів, врешті-решт, призводить до збільшення видатків. Непослідовність чи проста багатоманітність норм збільшує видатки підприємців, які прагнуть робити бізнес у декількох юрисдикціях, і такі підприємці обов'язково понесуть додаткові витрати лише на інформацію про те, де і коли застосовуються ті чи інші закони. Судові витрати і витрати на здійснення правочинів можуть зростати по мірі виникнення допоміжних спорів, як у переговорному процесі, так і при вирішенні спорів, при виборі застосовного права і суду. Також самі норми не з'являються безкоштовно; витрати на підготовку норм і суміжні дослідження, осмислення і лобіювання не варто ігнорувати. Далі, великий діапазон варіантів, і більше можливостей для уточнення і зміни такого правового вибору, збільшує витрати, пов'язані з нестабільністю. Ще однією неминучою важливою проблемою є зовнішні фактори, про які ми стило зазначимо далі². Ці витрати повинні братися до уваги при оцінці приватного правотворення і визначенні його переваг, особливо вздовж горизонтальної вісі федералізму, розглянутої у попередній частині цього дослідження.

Емпіричні дослідження до сих пір не дають остаточної відповіді на питання, чи дійсно ринок продукує ефективний баланс різноманітності й уніфікації. Одна з гіпотез припускає, що уніфікований режим буде залучати прихильни-

¹ Напр., див.: [23]. Див. також вказівку на останню літературу з цього питання у: [64].

² Більшість з таких витрат більш повно описана у наступній статті: [45, с. 131, 138–140].

ків й досягне більшої одноманітності лише тоді, коли така уніфікація є ефективною (наприклад, коли переваги від одноманітності будуть перевищувати видатки). Деякі дані підтверджують цю гіпотезу. З іншого боку, існують також дані, що дозволяють стверджувати, що приватний уніфікований режим є надлишковим, і що він страждає від недостатності односторонніх через якусь ірраціональну віру в уніфікацію — й продукує неефективну одноманітність. Врешті-решт, плюралізм може бути кращим, в основному через ті причини, які ми вище навели на захист федералізму¹.

Те, що молекулярному федералізму бракує координації, яка властива конституційному, державно-владному федералізму, тим не менше пропонує деякі можливості. Координація не дається легко, навіть коли вона може бути бажаною чи ефективною, і зусилля приватного правотворення можуть подолати державний затор. Приватні кодифікації можуть досягати рівня прихильності й одноманітності, що є неможливим за умов, коли міжнародна координація держав доводить свою нездійсненність. Таким чином, приватні чи квазі-приватні зусилля з уніфікації можуть, за умови здобуття достатньої кількості прихильників, рухатись у бік очевидно необхідної однорідності, яка була заважкою для взаємодії держав. УПДА² і, можливо, ІНКОТЕРМС мали надзвичайний успіх й досягли дивовижної однорідності без істотної державної підтримки [56, с. 389–395]. Зусилля Грандера поки досягли меншого успіху, хоча історія ще не завершилась і наднаціональна влада сама спробувала використати можливості приватного правотворення через заохочення приватних зусиль зі створення єдиних норм. Прикладами можуть слугувати Принципи УНІДРУА щодо міжнародних комерційних договорів і Принципи європейського договірного права. Тим не менше, якщо домінуючий приватний режим і з'являється, він може бути оскаржений з підстав легітимності, так що такий вихід не пропонує реальних можливостей. Якщо немає домінуючого режиму, то витратність множинності залишається. Цей ефект поразки одразу в двох напрямках є суттєвим недоліком приватного правотворення.

