

ЗАСАДИ ПОЗИТИВІСТСЬКОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ У ВЧЕННЯХ ВАРШАВСЬКИХ ЮРИСТІВ ПЕРШОЇ ТРЕТИНИ ХІХ СТ.

Вступ

Спадщина польської правової думки надзвичайно багата і досі слабо вивчена. Для українського вченого вона цікава принаймні з трьох причин. По-перше, попри поширену, і серед сучасних польських учених також, думку щодо вторинності польських правових учень від західноєвропейських історія цих учень виявляє суттєві риси оригінальності та відмінності від західноєвропейських ідей, першості у формулюванні загальноєвропейських ідей або творчої переробки й адаптації останніх. Крім того, аналіз польської правової думки першої третини ХІХ ст. дає засади для розуміння центрально-східноєвропейського типу історичного розвитку юридичної науки, суттєво відмінного від, наприклад, французького чи англійського. Це дає змогу відмовитися від погляду на німецькі правові вчення того часу як на унікальні, побачити натомість більш повно комплекс філософсько-правових і теоретико-правових проблем, породжених спільними особливостями розвитку права в умовах французького панування та його припинення, більш точно формулювати причини і чинники формування сучасного правознавства. По-друге, польська правова думка виступає одним із найважливіших контекстів розвитку українських правових учень. У значній частині випадків можна говорити навіть про українсько-польські чи польсько-українські ідеї, належність певних мислителів та учених до обох культурних стихій. Таким чином аналіз польської правової думки першої третини ХІХ ст. дає змогу створити порівняльну матрицю для комплексного дослідження українських правових учень того часу, яке досі ще не здійснювалося.

Політичними і водночас географічними детермінантами обраної нами теми дослідження виступають відновлення державності на центральних польських землях

* Олексій Веніамінович Кресін, доктор юридичних наук, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, керівник Центру порівняльного правознавства, Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України.

Oleksiy Kresin, Doctor of Legal Sciences (Dr. hab.), Associated Member of the International Academy of Comparative Law, Chair of the Centre of Comparative Jurisprudence, Volodymyr Koretskyi Institute of State and Law of the National Academy of Science of Ukraine.

e-mail: okresin@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4016-6596>

Дослідження підготовлено в рамках стажування з виконанням наукового дослідження за підтримки Фондації імені Кшиштофа Скубішевського (Варшава).

у 1807 р. (Варшавське герцогство і значною мірою спадкоємне від нього Королівство Польське) і поразка Листопадового повстання (1830–1831 рр.) із наступними безпосередніми заходами російської влади 1831–1832 рр. щодо принципового обмеження автономії Королівства Польського. Інтелектуальними віхами є заснування в 1807 р. Школи права (пізніше – юридичний факультет Варшавського університету), що стала першим спеціалізованим юридичним навчальним закладом на центральних польських землях, і закриття Варшавського університету в 1831 р., а також значна еміграція вчених того ж року й ліквідація Товариства друзів наук у 1832 р.¹

Інтелектуальною детермінантою є загальноєвропейські (і насамперед центральноєвропейські) процеси розвитку правової думки в другій половині XVIII – першій третині XIX ст., що привели до становлення першого й досі недостатньою мірою усвідомленого та дослідженого позитивізму в юридичній науці, що передував класичному юридичному позитивізму 30-х рр. XIX ст. і є глибоким феноменом, що виявляє сутність позитивізму в правовій думці загалом.

Для європейського юридичного знання ще в середині XVIII ст. був характерний дуалізм – паралельний розвиток знання позитивного права та спекулятивного за своєю сутністю вчення про природне право, що не були синтезовані, хоча й могли доволіно поєднуватися, і не становили єдиної правознавчої дисципліни. У другій половині XVIII ст. більш-менш паралельно в часі геттінгенська школа Й. Пюттера, кенігсберзький професор І. Кант (у пізніх працях), італійський учений Г. Філанджієрі розвинули вчення про відокремлення знання про позитивне право від філософії (у тому числі вчення про природне право) і формування на його основі позитивної, суспільної, емпіричної юридичної науки. Вони вказували на: ексклюзивність позитивного права як власне права; нормативність / легальність як його природу, що лежить у площині, відмінній від моралі та моральності, хоча й пов'язаній із ними; правомірність і раціональність позитивного права як вираження суспільних досвіду і волі, його неவிпадковість і самоцінність як предмета дослідження; емпіричність як засаду пізнання права; систематизацію знання про позитивне право й оформлення його в юридичну науку.

