



Кабанець Наталія Іванівна

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Методологічні особливості дослідження поняття суспільного договору

Поняття суспільного договору має широке смислове навантаження та багатоаспектний вимір свого тлумачення в філософії права. Різноманітні політико-правові, філософсько-правові, теоретико-правові, політологічні, соціологічні погляди на його природу об'єднуються в договірну теорію – теорію соціального контракту, *контрактну теорію*, що є предметом дослідження різних дисциплін, і має особливе значення для юридичної науки. Традиційно опрацювання цієї теорії пов'язують зі школою природного права, що зіграла в історії філософії права величезну роль і продовжує її відігравати в сучасності. Однак, з середини XIX ст. контрактна теорія через критику формально-логічних аспектів її обґрунтування в інших напрямках юридичної науки набула визначеного статусу суто *історичної правової теорії походження держави* та втратила своє позитивне теоретичне значення. З того часу її конструктивний потенціал у сучасній теорії права залишається не використуваним у повній мірі.

Розгляд методологічних особливостей дослідження контрактної теорії в школі природного права, а також критичних зауважень з боку інших наукових шкіл з приводу теоретичної природи поняття суспільного договору дає можливість проаналізувати проблему його наукового статусу. При цьому *історична раціональна реконструкція*¹³⁴ може виступити в якості сучасної постмодерної методологічної стратегії дослідження цієї проблеми, що дає можливість зрозуміти наукову цінність як самої контрактної теорії та поняття суспільного договору, так і загалом наукових підходів школи природного права для сучасних теорій та методології права.

¹³⁴Історична раціональна реконструкція – філософський методологічний підхід, характерний для постнекласичного періоду розвитку науки, що формується в 70-90-х роках XX ст. 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 неокласицизму, що ставила під сумнів саму можливість теоретичного пізнання». Метод спрямований на вирішення проблеми «несумірності зміни значень» наукових термінів через припущення, що «діахронічна оцінка шляхом апеляції до мета-рівневого критерію допоможе відновити раціональність оцінки теорій та дослідницьких програм» [1, с. 9]. Методом історичної раціональної реконструкції в даній статті розглядається проблема наукового статусу терміну «соціальний контракт», що дає змогу зрозуміти проблему «несумірності зміни значень» цього терміну в різних наукових школах. При цьому звернення до «мета-рівневого критерію» для оцінки значення цього терміну допомагає відновити його реальне конструктивне значення в сучасній теорії права.

Статус школи природного права та проблема наукового дослідження поняття суспільного договору

У науці права прийнято виділяти два періоди розвитку школи природного права – *старий* і *новий*, кожен з яких характеризується методологічними особливостями розгляду основних понять школи. Власне, в певний час школа природного права і філософія права визначали одне й те ж 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 договір¹³⁵. У цей період погляди на ці поняття носили метафізичний характер, що стало предметом критики декількох наукових напрямів – історичної школи права, гегелівської філософії права, позитивістського вчення про право¹³⁶. Метафізична теорія суспільного договору зазнала удару після якої їй важко було зберегти свої позиції в науці.

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

¹³⁵ Термін «філософія права» з'явився у XIX ст. завдяки представникам історичної школи права та Г.В.Ф.Гегелю. Цим ставилось за мету відмежування вчення про право в історичному та діалектичному розуміннях від метафізичних поглядів школи природного права.

¹³⁶ Критика школи природного права розпочата була представниками історичної школи права за теоретично-раціональний характер її положень, що мав на той час метафізичний характер (див. у цьому плані, зокрема, Новгородцев П.И. Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. Опыт характеристики основ школы Савиньи в их последовательном развитии [2]). Позиція історичної школи права вплинула на погляди Георга Вільгельма Фрідріха фон Гегеля та представників юридичного позитивізму. Гегель, розвиваючи філософію права на діалектичних засадах, вважав, що положення школи природного права мають статичний характер, характерний для метафізичних понять, вони неісторичні, оскільки не здатні відображати змінний характер явищ реальної дійсності, на цій підставі він відмовляв їм у науковій природі. Зокрема, не визнавав поняття суспільного договору, оскільки таких договорів реально в історії римського права не існувало [3; с. 130], та вважав, що походження держави в філософії права слід розглядати не в юридичному (логічному), а в історичному аспекті, керуючись ідеєю держави [3; с. 280-285]. Позитивісти підтримували Гегеля в тому, що існування сфери статичних метафізичних понять та змінних позитивних понять є подвоєнням реальності наукових понять. Реальність понять у науці має бути лише одна – позитивна, а тому метафізика не може мати наукового статусу (див. у цьому плані Г.Ф.Шершеневич [4, с.33, с.108-111, 212-213, 252-255, 558-567]). Таке просте логічне міркування в якості переконуючого аргументу ставило хрест на розробці наукових положень школи природного права в теоретичному плані. Вихід було запропоновано в рамках неокантіанського напрямку філософії права, які піднесли ідею школи відродженого природного права, де досліджуються не реальні (онтологічні) поняття позитивної дійсності, а фундаментальні принципи та ідеї права, що мають належну (деонтологічну) природу.