Ще одним аспектом є те, що деякі структури приватного правотворення подібним чином ведуть до проблеми зовнішніх факторів. Прикладом цього є міжбанківські договори, повноваження на укладення яких впливає з ст. 4 ЄТК, про які йшлося вище. Відсутні підстави, в тому числі державне регулювання, для того, щоби такі міжбанківські домовленості перекладали банківські витрати на споживачів, які не давали на це згоди, тим не менше будучи зобов'язаними їх покривати. Подібна динаміка також буде мати місце у будь-якій ситуації, де приватне правотворення зобов'язує без згоди і здійснюється без конкуренції. Певна гонитва за рентою може бути знайдена навіть в Уніфікованих правилах і звичаях для документарних акредитивів, згідно з якими банки, що збільшують свій капітал за рахунок діяльності на внутрішньому і зовнішньому валютних ринках, нав'язують норми, що надають їм переваги, іншим банкам [56, с. 393]. У тій мірі, в якій багато процесів правотворення містять у собі деякі з аспектів, що розглядалися [56, с. 432–435], поява негативних зовнішніх ефектів є ймовірною.

¹ Щодо більш детальної оцінки витрат, пов'язаних з уніфікованістю (і, відповідно, переваг різноманітності) див.: [45, с. 140–141].

² Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів — *Прим. перекл.*

Нарешті, деякі режими приватного правотворення також, здається, продукують ринок браку. Спростуючи (можливо, занадто), зазначимо: там де споживачі не поінформовані щодо деяких умов, оскільки вважають їх такими, що не заслуговують на витрату часу, ці умови можуть уникати конкуренції, і можливим результатом є їх брак¹. Виробники, чи то автомобілів, чи норм, можуть ухилятися від конкуренції з приводу того, про що споживачі не хочуть знати. Правила обігу кредитних карток, як видається, також призведуть до гонки за виживання з приводу умов, інших за розмір відсоткових ставок і подібних, й багато хто буде зазначати, наприклад, умови розгляду спорів. Хоча тут можливі нормативні розбіжності, знов-таки в основному з ідеологічних мотивів, слід вказати на одну економічну обставину: в межах ринку браку ми не можемо говорити про те, що споживачі обирають сплату менших грошей за менший (чи більш ризикований) продукт². Інформаційна асиметрія позбавляє споживачів, у тому числі споживачів приватно створеного права, будь-якого реального вибору.

Висновки

Оскільки США змінилися порівняно зі своїми витоками XVIII ст., реалізація і концепція федералізму також зазнали змін. Така трансформація була визначена ринком революцій і маніпуляцій XIX і початку XX ст., рецептами «нового курсу» 1930 рр. і правозахисною перспективою, успадкованою від концепції невтручання XIX ст., а потім поширеною на кримінальне провадження і захист прав людини. Замість того, щоб зосередитися на розподілі влади між національними органами і органами штатів, поточна політика держави змінила фокус на розподіл влади між приватними особами (включаючи великі організації), з одного боку, і державною владою — з іншого, на національному, субнаціональному³ чи наднаціональному рівнях. Те, що редактори Французького цивільного кодексу зрозуміли як правотворчу владу двох автономних приватних осіб, перетворилося у горнилі національної й міжнародної торгівлі на великі комбінації для мультинаціональних фірм і асоціацій та, що ще складніше, на молекулярні з'єднання структур, які створюють і застосовують свої власні норми.

Ця політична структура надає реальні можливості для приватних правотворців, які в цьому дослідженні визначаються як молекулярний федералізм. Приватне правотворення може реалізувати багато переваг федералізму з більшою глибиною і розмахом. Воно також має якісні переваги завдяки своїй екстериторіальності. У той же час, молекулярний федералізм страждає на багато

¹ Слід зробити важливе уточнення: в деяких випадках конкуренція може змінити свої передумови, й споживачі можуть стати інформованими. Наприклад, якщо конкурент виявляє, що умови іншого продавця будуть непривабливими для споживачів, тоді він може інформувати про це споживачів, наприклад, за допомогою реклами. Див.: [19, с. 953, 968–970]. З іншого боку, конкурент, який виявив такі умови, може їх використати для власної вигоди, не розголошуючи інформацію.

² Порівн., наприклад, з рішенням у справі *Carnival Cruise Lines v. Shute* 1991 р. (відстоювання перед судом положення, з обґрунтуванням його зокрема й тим, що більш низькі витрати на судовий процес будуть покладені на споживачів, а отже, споживачі також можуть обирати такий компроміс задля зменшення витрат). Підкреслимо також, що лише деяка економія витрат буде відбиватися на споживачах, припускаючи (як це, скоріш за все, і відбувається), що попит зміниться.

