

АЛЕКСЕЙ КРЕСИН

ДОКТОР ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

ИМ. В.М. КОРЕЦКОГО НАН УКРАИНЫ

[HTTPS://ORCID.ORG/0000-0002-4016-6596](https://orcid.org/0000-0002-4016-6596)

Социально-волевая теория позитивного национального правопорядка в учениях варшавских юристов 1807–1831 годов¹

1. Введение; 2. Кризис юснатурализма и учение о позитивном социальном праве; 3. Социально-волевая теория национального права; 4. Выводы.

1

Наиболее фундаментальной проблемой европейской, и особенно центрально-европейской правовой мысли второй половины XVIII – первой трети XIX в. было завершение становления нового позитивистского и социального мировоззрения юристов, которое в итоге предусматривало формирование новой специальнаучной картины мира. Дуализм права как предмета юридических наук на протяжении веков (естественное и позитивное право) отражал синкретичность общего учения о праве с философией, предполагал не только несамостоятельность имеющихся позитивных правопорядков, но и случайность их особенностей, подчинял их плюрализм монистическому метафизическому эталону. Сущностью постепенной трансформации понимания предмета правоведения со времен Реформации до Просвещения была прежде всего секуляризация естественного права, что давало возможность его познания средствами философии вне теологической догматики, а также признания автономии человеческой воли в праве, что увеличивало значение позитивного права как сферы человеческой рациональности. Но только в XVIII – начале XIX в. был провозглашен неуниверсальный, неметафизический, неправовой характер естественного права, которое является порождением человеческой мысли, оно выведено за пределы предмета пра-

¹ Исследование осуществлено при финансовой поддержке Фонда имени Кшиштофа Скубишевского (Варшава, Польша).

воведения. Естественное право было лишено всякого позитивного содержания и стало рассматриваться как негативное (определяет пределы права) или как обобщение позитивного права.

Теория естественного права была принципиально дискредитирована в результате активных публичных дискуссий конца XVIII – начала XIX в., особенно во время т.н. «кодификационных дебатов» в немецких государствах 1814 г. (на самом деле по крайней мере 1810–1817 гг.). Обе стороны, которые конституировались как историко-философская и историческая школы, признали невозможность естественного права собственно как права и вместо того эксклюзивность позитивного права.

Безусловно, становление позитивизма в это время во многом было обусловлено поражением наполеоновской Франции, которое подвело черту под универсалистскими проектами Священной Римской империи Германской нации, *ius commune* и *Code Civil*, утвердило национальные позитивные правопорядки как единственно возможные системы права. Эксклюзивность позитивного права (сущего, эмпирически познаваемого) превратила национальные правопорядки в самодостаточный предмет исследования, позволила рассматривать их как проявления человеческого правового опыта, а их разнообразие – как неслучайное и устойчивое явление, требующее научного осмысления.

Процесс трансформации субъектной сферы права и объекта юридических наук также был длительным, он начался в XVI в. с признания автономии социальной сферы бытия человека и выделения светской этики человеческих отношений, которые не совпадали с доктриной католической церкви. Это постепенно реализовалось в идеях социальной интеграции, формами которой являются, в частности, общество и государство, а также автономии социального (творимого обществом, в том числе институализированном в государство, и группами в его пределах) права. Идеи территориальности обществ, их локализации в пространстве были предпосылкой признания социального и правового плюрализма в мире, равенства социальных правопорядков.

Новым субъектом правового развития постепенно была признана нация, а объектом юридической науки становится национальный правопорядок. Идея нации как функционального сообщества, по своему персональному и территориальному охвату тождественного обществу, волевое государствотворчество и правотворчество которой опирается на длительную историческую традицию и является одним из выражений органического и духовно-культурного развития, коллективной рациональности, окончательно

поглощает в себе личность, сочетает субъективную и объективную волю, легитимирует национальные государство и право и одновременно утверждает равенство и плюрализм правопорядков.

Все эти явления, по моему мнению, взаимосвязаны и могут рассматриваться как грани одного процесса постепенного построения новой, отчетливо эмпирической, социальной и плюралистической картины существования и взаимодействия множества национальных правопорядков, а также становления общественных наук вообще и юридических в частности.

Развитая в европейской правовой мысли в течение второй половины XVIII – первой трети XIX в. социально-волевая теория национально-государственного права была основана на требовании территориально-субъектного соответствия правопорядка гражданскому обществу, нации и государству, их отождествлении относительно современного развития права, несмотря на их историческое и функциональное разграничение, убеждении, что благодаря государству национальное право приобретает окончательную и отчетливую институциональную форму и территориальность. Именно территориальность национально-государственных правопорядков позволяла исключительно из них конструировать правовую карту мира. Социальность воли и государственность позволяли объективировать правопорядок и снимали в себе человека как субъекта права и его субъективное право, превращали национальное право в отдельную единицу правового развития. Также социально-волевая природа права позволяла провозглашать тождество сущего с должным, что означало самодостаточность и эксклюзивность позитивного правопорядка. Требование государственности для национального правопорядка окончательно отделило право от других социальных регуляторов; рассмотрение национально-государственных правопорядков как основанных на социальной воле позволило рассматривать их как равноценные².

2

Одним из проявлений позитивистского понимания права можно считать тезис Г. Коллонтая о «покорности праву», «господстве права» и власти в национальном государстве, которые в то же время должны гармонично

² Об этом подробнее: O.V. Kresin, *Comparative Legal Studies: 1750 to 1835. Approaches to Conceptualization*, ed. and transl. by W.E. Butler, London 2019, vol. I, p. 186–193; vol. II, p. 330–336; O.B. Кресін, *Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація*, Київ 2017, с. 194–200, 610–615.

сочетаться со свободами людей³. Тезис о господстве права неоднократно подчеркивался современниками Г. Коллонтая. Достаточно вспомнить мнение министра справедливости (юстиции) Ф. Лубенского: «Только там настоящая свобода, где деспотически правит право»⁴. Позже лозунг «господства действующего права» высказывался также Ф.К. Шанявским⁵.

В речи князя Ф.К. Шанявского *О позициях, необходимых для изучения права*, открывавшей учебный 1808/1809 год в варшавской Школе права, право рассматривалось как такое, которое сознательно создается каждым обществом для себя, согласно своим представлениям о своих же потребностях, особенностях эволюции, ориентирах дальнейшего развития. При этом отвергалась возможность создания совершенного права, пригодного для всех обществ/государств и на все времена. Так, разум и рациональность (как чистый разум и рассудок у Канта) являются источником права, но это мышление конкретных людей, их сознание и воля, лишённые всякой метафизичности. При этом как человеческая нравственность влияет на созидание и применение права, так и наоборот, последние существенно влияют на нравственность⁶.

Ф.К. Шанявский связывал естественное право с неизменной природой человека и, опять-таки, вслед за Кантом, рассматривал его не как обязывающие нормы, а как внутренний нравственный императив. Напротив, позитивное право является обязательным, социальным и государственно-территориальным, то есть собственно только оно является объективным правом⁷. По моему мнению, дуализма позитивного и естественного права в таких взглядах нет, это чистый позитивизм, а естественное право является чем-то, связанным с правом, но не самим правом⁸.

В работах 1817–1819 гг. Ф.К. Шанявский писал о законах природы как физических возможностях и ограничениях в жизни человека, всемирных, неизменных, неизбежных, совершенных («Бог есть первый законодатель»),

³ H. Kollątaj, *Uwagi nad teraźniejszym położeniem tej części Ziemi Polskiej, którą od Pokoju Tylżyckiego zaczęto zwać Księstwem Warszawskim*, Lipsk 1808, s. 220.

⁴ H. Konic, *Nowy przyczynek do dziejów kodeksu Napoleona w Polsce*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 18 V 1903, nr 13, s. 195.

⁵ F.K. Szaniawski, *Statyka prawa, czyli nauka porównywać w prawie*, Warszawa 1819, s. 22–24, 28.

⁶ Idem, *O usposobieniach potrzebnych do uczenia się prawa*, Warszawa 1808, s. 4–5, 7, 11, 13.

⁷ J. Jakubowski, *Pierwszy wykład prawa na Uniwersytecie Warszawskim*, „Palestra” 1959, t. 3, nr 2–3 (14–15), s. 77, 80.

⁸ Другой взгляд отображен в: P. Pomianowski, *Główne nurty ideologiczno-metodologiczne w środowisku warszawskich prawników przed wybuchem powstania listopadowego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2011, t. 11, nr 4, s. 406; P. Szymaniec, *Nauka prawa jako działalność pro bono. Uwagi na temat polskiej nauki prawa w latach 1807–1831*, [w:] *Pro publico bono – idee i działalność*, red. M. Marszał, J. Przygodzki, Wrocław 2016, s. 114.

