

4. Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи на 1098 засіданні заступників міністрів 17 листопада 2010 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_a38.
5. Європейська хартія про статус суддів від 10 липня 1998 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_236.
6. Загальна (Універсальна) хартія суддів, ухвалена 17 листопада 1999 р. Центральною радою Міжнародної асоціації суддів // веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_j63.
7. Загальна декларація прав людини прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
8. Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [Електронний ресурс] // веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
9. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [Електронний ресурс] // веб-сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043.
10. Штаатс Й.Ф. Судейська етика в Німеччині // Етика суддів / Й.Ф. Штаатс. – М.: Рос. акад. правосуддя, 2002. – С. 131–165.
11. Эррера Р. Дисциплинарный режим магистратов и ответственность государства за государственную службу правосудия во Франции // Этика судьи. / Р. Эррера. – М.: Рос. акад. правосудия, 2002. – С. 117–130.
12. Оберто Д. Права и обязанности судей, их дисциплинарная ответственность // Этика судьи / Д. Оберто. – М.: Рос. акад. правосудия, 2002. – С. 187–211.
13. Чорнобук В.І. Етика суддівського корпусу – необхідна умова захисту єдності та незалежності судової системи України / В.І. Чорнобук // Слово Національної школи суддів України. – 2013. – № 3 (4). – С. 79–92.
14. Закон України від 15.12.1992 року № 2862-ХІІ "Про статус суддів" // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 8. – Ст. 56.
15. Українські судді ухвалюють новий кодекс суддівської етики // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.usaid.gov/node/70146>.
16. Кодекс суддівської етики, затверджений XI з'їздом суддів України 22 лютого 2013 року [Електронний ресурс] // офіційний веб-портал "Судова влада України". – Режим доступу: [http://court.gov.ua/userfiles/Kodex%20sud%20etiki\(1\).pdf](http://court.gov.ua/userfiles/Kodex%20sud%20etiki(1).pdf).
17. Городовенко В.В. Систематичне або грубе одноразове порушення правил суддівської етики, що підриває авторитет правосуддя, як підстава дисциплінарної відповідальності судді / В.В. Городовенко // "Вища кваліфікаційна комісія суддів України: досвід, актуальні питання

та перспективи": матеріали Першої міжнародної науково-практичної конференції, Київ, 20-21 жовтня 2011 р. – К.: Вища кваліфікаційна комісія суддів України, 2011. – С. 150–151.

18. Куйбіда Р.О., Серета М.Л. Дисциплінарна відповідальність суддів в Україні: проблеми законодавства і практики / Р.О.Куйбіда, М.Л. Серета – К.: ФОРМОНА О.М., 2013. – 72 с.
19. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів від 13 грудня 2012 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – Режим доступу: <http://www.vkksu.gov.ua/userfiles/rishennya/2013/popov.doc>.
20. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів від 17 січня 2013 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – Режим доступу: <http://www.vkksu.gov.ua/userfiles/rishennya/2013/popov.doc>.
21. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів від 8 листопада 2012 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – Режим доступу: <http://vkksu.gov.ua/userfiles/rishennya/pavlenko.doc>.
22. Шевченко А.В. Дисциплінарна відповідальність суддів України : дис... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Шевченко Анна Василівна. – Київ, 2013. – 238 с.
23. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів від 11 грудня 2012 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – Режим доступу: <http://vkksu.gov.ua/userfiles/rishennya/nevmerzhycky.doc>.
24. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів від 15 березня 2012 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – Режим доступу: http://vkksu.gov.ua/userfiles/rishennya/Sokurenko_Trotska.doc.
25. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 19 квітня 2012 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – Режим доступу: http://vkksu.gov.ua/userfiles/rishennya/mikulyn_karplyuk.doc.
26. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів від 12 травня 2011 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – Режим доступу: http://vkksu.gov.ua/userfiles/rishennya/Martsinkevich_Shuriga.doc.
27. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів від 13 вересня 2012 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – Режим доступу: <http://vkksu.gov.ua/userfiles/rishennya/gudin.doc>.
28. Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів від 26 квітня 2012 року [Електронний ресурс] // веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – Режим доступу: http://vkksu.gov.ua/userfiles/rishennya/melnik_ovcharenko.doc.

Надійшла до редколегії 04.06.14

В. Вильгушинский, юрист
Київ

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СУДЕЙСКОЙ ЭТИКИ: СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

В статье исследуются особенности регламентации судейской этики, раскрыты проблемы правового регулирования в данной сфере, проанализирован опыт иностранных государств и научно обоснованы рекомендации для усовершенствования действующего законодательства Украины.

Ключевые слова: суд, судейская этика, поведение судьи.

