

COMPARATIVE GENEALOGIES OF "CONTRACT AND SOCIETY"

GENEALOGIAS COMPARADAS DE "CONTRATO E SOCIEDADE"

KLAAS HENDRIK ELLER

Professor Assistente de Direito Privado Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Amsterdã (Reino dos Países Baixos). Doutor em Direito *summa cum laude* – Faculdade de Direito da Universidade de Colônia (Alemanha).
klaas.eller@uva.nl

Recebido em: 07.01.2021
Aprovado em: 02.02.2021

ÁREA DO DIREITO: Civil

ABSTRACT: Since contracts form a basic institution of every legal order, the interdisciplinary orientation of concepts of contracts reveals socio-legal inclinations of a legal order more broadly. Contrasting the UK and US Common Law of contracts with developments under German law, this Article examines the relation between normative and social science approaches, notably rooted in economics, economic sociology, and social theory in the genealogy of contract law. A shared leitmotif over the 20th century has been the drive to account for the societal embeddedness of contract. However, conceptualizations of "Contract and Society" differ considerably between legal orders in their disciplinary ingredients and design. In the US, and to a lesser extent also in the UK, the rather continuous reception of legal realism has paved the way for broad interdisciplinary perspectives on contract law, ranging from classical socio-legal, empirical work (e.g., Macaulay), economics (e.g., Williamson), sociology (e.g., Powell), and critical theory (e.g., Kennedy) to today's landscape, where essentially instrumental and ideal-normative theories

RESUMO: Tendo em vista que o contrato corresponde a um instituto elementar de toda ordem jurídica, a orientação interdisciplinar dos conceitos de contrato revela tendências sociojurídicas advindas de uma ordem jurídica mais ampla. Ao diferenciar a *common law* dos contratos do Reino Unido e dos EUA em relação aos avanços ocorridos no direito alemão, o artigo pretende examinar a relação entre as abordagens normativa e de ciências sociais, notadamente baseadas na economia, sociologia econômica e na teoria social inserida na genealogia do direito dos contratos. Durante o século XX, a noção de imersão social do contrato (*societal embeddedness of contract*) foi impulsionada por um ideal comum, entretanto, as conceituações de "Contratos e Sociedade" são consideravelmente distintas entre as ordens jurídicas em sua estrutura e disciplina. Nos Estados Unidos, e em menor medida também no Reino Unido, a recepção contínua do realismo jurídico estabeleceu o caminho para perspectivas amplamente interdisciplinares no direito dos contratos, que vão dos trabalhos clássicos sociojurídicos e empíricos

compete. Alternatively, in Germany, where the realist heritage was more ephemeral, the transformations of contract law were processed from within legal discourse and foremost in their effects on private autonomy as conceptualized, for example, in German idealism, discourse theory and critical theory. Similarly, the "constitutionalization" of contract law – even if championed for fostering private law's reflexivity – has, for the most part, defied a socio-legal orientation. Finally, the Article highlights the path dependencies with which these different starting points translate in current debates around the role of contract in transnational governance.

KEYWORDS: Comparative contractual law - "Contract and Society" – Societal embeddedness of contract – Law and Sociology – Constitutionalization.

(como Macaulay), econômicos (como Williamson), sociológicos (como Powell), e de teoria crítica (como Kennedy) ao cenário atual, onde competem essencialmente teorias instrumentais e ideal-normativas. Por outro lado, de modo alternativo, tem-se a Alemanha, onde a herança realista foi mais efêmera e as transformações do direito dos contratos foram estabelecidas a partir do discurso jurídico e, principalmente, em relação a seus efeitos na autonomia privada, como conceituada, por exemplo, no idealismo alemão e nas teorias do discurso e crítica alemãs. De modo similar, a "constitucionalização" do direito dos contratos – mesmo se defendida para fins de ampliação da reflexividade do direito privado – tem, em grande parte, desafiado uma orientação sociojurídica. Por fim, o artigo ressalta as dependências históricas pelas quais estes pontos iniciais apresentados traduzem-se em debates atuais sobre o papel dos contratos em termos de governança transnacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito contratual comparado – "Contrato e Sociedade" – Imersão social do contrato – Direito e Sociologia – Constitucionalização.

SUMÁRIO: A. Introduction: De-essentializing contract. B. "Contract and Society": Situating the impact of socio-legal analysis. I. Legal realists: Combining Micro- and Macro-Sociology of Contract Law. II. The Realist heritage: Diverging trajectories. C. The interdisciplinary matrix of legal analysis and the conceptualization of "relational" contracting. I. The Discovery of "relational" contracting: From socio-legal studies to institutional economics. II. Developing "relational" contract law and the politics of method: The case of UK and US Common Law. III. From "relational contracts" to "networks": German Contract Law and the criticality of Sociological Jurisprudence. D. Outlook: Path dependencies of "Contract and Society" in transnational contract governance. E. Conclusions.

A. INTRODUCTION: DE-ESSENTIALIZING CONTRACT

Contract is arguably the most chatoyant legal institution – appearing in changing light when seen from a wide array of legal perspectives, but also at the center of an unmatched set of other disciplinary inroads, including political philosophy, ethics, economics, sociology, anthropology, psychology, and gender studies. This plurality of approaches