которые составляют определенную необходимость в жизни вещей и живых существ, в том числе и людей. Другая категория законов – нравственные и одновременно установленные волей людей, распространяются только на внешнее поведение людей в обществе, они социальные и территориальные, являются законами настолько, насколько обязательны, силой, создающей необходимость: «Под словом «право» мы понимаем каждое предписание, действующее в государстве» (1819 г.)⁹. Итак, первые законы природные (то, к чему автор свел объективное естественное право), а вторые позитивные. Обе группы создают необходимость, но только вторая является собственно правом: «Права человеческие иначе называем позитивными правами»¹⁰.

Разум, мораль, нравственность, религия, представления людей о естественном праве (т.е. о соответствии социального мира природному и учете естественной необходимости) влияют на наши поступки и на установление права, являются его первичным источником, но от него четко отделены: «Справедливость и добродетель являются предметом нравственности; сама только справедливость, которая реализуется внешними знаками, касается человеческих прав; принуждать к добродетели результативно человеческая власть не может, но к ней поощряет, побуждает, склоняет, направляет»¹¹. Все эти факторы, в отличие от объективных природных законов, являются изменчивыми, зависящими от места, времени, обстоятельств, а потому и позитивное право является временным, локализованным, несовершенным, предметом постоянной человеческой правотворческой деятельности¹².

Причиной появления позитивного права является желание общественных связей, создание общества для взаимного добра и совершенствования себя и человечества (потому автор связывает позитивное право как гражданское/цивильное и цивилизацию как «изменения, пользу и совершенствование людей, которую обуславливает их соединение в общество»)¹³.

Позитивное гражданское право охватывает все отношения членов конкретного общества или государства одних к другим, внешнее право – отношения обществ в видении обществ», право народов – отношения между обществами или государствами (это взаимные обязанности между отдельными сообществами, народами, государствами, вытекающие из обычаев

⁹ F.K. Szaniawski, *Wiadomości początkowe w nauce prawa*, Warszawa 1817, s. 1–3, 6–8, 16, 19–20, 26, 28–29; idem, *Statyka prawa...*, s. 12.

¹⁰ Idem, *Wiadomości początkowe...*, s. 29.

¹¹ *Ibidem*, s. 9–10, 16–17, 19, 21–23; idem, *Statyka prawa...*, s. 15, 88.

¹² Idem, *Wiadomości początkowe...*, s. 19–20; idem, *Statyka prawa...*, s. 77.

¹³ Idem, *Wiadomości początkowe...*, s. 14, 31, 34; idem, *Statyka prawa...*, s. 19, 26, 35, 58.

между народами, соглашений, то есть позитивного права, но могут основываться на представлении о естественном праве)¹⁴. Формами позитивного права Ф.К. Шанявский в 1817 г. называл обычное право (как «отдельные решения» «согласно случаям и обстоятельствам», прошедшие через опыт, то есть включая судебную практику) и законодательство (в праве народов – соглашение), причем первое в истории эволюционно переходит во второе путем сравнения норм, формирования и обобщения оснований, или же происходит заимствование иностранного права¹⁵. Поэтому благосклонным является и отношение Ф.К. Шанявского к кодификации права¹⁶.

В работе Ф. Слотвинского 1812 г. *Исследование об истории права природы и системах различных его авторов* на основе идей позднего (так сказать, посткритичного) Канта обосновывалось четкое разделение права и нравственности. Позитивное право является действующим и обязательным независимо от суждения относительно его соответствия основаниям практического разума, а любая диктатура нравственных требований в праве ведет к субъективизму и беззаконию¹⁷.

Интересна позиция Д. Дзерожинского, высказанная в трудах 1813 и 1828 г. Естественное право сводится в его видении к законам физической природы, а также предоставлению Богом человеку свободы разума и воли. То есть нравственная часть такого естественного права – это свобода, а не предписание. Люди создают общества, исходя из своих потребностей, у каждого общества свой особый общественный договор, основанный на согласии относительно потребностей людей и средств их обеспечения, прав и обязанностей членов общества, а также на свободе их воли. И право общества, следовательно, является отдельным, а не всеобщим, волевым и договорным, а не предписанным, цель и применение права разных обществ могут отличаться. В таком видении нет места для собственно естественного права, а лишь для убеждений и «правил естественной рациональности», которые справедливо отнести к сфере человеческой психологии¹⁸.

Резкое осуждение у Я.В. Бандтке вызывала идея естественного права¹⁹ как божественного, по крайней мере как смешения этики и права, а также как

¹⁴ Idem, *Wiadomości początkowe...*, s. 34–35; idem, *Statyka prawa...*, s. 57.

¹⁵ Idem, *Wiadomości początkowe...*, s. 30, 35, 54, 281–282.

¹⁶ Idem, *Statyka prawa...*, s. 68.

¹⁷ P. Szymaniec, *Nauka prawa...*, s. 120.

¹⁸ P. Pomianowski, *Główne nurty...*, s. 408; P. Pomianowski, *Początki polskiego czasopiśmiennictwa prawniczego. Seria pierwsza „Themis Polskiej”*, Warszawa 2015, s. 112.

¹⁹ Другой взгляд на Я.В. Бандтке как юснатуралиста: W. Sobociński, *Jan Wincenty Bandtkie obrońcą Kodeksu Napoleona*, „Rocznik Lubelski” 1960, t. 3, s. 160–161, 164.

навязывание обществу права извне²⁰. Так же он отрицал идею естественного права как чистого разума: «Нигде нет и не будет в поступках людей математического однообразия, природной системы», иронизировал над идеями Канта его критического периода, не называя их автора²¹. В общем Я.В. Бандтке считал конструирование любых систем естественного права малопригодным занятием, сводя их к идеалам права и справедливости, которые создаются обществом и, сочетаясь с опытом, воплощаются в позитивном праве на разных этапах развития общества²². При этом он не возражал против использования и в дальнейшем понятия «естественное право» – в смысле «правд права», которые являются обобщением опыта позитивного права²³.

Р. Губе в своих работах 1827–1830 гг. представил полностью позитивистское видение права как «правового порядка общества» и системы позитивного права государства²⁴. При этом он отмечал: «Под системой понимаю порядок и упорядочение отдельных предметов»²⁵. Р. Губе осуждал и высмеивал «абстрагированные идеи прав природы», считал различные варианты естественного права лишь историческими донаучными типами идей о праве, элементом поклонения детского мозга древнего человека существующей в мире гармонии, теологическим конструктом, абстрагированием догматики римского права в поиске совершенного права, спекулятивным умственным построением²⁶. Оценивая кодификации, созданные на основе идеи естественного права как разумного, Р. Губе отмечал: они имеют иллюзорное изящество, но подавляют функционирование и развитие живого права, исходящего из потребностей обществ, уничтожают их правовое многообразие²⁷. Поэтому «реакция стала безусловно нужной», абстрактный разум должен подчиниться эволюционному развитию общественного порядка, лишь

²⁰ J.W. Bandtkie, *Wywod historyczny praw mieyskich w Polsce dawney obowiazujacych*, [w:] idem, *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, Warszawa–Wilno 1812, s. 22, 48, 50; idem, *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a o użytku onejże w ogólności*, Warszawa 1814, s. 15, 23.

²¹ Idem, *Wywod historyczny...*, s. 72; idem, *Uwagi o potrzebie...*, s. 33–34.

²² Idem, *Uwagi o potrzebie...*, s. 33–34.

²³ *Ibidem*, s. 34–35.

²⁴ R. Hube, *Krotki rys historyi literatury prawa*, [w:] idem, *Opera*, t. I, Varsaviae 1905, s. 67, 71; idem, *Uwagi nad systematem Kodexu cywilnego francuskiego*, „Themis Polska” 1829, t. V, s. 313–324, 331–332, 334; idem, *Niektóre uwagi nad historią nauki prawa*, [w:] idem, *Opera*, t. I, Varsaviae 1905, s. 42.

²⁵ Idem, *Uwagi nad systematem...*, s. 313.

²⁶ Idem, *O stanie nauki prawa w naszych czasach*, [w:] idem, *Opera*, t. I, Varsaviae 1905, s. 9; idem, *Niektóre uwagi...*, s. 37, 39, 46–48.

²⁷ Idem, *Niektóre uwagi...*, s. 48–49.

превратив его из мозаики в систему²⁸. При этом разум уже не претендует на создание объективного естественного права («исчез бред о естественном состоянии»), оно становится абстрагированной формой позитивного права общества²⁹.

Так же позитивистским и социальным было видение права Ц. Заборовским, высказанное в трудах 1829 г. Идею естественного права, в том числе и разумного права, единого для всех, везде и всегда, Ц. Заборовский считал анахроничной и отвергнутой юридической наукой³⁰. Он пренебрежительно высмеял естественное право: «Это фехтование остроумием не вредит навыкам и так только демонстрирует триумф правды над остроумием и риторикой»³¹. При этом он утверждал наличие в разуме человека врожденной идеи о добре и зле, «глухого чувства»³², то есть манифестировал определенные элементы эссенциализма, характерного для всех версий идеи естественного права. Но развитие идеи справедливости является коллективным, происходит в обществе и отражается в позитивном праве и через политическую власть³³. Как и другие варшавские ученые того времени, Ц. Заборовский подчеркивал недопустимость смешения знаний и представлений о законах физической природы (всеобщих, необходимых, неизменных) с правами, созданными благодаря нравственной природе человека (меняющихся, прогрессирующих, не поддающихся точному измерению и подсчету)³⁴. И так же, по его мнению, не должны смешиваться мораль с собственно правом, хотя она и влияет на последнее и является более широкой по сравнению с ним³⁵.