V. Vilgushinsky, lawyer
Kyiv

LEGAL REGULATION OF JUDICIAL ETHICS: ITS CONDITION AND DEVELOPMENT PROSPECTS

The article examines the features of the regulation of judicial ethics, discloses problems of legal regulation in this area, analyzes the experience of foreign countries and scientifically justifies recommendations for improvement of the current legislation of Ukraine.

Key words: court, judicial ethics, behavior of a judge.

УДК: 168.5: 340.12

Н. Кабанець, канд. юрид. наук, доц.
КНУ імені Тараса Шевченка, Київ

ТЕОРЕТИЧНИЙ СТАТУС КОНТРАКТНОЇ ТЕОРІЇ ДЕРЖАВИ В ІСТОРИЧНІЙ РАЦІОНАЛЬНІЙ РЕКОНСТРУКЦІЇ

Розглядаються методологічні особливості дослідження контрактної теорії держави в науково-правових школах, з'ясується проблема несумірності значень цієї теорії в класичній та некласичній період розвитку юридичної науки, пропонується вирішення цієї проблеми шляхом виходу на рівень р'юор-теорії – загальної теорії договору в системі права.

Ключові слова: контрактна теорія держави, метод історичної раціональної реконструкції, школа природного права, конструктивізм, загальна теорія договору, склад договірного зобов'язання, базова правова категорія актіо.

Контрактна теорія походження держави є однією з основних у сучасній теорії права. Вона розглядає поняття соціального контракту (договору) як умови ство-

рення політичного спілкування в суспільстві у формі правової держави. При цьому саме поняття суспільного договору на протязі його вже більше ніж двотисячоліт-

нього розгляду в історії філософської та юридичної науки було предметом дослідження наукових шкіл, методів і, навіть, наукових дисциплін, які по-різному здійснювали його інтерпретацію на основі філософського напрямку дослідження природи права.

Традиційно опрацювання цієї теорії пов'язують зі школою *природного права* XVII-XVIII ст. Однак, в XIX ст. ця наукова школа зазнала критики з боку інших наукових напрямів правознавства, а її положення були визнані ненауковими. Контрактній теорії держави відводився статус "історичної теорії походження держави", що лише представляє розвиток певних політико-правових уявлень про природу держави, але не має реального раціонально-логічного змісту. Такий підхід значно підривав можливість теоретичного дослідження поняття суспільного договору в науці права як у фундаментальному, так і в прикладному розумінні. Не тільки теоретичні розробки на базі цього поняття в конструктивному плані політико-правових реформ (прикладний аспект) не були належним чином представлені, воно і в сфері сучасної правової доктрини юридичній науці (фундаментальний аспект) не знайшло свого належного опрацювання.

Сучасні новітні наукові стратегії дослідження дають можливість повернутися до розгляду питання про логічно-теоретичну природу контрактної теорії держави. Для цього треба врахувати зауваження та проаналізувати розвиток цієї теорії в різних школах та напрямках юридичної науки класичного, некласичного та постнекласичного періодів. Для прикладу, *історична раціональна реконструкція* як філософський методологічний підхід, характерний для постнекласичного періоду розвитку науки, може бути спрямований на вирішення проблеми сучасного наукового дослідження цього поняття. Цей метод заявляє про можливість зняти протиріччя класичного періоду розвитку науки, який ґрунтувався на ідеалі раціонально-логічного пояснення та некласичного, що пропонував залучати історичний контекст для розуміння тих чи інших теорій. Його особливість полягає "в намаганні усунути крайнощі як суто формально-логічного пізнання природи явищ, без врахування історичних умов формування такого знання (у логічному позитивізмі), так і релятивізму історичної критики наукового пізнання, здійсненої в період некласики, що ставила під сумнів саму можливість теоретичного пізнання", через апеляцію до метарівневого критерію розуміння при вирішенні проблеми "несумірності зміни значень" наукових термінів у різних теоріях, що виникає на основі їх "діахронічної оцінки" [1, с. 9]. На нашу думку, цей метод дає можливість пояснити особливості підходів у розумінні наукової природи поняття суспільного договору в різних наукових школах у контексті їх методів та вийти за обмеження цих методів дослідження шляхом звернення до *prior-теорії* в розумінні поняття суспільного договору, що допоможе розглянути його як логічне поняття та розкрити теоретичну природу. У свою чергу, це відроджує теоретичну фундаментальну і прикладну цінність контрактної теорії в сучасній науці права.