³ Напевно, мається на увазі юрисдикція штатів у межах США — Прим. перекл.

тих самих проблем, що і державний федералізм. Теоретичні оцінки молекулярного федералізму, таким чином, є змішаними. Те саме стосується і його практичного боку. Дослідження індивідуальних зусиль приватних правотворців демонструє, що тільки-но сильний режим приватного правотворення стає формальним, безпосередній вільний простір конкуренції зусиль правотворців часто зникає, чи принаймні звужується, як, здається, відбувається у випадку УПДА і акредитивів. Однак, також є й протилежні приклади, як у випадку ринку суверенних боргів, навіть якщо зміна норм є повільною і обережною.

Всередині країни проблеми молекулярного федералізму чутливі до простих рішень, принаймні, національна влада може діяти в якості публічного контролера за приватним правотворенням і таким чином збалансувати надзвичайне розширення горизонтальної вісі. У зв'язку з транснаціональним і екстериторіальним вимірами приватного правотворення, однак, деякі проблеми напевно залишаться невирішеними. Особливо це стосується мобільності діяльності — особливо якщо така мобільність здійснюється в офшорах — режими приватного правотворення можуть ухилятися від публічного інтересу щодо збалансованості, що представлений як вертикальна вісь федералізму. Це явище є глибоко проблематичним у контексті такої діяльності, як представлення споживання способом існування людини, чи офшорні платежі, й передбачає, що певна стратегія чи стратегії — представлені як конституція, мета-норми чи що-небудь інше — для своєї реалізації повинні включати суспільні інтереси у межах міжнародного політичного устрою, що, в свою чергу, включає приватне правотворення.

Епіграф з Г. Векслера є непоганою міркою для спроб оцінки змішаних переваг і недоліків приватного правотворення і молекулярного федералізму. Те, що суспільство є «віддаленим» і таким, що зростає назовні, видається безспірним. Інші питання є більш складними. Чи є суспільство «вільним», і більш конкретно, чи молекулярний федералізм допомагає його робити вільнішим? Теоретично — так. Приватне правотворення, і всюдисущий потенціал появи нових і альтернативних режимів правотворення, дає змогу організувати простір як для впорядкованих відносин, так і для вільного експериментування. Така концепція федералізму допомагає досягти певних цілей, поставлених Г. Тюбнером. Перефразуючи і узагальнюючи його відповідь Л. Лессінгу, «політично, суть полягає не у... войовничому корпоративізмі, а у стабільних і інституційних гарантіях спонтанних/організованих відмінностей як таких. Конституція... здійснює розмежування між спонтанними публічними секторами... і жорстко формалізованими організованими секторами» [57, с. 23–24]¹.

¹ Я визнаю, що заключний параграф може змінювати деякі ідеї Г. Тюбнера щодо організації й вільного простору, а також локалізації прав. Тим не менш (і це не дивно), я сподіваюсь, що моя концепція діалектичного взаємозв'язку — комунікації між двома просторами відповідає його ідеям. Системна теорія постулює комунікацію (див., напр.: [36, с. 467]) й знищує особистості. Такий акцент співзвучний метафорі молекули, яка існує лише у вигляді сполучення, й лише завдяки зв'язкам між атомами. Як укладення договорів, так і, більш узагальнено, правотворення вимагають таких зв'язків, відносин, чи комунікації.

Певною мірою мої ідеї, однак, відходять від міркувань теоретиків систем. Деякі права, на мій погляд, є невід'ємною частиною особистості, принаймні частково; я не можу уявити права в якості переміщуваних незалежно від осіб чи сторін договору. Згідно моєї концепції, існують два види прав: ті, які властиві окремим учасникам і є незмінними, й ті, які встановлюються установами, будучи мінливими. Сторони, які існують у межах організованого простору, користуються правами, передбаченими організованими інститутами. Однак, якщо ці учасники бажають, вони можуть вийти з організованої сфери і вступити у відкритий простір, де вони будуть зберігати свої