К.А. Гейлман осуждал как необоснованную, никем не доказанную, устаревшую идею разумного естественного права, ведь разум не абстрактный и не всеобщий, а особенности коллективного сознания и культуры связаны с особенностями развития конкретных обществ – поэтому разнообразие прав неизбежно: «Придет и тот момент (как с вопросом о вращении Земли вокруг Солнца, а не наоборот), когда все юристы убедятся, что разум не является единственным источником законодательства и что может быть два, три

²⁸ *Ibidem*, s. 49–50.

²⁹ *Ibidem*, s. 51, 53.

³⁰ [С. Zaborowski], *Rozbiór krytyczny dzieła pod tytułem: Upominek pogrobowy ś.p. Kazimierza Płiszki Podlesianina; rzecz o sukcesii...*, „Themis Polska” 1829, t. VI, poszyt II, s. 213.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, s. 214.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, s. 229, 240.

³⁵ *Ibidem*, s. 229–230.

или более разумных законодательств»³⁶. Идея человеческого разума в работе К.А. Гейлмана, безусловно, присутствует, но он – не всемирный и не абстрактный, а индивидуальный человеческий – лишенный всякой метафизичности, является прежде всего творением, в том числе и окружающего мира, а никак не самостоятельным творцом, а лишь познает и в известной степени со-творит: «Отношение между разумом и внешним миром дает законодательству материальные основания. Из отношения между разумом и духом Творца вытекают основания нравственные, которые служат законодательству»³⁷.

Но в целом ученый осуждал любые естественно-правовые идеи: «Множество так называемых естественных прав, которые предлагались полумудриками философии и юриспруденции, которые... вместо здорового зерна собирали шелуху»³⁸. Вместо этого он обосновывал философию идеального права как апостериорное обобщение элементов позитивного права, получивших общемировое распространение³⁹.

Единственным сторонником идеи естественного права, труд которого был отмечен вниманием, пусть даже в виде уничтожающей критики, был А. Беньковский, анонимный автор работы «Посмертный вклад... относительно наследования или мысли относительно естественного наследственного права» (1827 г.)⁴⁰. По мнению ученого, человеческий разум открывает, а позитивное право должно отражать естественное право, имеющее универсальный внеисторический и вне-локальный характер: «Знаем же, с одной стороны, что каждое правовое предписание должно в себе содержать нравственную правду, знаем и то, что каждая правда едина, одинаковая везде, всегда, для каждого человека, для всех народов и для целого рода человеческого; знаем, наконец, и то, что каждая правда нигде не изменяется, нигде не противоречит себе, а всегда однообразна»⁴¹. Справедливо то, что соответствует естественным чувствам человека, а отступления от такой естественной справедливости в прошлом и настоящем связаны либо с суеверием, или с личными интересами законодателя⁴². По мнению А. Беньковского, современное законодатель-

³⁶ A. Heylman, *Wywod zasad ogólnych nauki prawa i prawodawstwa*, „Themis Polska” 1830, t. VII, s. 6–8, 11.

³⁷ *Ibidem*, s. 8–9.

³⁸ *Ibidem*, s. 53.

³⁹ *Ibidem*, s. 52, 54.

⁴⁰ [A. Bieńkowski], *Upominek pogrobowy Ś.P. Kazimierza Pliszki Podlasiianina. Rzecz o sukcesji, czyli uwagi nad prawem przyrodzonym do spadku*, Warszawa 1827.

⁴¹ P. Szymaniec, *Nauka prawa...*, s. 109; P. Pomianowski, *Główne nurty...*, s. 405–406; idem, *Początki polskiego...*, s. 105–106.

⁴² P. Szymaniec, *Nauka prawa...*, s. 109–110.

ство следует пересмотреть, заменив в нем то, что не соответствует «естественному рассудку»⁴³. По мнению П. Помяновского и П. Шиманца, юснатурализм А. Беньковского имел форму, характерную для Просвещения⁴⁴.

Частично А. Беньковский высказывал свои взгляды и раньше, во время работы в Комитете реформы. В частности, он отстаивал идею универсального естественного гражданского права и настаивал на соответствии гражданского права нравственности, «которая является неизменной, единой и такой же самой всегда и везде для каждого человека, для всех народов и для целого рода человеческого»⁴⁵.

В ответ А. Беньковскому С. Венгжецкий отмечал, что природа диктует лишь фундаментальные основания позитивного права, последнее же развивается согласно развитию обществ. Естественными являются способности людей, а потому созданное ими позитивное право, каким бы оно ни было, также естественно. Кроме того, С. Венгжецкий отмечал, что провозглашение конкретных норм естественными или неестественными А. Беньковским является произвольным, субъективным⁴⁶. Позиции другого оппонента А. Беньковского, Ц. Заборовского, относительно идеи естественного права проанализированы нами выше.

Современные исследователи польской правовой мысли первой трети XIX в. не выделяют дискуссии о взаимоотношении и характере позитивного и естественного права среди «основоположных ветвей дискурса» в то время⁴⁷. Думаем, что это не случайно. Сторонники идеи естественного права в то время не предложили новых концепций, кроме тех, что уже были развенчаны и подвергнуты осмеянию. Так, в Школе права среди курсов по позитивному праву читалось и естественное право, но нельзя утверждать, преподавалось ли оно как объективное право, аналог философии права и др.⁴⁸ Позитивность и социальность права декларировались и обосновывались, практически не встречая существенного сопротивления.

⁴³ *Ibidem*, s. 111–112.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 109–110, 112; P. Pomianowski, *Główne nurty...*, s. 405.

⁴⁵ P. Pomianowski, *Postulat narodowego charakteru prawa w pracach kodyfikacyjnych doby Królestwa Kongresowego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2019, t. LXXI, z. 1, s. 122.

⁴⁶ P. Szymaniec, *Nauka prawa...*, s. 113–114.

⁴⁷ Ch.E. Mecke, *Dyskurs o zasadniczej myśli prawniczej w „Themis Polskiej” (1828–1830) na tle programu historycznej szkoły prawa w Niemczech*, „Forum Prawnicze” 2018, nr 3 (47), s. 23.

⁴⁸ A. Rosner, *Tradycja i nowoczesność w nauczaniu prawa. Doświadczenie Rzeczypospolitej szlacheckiej i Szkoła Prawa w Księstwie Warszawskim*, [w:] *Nauka i nauczanie prawa. Tradycja i przyszłość*, red. H. Izdebski, Warszawa 2009, s. 55.

Не парадоксальным, а вполне нормальным, по моему мнению, является то, что в это время польские юристы не видели якобы принципиальной враждебности исторической и историко-философской школ, и хотя демонстративно солидаризировались с одной или второй, но по сути и по содержанию рассматривали их скорее как две ветви одного позитивистского (в тогдашней терминологии – исторического) направления правовой мысли⁴⁹. При этом соглашусь (по аналогии) с современным исследователем⁵⁰ в том, что дискуссии об истории источников позитивного права имели не только историко-правовой, теоретико-правовой или сравнительно-правовой научный характер, а лишь слегка маскировали в себе дискурс о современных ориентирах развития правопорядка Варшавского герцогства и Королевства Польского.

Дискурс естественного права, активный еще в конце XVIII в. (например, у Г. Коллонтая нравственные права потому объективны и незаменимы, что вытекают из порядка природы⁵¹), в начале XIX в. практически замер. Безусловно, он еще декларировался или просматривался между строк научных работ или выступлений в законопроектных органах, но не рассматривался как достойный внимания⁵². Исключение из этой ситуации – дискуссия А. Беньковского (анонимно) с Ц. Заборовским и С. Венгжецким в 1829 г. – только подтвердила общую тенденцию.

3

Понимание народа/нации на польских землях в начале XIX в. было довольно сложным. Прежде всего предметом дискуссии было языково-культурное / этническое или политическое понимание нации. Политическая идея нации-государства совпадала с идеей политического общества, непосредственно охватывала идею национального государственного строительства и правотворчества, происходила из политико-правового дискурса Речи Посполитой, была понятной и наглядной. Но в условиях утраты независимости и изменения социального наполнения концепта нации после Фран-

⁴⁹ Ch.E. Mecke, *Dyskurs o zasadniczej...*, s. 32.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 28.

⁵¹ M. Howiecki, *Okrepty na oceanie czasu. Historia nauki Polskiej do 1945 roku*, Warszawa 2011, s. 126.

⁵² Такую же мысль высказывает П. Помяновский: P. Pomianowski, *Początki polskiego...*, s. 64. Другое мнение относительно доминирования среди варшавских юристов до 1831 г. юснатуристического понимания права: W. Witkowski, *Warszawa jako ośrodek polskiej nauki prawa w dobie zaborów*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2015, t. 8, z. 1, s. 48.