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 змісту¹³⁷.

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 позитивізм 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 [6, 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 ідей¹³⁸.

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

¹³⁷Стосовно поглядів представників цього напрямку на предмет, можна звернутися до робіт Георга Еллінека, який вбачав у поняттях старої школи права та доктрині соціального контракту лише історичне значення, а не теоретично-наукове [5, 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 понять та поглядах на їх наукову природу [6, 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 [7, с. 140-141].

¹³⁸Ці 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, але не має реального теоретичного змісту» [8, с. 79-81].

позитивістської критики стосовно положень школи природного права. Своє позитивне значення в науці теорія прав людини та контрактна теорія держави повернулизавдяки *некласичним напрямам розвитку наукових досліджень* в другій половині XIX – першій половині XX ст., але при цьому змінився сам зміст наукових досліджень. Наукові методи втрачали свій строго обґрунтовувальний раціональний характер і класичне формально-логічне доведення не сприймалося в якості беззастережної ознаки науковості певного твердження¹³⁹.

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* стосунках¹⁴⁰. 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 знало критики, у зв'язку з чим і його *трансцендентальна дедукція*¹⁴¹ в новій школі природного права не була доведена до кінця. Тут же було сформоване уявлення про нього як про регулятивну ідею чи принцип пізнання природи права. В *некласичний* період

¹³⁹У сучасному наукознавстві в залежності від зміни характеру та методів наукового 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. Див. у цьому плані Стюпін В.С. [9], Добронравова І.С. [10, с. 8-12].

¹⁴⁰Зокрема, такий підхід характерний для розряду 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].

¹⁴¹Трансцендентальна 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.

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 «теорій справедливості», в рамках яких не звертають належну увагу на формально-юридичну природу цього поняття.

Таку ситуацію можна розглядати як проблемну з огляду на виникнення «несумірності значень» терміну «соціальний контракт» в різних наукових школах класичного та некласичного періоду розвитку науки, де логічне обґрунтування терміну як правового поняття вважалося недостатнім та доповнювалося інтерпретаціями в дусі історичних, мовних, філософських та соціологічних особливостей його дослідження. При цьому не надавалося належного значення розгляду формально-юридичних теоретико-правових аспектів цього поняття. Однак, певні некласичні методологічні підходи дослідження поняття давали можливість розв'язання існуючої проблеми.

Класифікація контрактних теорій та особливості пояснення. Конструктивістський підхід

Огляд контрактних теорій, що виступають основою новітніх «теорій справедливості» в якості некласичних інтерпретацій поняття суспільного договору, 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 пояснень 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]¹⁴².

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

¹⁴²Стосовно договірної теорії Ролза при цьому він робить зауваження, що хоча це деонтологічна штучна модель, вона включає елементи природної моделі, які ґрунтуються на раціональній інтуїціоністській позиції. Сам Джон Ролз вважав, що його конструктивний підхід слід розглядати як «відмінний від класичного телеологічного (пов'язаного з англійським утилітаризмом) у зв'язку з використанням раціонального інтуїціонізму (характерного для шотландської школи морального почуття справедливості)» [13, с.27].