На початку XIX ст. засади нової (чи принципово трансформованої) юридичної науки було уточнено провідними вченими епохи. Для історико-філософського вчення про право Г. В. Ф. Гегеля, П. Й. А. Фейєрбаха, А. Ф. Ю. Тибо та інших характерне

¹ Piotr Szymaniec, "Nauka prawa jako działalność pro bono. Uwagi na temat polskiej nauki prawa w latach 1807–1831," in *Pro publico bono – idee i działalność*, ed. Maciej Marszał and Jacek Przygodzki (Wrocław: Wrocławski Uniwersytet, 2016), 101–02; Anna Rosner, "Jan Wincenty Bandtkie 1783–1846," in *Portrety uczonych. Profesorowie Uniwersytetu Warszawskiego 1816–1915* (Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2016), 66; Maciej Iłowiecki, *Okręty na oceanie czasu. Historia nauki Polskiej do 1945 roku* (Warszawa: Mada, 2011), 165; Katarzyna Sojka-Zielinska, "Nauczanie historii prawa w czasach przemian ustrojowych," in *Humanizacja zawodów prawniczych a nauczanie akademickie*, ed. Anna Turska (Warszawa: Liber, 2002), 44.

підпорядкування позитивної юридичної науки емпіричній та позитивній філософії, у тому числі філософії права, але з визнанням окремішності обох сфер, неможливості нівелювання їх меж, засудженням формалізму метафізики (включно з теорією природного права). Історичне вчення про право Ф. К. Савіні проголошувало однозначне відокремлення правознавства від філософії. Спільним для обох учень стало проголошення автономії науки про позитивне право, включно з формуванням власної системи понять на основі емпіричних досліджень, а також заперечення можливості природного права як власне права – через що ці напрями юридичної думки можна визнати різними боками раннього становлення позитивізму.

Принципову роль у становленні юридичної науки відіграли т. зв. «кодіфікаційні дебати» – публічна дискусія 1810–1817 рр., що стала ключовою для формування та чіткішого розмежування позицій історико-філософської та історичної шкіл, а також уточнила і збагатила їх спільні засади. Серед них: 1) формування вчення про право на основі емпіричних досліджень позитивного права, єдність емпіричного знання і правової доктрини; 2) визнання професії та покликання вченого-юриста – незалежно від юридичної практики й викладання; 3) визнання плюралізму форм організації юридичних знань – у вигляді як фундаментальної юридичної науки німецького зразка, так і практико-орієнтованих учень англійського чи французького зразка. Саме тому цю дискусію, і зокрема 1814 р. як час її піку, можна вважати останньою віхою на шляху подолання дуалізму юридичного знання і формування позитивної та суспільної юридичної науки (чи відповідного її принципового перетворення).

Подальший розвиток ідей історико-філософської та історичної шкіл щодо юридичної науки до 1833 р. був пов'язаний із розкриттям і взаємовпливом їх програм. Конституювання окремого від філософії позитивного правознавства дістало відображення у змісті юридичної освіти, базовою дисципліною для якої стала енциклопедія позитивного права. Суперечки вчених у цей час стосувалися, зокрема, включеності філософії позитивного права до юридичної науки чи до філософії, а також практичності правознавства, на чому наполягала історична школа, чи його свободі від практичних цілей, що маніфестувала історико-філософська школа. Поряд з ідеєю про цілісність юридичної науки, особливо в контексті її окремішності від теології, філософії, етики, комплексних дисциплін (камералістика), розвивалося вчення про її диференціацію. Ідеї про поділ на ті чи інші галузі відповідно до поділу права, а також чисто методичні побудови у сфері освіти переросли в обґрунтування системи юридичних наук.²