цузской революции политическое понимание нации требовало основательного переосмысления.

В частности, согласно Конституции 1791 г. (преамбула, ст. V) признаками народа провозглашались «политическое существование, внешняя независимость и внутренняя свобода», наличие его общей воли, выраженной в государственном строительстве и правотворчестве. В то же время фактически эта воля была дана лишь незначительному социальному меньшинству, политически субъектным слоям, а крестьяне, провозглашенные частью народа и составлявшие большинство населения, согласно Конституции не были даже освобождены, хотя их зависимость с тех пор должна была стать якобы договорной, а не безусловной (ст. II, IV)⁵³.

Как отмечал И. Гринвасер, едва ли не самый скрупулезный и авторитетный исследователь истории права и правовой мысли первой трети XIX в., в течение этого периода на центральных польских землях ни одно из «существенных проявлений коллективного польского патриотизма, радикализма или прогрессизма» не предусматривало последовательного решения вопроса формального освобождения от личной зависимости, а затем реального уравнивания в правах наибольшей части населения – крестьянства⁵⁴. Отмечу, что этот вопрос был однозначно «поставлен ребром» Французской революцией и актуализирован Конституцией Варшавского герцогства и реципированными французскими кодексами, но предметом широкой дискуссии и, главное, каким-то образом выраженного консенсуса политических сил он не стал. В то же время этот вопрос привлекал внимание отдельных юристов и политических деятелей – что лишь подтверждает общий тезис.

В докладе, подготовленном Дирекцией справедливости (юстиции) в 1807 г. для Наполеона, сознательно или бессознательно искажая социальную реальность польских земель, автор(ы) провозглашали реализованность идеи одинакового права для всех сословий, всех членов общества⁵⁵.

Горячее осуждение со стороны Я.В. Бандтке сословного неравенства, как предполагаю, могло быть непосредственно связано с идеей общества как единицы, все-общественных, всесословных государства и права, недопустимости узурпации одним сословием прерогатив всего народа, включая законотворческие полномочия: «Там, где один класс народа исключительно сам

⁵³ *Ustawa Rządowa. Prawo uchwalone dnia 3 Maia, Roku 1791*, Warszawa 1791, s. 4–6, 8–10.

⁵⁴ H. Grynwaser, *Demokracja Szlachecka. 1795–1831*, [w:] idem, *Pisma*, t. I, Wrocław 1951, s. 181, 188.

⁵⁵ H. Konic, *Nowy przyczynek do dziejów kodeksu Napoleona w Polsce*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 22 III 1903, nr 14, s. 210–214; A. Kraushar, *W setną rocznicę Kodeksu Napoleona*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 28 V 1908, nr 22, s. 330–331.

устанавливает права, где вследствие злоупотребления вольностью и постоянного ее умножения порядок вещей перевернут, там наверное не только права, хотя бы и чужие сверхчеловеческие, не получают всеобщего авторитета, но и краевые не придут к достаточному совершенству, ибо обусловленная правом подчиненность бывает в том состоянии ненавидимой»⁵⁶. Г. Коллонтай высказывал мнение о настоятельной необходимости освобождения крестьян (как признака высшей цивилизованности народа), что может быть непосредственно связано с его пониманием народа как политического, гражданского – ведь несвободный не может быть полноценным гражданином, членом народа⁵⁷.

Сущность социально-волевого, политического понимания народа/нации демонстрируют достаточно известные высказывания Т. Чацкого в работе *О литовских и польских правах и их духе, источниках, связи...* (1800 г., в двух томах) и позже. Он отмечал, что право может быть только национальным⁵⁸. Народ имеет самодостаточную историю, но его становление и упадок безусловно связываются с государством: «Когда какой-либо народ перестает быть самоуправляемым, проходит всего несколько поколений, пока презрение к несчастью, равнодушие к несуществующей стране предадут его забвению и создают ненависть к стертым из числа государствам, не прощая слабости и бывшего сопротивления»; «Уже Польша стерта из числа народов»; «Земля, имя которой... стертым осталось из числа названий народов»⁵⁹.

По своей сути эти мысли были повторены в 1807 г. В. Суворовским вместе с опасением, что даже слово «поляк» в течение нескольких поколений будет забыто⁶⁰. Подобную мысль, но уже в контексте «воскрешения» польского народа, в 1808 г. высказывал Ю.У. Немцевич⁶¹, а в 1809 г. – президент Сената

⁵⁶ J.W. Bandtkie, *Wywod historyczny...*, s. 145, 148, 206–207; idem, *Uwagi o potrzebie...*, s. 9, 19; idem, *Myśli o zmianie prawodawstwa krajowego*, „Rocznik Lubelski” 1960, t. 3, s. 169; W. Sobociński, *Jan Wincenty...*, s. 162.

⁵⁷ H. Kołłątaj, *op. cit.*, s. 184.

⁵⁸ T. Czacki, *O litewskich i polskich prawach, o ich duchu, źródłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem*, Warszawa 1800, t. I, s. VII, 7, 11, 16, 18, 19, 22, 29, 43–45, 49, 51–54, 56; idem, *O litewskich i polskich prawach, o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym*, Kraków 1861, t. II, s. 292, 293.

⁵⁹ Idem, *O litewskich i polskich...*, t. I, s. III, VI, 10, 49; idem, *Mowa przy otwarciu Gimnazjum Wołyńskiego w Krzemieńcu d. 13 października 1805 r.*, [w:] *Wiek XIX. Sto lat myśli polskiej. Życiorysy, streszczenia, wyjątki*, t. I, Warszawa–Kraków 1906, s. 154.

⁶⁰ A. Wierzbicki, *Europa w polskiej myśli historycznej i politycznej XIX i XX wieku*, Warszawa 2009, s. 66.

⁶¹ [J.U. Niemcewicz], *Przestroga dla spółziomków na rok 1809*, Wrocław 1808, s. 7.

С. Малаховский (Наполеон «хотел нас поместить в политическом существовании народов, утраченном вследствие раздела нашей земли»)⁶² и католический епископ Я.П. Воронич⁶³. Последний также отмечал, что бытие народа обязательно предполагает определенную «политическую конституцию», созидание политических институций для защиты осмысленной свободы этого народа, его культуры, прав и обычаев⁶⁴. К. Бродзинский в речи 1831 г. провозглашал, что народ гибнет вместе с утратой государственности («политического существования»), но может возродиться вместе с восстановлением последней: «Мы вынесли из гроба свет нашей национальности, становимся с правом на национальную жизнь к деяниям между сонарадами... Свободы никакой не достигнем без независимого существования народа»⁶⁵.

Тот же тезис об уничтожении, «стирании» польского народа вместе с государством провозгласил в 1808 г. Г. Коллонтай. При этом такой политический народ способен возрождаться, если к нему возвращается государственность⁶⁶. Народ в видении Г. Коллонтая может обрести право быть собой в политической и вооруженной борьбе, может пасть жертвой других или сам разрушить свою государственность, кардинально изменить себя, свой характер в результате осуществления воли к политическим преобразованиям (как во время Французской революции)⁶⁷.

Г. Коллонтай осуждал раздробленность стран, их «разорванность» между несколькими государствами. Он отмечал, что единой стране должны соответствовать так же один народ и одно государство⁶⁸. Политический народ в видении Г. Коллонтая связан волей людей, «принятой между собой мыслью» и любовью к своему государственному строю⁶⁹. В то же время народ становится устоявшимся благодаря единым «языку, мысли и обычаям»: «Непродолжительность государств, которые, слепленные из многих разнородных частей, должны были коллапсировать одно за другим»⁷⁰. Признаком

⁶² Mowa J.W. Małachowskiego, Prezesa Senatu przy otwarciu Seymu miana w Senacie dnia 10 Marca 1809, „Gazeta Korrespondenta Warszawskiego i Zagranicznego” 1809, nr 21 (Dodatek), s. 297.

⁶³ A. Wierzbicki, *op. cit.*, s. 66.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ K. Brodziński, *O narodowości Polaków, z przedmową i objaśnieniami W. Rejndla*, Warszawa 1917, s. 22–24, 27.

⁶⁶ H. Kołłątaj, *op. cit.*, s. 6, 10–11, 146.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 11, 74, 94, 210, 220.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 125.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 146–147.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 141, 146–147.

народа в видении Г. Коллонтая есть «свобода установления прав» и их постоянного совершенствования⁷¹.

С. Стащиц в 1815 г. утверждал, что нормальным состоянием является равенство народов, а не доминирование одного из них относительно другого. Атрибутом народа является право и собственное управление, то есть государственность⁷².