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 опрацюванні 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. Договірна теорія не базується на чітких правових дефініціях та положеннях і ознаки договірного поняття мають скоріше соціально-правовий характер, ніж власне юридичний. Це сучасна особливість некласичного 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 договірному зобов'язання *априорної, 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 *належна* універсальна модель теоретичних правових понять. Вона ґрунтувалася на тих положеннях, що давалися догмою римського права, але при цьому їх теоретично переосмислювала на засадах наукового формально-логічного методу, характерного для школи природного права починаючи з XVII ст. Вершиною метафізики права вважається система Еммануїла Канта, де поняттю соціального контракту, як особливої природи публічно-правовому договірному зобов'язанню, відводиться базова роль у створенні системи права¹⁴³.

Підхід метафізиків права з позицій сучасних методологічних стратегій наукових досліджень можна розглядати як, *раціонально-логічну* процедуру *конструювання* належного поняття. Вона полягала у зверненні до теорії цього поняття, що відкривається в рамках конструктивістського підходу його розгляду. Для метафізиків права старої школи така процедура давала можливість зняти протиріччя в догмі права шляхом відходу від емпіричних конкретних даних та виходу на більш загальне формально-логічне поняття.

*Загальна теорія договору, як prior-теорія, та концепт складу договірному зобов'язання, як конструктивна модель інтерпретації первісного контракту*¹⁴⁴

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

¹⁴³ Див., зокрема, «Метафізика нравов в двух частях. Часть первая. Метафизические начала учения о праве. Учения о праве часть вторая. Публичное право» [16, с.226, с.231-269], а також «О пословице „Возможно, это и верно в теории, но не годится для практики“. II. Об отношении теории к практике в государственном праве (Против Гоббса)» [16, с.77-78].

¹⁴⁴ Поданий нижче розгляд проблеми обґрунтування теоретичної природи поняття суспільного договору є прикладом можливого її розв'язання шляхом застосування до цього поняття історичної раціональної реконструкції на засадах загальної теорії договору, як мета-теорії (prior-теорії), та конструктивного концепту складу договірному зобов'язання.

теорії договору, спільної для приватного та публічного права в рамках єдиної системи права¹⁴⁵.

Однак, слід відмітити, що пояснення природи самого юридичного правовідношення на засадах наукового методу було здійснене лише в ХІХ 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.

Так, філософи школи відродженого природного права розглядали питання *елементного складу* юридичного відношення з точки зору пізнавально-наукових засад: *суб'єкти, об'єкт, зміст, гарантії*¹⁴⁶. Ця позиція представників Марбурзької школи, до речі, визначила сучасне гносеологічне розуміння поняття юридичного відношення в юридичній теорії. Але в рамках суто гносеологічного тлумачення, без формально-логічного аналізу елементного складу юридичного відношення, не можна вийти на його понятійну структуру, що давала б можливість представити його саме як особливого виду договірне зобов'язання, яке складає одну з базових *категорій* правової реальності. З формально-логічної точки зору, елементний склад юридичного відношення слід розглядати за структурою *складу договірного зобов'язання* – це шлях, що намічався метафізиками в рамках їх *конструктивного підходу* до моделювання системи права. Якщо рухатися в цьому напрямі, виходимо на обґрунтування базової категорії, яка задає правову реальність юридичних понять –

¹⁴⁵На загальну теорію договору серед постглюсаторів-систематиків, очевидно першим вийшов АльтузійЙоган. За зауваженням Коркунова М.М.: «Альтузию принадлежит первая попытка полной системы права по рамистическому методу...», публичное право ставится у него наравне с частным <i>и</i>... рассматривается совместно с частным по одним и тем же рубрикам...» [17, с. 122-123]. Значну роль в цьому плані зіграв напрям німецької догматичної юриспруденції старої школи природного права. Його представниками були СамуїлПуфендорф, ХристіанТомазій, Христіан Вольф. Керуючись застосуванням науково-раціоналістичного декартівського методу до обґрунтування теоретичних понять, вони вийшли на обґрунтування перших базових правових категорій права, таких як «особа», «річ» та моделювання на їх основі метафізичної системи права. Див у цьому плані Чичерін Б.М. [18, с.137-142]. Критику декартівського підходу в науці права та догматичних понять юриспруденції у цілому здійснив Еммануїл Кант у своїй *Метафізиці права*. Він був основоположником нового теоретичного напрямку в науці – суб'єктивно-ідеалістичного та критичного наукового методу. Зокрема, в юриспруденції Кант ввів базові теоретичні поняття дієздатності особи та суб'єкта права, що розкривалися у зв'язку з його поняттям категоричного імперативу, вони підривали засади тогочасного догматичного розуміння права.