Організовані простори дають змогу об'єднуватися у владні чи приватні організації для протистояння небезпеці й досягнення добробуту. Таким чином, корпоративізм, приватний і публічний, виникає у такому організованому просторі; це є сферою держави, підприємницької корпорації, професійного союзу, політичної партії і клубу. Збереження вільного, неорганізованого простору дає змогу тим, хто незадоволений наявними організаціями, вийти з них і створити нові комбінації, заохочуючи зростаючу різноманітність і здорове середовище динамічного експериментування і навчання, подразнення і відповіді, відтворення і відносин будівництва нового.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Akerlof G. A.* The market for «lemons» : qualitative uncertainty and the market mechanism // *The Quarterly Journal of Economics.* — 1970. — Vol. 84. — No. 3.
2. *Amar A. R.* Five views of federalism : «Converge-1983» in context // *Vanderbilt Law Review.* — 1994. — Vol. 47.
3. *Amar A. R.* Of sovereignty and federalism // *Yale Law Journal.* — 1987. — Vol. 96.
4. *Ayres I., Brown J. G.* Straightforward: how to mobilize heterosexual support for gay rights. — Princeton: Princeton University Press, 2005.
5. *Ayres I., Gertner R.* Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules // *Yale Law Journal.* — 1989. — Vol. 99.
6. *Bebchuk L. A., Hamdani A.* Federal corporate law: lessons from history // *Columbia Law Review.* — 2006. — Vol. 106.
7. *Bernstein L.* Opting out of the legal system : extralegal contractual relations in the diamond industry // *Journal of Legal Studies.* — 1992. — Vol. 21.
8. *Brennan W. J.* State constitutions and the protection of individual rights // *Harvard Law Review.* — 1977. — Vol. 90.
9. *Brinig M. F., Buckley F. H.* The market for deadbeats // *Journal of Legal Studies.* — 1996. — Vol. 25.
10. *Callies G.-P., Zumbansen P.* The making of transnational law // *Indiana Journal of Global Legal Studies.* — 2007. — Vol. 14. — Issue 2.
11. *Campbell D.* Relational contract and the nature of private ordering // *Indiana Journal of Global Legal Studies.* — 2007. — Vol. 14.
12. *Cary W.* Federalism and corporate law: reflections upon Delaware // *Yale Law Journal.* — 1974. — Vol. 83.
13. *Chernow R.* Alexander Hamilton. — N.Y.: Penguin Press, 2004.
14. *Choi S. J., Gulati G. M.* Contract as statute // *Michigan Law Review.* — 2006. — Vol. 104.
15. *Choi S. J., Guzman A. T.* Portable reciprocity: rethinking the international reach of securities regulation // *State California Law Review.* — 1998. — Vol. 71.
16. *Consumer protection — privacy — Microsoft guidelines for software makers aim to improve, standardize user experience* // *United States Law Week.* — 2006. — Vol. 75. — October 31.
17. *Cross F. B.* The folly of federalism // *Cardozo Law Review.* — 2002. — Vol. 24.
18. *Dorf M.C., Sabel A.* A constitution of democratic experimentalism // *Columbia Law Review.* — 1998. — Vol. 98.
19. *Easterbrook F. H.* Contract and copyright // *Hous. Law Review.* — 2005. — Vol. 42.
20. *Frey B. S., Eichenberger R.* The new democratic federalism for Europe: functional overlapping and competing jurisdictions. — Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2002.
21. *Friendly H. J.* The historic basis of diversity jurisdiction // *Harvard Law Review.* — 1928. — Vol. 41.
22. *Gelpern A., Gulati G. M.* Public symbol in private contract: a case study // *Washington University Law Review.* — 2007. — Vol. 84.
23. *Goodwin M.* Black markets : the supply and demand of body parts. — Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2006.

незмінні й недоторканні особисті права, включаючи право на нове об'єднання з іншими, формування нових комбінацій (а отже, й інститутів), і на повернення до організованого середовища. Такий рух чи комунікація між організованою сферою і вільним середовищем забезпечує важливу можливість перевірки інститутів уже в організованому середовищі. Іншими словами, здатність виходити з організованої сфери і створювати нові об'єднання з іншими у вільному просторі (який підкорюється лише «основним правам» і «конституюючим законам ринку») забезпечує потенціал нескінченності нових об'єднань і, відповідно, альтернатив інститутам (державі, компанії чи союзу), які вже існують в організованому просторі. Порівн.: [57, с. 24].