Статус школи природного права та проблема наукового дослідження поняття суспільного договору

У сучасному наукознавстві в залежності від зміни характеру та особливостей розуміння природи наукового методу дослідження, прийнято класифікувати розвиток наукових знань за періодами: класичний – XVII-XIX ст., некласичний – початок та середина XX ст., постнекласичний – 70-90-і роки XX ст. та XXI ст. [2], [3, с. 8-12]. Ця періодизація має відношення й до теорії права та, зокрема, на прикладі розгляду зміни розуміння наукової природи контрактної теорії може бути продемонстрована у своєму розвитку.

Так, у правовій науці права класичного періоду прийнято виділяти два періоди розвитку школи природного права, що співвідносяться зі становленням наукового методу – старий і новий, кожен з яких характеризується методологічними особливостями розгляду її основних положень. Власне, в певний час школа природного права і філософія права визначалися як одне поняття: це був період розвитку *старої школи* природного права (XVII-XVIII ст.ст.), коли ще й терміну "філософія права" не було і теорія права та філософія права і були вченням природного права про права людини та суспільний договір. У цей період погляди на ці поняття носили метафізичний характер, що стало предметом критики декількох наукових напрямів – історичної школи права [4], гегелівської філософії права [5; с. 130, с. 280-285], позитивістського вчення про право [6, с. 33, с. 108-111, 212-213, 252-255, 558-567].

З метою збереження ціннісного значення положень школи природного права в науці було запропоновано її нову концепцію, що отримала назву "нової школи природного права", або "школи відродженого природного права". Зокрема, поділ на *стару* та *нову школу* природного права вводився представниками філософії права XIX ст., що стояла на неокантіанських позиціях у методології науки, з одного боку, з метою відмежування від метафізичних засад класичного раціоналізму науки XVII-XVIII ст., та, з іншого, – критики позиції філософії гегелівського діалектичного зразка та філософії позитивізму. Останні, відкидаючи метафізичні підходи старої школи природного права, заперечували всіляке її позитивне значення і вважали поняття опрацьовані школою ненауковими. Натомість представники школи *відродженого природного права*, що підтримували кантіанські підходи в філософії науки – *неокантіанський напрям* філософії права XIX ст., не вважали, що значення школи природного права для гуманітарних наук є втраченим. Однак, враховуючи позитивістську критику метафізичних засад старої школи природного права, вони відмежовувались від її основних положень, вбачаючи в поняттях старої школи лише філософські ідеї та принципи природного права, які мають регулятивне значення для позитивної науки права, але не мають реального конкретно-історичного змісту. Тут можна порекомендувати звернутися до робіт Георга Еллінека, який вбачав у поняттях старої школи права та доктрині соціального контракту лише історичне значення, а не теоретично-наукове [7, с. 155-158], В.О.Савальського, який інтерпретуючи позицію представників Марбурзької школи права, підкреслював різницю між старою та новою школою природного права в підходах та методах опрацювання поняття та поглядах на їх наукову природу [8, с. 207-209], Л.Л. Фуллера – представника школи філософії права XX ст., який відмежовувався від статичних метафізичних уявлень старої школи філософії права, вказуючи на новітній підхід в її історії, де є значимим роль регулятивних ідей та принципів, а не раціональних понять для розуміння природи позитивного права [9, с. 140-141].

Нова школа природного права, на думку її представників, повинна була вказувати та підкреслювати значення філософських ідей природного права для розвитку позитивного, чого не робила школа позитивної філософії права. При цьому неокантіанці не вважали за можливе звертатися до теоретичного обґрунтування відкинутих у позитивізмі та догматичній юриспруденції класичних понять старої школи природного права, таких як "метафізична система права" та "суспільний договір", вважаючи їх регулятивними ідеями розуму, що мають ціннісне значення в дослідженні наукових понять, але не самими науковими поняттями [8, с.207-

209]. У зв'язку з цим школа природного права та теорія суспільного договору реально втратили своє теоретичне значення в науці, зайнявши місце лише історичних філософсько-правових ідей. Ці положення беззастережно поділяла радянська теорія права, що стояла на позитивістських та діалектико-матеріалістичних позиціях в науці. Вони тримаються і в сучасній українській теорії права. Так, вже на початку XXI ст. сучасний український філософ права Максимов С.І. зазначав, що теорія суспільного договору це "історична утопія", яка лише "інспірує фантазії (про прекрасне майбутнє), але не має реального теоретичного змісту" [10, с. 79-81].