Интересное видение национального права представлено в докладе, подготовленном Дирекцией справедливости (юстиции) в 1807 г. о возможности введения в Варшавском герцогстве Французского гражданского кодекса. Принятие права, оригинального или реципированного, должно отражать волю народа и быть выверенным, учитывать его последствия для развития общества: «Законодатель учитывает добро и зло, проистекающее из прав». Нормотворец должен находить баланс между правами и интересами человека, других людей и государства/общества. Право должно изменяться в зависимости от интеллектуального и общественно-экономического развития народа: «Права создаются для счастья обществ». Также нормотворец должен учитывать традицию и обычаи народа – в той мере, в какой они не мешают развитию последнего, и менять привычное при необходимости. В необходимых случаях народ осуществляет политические революции и принимает право, соответствующее изменениям в общественных отношениях⁷³.

О неприемлемости навязывания народу иностранного, пусть даже совершенного права – как о ломке общественной воли – писал князь Адам Чарторыйский⁷⁴. Так же Совет варшавский в 1810 г. выражал идею недопустимости «предания жителя праву», которое не является проявлением воли его общества⁷⁵. А. Вычеховский в 1809 г. и К. Дехл в 1811 г. при таких условиях видели возможность проявления национальной воли в адаптации реципированного права и в правотворчестве в сферах, которые это право не покрывает: «Вольностью нам предоставленной мы воспользуемся, чтобы приспособить кодекс к потребностям и обычаям края там, где этого требуют

⁷¹ *Ibidem*, s. 205–206.

⁷² P. Pomianowski, *Postulat narodowego...*, s. 116.

⁷³ H. Konic, *Nowy przyczynek...* (22 III 1903), s. 210–214; A. Kraushar, *W setną rocznicę Kodeksu Napoleona*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 28 V 1908, nr 22, s. 330–331.

⁷⁴ A. Kraushar, *W setną rocznicę...*, s. 332; M. Gałędek, *The problem of non-adaptability of national legal heritage. Discussion on the reform of civil law in Poland in the course of work of Reform Committee in 1814*, „Romanian Journal of Comparative Law” 2017, vol. 8, issue 1, s. 16.

⁷⁵ H. Grynwaser, *Kodeks Napoleona w Polsce*, [w:] idem, *Pisma*, t. I, Wrocław 1951, s. 59.

обстоятельства, и в важнейших объектах»⁷⁶. А. Беньковский в 1814 г. отмечал, что право должно меняться, чтобы соответствовать «общественному мнению», «желанию и интересам жителей»⁷⁷. Позже он писал, что отрасли права (кроме якобы универсального гражданского) должны развиваться и отражать «различные отношения каждой страны»⁷⁸.

А. Вычеховский широко подошел к вопросу выявления социальной воли, что предусматривало учет мнения судов, учебных заведений, центра академической науки (Общество друзей наук), воеводских советов и комиссий, рассмотрение парламентом⁷⁹. В видении А. Вычеховского наиболее подходящей современности формой права является кодифицированное законодательство, которое должно обеспечить общенациональный и системный характер права. При этом он недвусмысленно отвергал чисто органическую модель развития права, указывая, что созидание законодательства является сознательным процессом сочетания традиции с новыми принципами и институциями с целью развития общественных отношений⁸⁰.

В докладе Государственного совета Сейму в 1818 г. развитие национального законодательства и его последовательное применение названы «первым основанием счастья каждого народа». По содержанию право должно быть «беспристрастно взвешенным», внутренне непротиворечивым, соответствовать современному уровню европейского развития и одновременно особенностям и потребностям народа. Такое право осуществляет обратное влияние на народ: «Систему прав... способную двигать их в направлении общественных добродетелей и улучшений»⁸¹.

Князь Ф.К. Шанявский еще в 1808 г. указывал, что обязательным свойством права должна быть его «пригодность к всевозможным предметам, связям, изменениям, которые ежедневно происходят в человеческом сообществе», а также что законодательство не может все предусмотреть и по-

⁷⁶ *Ibidem*, s. 39; J.J. Litauer, *Przeciwnicy Kodeksu*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 28 V 1908, nr 22, s. 363–367.

⁷⁷ M. Gałędek, A. Klimaszewska, P. Pomianowski, *Prace Komitetu Cywilnego Reformy nad przygotowaniem narodowej kodyfikacji prawa cywilnego i procedury cywilnej w przededniu utworzenia Królestwa Polskiego (1814–1815) – edycja źródłowa. Część I*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2019, t. 12, z. 2, s. 272.

⁷⁸ P. Pomianowski, *Postulat narodowego...*, s. 122.

⁷⁹ A. Zarzycka, *Próby zmian prawa rzeczowego z Kodeksu Napoleona w Królestwie Polskim w latach 1815–1818*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2008, t. 2, s. 181.

⁸⁰ M. Gałędek, A. Klimaszewska, *A Controversial Transplant? Debate over the Adaptation of the Napoleonic Code on the Polish Territories in the Early 19th Century*, „Journal of Civil Law Studies” 2018, vol. 11, no. 2, s. 283, 286–287, 292.

⁸¹ A. Zarzycka, *Próby zmian...*, s. 190–191.

мочь в каждом случае⁸². Итак, право, и в частности законодательство, должно постоянно сознательно развиваться с целью по крайней мере сохранения соответствия общественным отношениям.

Эти идеи были развиты Ф.К. Шанявским в более поздних работах. Он отмечал, что позитивное право по своей природе является «отдельным, временным, местным»; согласно обстоятельствам, которые влияют на людей и их общественные связи, его изменяют, что может вести как к совершенствованию, так и к ухудшению права. В конце концов он определяет человеческое / позитивное / гражданское право в чисто социально-волевой манере – это «общая воля общества, которая устанавливается соответствующей властью в обществе». Это несколько узкое определение объясняется тем, что Ф.К. Шанявский считал обычай, который также является позитивным правом, формой, которая исчезает и уступает место законодательству и судебной практике, а эти формы – волеустановленными. В то же время учение Ф.К. Шанявского о праве содержит также частично идею органического развития⁸³.

Несмотря на лингво-культурное понимание народа, Ф.К. Шанявский считал, что, как правило, народ, общество, страна должны совпадать: «Часто те три выражения страна, народ, государство используются для обозначения одного понятия». При этом государство он определял прежде всего через население: «Люди, которые составляют единое значительное упорядоченное сообщество, имеющее свою власть, свои права, свою силу, называются государством»⁸⁴.

Ф.К. Шанявского сложно назвать этатистом, государство в его трудах выступает скорее подчиненным обществу: «Добро личное является целью права, а добро публичное можно назвать средством, ведущим к этой цели»⁸⁵. Поэтому право в государстве не теряет своего социального характера: «Права согласовывают свободу всех членов государства и собственно в ее использовании указывают границы», а подчиненность является только лекарством для случаев, когда «состояние твердого здоровья общества» нарушено⁸⁶. Как государство, так и народ и общество не являются центральными

⁸² F.K. Szaniawski, *O usposobieniach potrzebnych...*, s. 4–5.

⁸³ Idem, *Wiadomości początkowe...*, s. 14, 20–21, 26, 29–30, 34, 54, 282; idem, *Statyka prawa...*, s. 70, 72.

⁸⁴ Idem, *Wiadomości początkowe...*, s. 36–37.

⁸⁵ Idem, *Statyka prawa...*, s. 19.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 22–24, 28.

в понимании правотворчества, ученый последовательно делает упор именно на человека и его волю⁸⁷.

Волевому видению правотворчества соответствовала и уверенность ученого в первичности убеждений людей, производными от которых являются «разные виды занятий, образование, пристрастия, увлечения, обычаи народов»⁸⁸. Законодатели должны принимать право на основе всестороннего знания потребностей, «местного опыта», «всего состояния тех людей с разных точек зрения»⁸⁹. Также важным элементом социально-волевого понимания права Ф.К. Шанявским является его утверждение о том, что общества исторически возникают раньше, чем устанавливается право, и оно должно соответствовать развитию общества, быть в его пределах единым, общим, однородным, к чему должны стремиться нормотворцы⁹⁰. Ф.К. Шанявским высказывается идея суверенитета каждого общества / государства. Она обосновывается именно тем, что создание и форма государства выражают волю определенного отдельного общества⁹¹.

В работах Я.В. Бандтке начиная по крайней мере с 1812 г. прослеживаются отдельные признаки волевого видения национального права. В частности, он считал, что обычаи народа могут формироваться на основе в течение длительного времени выполняемых постановлений власти, и таким же волевым путем могут в дальнейшем изменяться (а не только органическим эволюционным путем)⁹². При этом он выступал за единство и системность, кодификацию национального законодательства, чего можно достичь только волевым путем, писал о необходимости постоянного обновления законодательства в связи с развитием общественных отношений⁹³. Современное право должно дать человеку максимальную автономию в обществе, для его создания требуются глубокие научные знания, единство помыслов и решительность. В связи с этим ученый подвергал сомнению, хоть и не акцентировано, идею о том, что каждый народ в каждый момент способен к созданию права: «У нас

⁸⁷ *Ibidem*, s. 19–20, 22–24, 26, 35.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 70.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 71.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 74–76.

⁹¹ *Ibidem*, s. 57.

⁹² J.W. Bandtkie, *Wywod historyczny...*, s. 85; idem, *O uprawnieniu dzieci przez zaszły związek małżeński czynionem*, [w:] idem, *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, Warszawa–Wilno 1812, s. 216.