24. *Gran Canaria* Timeshare Cases, Bundesgerichtshof, Mar. 19, 1997 // Rechtspernung zum internationalen privatrecht . — 1997. — No. 34.
25. *Hadfield G. K.* Privatizing commercial law // Regulation. — 2001. — No. 40–41.
26. *Hadfield G. K., Talley E.* On public versus private provision of corporate law // Journal of Law, Economics and Organizations. — 2006. — Vol. 22. — No. 2.
27. *Heine K.* Interjurisdictional competition and the allocation of constitutional rights: a research note // International Review of Law and Economic — 2006. — Vol. 26.
28. *Hillebrand G.* What's wrong with the uniform law process? // Hastings Law Journal. — 2001. — Vol. 52.
29. *Holmes O. W.* Address at Boston University School of Law // Harvard Law Review. — 1896. — Vol. 10.
30. *Issacharoff S., Sharkey C. M.* Emerging Issues in Class Action Law: Backdoor Federalization // University of California Los Angeles Law Review. — 2006. — Vol. 53.
31. *Jackson V.* Federalism and the uses and limits of law // Harvard Law Review. — 1998. — Vol. 111.
32. *Kamar E.* Beyond competition for incorporations // Georgetown Law Journal. — 2006. — Vol. 94.
33. *Ladeur K.-H.* The role of contracts and networks in public governance // Indiana Journal of Global Legal Studies. — 2007. — Vol. 14.
34. *Law and society approaches to cyberspace* / Ed. by S. Berman. — Aldershot: Ashgate, 2006.
35. *Lessig L.* Code: and other laws of cyberspace. — N. Y.: Basic Books, 1999.
36. *Luhmann N.* Law as a social system. — Oxford: Oxford University Press, 2004.
37. *Macaulay S.* Private Government // Law and the Social Sciences / Ed. by L. Lipson, S. Wheeler. — N. Y. : Russell Sage Foundation: 1986.
38. *[Madison J.]* The Influence of the State and Federal Governments Compared // Federalist. — 1788. — No. 46 (January 29) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.constitution.org/fed/federa46.htm>
39. *[Madison J.]* The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments // Federalist. — 1788. — No. 51 (February 6, 1788) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.constitution.org/fed/federa51.htm>
40. *Mann R. J., Winn J. K.* Electronic commerce. — N. Y. : Aspen Law & Business, 2005.
41. *Nozick R.* Anarchy, state, and utopia. — Oxford: Blackwell Publishers, 1974.
42. *O'Neil T., Hymel G.* All politics is local : and other rules of the game. — N. Y. : Crown Publishing Group, 1993.
43. *Patchel K.* Interest group politics, federalism, and the uniform law process // Minnesota Law Review. — 1993. — Vol. 78.
44. *Ribstein L. E.* Choosing law by contract // Journal of Corporate Law. — 1993. — Vol. 18.
45. *Ribstein L. E., Kobayashi B. H.* An economic analysis of uniform state laws // Journal of Legal studies. — 1996. — Vol. 25.
46. *Richman B.* Ethnic networks, extralegal certainty, and globalization : Peering into the diamond industry [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=949467
47. *Richman B.* How communities create economic advantage : Jewish diamond merchant in New York // Law and Social Inquiry. — 2006. — Vol. 31.
48. *Rock E. B.* Coming to America? Venture capital, corporate identity and U.S. securities law // Global Markets, Domestic Institutions: Corporate Law and Governance in a New Era of Cross-Border Deals / Ed. by C. J. Milhaupt. — N. Y. : Columbia University Press, 2003.
49. *Romano R.* Law as product: some pieces of the incorporation puzzle // Journal of Law, Economics and Organizations. — 1985. — Vol. 1.
50. *Romano R.* The genius of American corporate law. — Washington, D.C.: AEI Press, 1993.
51. *Rubin E. L., Feely M.* Federalism: some notes on a national neurosis // University of California Los Angeles Law Review. — 1994. — Vol. 41.
52. *Ruhl G.* Party autonomy in the private international law of contracts: transatlantic convergence and economic efficiency, 2006 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://ssrn.com/abstract=921842>
53. *Sagers C. L.* Antitrust immunity and standard setting organizations : a case study in the public-private distinction // Cardozo Law Review. — 2004. — Vol. 25.
54. *Sciulli D.* Theory of societal constitutionalism. — Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
55. *Simon W. H.* The institutional configuration of deweyan democracy // Contemporary Pragmatism. — 2012. — Vol. 9. — No. 2.
56. *Snyder D. V.* Private lawmaking // Ohio State Law Journal. — 2003. — Vol. 64.
57. *Teubner G.* Societal constitutionalism: alternatives to state-centered constitutional theory / Storrs lectures, Yale law school 2003–2004 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://fhi.duke.edu/sites/default/files/Teubner,%20Societal%20constitutionalism.pdf>
58. *Teubner G.* The king's many bodies: the self-deconstruction of law's hierarchy // Law and Society Review. — 1997. — Vol. 31. — No. 4.
59. *Timmons H.* New York isn't the world's undisputed financial capital // New York Times. — 2006. — Oct. 27.