Таке визначення нової концепції школи природного права значною мірою було обумовлене тим, що зусилля представників неокантіанського напрямку школи *відродженого природного права* були загалом спрямовані на гносеологічні та логічні аспекти наукового пізнання, що давало можливість відстоювати значення особливостей наукового дослідження в сфері гуманітарних наук відносно природничих у методологічному плані. Вони вважали, що теоретичне дослідження в сфері гуманітарних наук має свою специфіку відносно природничих, але в цілому здійснюється в рамках однієї схеми наукового дослідження – при цьому не ставився під сумнів сам концепт наукового методу, що ґрунтується на раціонально-логічному мисленні. Також вони не звертали достатньо уваги на власне теоретико-правове дослідження в рамках ними ж запропонованого *ціннісного підходу* в науці на основі критичного кантівського методу, що давало б можливість зняти негатив позитивістської критики стосовно положень школи природного права. Своє позитивне значення в науці теорія прав людини та контрактна теорія держави повернули завдяки *некласичним напрямкам розвитку наукових досліджень* в другій половині XIX – першій половині XX ст., але при цьому змінювався сам зміст наукових досліджень. Наукові методи втрачали свій строго обґрунтований раціональний характер і класичне формально-логічне доведення не сприймалося в якості беззастережної ознаки науковості певного твердження.

Слід зазначити, що нові цілі та завдання науки в *некласиці* не сприяли розробці теоретичної природи поняття соціального контракту. З'явилися його інтерпретації в дусі *феноменології* та *екзистенціального розуміння*, завдяки яким воно набувало смислового значення соціального консенсусу, що складає базову основу самосвідомості мислячих індивідів в *інтерсуб'єктних* стосунках. Зокрема, такий підхід характерний для ряду комунікативних теорій К.-О.Апеля та Ю.Хабермаса [11, с. 17-18, с. 75-76]. У Росії представником феноменолого-комунікативної теорії права є Олексій Поляков [12]. Вони давали підстави для визначення в новітніх соціально-правових теоріях конструктивного змісту суспільного договору, але вже не як раціонального теоретико-правового поняття, а як ідеї, що в практичних прикладних поясненнях процесів суспільного розвитку дає позитивний ефект, а тому має право на існування. Яскравий приклад цьому "Теорія справедливості" Джона Ролза, де він сам визначив свою інтерпретацію ідеї соціального контракту, як різновид "процедурної інтерпретації кантівської концепції автономії та категоричного імперативу в рамках емпіричної теорії" [13, с.228]. Ідея суспільного контракту в *новій школі* природного права *цього періоду*, почала набувати прагматичних інтерпретацій соціологічно-правового змісту без чіткої опори на його формально-юридичну природу, – оскільки остання пов'язувалась із його раціонально-логічним обґрунтуванням, якого намагались уникати, позаяк це був підхід *класичної* науково-позитивної школи.

Склалася ситуація, коли поняття суспільного договору розглядалося як теоретичне в *класичний період* розвитку науки ще завдяки його розробці в старій метафізичній школі природного права, але тут його обґрунтування зазнало критики. В новій школі природного права класичного періоду його *трансцендентальна дедукція* (метод Марбурзької школи права, який позиціонується як інтерпретація кантівського критичного методу, що розкриває логічний зміст наукового дослідження і показує його специфіку в рамках гуманітарних наук відносно природничих – *авт.*) не була доведена до кінця в зв'язку з чим воно не отримало логічного пояснення. Тут же було сформоване уявлення про нього як про регулятивну ідею чи принцип пізнання природи права. В *некласичний* період розвитку науки у новій школі природного права це поняття в якості ідеї, чи навіть принципу, продовжує виступати об'єктом сучасних інтерпретацій, обумовлюючи його сучасне розуміння в якості "теорії справедливості", в рамках яких не звертають належну увагу на формально-юридичну логічну природу цього поняття.

Класифікація контрактних теорій та особливості пояснення. Конструктивістський підхід

Огляд контрактних теорій, що виступають основою новітніх "теорій справедливості", не дає чітких підстав їх класифікації, оскільки застосовуються найрізноманітніші методологічні підходи обґрунтування та способи пояснення. Хоча, в американській правовій доктрині все ж виділяють два основних напрями дослідження контрактних теорій. Так, Роналд Дворкін визначає їх як *телеологічний* та *деонтологічний* [14, с. 245]. У межах цих двох напрямів, він пропонує в якості критерію класифікації контрактних теорій використовувати поняття *штучної* та *природної* моделі конструювання поняття договору. При цьому телеологічний напрям пояснює він пов'язує з природною інтуїтивістською (інтуїціоністською) моделлю суспільного контракту, а деонтологічну – зі штучною раціональною конструкцією договору, яку використовують юристи в своїх логічних побудовах [14, с. 235, 243].