² Докладніше про західно- і центральноєвропейську правову думку другої половини XVIII – першої третини XIX століття: Олексій Кресін, *Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX століття: компаративна концептуалізація: монографія* (Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Логос, 2017), 420–22; Oleksiy Kresin, *Comparative Legal Studies: 1750 to 1835. Approaches to Conceptualization*, ed. and trans. William Butler (London: Wildy, Simmonds & Hill, 2019), vol. II, 133–35.

Основний виклад

Розгляд питання про те, якими, на думку варшавських юристів, мають бути юридична наука чи юридичні науки, розпочнемо з поглядів Ф. К. Шанявського. У своїй праці «Що є філософія?» 1802 р. автор, використовуючи концепти і терміни Канта, проголошував вищість і первинність чистого розуму щодо розсудку, апіорного пізнання щодо чуттєвого і досвідного. Тому для Ф. К. Шанявського всі науки є частинами філософії, і саме вона створює єдині засади, які лише прикладаються до пізнаваних предметів, у тому числі до права.³ Зрозуміло, що в такому баченні юридична наука не могла розглядатися як самостійне явище. Натомість Т. Чацький у праці 1800 р., спираючись на Ч. Беккарія, Г. Філанджері та інших учених, стверджував існування науки законодавства, тобто позитивного правознавства.⁴

Князь Ф. К. Шанявський у своїх працях, починаючи принаймні з 1808 р., запропонував нове бачення юридичної науки, без якої не може повноцінно існувати правова сфера.⁵ Потреба в ній виникає через складність права, розуміння якого вимагає спеціальних навичок, а це передбачає існування спеціального юридичного фаху, окремого покликання судді, дослідника, законодавця⁶ (так само в 1808 р. на поєднанні теорії та практики в юридичному фаху наголошував Ю. У. Немцевич⁷). У дещо плутаному визначенні Ф. К. Шанявським юридичної науки можна виокремити її предмет («правництво» як «становлення і застосування приписів до людських діянь») та об'єкт («виявлення корисної правди в правництві»), що одночасно можуть позначати практичний і суто науковий аспекти правознавства.⁸ На думку вченого, юридична наука сформувалася ще в часи античної Римської держави.⁹

Шлях пізнання в юридичній науці, згідно з Ф. К. Шанявським, має йти від окремих чуттєвих вражень, досвідного пізнання елементів минулого й сучасного права (часткових уявлень) до їх тлумачення, порівняння, узагальнення часткових уявлень, систематизації, «мисленневого наслідування» і до формування загальних, комплексних, абстрагованих ідей (понять), а не навпаки.¹⁰ Саме таку емпіричну юридичну науку вчений називає «справжньою філософією, наукою людського розуму», і саме науки

³ Див.: *Wiek XIX. Sto lat myśli Polskiej. Zyciorysy, streszczenia, wyjatki* (Warszawa: Naklad Gebethera i Wolffa; Krakow: G. Gebether i spolka, 1907), vol. II, 313.

⁴ Tadeusz Czacki, *O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym* (Krakow: Drukarnia "Czasu", 1861), vol. II, 293–94.

⁵ Franciszek Ksawery Szaniawski, *O usposobieniach potrzebnych do uczenia się prawa. Rzech czytana przy otwarciu Szkoły prawa w Warszawie dnia 14 Października 1808 roku* (Warszawa, 1808), 3–4.

⁶ Ibid, 5; X. S. [Xawery Szaniawski], "O przyczynach wielu uprzedzeń i sarkañ przeciwko prawnictwu," *Pamiętnik Warszawski*, I, iss. 1 (1815): 3.

⁷ [Julian Ursyn Niemcewicz], *Przestroga dla współziomków na rok 1809* (Wrocław, 1808), 19.