60. *Transnational governance and constitutionalism* / Ed. by C. Joerges, I.-J. Sand, G. Teubner. — Oxford: Hart Publishing, 2004.
61. *Vincent-Jones P.* The new public contracting : public versus private ordering? // *Indiana Journal of Global Legal Studies*. — 2007. — Vol. 14.
62. *Vincent-Jones P.* The new public contracting : regulation, responsiveness, relationality. — Oxford: Oxford University Press, 2006. — 406 p.
63. *Wechsler H.* The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government // *Columbia Law Review*. — 1954. — Vol. 54.
64. *Williams J. C., Ertman M. M.* Rethinking commodification : cases and readings in law and culture. — N. Y.: New York University Press, 2005.
65. *Winter R.* State law, shareholder protection, and the theory of corporation // *Journal of Legal Studies*. — 1977. — Vol. 6.

Снайдер Д. В. Молекулярний федералізм та структури приватного правотворення

Анотація. У даній статті розглядається «молекулярний федералізм» — ідея, висловлена коротко в більш ранніх роботах автора щодо приватного правотворення. Багато приватних правотворців — від знайомих організацій, як Американський інститут права та Нью-Йоркська фондова біржа, до менш відомих, як Міжнародна торгова палата та асоціації банків — тут розглядаються як частина федералістської схеми, яка працює на «молекулярному» рівні, а не на рівні держави. Виходячи з того, що багато приватних утворень має де-факто право на створення права, розглядаються його функції та легітимність, в рамках федералізму оцінюються сильні й слабкі сторони приватного правотворення.

Стаття висвітлює горизонтальні й вертикальні аспекти молекулярного федералізму, з урахуванням можливих переваг приватної правотворчості, потенціал (і межі) державного контролю. Автор спирається на екстериторіальність приватної правотворчості й розглядає, як приватне правотворення може частково уникнути вертикальної системи стримувань і протидій, пов'язаної з державним федералізмом, не тільки через екстериторіальність, але й через деякі дивовижні зрушення у федералістській ієрархії. Також розглянуто питання про те, як один правовий режим може стати домінуючим, у той час як інші контексти можуть постраждати від правової фрагментації. У статті зроблена спроба ввести авторський аналіз у контекст деяких видних теоретиків федералізму США, в тому числі Герберта Векслера і судді Бреннана, і сучасних європейських теоретиків, таких як Гюнтер Тюбнер. Зроблено висновок, що молекулярний федералізм, як і його державний партнер, продукує змішані результати, і часто таким чином, що підкреслює сильні й слабкі сторони державного федералізму. Припускається, що необхідна конституція приватної правотворчості або подібної системи мета-норм, щоб приватна правотворчість реалізувала свій потенціал.