¹⁴⁶За Г. Когеном, поняття юридичної реальності «дається в юридичному відношенні (= дії) і його елементах: суб'єкті, об'єкті, відношенні та правилі відношення (нормі, законі). Суб'єкт, об'єкт, відношення та правило відношення і суть аргіогіюридичного досліджу, ті логічно необхідні умови, які роблять його можливим» [6, с.216].

actio. Така категорія пояснює юридичне відношення саме як договірне зобов'язання і є абсолютно необхідною, оскільки саме вона уможливило *моделювання* системи права в рамках правової реальності. Також саме вона дає підстави розглядати *загальну теорію договору* як мета-теорію (*prior-теорію*) при інтерпретації соціального контракту в якості публічно-правового договірного зобов'язання.

Уявлення про юридичне відношення в теорії права поділяє і школа юридичного позитивізму, й історична школа права¹⁴⁷. 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 права¹⁴⁸. В кінці XVIII – на початку XIX ст. історична школа права представила своє розуміння системи догми *римського пандектного права*, що ґрунтувалася на засадах історичного підходу в праві. Саме «Система догми сучасного римського права», створена пандектистами історичної школи права XIX ст. виступала базовою дисципліною юридичної університетської освіти після витіснення школи метафізики права. Не дивно, що і німецька школа філософії права та школа юридичного позитивізму обирали при обґрунтуванні своїх положень в якості основного догматичного аналогу позицію та методологічні підходи німецької історичної школи права. Мабуть, це певною мірою, було закономірно, але загальна традиція юридичної школи і розвитку догми права знає ще один напрям її розвитку, ґрунтований на *інституційній* системі догми римського права. Опрацювання цього напрямку було характерне для французької школи права та для німецької догматичної юриспруденції старої школи природного права. Її ж використовував і Кант у якості догматичних засад при обґрунтуванні критичним методом положень своєї метафізики права. Саме використання інституційної системи права, як догматичної основи інтерпретації, давало можливість розвитку конструктивного підходу в моделюванні теоретичних засад вчення про публічно-правову природу суспільного договору і створення загальної теорії договірного зобов'язання. І саме в рамках цього

¹⁴⁷У «Догмі сучасного римського права» Д.Д. Грімма визначено структура пандектного права, що покладалася в основу тлумачення та розуміння структури юридичного відношення позитивістами та філософами права. Зокрема, загальна його частина містить 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 правовідношення.

¹⁴⁸Б.О. Кістяківський, характеризуючи методологічний підхід орієнтування етики в фактах досвіду Германа Когена при створенні ним 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]. Однак, Коген лише наслідував при цьому підхід Канта, який використовував догматичні положення права при побудові своєї метафізики права. Але для Когена базою інтерпретації в філософії права виступала система догми пандектного права, а для Канта – система догматичної юриспруденції Вольфа, ґрунтована на інституційній системі римського класичного права.

підходу можна було говорити про категорію *actiота загальний склад* договірною зобов'язання як *апріорну* теоретичну основу визначення загального поняття договору.

Слід підкреслити, що подальше обґрунтування логічного *складу* договірною 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 публічного¹⁴⁹. Очевидно, що вони, 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. Позитивісти спиралися 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, вони просто відкидалися, і знаходилося нове пояснення, що задовольняло догматичну позицію, – оскільки вони теж наслідували в інтерпретації пандектну модель догми римського права. Так, на засадах догми римського приватного права, створеної пандектистами історичної школи права, була опрацьована сучасна теорія позитивного приватного права, яка розроблялась 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 договірною зобов'язання, ні поняття універсальної системи права та її

¹⁴⁹До уваги бралася при цьому реальна природа дійсних приватно-правових договорів, знаних ще з практики римського права. Натомість ноуменальна природа публічно-правового договору піддавалась 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 розвивалося з публічним в системі догми пандектного права, оскільки вони не могло містити спільних теоретичних понять однакової наукової природи. Система права метафізиків визнавалась ненауковою, як і їх позиція відносно загальної теорії договору та суспільного договору як правового поняття (див. у цьому плані Шершеневич Г.Ф. [4]).