Використання *конструктивістських підходів* у поясненні поняття суспільного договору, загалом, характерна особливість його сучасної інтерпретації. Власне, конструктивізм є схемою позитивного прагматичного тлумачення його природи в соціальних теоріях справедливості. Зокрема, Джон Ролз у іншій своїй відомій роботі "Політичний лібералізм" прямо говорить, що в основі його моделі політичної самоорганізації суспільства лежить конструкція суспільного договору, у рамках якої інтерпретуються базові принципи справедливості в пошуку політичного консенсусу [15, с. 15]. При цьому якщо "Теорія справедливості" мала на меті пояснити базові моральні принципи справедливості на засадах договірної теорії в першу чергу в теоретичному плані, виступаючи як соціально-економічна теорія прикладного характеру, то "Політичний лібералізм" – це вже наслідки запровадження цієї теорії в політиці, чи, точніше, перенесення на політичне середовище опрацьованих (у якості договору) конструктивних принципів справедливості. Однак, поняття самої договірної конструкції у Ролза дуже нечітке, воно має конкретно-прикладний, а не абстрактно-загальний характер [13, с.29-30].

Знову ж таки, конструктивістський підхід в опрацьованні поняття соціального контракту в американській доктрині має ту особливість, що в ньому за мету не ставиться обґрунтування *формально-юридичних* ознак поняття суспільного договору як власне правового договірного зобов'язання. Договірні теорія не базується на чітких правових дефініціях та положеннях і ознаки договірного поняття мають скоріше соціально-правовий

характер, ніж власне юридичний. Це сучасна особливість неklasичного бачення обґрунтування цього положення в американській доктрині права, що визначається загальним соціологічним чи інтегральним підходом до права, на противагу суто юридичному, позитивно-правовому чи догматично-юридичному.

Слід відмітити, що конструктивістські підходи характерні й для класичної позитивістської школи континентальної традиції права. Зокрема, опрацювання правових конструкцій є прямим завданням позитивно-юридичної теорії при аналізі ознак поняття, що дається в практичному досвіді. Воно розкриває схему раціонально-логічної інтерпретації, в рамках якої застосовується класична модель обґрунтування наукового поняття. Специфіка поняття суспільного договору, однак, полягає в тому, що воно не є реальним поняттям юридичної практики. І тому створення його правової конструкції має більшою мірою спиратися на певні апіорні положення теоретичного характеру та дедуктивний підхід, на відміну від індуктивної логіки позитивістів в опрацюванні теоретичних конструкцій. Для того, щоб розкрити юридичну природу правової конструкції суспільного договору слід би було відштовхуватись від *загальної конструкції договору*, якою, на жаль, не оперує сучасна вітчизняна доктрина права, та, мабуть що, й закордонна (світова). Така спільна конструкція договору, що ґрунтується на *загальній теорії договору*, повинна об'єднувати публічне і приватне право в єдину систему, в рамках якої публічно-правові та приватно-правові договірні конструкції розглядаються за спільними моделями й мають особливості в *змісті* договорів, але не в їх *формі*.

Необхідно зазначити, що такий підхід практикувався в історії правової науки старою школою природного права, яка розвивала метафізику права. Суспільний договір розглядався метафізиками як різновид публічно-правового договірного зобов'язання *апіорної, ноуменальної* природи, а публічно-правові зобов'язання разом із приватно-правовими в рамках розробки єдиної теорії договору. Одночасно з опрацюванням цієї теорії пізніше вийшли на створення (конструювання) загальної теоретичної системи права, що мала метафізичний характер і була опрацьована як *належа* універсальна модель теоретичних правових понять. Вона ґрунтувалася на тих положеннях, що давалися догмою римського права, але при цьому їх теоретично переосмислювала на засадах наукового методу, характерного для школи природного права починаючи з XVII ст. Вершиною метафізики права вважається система Емануїла Канта, де поняттю соціального контракту, як особливої природи публічно-правового договірного зобов'язання, відводиться базова роль у створенні системи права [16, с.77-78, с.226, с.231-269].

Загальна теорія договору, як ргіор-теорія, та концепт складу договірнього зобов'язання, як конструктивна модель інтерпретації первісного контракту

Саме метафізики права старої школи природного в рамках свого конструктивного підходу до розуміння суспільного договору розглядали соціальний контракт формально, як юридичне поняття ноуменальної природи, що є публічно-правовим договірним зобов'язанням щодо створення держави. Тобто, як особливого виду зобов'язально-договірне правовідношення, що розглядається в рамках загальної теорії договору, спільної для приватного та публічного права в рамках єдиної системи права. У цьому плані можна звернутися до зауважень Коркунова М.М. стосовно ролі Йоганеса Альтузія у створенні системи права на засадах теорії договору [17, с.122-123], а також Чичеріна Б.М. відносно вкладу школи догматичної юриспруденції в Німеччи-

ні XVII ст. в розробку основних понять системи метафізики права [18, с.137-142], і, звичайно, ролі Емануїла Канта в опрацюванні загальної концепції договору при створенні системи метафізики права.