Ключові слова: федералізм, приватна правотворчість, приватне законодавство.

Снайдер Д. В. Молекулярный федерализм и структуры частного правотворчества

Анотація. В данной статье рассматривается «молекулярный федерализм». — идея, высказанная кратко в более ранних работах автора, посвященных частному правотворчеству. Многие частные правотворцы — от знакомых организаций, как Американский институт права и Нью-Йоркская фондовая биржа, до менее известных, как Международная торговая палата и ассоциации банков — здесь рассматриваются как часть федералистской схемы, которая работает на «молекулярном» уровне, а не на уровне государства. Исходя из того, что многие частные образования имеют де-факто право на создание права, рассматриваются его функции и легитимность, в рамках федерализма оцениваются сильные и слабые стороны частного правообразования.

Статья освещает горизонтальные и вертикальные аспекты молекулярного федерализма с учетом возможных преимуществ частного правотворчества, потенциала (и границ) государственного контроля. Автор опирается на экстериторіальность частного правотворчества и рассматривает, как частное правотворчество может частично избежать вертикальной системы сдерживаний и противовесов, связанной с государственным федерализмом, не только благодаря экстериторіальности, но и из-за некоторых сдвигов в федералистской иєрархії. Также рассмотрен вопрос о том, как один правовой режим может стать доминирующим, в то время как другие контексты могут пострадать от правовой фрагментации. В статье сделана попытка ввести авторский анализ в контекст некоторых видных теоретиков федерализма США, в том числе Герберта Векслера и судьи Бреннана, и современных европейских теоретиков, таких как Гюнтер Тюбнер. Сделан вывод, что молекулярный федерализм, как и его государственный партнер, продуцирует смешанные результаты, и часто таким образом, что подчеркивает сильные и слабые стороны государственного федерализма. Предполагается, что необходима конституция

частного правотворчества, или подобной системы мета-норм, чтобы частное правотворчество реализовало свой потенциал.

Ключевые слова: федерализм, частное правотворчество, частное законодательство.

Snyder D. Molecular Federalism and the Structures of Private Lawmaking

Summary. This article explores «molecular federalism», an idea floated briefly in the author’s earlier work on private lawmaking. The many private lawmakers — ranging from familiar organizations like the American Law Institute and the New York Stock Exchange to less well known ones, like the International Chamber of Commerce and associations of banks — are here envisioned as part of a federalist scheme that operates at a «molecular» level rather than at the level of the state. Assuming that many private entities have de facto lawmaking power, as suggested in the earlier paper, their function and legitimacy, and the strengths and weaknesses of private lawmaking, are assessed under the rubric of federalism.

The article takes up both horizontal and vertical aspects of molecular federalism, considering the possibilities of competitive private lawmaking and the potential for (and limits of) governmental control. The author accounts for the extraterritoriality of private lawmaking and considers how private legislation may escape some of the vertical checks and balances associated with state-based federalism, not only through extraterritoriality, but also through some surprising shifts in the federalist hierarchy. Also explored the question of how one legal regime can become dominant, while other contexts may suffer legal fragmentation. The paper attempts to place its analysis within the context of some prominent U.S. theorists of federalism, including Herbert Wechsler and Justice Brennan, and contemporary European theorists, such as Gunther Teubner. The conclusion is that molecular federalism, like its state-based counterpart, produces mixed results, and often in a way that accentuates both the strengths and the weaknesses of statebased federalism. Also suggested that a constitution for private lawmaking, or a similar system of meta-rules, may be necessary to allow private lawmaking to come closest to its potential.

Key words: federalism, private lawmaking, private legislation.

Книжкова полиця

Михайлов А. М. Генезис континентальной юридической догматики : монография. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 496 с.

Монографію присвячено процесу становлення і розвитку континентальної догматичної юриспруденції. Автор здійснив спробу виявити культурні засади, охарактеризувати властивий догматичній традиції стиль мислення, настанови та інструменти формально-юридичної діяльності, прослідкувати їх еволюцію від школи середньовічних юристів-глюсаторів до німецької «юриспруденції понять» середини XIX ст.