⁸ X. S. [Szaniawski], "O przyczynach," 2–3, 9, 11.

⁹ Szaniawski, "O usposobieniach," 10.

¹⁰ Ibid, 6–7; Franciszek Ksawery Szaniawski, *Wiadomości początkowe w nauce prawa* (Warszawa: Drukarnia J. C. K. Mości Rządowa, 1817), V–VII, 2.

в його баченні здобувають загальні правди.¹¹ При цьому Ф. К. Шанявський відзначав, що емпіричність у юридичній науці, як моральній, є не дослідною, а досвідною, а поняття не можуть бути точними.¹²

У межах юридичної науки Ф. К. Шанявський виокремлює історичний і філософський підходи до пізнання, причому перший є емпіричною основою другого.¹³ У праці 1817 р. учений вже проголосив історію права окремою наукою.¹⁴ Також постійно наголошується на порівняльному методі в межах обох підходів,¹⁵ а в 1819 р. Ф. К. Шанявський обґрунтував існування окремої «статистики права чи науки порівнянь у праві».¹⁶

Ще більш послідовне бачення позитивістської історично орієнтованої юридичної науки представлене у працях **Я. В. Бандтке** починаючи принаймні з 1812 р. Як і Ф. К. Шанявський, він виводив юридичну науку з часів Стародавнього Риму, але у своїх пізніших працях більш акцентовано пов'язував її появу з професіоналізацією судів і працями глоссаторів XII ст., епохою «дорослішання» та ускладнення права кожного народу, його переходом до суспільно-державного життя.¹⁷ З питанням професіоналізації юридичної діяльності (без прив'язки до певного періоду) пов'язані також роздуми Я. В. Бандтке щодо незалежності юристів від вибору громади, незаангажованості їх рішень замість прив'язки до розуміння доцільності масами.¹⁸ А в XVI ст., як зазначав учений, відбулася трансформація юридичної науки, від догматики і філософствування вона звернулася до історико-правового аналізу¹⁹ (можемо припустити, що йдеться про школу *mos gallicus*).

Основою пізнання в юридичній науці, на його думку, є історичний аналіз права, поєднаний із безсторонньою критикою – що, звичайно, не применшує необхідності суто догматичного освоєння чинного права з практичною метою.²⁰ Учений стверджував, що суто догматичне тлумачення букви права без історичного осягнення його справжнього

¹¹ Szaniawski, "O usposobieniach," 7; Szaniawski, "Wiadomości," VIII.

¹² Franciszek Ksawery Szaniawski, *Statyka prawa, czyli nauka porównywań w prawie* (Warszawa: w Drukarni J. C. K. Mości Rządowej, 1819), 3.

¹³ Szaniawski, "O usposobieniach," 7–8.

¹⁴ Szaniawski, "Wiadomości," 284.

¹⁵ Szaniawski, "O usposobieniach," 9; Szaniawski, "Wiadomości," V–XII.

¹⁶ Szaniawski, "Statyka".

¹⁷ Jan Wincenty Bandtkie, "Wywod historyczny praw miejskich w Polsce dawney obowiązujących," in *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego* (Warszawa, Wilno: Nakładem i Drukiem Józefa Zawadzkiego, 1812), 175–76; Jan Wincenty Bandtkie, *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a o użytku onejże w ogólnością* (Warszawa: Nakładem Zawadzkiego i Komp., 1814), 5–6, 29–30, 32, 38; Jan Wincenty Bandtkie, "Co stanowi prawnika," *Pamiętnik Warszawski* VI (1816), 311–12.

¹⁸ Bandtkie, *Uwagi o potrzebie nauki prawa*, 10.

¹⁹ Ibid, 31.

²⁰ Jan Wincenty Bandtkie, "O uprawnieniu dzieci przez zaszy zwiazek malzenski czynionem," in *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, 258; Bandtkie, "Wywod," IX, 127–28; Bandtkie, "Uwagi," 18; Bandtkie, "Co stanowi," 311–13.