Однак, слід відмітити, що власне наукове пояснення природи юридичного правовідношення було здійснене лише в XIX ст. представниками школи "відродженого природного права", які розкрили його *гносеологічний* зміст, завдяки чому і став можливим новий теоретично-науковий рівень розвитку правової науки. При цьому, як уже зазначалося вище, в новому філософському обґрунтуванні ідеї природного права не знайшлося місця для деяких концептуальних положень метафізичної школи. Це стосувалося як наукової природи поняття суспільного договору, так і його *логічного* змісту, внаслідок чого ні *загальна теорія договору* ні *контрактна теорія держави* – засадничі теоретичні положення старої школи природного права не отримали (ні в філософії права, ні, тим паче, в позитивній теорії та догмі права) свого розвитку.

Зокрема, філософи школи відродженого природного права розглядали питання *елементарного складу* юридичного відношення з точки зору пізнавально-наукових засад: *суб'єкти, об'єкт, зміст, гарантії*. Так, за Г. Когеном, поняття юридичної реальності "дається в юридичному відношенні (= дії) і його елементах: суб'єкти, об'єкти, відношенні та правила відношення (норми, закони). Суб'єкт, об'єкт, відношення та правило відношення і суть *a priori* юридичного досліджу, ті логічно необхідні умови, які роблять його можливим" [8, с. 216]. Ця позиція представників Марбурзької школи, до речі, визначила сучасне гносеологічне розуміння поняття юридичного відношення в юридичній теорії. Але це також структура договірнього зобов'язання, на що не було звернуто увагу.

У рамках суто гносеологічного тлумачення елементів юридичного відношення, без формально-логічного аналізу його складу як договірнього зобов'язання, не можна вийти на розуміння його наукової природи як однієї з базових *категорій* правової реальності. З формально-логічної точки зору, елементарний склад юридичного відношення слід розглядати за структурою ноуменального *складу договірнього зобов'язання*, тоді ми виходимо на обґрунтування базової категорії правової реальності, що задає дію *осіб* відносно *речей* – це був шлях, що практикувався метафізиками Нового часу в рамках їх *конструктивного підходу* до моделювання системи права. Ще з тексту "Інституцій" Гая II ст. в інституційній системі догми права визначалась тричленна база категорій правової реальності: "особи" (persons), "речі" (res) та "дії" (actiones) ("осіб" відносно "речей"). Базова категорія, що визначає *дію* осіб відносно речей – це категорія *actio*, що нарівні з категоріями "особи" та "речі" задає правову реальність юридичних понять. Уявлення про ноуменальну природу такої категорії уможливило для постгласаторів-систематиків *моделювання* єдиної системи права в метафізиці права. Також саме вона давала підстави розглядати *загальну теорію договору* як мета-теорію (*prior-теорію*) при інтерпретації соціального контракту в якості публічно-правового договірнього зобов'язання.

Вчення про юридичне відношення в теорії права поділяє і школа юридичного позитивізму, й історична школа права. Так, відомим знавцем римського права Д.Д.Гріммом визначалась структура системи догми пандектного права, що, очевидно, покладалася в основу інтерпретації елементарної структури юридичного відношення позитивістами та філософами права німецької школи. Зокрема, ця структура включала у загальній частині такі розділи: "1) вчення про суб'єктів права; 2)

вчення про об'єкти права; 3) вчення про загальні умови виникнення, зміни, переходу та припинення права; 4) вчення про захист права" [19, с. 63], що відповідає поділу на елементи юридичного відношення в сучасних філософії та теорії права: *суб'єкти права, об'єкти права, зміст та гарантії правовідношення*. Цілком імовірно, що на визначення цього поняття в теорії права вплинуло те, що і позиція філософів права німецької школи, і позиція юридичних позитивістів у його інтерпретації спиралася на уявлення німецької історичної школи права про систему догми римського права. Догма права, зокрема, вчення про структуру загальної частини її системи, виступило предметом *орієнтування етики в фактах* досвіду при розробці поняття правовідношення в філософії та теорії права. Так, Б.О. Кістяківський, характеризуючи цей методологічний підхід Германа Когена (орієнтування етики в фактах досвіду) при створенні філософської системи, вважав таку спробу: "...знаменательнейшим фактом в истории науки о праве. Здесь впервые научное знание, выработанное одним из отделов юриспруденции (догма права), послужило материалом для построения части философской системы" [20, с. 237]. Слід, однак, зауважити, що Коген лише методологічно наслідував при цьому підхід Канта, який використовував догматичні положення німецької юриспруденції при побудові своєї метафізики права. Але для Когена *основою інтерпретації* в філософії права виступала система догми пандектного права, а для Канта – система догматичної юриспруденції Вольфа, ґрунтована на інституційній системі римського класичного права. Для "Метафізики права" *базою орієнтування* в фактах досвіду була інституційна система догми римського права, а для "Етики чистої волі" – пандектна.