⁹³ Idem, *Uwagi o potrzebie...*, s. 10; idem, *Myśli o zmianie...*, s. 168–169, 171, 174; idem, *Co stanowi prawnika*, „Pamiętnik Warszawski” 1816, t. VI, s. 324; J.J. Litauer, *Memoriał J.W. Bandtkiego o prawie hipotecznym z roku 1818*, Warszawa 1915, s. 65.

сложнее, чем где-либо, сейчас, то есть по крайней мере при нынешнем поколении, хорошо творить права»⁹⁴. И все же Я.В. Бандтке при этом довольно недвусмысленно декларирует свой монархизм, при котором национальное право должно иметь волевое, но не социальное происхождение⁹⁵.

Р. Губе в своих работах начиная с 1827 г. использовал понятие «система законодательства» государства / народа, а также указывал на историю законодательства как предмет исследований, научную дисциплину⁹⁶. Он предложил свое видение элементов развития права: материальный (извечная и неизменная проблематика права) и технический (развитие его формы)⁹⁷. Р. Губе отстаивал идею, высказываемую, в частности, Э. Гансом, о том, что каждый народ и в любое время способен создавать для себя право (в частности, законодательство), мобилизуя знания и общую волю. При этом законодательный орган должен выражать общую позицию общества, иначе результат обнаружит свою непригодность⁹⁸. Р. Губе положительно относился к идее осуществления национальной кодификации – при условии, что законодательство будет соответствовать правосознанию и потребностям народа, постоянному развитию общественных отношений⁹⁹.

Связь между общественными отношениями и позитивным правом в видении Р. Губе остается преимущественно однонаправленной, первые порождают и определяют второе¹⁰⁰. И все же постепенное развитие человека ведет к самоосмыслению, его разум отрывается от обычая, формирует понятия, и «чем больше в нем зреет сила мысли и сочетание всеобщих [понятий], тем сильнее проникается мыслью, что сам для себя может быть законодателем»¹⁰¹, правотворчество становится волевым актом, а основной формой права – законодательство.

К.Б. Гоффман в 1828 г. воспроизводил политическое понимание народа (он умирает вместе с государством). Он указывал, что исторически на определенном этапе развития народа сначала возникают политические институты, и уже они создают право, которое становится опытом народа и со

⁹⁴ J.J. Litauer, *Memoriał J.W. Bandtkiego...*, s. 50, 63–65.

⁹⁵ J.W. Bandtkie, *Uwagi o potrzebie...*, s. 10.

⁹⁶ R. Hube, *Krotki rys...*, s. 71; J. Hube, *Wywód praw spadkowych słowiańskich (Wywód spadków podług dawnych praw słowiańskich)*, „Themis Polska” 1830, t. VIII, s. 454.

⁹⁷ R. Hube, *Niektore uwagi...*, s. 51.

⁹⁸ Idem, *Uwagi nad systematem...*, s. 298, 310.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 325; R. Hube, *Niektore uwagi...*, s. 34.

¹⁰⁰ Idem, *Niektore uwagi...*, s. 36.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 38.

временем предметом исследования и совершенствования наукой. И так же политические институты и созданное ими право творят характер народа и национальную правовую доктрину¹⁰².

Ц. Заборовский в 1829 г. отмечал, что право устанавливается волей общественной власти и «зависит от формы правления и господствующих концепций», политических изменений¹⁰³. Исторический генезис общества связан с тем, что «воля одиночная уступила воле общей», а появление законодательства – с существенными политическими изменениями, отсутствием общественной однородности, необходимостью изменений в праве¹⁰⁴. Он отмечал, что нормы вытекают из общественных условий и потребностей, но «власть есть обязательное условие общества», властное правотворчество является в обществе основным. Удержать власть в национальном обществе можно только с помощью институтов, отвечающих представлениям этого общества¹⁰⁵. Но и законодательство способно оказывать обратное влияние на господствующие в обществе правовые концепции¹⁰⁶. И все же Ц. Заборовский вслед за Ф.К. Савиньи утверждал, что в развитии народа есть эпохи, непригодные для созидания нового права – в частности, в условиях не ассимилированного и не осмысленного учеными иностранного права¹⁰⁷.

К.А. Гейлман придерживался органической теории права, но считал оправданным волевое установление права, согласно осмысленным обычаям / судебной практике, потребностям и сознанию народа, когда политический и технический элементы права соединяются и образуется «народно-научное законодательство»¹⁰⁸. По его мнению, законодательство может быть «случаем древних прав и обычаев», а у некоторых народов оно может стать даже основной формой права, выполнить революционную функцию (как во Франции), приведя к единству национального права, или стать решающей формой в случае правовых коллизий¹⁰⁹. Поддерживая идею Ф.К. Савиньи о том, что «не в каждом времени народ имеет расположение к законодатель-

¹⁰² K.B. Hoffman, *O stanie nauki prawa w naszym kraju*, „Themis Polska” 1828, t. I, s. 1, 16, 27.

¹⁰³ [C. Zaborowski], *Rozbiór krytyczny...*, s. 214–216.

¹⁰⁴ C. Z[aborowski], *Jurysprudencja sądu kassacyjnego Xięstwa Warszawskiego i związek instytucji kassacyjney z ogólném życiem prawném w kraju*, „Themis Polska” 1829, t. 6, s. 362.

¹⁰⁵ [C. Zaborowski], *Rozbiór krytyczny...*, s. 216–219, 221–222, 225; C. Z[aborowski], *Jurysprudencja sądu...*, s. 363, 366–367, 371.

¹⁰⁶ [C. Zaborowski], *Rozbiór krytyczny...*, s. 239–240; C. Z[aborowski], *Jurysprudencja sądu...*, s. 365.

¹⁰⁷ C. Z[aborowski], *Jurysprudencja sądu...*, s. 368–369.

¹⁰⁸ A. Heylman, *Wywod zasad...*, s. 5–6, 18–19, 26–29.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 29, 33, 39.

ству», он выступал за сохранение в Королевстве Польском рецепирированного законодательства, пока оно не будет осмыслено и не будут сформулированы основания и замысел национальной кодификации права¹¹⁰.

В.А. Мацейовский в 1829 г. подвергал сомнению способность в любой момент создавать кодифицированное законодательство на национальных основаниях, в отличие от отдельных норм, но в целом считал его ориентиром для всех народов, достижимым на определенном уровне развития юридической науки и просвещения: «Те отдельные части в единое собрать тело и связать их узлом, который творит единство и, так сказать, гармонию в целом произведении, это на самом деле является делом искусства; овладение таким искусством не такое легкое и быстрое»¹¹¹.

Одним из проявлений социально-волевого понимания национального права было возвышенное понимание нового патерналистского государства, которое, по словам С. Венгжецкого (1810 г.), всесторонне заботится об обществе и улучшает его, «обеспечивает, чтобы все зло в обществе было прекращено»¹¹². С. Малаховский в выступлении в Сенате в 1809 г. развивал идею гражданского патриотизма: «пыл гражданского духа, посвящающего себя служению стране»¹¹³. А. Беньковский отмечал, что исторически с переходом от естественного состояния к национальному обществу люди отдают свою свободу власти для защиты личных и имущественных прав¹¹⁴.

Социально-волевое понимание государства и права в течение исследуемого периода иногда приобретало откровенно этатистское толкование. В частности, Ю.М. Хоэне-Вронский в 1818 г. писал о превосходстве государственного сознания человека над национальным, о патриотизме как «полной преданности делам государства», который выше народного духа как любви к родине, а также о государстве как индивидууме¹¹⁵. В работе В.Б. Ястжембовского 1831 г. утверждалось, что в пределах государств народы будут

¹¹⁰ A. Heylman, *Myśli o nauce prawa i prawodawstwie w kraju naszym*, „Themis Polska” 1830, t. VII, s. 111, 125, 130–131.

¹¹¹ W.A. Maciejowski, *Ogłoszenie prenumeraty*, „Themis Polska” 1829, t. V, s. 417, 419–420; idem, *Uwagi nad artykułem 960 K.C.*, „Themis Polska” 1830, t. VII, s. 234.

¹¹² M. Gałędek, *Does war deepen distrust toward the state? Reorientation of the Polish political thought under the influence of Napoleonic wars*, [w:] *Del siglo XIX al XXI. Tendencias y debates: XIV Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*, coord. M. Moreno Seco, eds. R. Fernández Sirvent, R.A. Gutiérrez Lloret, Alicante 2019, s. 1754–1755.

¹¹³ *Mowa J.W. Małachowskiego...*, s. 298.

¹¹⁴ M. Gałędek, *The problem...*, s. 24.

¹¹⁵ A. Wierzbicki, *op. cit.*, s. 53.