базових категорій. У методологічному плані вони відмовились від конструктивного підходу метафізиків у моделюванні чистої системи права, що спирався 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 апіорна система права, призвело до відсутності 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 договірної правовідношення, і пояснення його філософсько-правової природи можливе лише на базі універсальної категорії *акції* в рамках *загальної теорії договору*, де публічне договірне зобов'язання має *особливість* відносно приватного договору, однак розглядається з ним за *спільними* категоріально-понятійними конструкціями.

У підсумку можна зазначити, що питання визначення загального складу договірної зобов'язання, можливе лише в рамках загальної теорії договірної правовідношення, на сьогодні ще не є вирішеним, оскільки його розв'язання залежить від визначення статусу публічного та приватного права в рамках єдиної системи права на основі спільних базових категорій права. Відповідно до цього і позитивна роль та значення контрактної теорії в теорії права є незначною. Вона залишається в рамках статусу *історичної теорії походження держави*, визначеного її противниками, чи *соціально-правової теорії справедливості*, визначеного її новітніми прибічниками, не відіграючи в повній мірі належну їй конструктивну роль у моделюванні правової реальності.

Очевидно, що статус контрактної теорії потребує свого перегляду з огляду на її науковий потенціал. Концептуальний теоретико-методологічний напрям для цього вже було закладено в рамках наукової традиції правастарою метафізичною школою саме при формально-логічному дослідженні поняття суспільного договору. *Історична ж раціональна реконструкція*, як сучасна постмодерна методологічна стратегія, спрямована на розв'язання проблеми «несумірності значень» термінів в різних наукових школах різних періодів розвитку науки шляхом звернення до метакритерію оцінки значень цих термінів (на основі конструктивістського підходу), дає

можливість переосмислити теоретичне значення термінів «соціальний контракт» та «контрактна теорія» у фундаментально-науковому, а не суто прикладному аспекті вчасних умовах. Важливість такого дослідження для новітньої філософії та теорії права важко переоцінити.

Використані джерела:

1. Добронравова І.С., Білоус Т.М., Комар О.В. Новітня західна філософія науки. Підручник, - К.: Вид. ПАРАПАН, 2008.
2. Новгородцев П.И. Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. Опыт характеристики основ школы Савиньи в их последовательном развитии. – М., 1896.
3. Гегель Георг Вильгельм Фридрих фон. Философия права. – М.: Мысль, 1990.
4. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М.: Изд. бр. Башмаковых, 1911. – Т.1.
5. 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.
6. Савальський В.А. Основы философии права в научном идеализме. Марбургская школа философии: Коген, Наторп, Штаммлер и др.. Том 1. – М.: Типография Императорского Московского Университета, 1909.
7. Фуллер Лон Л. Анатомія права. / Пер. з англ. Н.Комарової. – К.: Сфера, 1999.
8. Максимов С.И. Правовая реальность: опыт философского осмысления: Монография. – Харьков: Право, 2002.
9. Степин В.С. Саморазвивающиеся системы и постнеклассическая рациональность // Вопросы философии. – 2003. – № 8.
10. Добронравова І.С., Білоус Т.М., Комар О.В. Новітня філософія науки: підручник для студ. філос. фак. ун-тів і аспірантів - К.: Логос, 2009.
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. Дворкін Роналд. Серйозний погляд на права. / Пер. А. Фролкін. – К.: Основи, 2000.
15. Ролз Джон. Політичний лібералізм. – К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2000.

16. Кант Еммануил. 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.

Розглядаються методологічні особливості дослідження поняття суспільного договору та контрактної теорії в науково-правових школах і формулюється висновок про їх конструктивний потенціал, як теоретичних положень в науці права.

Ключові слова: *суспільний договір, контрактна теорія, школа природного права, конструктивізм, загальна теорія договору, склад договірних зобов'язань.*

Рассматриваются методологические особенности исследования понятия общественного договора и контрактной теории в научно-правовых школах и формулируется вывод о конструктивном потенциале этих положений для теории права.

Ключевые слова: *общественный договор, контрактная теория, школа естественного права, конструктивизм, общая теория договора, состав договорного обязательства.*

The methodological features of research of concept of public agreement and contract theory are examined by scientifically-legal schools and drawn conclusion about structural potential of these positions for the theory of right.

Keywords: *public agreement, contract theory, school of absolute law, constructivism, general theory of agreement, composition of contractual obligation.*