Слід підкреслити, що подальше обґрунтування логічного складу договірного правовідношення, загалом, було характерне саме для школи позитивного права, яка керувалася формально-юридичним підходом в опрацюванні понять, на відміну від школи філософів права [21, с. 320-322]. Але представники юридичного позитивізму, поділяючи позицію догматичного підходу в праві, сформульовану представниками історичної школи права, стосовно принципової різниці в природі приватно-правових та публічно-правових відносин, відмовились від концепції загальної договірної теорії в праві, вважаючи, що договірна природа правових стосунків можлива лише для приватного права, але не для публічного. До уваги бралася при цьому *реальна* природа дійсних приватно-правових договорів, знаних ще з практики римського права. Натомість *ноуменальна* природа публічно-правового договору піддавалася критиці, у зв'язку з тим, що реальна практика римського права не знала такого виду договірних зобов'язань, а, значить, це була "теоретична вигадка" представників школи природного права, якій відмовлялося в науковій природі. Приватне право розривалося з публічним в системі догми пандектного права, оскільки вони не могли містити спільних теоретичних понять однакової природи. Система права метафізиків визнавалася ненауковою, як і їх позиція відносно загальної теорії договору та суспільного договору як правового поняття (див. у цьому плані Шершеневич Г.Ф. [6, с. 33, с. 108-111, 212-213, 252-255, 558-567]). Очевидно, що позитивісти, ґрунтуючись на емпіричному розумінні природи права, не поділяли і вчення про апріорні засади теорії науки, а, значить, і уявлення про ті її базові категорії, що використовуються при моделюванні чистої системи права. Вони спиралася лише на реальні речі в теорії права і всі їх узагальнення були сформовані на основі практичного досвіду, а не уявних теоретичних побудов. Якщо якісь

положення не можна було пояснити розумно з практичного боку, ці положення просто відкидалися, і знаходилося нове пояснення, що задовольняло догматичну позицію, – оскільки юридичні позитивісти теж наслідували в інтерпретації пандектну модель догми римського права, з якою мали узгоджувати своє пояснення (*орієнтували* свої науки поняття *в фактах досвіду*). Так, на засадах догми римського приватного права, створеної пандектистами історичної школи права, була опрацьована сучасна теорія позитивного приватного права, яка розроблялася окремо від концепції публічного права.

Загалом, у методологічному плані школа юридичного позитивізму бере для себе за основу формально-догматичний підхід історичної школи права у створенні правових конструкцій, хоча й акцентує увагу на теоретичних аспектах науки, яких не визнає історична школа. Позиція історичної школи права відносно метафізики вплинула на підхід позитивістів. За спорідненістю своїх світоглядних і методологічних позицій в науці, ні школа догматиків права, ні школа теоретиків позитивного права не вважали за можливе розглядати і досліджувати наукову природу ні загальної теорії договору, ні поняття суспільного договору як публічно-правового договірного зобов'язання, ні поняття універсальної системи права та її базових категорій. У методологічному плані вони відмовились від конструктивного підходу метафізиків у моделюванні чистої системи права, що спиралася на інституційну модель у догмі римського права. Саме він задавав цілісне уявлення про структуру системи правової реальності та обумовлював розгляд цих понять у старій школі природного права.

Відмова від теоретичних конструкцій метафізиків, як то загальне поняття договору, чи апріорна система права, призвело до відсутності в сучасній теорії права уявлення про спільні для приватного та публічного права *базові категорії*, які визначають всю правову реальність. З іншого боку, заперечення теоретичного шляху, який пропонувався метафізиками у створенні загальної, спільної для публічного та приватного права теорії договору мала своїм негативним наслідком те, що в рамках приватного права до сих пір не визначено загальний формально-логічний склад і не з'ясовані філософсько-правові ознаки цивільно-правового договору, як *особливого* виду зобов'язального правовідношення, – оскільки специфіка вирішення цього завдання полягає в тому, що і з'ясування загального теоретичного складу договірного правовідношення, і пояснення його філософсько-правової природи можливе лише на базі універсальної категорії *actio* і в рамках *загальної теорії договору*, де публічне договірне зобов'язання має *особливість* відносно приватного договору, однак розглядається з ним за *спільними* категоріально-понятійними конструкціями.

Отже, предметом даної статті було представлення проблеми обґрунтування теоретичного статусу контрактної теорії держави методом історичної раціональної реконструкції. Показано, що при цьому загальна теорія договору та конструктивний концепт складу договірного зобов'язання можуть виступати в якості *prior-теорії* – метарівневого критерію для розуміння проблеми "несумірності зміни (теоретичних) значень" цієї теорії, що виникає в класичний та некласичний період її розвитку.