постепенно отмирать¹¹⁶. Современные ученые отмечают также влиятельное эгзистенциальное направление в польских учениях о государственном управлении конца XVIII – первой трети XIX вв.¹¹⁷

4

Можно утверждать, что в мысли варшавских юристов в течение исследуемого периода господствующим был позитивистский и социологический дискурс. От сферы естественного права были отделены законы природы как внешние условия жизнедеятельности человека, которые создают возможности и ограничения, являются необходимостью и рамками для развития права, но не самим правом. Кроме того, во-первых, природные условия разнообразны, а во-вторых, естественной для человека является свобода воли, преодолевающая детерминизм природы в правотворчестве. Так же была определена сущностная черта между правом и нравственностью, несмотря на их взаимное влияние: нравственность может выполнять роль внутреннего императива поведения человека, но она субъективна и не является обязательной, а право регулирует внешние отношения людей, является объективным и обязательным в силу своей социальной конвенциональности. Важным был акцент, что не только право обусловлено влиянием внешних по отношению к нему феноменов (в частности, нравственности, общественных отношений), но и само способно существенно влиять на развитие последних. Эссенциалистские понятия о врожденных идеях фактически были ограничены до биопсихологических оснований человеческого мышления и признано, что в полной мере или в основном человеческий разум является не метафизическим, а формируется исторически в процессе развития человека и общества. Идея естественного права как собственно права преимущественно отвергалась и высмеивалась, вместо этого оно стало восприниматься как условное название общественных идеалов и/или обобщение правового опыта.

Позитивное право во всех его формах стало восприниматься как такое, которое создается обществом исходя из представлений о своих потребностях. Поэтому, в отличие от законов природы, оно является изменчивым и территориально локализованным, социальным. Зато естественному праву было отказано в собственно нормативном характере. Отдельные труды

¹¹⁶ *Ibidem*, 55–56, 59–60.

¹¹⁷ G. Smyk, *Polska myśl administracyjna w XIX wieku*, [w:] *Dzieje biurokracji na ziemiach polskich*, t. III, cz. 2, red. A. Górak, K. Latawiec, D. Magier, Lublin–Siedlce 2010, s. 414–415.

ученых, которые транслировали сформированные в предыдущие эпохи вариации идеи естественного права, не могут подвергнуть сомнению, что в доминирующем дискурсе польской правовой мысли в течение исследуемого периода не было дуализма естественного и позитивного права. Следует говорить о позитивистской и социальной сущности большинства юридических научных трудов.

Итак, для рассматриваемого периода характерно формирование нового качества мышления варшавских юристов, которые стремились к освоению мира права на новых неметафизических, позитивистских, социальных мировоззренческих основаниях с помощью сравнительной методологии. Можно утверждать, что до начала XIX века собственно правовая картина мира не была сформирована, а обобщенное эмпирическое юридическое знание было вплетено в теологическую или спекулятивную философскую картину естественного права, к тому же основанную на некритической транспозиции методологии естественных и технических наук. Сущностным проявлением нового сравнительно-правового мышления стало конструирование первой целостной научной правовой картины мира, важнейшими чертами которой были эмпиричность, социальность, плюралистичность.

Ключевым элементом этой картины стал концепт позитивного и социального национального права, сформулированный варшавскими юристами в течение исследуемого периода. Большинство из них отказались от понимания естественного права как собственно права, отодвинув его в сферу физической и биологической природы как внешнего условия развития социального мира, провозгласив сущностью последнего разнообразие и свободу воли. Кроме того, варшавские юристы четко разграничили мораль как внутренний и ненормативный субъективный императив человеческих намерений и право как сугубо внешний, объективный регулятор человеческого поведения, который становится обязательным вследствие его признания обществом. Право начинает пониматься как элемент исторического самостановления общества, порождается последним и осуществляет на него обратное влияние. Соответственно, право национального общества изменчиво и территориально локализовано, а территории распространения национальных правопорядков составляют правовую карту мира.

В течение исследуемого периода варшавские юристы развили социально-волевую и органическую теории национального права. В этой статье рассмотрена только первая из них. Во многом социально-волевая теория была унаследована от политического понимания народа в эпоху Речи Посполитой. Новое понимание нации стало более инклюзивным, охватило более

широкие слои населения, но всеобщим, как, например, во Франции, все же не было.

Основой социально-волевой теории национального права стала презумпция сознательного создания народа путем коллективной воли, что предусматривало также возможность прекращения существования или перерождения народа при соответствующем отсутствии или наличии воли общества. Не отрицая объективные предпосылки национальной жизни, такие, как язык, обычаи и др., социально-волевая теория основной акцент делала на целенаправленном формировании политических институтов и национального права как реализации индивидуальной и коллективной свободы.

Такой подход позволял утверждать изменчивость, текучесть права, его динамику, выдвигать требование его постоянного обновления для обеспечения соответствия развитию общественных отношений, запросам и идеалам народа, или, наоборот, для содействия развитию этих отношений. Причем допускалась возможность как эволюционной, так и революционной модернизации права, близким или дальним ориентиром становилась его кодификация как форма достижения его системности, рациональности. Волевое происхождение права обосновывало равенство народов как носителей общественной воли, суверенитет общества / нации / государства как реализацию этой воли, неприемлемость принудительного экспорта права, так как народ волен самостоятельно определять свою правовую жизнь.

Для социально-волевой теории права неотъемлемым было требование государственности народа, совпадения народа, страны и государства. Но вопрос о субъекте реализации социальной воли в правотворчестве оставался открытым. Для одних ученых это было государство, поглотившее общество, для других – само политически организованное общество. В конце концов принципиально важным было определение национального права – творения общей воли общества – как целостности, правового отдельного.

Одним из наиболее дискутируемых вопросов в течение исследуемого периода было определение соотношения политического и технического элементов в праве, а фактически – о корреляции и взаимодействии воли и традиции, волевых и органических факторов правотворчества. Социально-волевая и органическая теории по-разному видели номенклатуру этих элементов и их соотношение. Из этого следовали и разные ответы на сакральный вопрос о способности народа к правотворчеству при определенных или любых условиях. В видении сторонников социально-волевой теории право может созидаться всегда – в отличие от сторонников органической теории, для которых – только когда существует гармония между на-

родным правосознанием и правотворчеством (их взгляды в этой статье не рассматриваются).

Таким образом, социально-волевая теория варшавских юристов провозглашала сознательное созидание права народом через коллективную волю как реализацию индивидуальной и коллективной свободы для обеспечения общественных потребностей и реализации идеалов. Презумпциями этой теории были: равенство народов как носителей общественной воли, их право определять форму и содержание своего права, а также требование государственности как политического самоопределения народа. Последнее требование оформляло национальное право в автономную тотальность и отдельную единицу всеобщего правового развития.

Библиография

Источники

- Bandtkie J.W., *Co stanowi prawnika*, „Pamiętnik Warszawski” 1816, t. VI.
- Bandtkie J.W., *O uprawnieniu dzieci przez zaszyły związek małżeński czynionem*, [w:] idem, *Zbiór ropraw o przedmiotach prawa polskiego*, Warszawa–Wilno 1812.
- Bandtkie J.W., *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a o użytku onejże w ogólności*, Warszawa 1814.
- Bandtkie J.W., *Wywod historyczny praw mieyskich w Polsce dawney obowiązujących*, [w:] idem, *Zbiór ropraw o przedmiotach prawa polskiego*, Warszawa–Wilno 1812.
- [A. Bieńkowski], *Upominek pogrobowy Ś.P. Kazimierza Pliszki Podlasianina. Rzecz o sukcesji, czyli uwagi nad prawem przyrodzonym do spadku*, Warszawa 1827.
- Brodziński K., *O narodowości Polaków*, z przedmową i objaśnieniami W. Rejndla, Warszawa 1917.
- Czacki T., *Mowa przy otwarciu Gimnazjum Wołyńskiego w Krzemieńcu d. 13 października 1805 r.*, [w:] *Wiek XIX. Sto lat myśli polskiej. Życiorysy, streszczenia, wyjątki*, t. I, Warszawa–Kraków 1906.
- Czacki T., *O litewskich i polskich prawach, o ich duchu, źródłach, związku i o rzeczach zawartych w pierwszym Statucie dla Litwy 1529 r. wydanem*, t. I, Warszawa 1800; t. I, Kraków 1861.
- Gałędek M., Klimaszewska A., Pomianowski P., *Prace Komitetu Cywilnego Reformy nad przygotowaniem narodowej kodyfikacji prawa cywilnego i procedury cywilnej w przededniu utworzenia Królestwa Polskiego (1814–1815) – edycja źródłowa. Część I*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2019, t. 12, z. 2.
- Heylman A., *Myśli o nauce prawa i prawodawstwie w kraiu naszym*, „Themis Polska” 1830, t. VII.
- Heylman A., *Wywod zasad ogólnych nauki prawa i prawodawstwa*, „Themis Polska” 1830, t. VII.