Список використаних джерел

1. Добронравова І.С., Білоус Т.М., Комар О.В. Новітня західна філософія науки. Підручник. – К.: Вид. ПАРАПАН, 2008.
2. Степин В.С. Саморазвивающиеся системы и постнеклассическая рациональность // Вопросы философии. – 2003. – № 8.
3. Добронравова І.С., Білоус Т.М., Комар О.В. Новітня філософія науки: підручник для студ. філос. фак. ун-тів і аспірантів. – К.: Логос, 2009.

4. Новгородцев П.И. Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. Опыт характеристики основ школы Савиньи в их последовательном развитии. – М., 1896.
5. Гегель Георг Вильгельм Фридрих фон. Философия права. – М.: Мысль, 1990.
6. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М.: Изд. бр. Башмаковых, 1911. – Т.1.
7. Еллинек Георг. Право современного государства. Том первый. Общее учение о государстве. (Изд. второе, ред. С.И. Гессеном). – С.-Пб.: Изд. юридического книжного магазина Н.К. Мартынова, 1908.
8. Савальский В.А. Основы философии права в научном идеализме. Марбургская школа философии: Коген, Наторп, Штаммлер и др.. Том 1. – М.: Типография Императорского Московского Университета, 1909.
9. Фуллер Лон Л. Анатомия права. / Пер. з англ.. Н.Комаровой. – К.: Сфера, 1999.
10. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002.
11. Недоцук Н.А. Философия права: Конспект лекций. / Сост. Н.А. Недоцук. – М.: Эксмо, 2006.
12. Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход. Курс лекций. 2-е изд. Доп. – СПб: Юридический центр Пресс, 2003.
13. Ролз Джон. Теория справедливости. / В.В. Целищев (науч. ред.); Новосибирский ун-т. – Новосибирск, 1995.
14. Дворкин Роналд. Серьезный взгляд на права. / Пер. А. Фролкин. – К.: Основы, 2000.
15. Ролз Джон. Політичний лібералізм. – К.: Вид-во Соломії Павличко "Основи", 2000.
16. Кант Эммануил. Метафизика нравов в двух частях / Сочинения в 6-ти томах [Под общ. ред. В.Ф. Асмуса, А.В. Гулыги, Т.И. Ойзермана], Т.4. Ч.2. – М.: Мысль, 1965.
17. Коркунов Н.М. История философии права. Пособие к лекциям. – С.-Пб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1915.
18. Чичерин Б.Н. Политические мыслители Древнего и Нового мира. (В 2-х ч.) Выпуск 1. – М.: Типография высочайше утв. т-ва И.Д. Сытина, 1897.
19. Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права / Под ред и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Издательство "Зерцало", 2003.
20. Кистяковский Б.А. Философия и социология права / Сост., примеч., указ. В.В. Сапова/. – СПб.: РХГИ, 1999.
21. Черданцев А.Ф. Толкование права и договора: Учеб. пособие для вузов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003.

Надійшла до редколегії 04.06.14

Н. Кабанец, канд. юрид. наук, доц.
КНУ імени Тараса Шевченка, Київ

ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ СТАТУС КОНТРАКТНОЙ ТЕОРИИ ГОСУДАРСТВА В ИСТОРИЧЕСКОЙ РАЦИОНАЛЬНОЙ РЕКОНСТРУКЦИИ

Рассматриваются методологические особенности исследования контрактной теории государства в научно-правовых школах, определяется проблема несовместимости значений этой теории в классическом и неклассическом периодах развития юридической науки, предлагается решение этой проблемы путем выхода на уровень prior-теории – общей теории договора в системе права.

Ключевые слова: контрактная теория государства, метод исторической рациональной реконструкции, школа естественного права, конструктивизм, общая теория договора, состав договорного обязательства, базовая правовая категория actio.

N. Kabanets, candidate of legal sciences, associate professor
Kyiv National Taras Shevchenko University, Kyiv

THE THEORETICAL STATUS OF THE CONTRACT THEORY OF THE STATE IN HISTORICAL RATIONAL RECONSTRUCTION

Methodological features of research of the contract theory of the state at scientific and legal schools are considered, the problem of incompatibility of values of this theory in the classical and nonclassical periods of development of jurisprudence is defined, the solution of this problem by an exit to prior-theory level – the general theory of the contract in right system is proposed.

Keywords: contract theory of the state, method of historical rational reconstruction, school of the natural right, constructivism, general theory of the contract, structure of the contractual obligation, basic legal category actio.