- Hoffman K.B., *O stanie nauki prawa w naszym kraju*, „Themis Polska” 1828, t. I.
- Hube J., *Wywód praw spadkowych słowiańskich (Wywód spadków podług dawnych praw słowiańskich)*, „Themis Polska” 1830, t. VIII, s. 454.
- Hube R., *Krotki rys historii literatury prawa*, [w:] idem, *Opera*, t. I, Varsaviae 1905.
- Hube R., *Niektóre uwagi nad historią nauki prawa*, [w:] idem, *Opera*, t. I, Varsaviae 1905.
- Hube R., *O stanie nauki prawa w naszych czasach*, [w:] idem, *Opera*, t. I, Varsaviae 1905.
- Hube R., *Uwagi nad systematem Kodexu cywilnego francuskiego*, „Themis Polska” 1829, t. V.
- Kołątaj H., *Uwagi nad terażniejszym położeniem tej części Ziemi Polskiej, którą od Pokoju Tylżyckiego zaczęto zwać Księstwem Warszawskim*, Lipsk 1808.
- Maciejowski W.A., *Ogłoszenie prenumeraty*, „Themis Polska” 1829, t. V.
- Maciejowski W.A., *Uwagi nad artykułem 960 K.C.*, „Themis Polska” 1830, t. VII.
- Mowa J.W. Małachowskiego, *Prezesa Senatu przy otwarciu Seymu miana w Senacie dnia 10 Marca 1809*, „Gazeta Korrespondenta Warszawskiego i Zagranicznego”, 1809, nr 21 (Dodatek).
- [J.U. Niemcewicz], *Przestroga dla spółziomków na rok 1809*, Wrocław 1808.
- Szaniawski F.K., *O usposobieniach potrzebnych do uczenia się prawa*, Warszawa 1808.
- Szaniawski F.K., *Statyka prawa, czyli nauka porównywań w prawie*, Warszawa 1819.
- Szaniawski F.K., *Wiadomości początkowe w nauce prawa*, Warszawa 1817.
- C. Z[aborowski], *Jurysprudencja sądu kassacyjnego Xięstwa Warszawskiego i związek instytucji kassacyjnej z ogólnym życiem prawnym w kraju*, „Themis Polska” 1829, t. 6.
- [C. Zaborowski], *Rozbiór krytyczny dzieła pod tytułem: Upominek pogrobowy ś.p. Kazimierza Pliszki Podlesianina; rzecz o successii...*, „Themis Polska” 1829, t. VI, poszyt II.

Литература

- Gałądek M., *Does war deepen distrust toward the state? Reorientation of the Polish political thought under the influence of Napoleonic wars*, [w:] *Del siglo XIX al XXI. Tendencias y debates: XIV Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea*, coord. M. Moreno Seco, eds. R. Fernández Sirvent, R.A. Gutiérrez Lloret, Alicante 2019.
- Gałądek M., *The problem of non-adaptability of national legal heritage. Discussion on the reform of civil law in Poland in the course of work of Reform Committee in 1814*, „Romanian Journal of Comparative Law” 2017, vol. 8, issue 1.
- Gałądek M., Klimaszewska A., *A Controversial Transplant? Debate over the Adaptation of the Napoleonic Code on the Polish Territories in the Early 19th Century*, „Journal of Civil Law Studies” 2018, vol. 11, no. 2.
- Grynwaser H., *Demokracja Szlachecka. 1795–1831*, [w:] idem, *Pisma*, t. I, Wrocław 1951.
- Grynwaser H., *Kodeks Napoleona w Polsce*, [w:] idem, *Pisma*, t. I, Wrocław 1951.
- Howiecki M., *Okręty na oceanie czasu. Historia nauki Polskiej do 1945 roku*, Warszawa 2011.
- Jakubowski J., *Pierwszy wykład prawa na Uniwersytecie Warszawskim*, „Palestra” 1959, t. 3, nr 2–3(14–15).
- Konic H., *Nowy przyczynek do dziejów kodeksu Napoleona w Polsce*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 22 III 1903; 18 V 1903.

- Kraushar A., *W setną rocznicę Kodeksu Napoleona*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 28 V 1908, nr 22.
- Kresin O.V., *Comparative Legal Studies: 1750 to 1835. Approaches to Conceptualization*, ed. and transl. by W.E. Butler, London 2019.
- Litauer J.J., *Memoriał J.W. Bandtkiego o prawie hipotecznym z roku 1818*, Warszawa 1915.
- Litauer J.J., *Przeciwnicy Kodeksu*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 28 V 1908, nr 22.
- Mecke Ch.E., *Dyskurs o zasadniczej myśli prawniczej w „Themis Polskiej” (1828–1830) na tle programu historycznej szkoły prawa w Niemczech*, „Forum Prawnicze” 2018, nr 3 (47).
- Pomianowski P., *Główne nurty ideologiczno-metodologiczne w środowisku warszawskich prawników przed wybuchem powstania listopadowego*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2011, t. 11, nr 4.
- Pomianowski P., *Początki polskiego czasopiśmiennictwa prawniczego. Seria pierwsza „Themis Polskiej”*, Warszawa 2015.
- Pomianowski P., *Postulat narodowego charakteru prawa w pracach kodyfikacyjnych doby Królestwa Kongresowego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2019, t. LXXI, z. 1.
- Rosner A., *Tradycja i nowoczesność w nauczaniu prawa. Doświadczenie Rzeczypospolitej szlacheckiej i Szkoła Prawa w Księstwie Warszawskim*, [w:] *Nauka i nauczanie prawa. Tradycja i przyszłość*, red. H. Izdebski, Warszawa 2009.
- Smyk G., *Polska myśl administracyjna w XIX wieku*, [w:] *Dzieje biurokracji na ziemiach polskich*, t. III, cz. 2, red. A. Górak, K. Latawiec, D. Magier, Lublin–Siedlce 2010.
- Sobociński W., *Jan Wincenty Bandtkie obrońcą Kodeksu Napoleona*, „Rocznik Lubelski” 1960, t. 3.
- Szymaniec P., *Nauka prawa jako działalność pro bono. Uwagi na temat polskiej nauki prawa w latach 1807–1831*, [w:] *Pro publico bono – idee i działalność*, red. M. Marszał, J. Przygodzki, Wrocław 2016.
- Wierzbicki A., *Europa w polskiej myśli historycznej i politycznej XIX i XX wieku*, Warszawa 2009.
- Witkowski W., *Warszawa jako ośrodek polskiej nauki prawa w dobie zaborów*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2015, t. 8, z. 1.
- Zarzycka A., *Próby zmian prawa rzeczowego z Kodeksu Napoleona w Królestwie Polskim w latach 1815–1818*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2008, t. 2.
- Кресін О.В., *Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація*, Київ 2017.

Правовые акты

Ustawa Rządowa. Prawo uchwalone dnia 3 Maia, Roku 1791, Warszawa 1791.

АЛЕКСЕЙ КРЕСИН

ДОКТОР ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

ИМ. В.М. КОРЕЦКОГО НАН УКРАИНЫ

[HTTPS://ORCID.ORG/0000-0002-4016-6596](https://orcid.org/0000-0002-4016-6596)

*Социально-волевая теория позитивного национального
правопорядка в учениях варшавских юристов
1807–1831 годов*

В статье рассмотрено формирование идеи национального правопорядка в учениях варшавских юристов 1807–1831 гг. как позитивного, конкретно-социального, формирующегося на основе реализации воли общества к государственному строительству и правотворчеству. Показано, что для рассматриваемого периода характерно формирование нового качества мышления юристов, которые стремились к освоению мира права на неметафизических, позитивистских, социальных мировоззренческих основаниях. И основным элементом впервые концептуализированной собственно правовой картины мира стал национальный правопорядок. Социально-волевая теория варшавских юристов провозглашала сознательное создание права народом через коллективную волю как реализацию индивидуальной и коллективной свободы для обеспечения общественных потребностей и реализации идеалов. Презумпциями этой теории были: равенство народов как носителей общественной воли, их право определять форму и содержание своего права, а также требование государственности как политического самоопределения народа.

Ключевые слова: национальный правопорядок, позитивизм, правовая картина мира, социально-волевая теория правотворчества

OLEKSIY KRESIN

DOCTOR OF LAWS, V.M. KORETSKY INSTITUTE OF STATE AND LAW

OF NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES OF UKRAINE

[HTTPS://ORCID.ORG/0000-0002-4016-6596](https://orcid.org/0000-0002-4016-6596)

*Socio-volitional Theory of Positive National Legal Order
in the Teachings of Warsaw Lawyers in 1807–1831*

The article considers the formation of the idea of national legal order in the teachings of Warsaw lawyers in 1807–1831 as a positive, concrete-social, formed on the basis of the realization of the will of society to state building and law-making. It is shown that the period under consideration is characterized by the formation of a new quality of thinking of lawyers who sought to master the world of law on non-metaphysical, positivist, social worldview bases. And the main element of the first conceptualized strictly legal picture of the world became the national legal order. The social-volitional theory of Warsaw lawyers proclaimed the conscious creation of law by the people through the collective will as the

realization of individual and collective freedom to meet social needs and to realize the ideals. The presumptions of this theory were: the equality of peoples as bearers of public will, their right to determine the form and content of their laws, as well as the demand for statehood as a political self-determination of the people.

Key words: national legal order, positivism, legal picture of the world, social-volitional theory of law-making