значення і причин появи веде до принципів помилок.²¹ Я. В. Бандтке зазначав, що серед інших наук «право та його історія є наука найцінніша, яка найбільше сприяє щастю народу і яка відкриває не лише чесноти чи нікчемність усього політичного суспільства і його складу, а й навіть процвітання чи страждання окремих осіб».²²

При цьому Я. В. Бандтке засуджував апіорне теоретизування і філософствування як антиісторичні й оманливі («із самих себе черпали, домислами незграбними і безсоромними байками ніби пояснюючи право, деформували і зневажили на тривалий час його високу й добродійну вартість»), висміював кантівське вчення про чистий розум і здоровий глузд, що непридатні в будь-якій професії без поєднання з відповідною останній наукою («розсудок сам по собі буває прикриттям або незнання, або упередження, або підступу; що при правах позитивних безсумнівних не слухністю, а неправістю і безправ'ям зватися повинен»)²³. Натомість він вважав за можливе формувати власний філософський дискурс («ідеали права і справедливості», «правди права») на основі узагальнення знання про позитивне право минулого і сучасності, і саме у «виголошенні правд, перевірених досвідом», полягає «високе призначення» юридичної науки.²⁴

Але більшу увагу, ніж юридичній науці, Я. В. Бандтке у своїх працях присвятив юридичній освіті, теж називаючи її наукою, що ускладнює розуміння його ідей. Він обстоював професіоналізацію всіх юридичних занять і законодавчої роботи, наголошував на недостатності суто практичної освіти, важливій ролі історико-правового елемента освіти, і насамперед історії національного і зарубіжного (насамперед німецького і французького) права, римського права, канонічного права, загальної історії, а також філософії.²⁵ Щодо практичного і виховного значення історії польського права він зазначав: вона «показує, з одного боку, що нові постанови (рециповане французьке право. – О. К.) багато мають схожості з давнішими приписами, а цим самим, що чим більше будуть досліджені, тим більше нам будуть до вподоби; з іншого боку, найкраще уряду даються вказівки щодо пристосувань, що повністю замінять їх на права, які б могли цілком увійти у звичаї народу і так дійти до остаточної мети кожного законодавства»; «показувати наших предків мудрі права, які часто через їх нерозуміння неслухно критикуються, і тим способом збуджувати у серцях молоді

²¹ Bandtkie, "O uprawnieniu," 248; Władysław Sobociński, "Jan Wincenty Bandtkie obrońcą Kodeksu Napoleona," *Rocznik Lubelski* 3 (1960): 160.

²² Sobociński, "Jan Wincenty Bandtkie," 160.

²³ Jan Wincenty Bandtkie, "O karze śmierci na kradzież stanowionę rzecz podług praw krajowych uważana," in *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, 276, 284; Bandtkie, "Wywód," 87; Bandtkie, *Uwagi*, 30, 33-34; Bandtkie, "Co stanowi," 309, 322-25.

²⁴ Bandtkie, *Uwagi*, 33-35.

²⁵ Bandtkie, "O uprawnieniu," 215; Bandtkie, *Uwagi*, 18-22, 25, 28-37; Bandtkie, "Co stanowi," 311-16, 319-21, 333; Jan Wincenty Bandtkie, "O poważaniu dawniejszemu w Polsce prawników uczonych," in *Posiedzenie publiczne Królewskiego-Warszawskiego Uniwersytetu, na uczczenie pamiętki uczonych mężów, a mianowicie polaków, odbyte dnia 15 lipca 1825 roku* (Warszawa, 1825), 36, 39.

прив'язаність до вітчизняних прав і звичаїв і справжню любов до країни».²⁶ Як наголошував учений, «правництво ... робить своїх послідовників довіреними особами процвітання народів».²⁷

Дещо відмінне бачення юридичної науки було представлено у працях **Р. Губе**. Її появу він вважав нещодавньою, «твором наших часів».²⁸ Крім того, Р. Губе наголошував, що наукова організація історично, теоретично, філософськи орієнтованого знання про права не є всезагальною, вона є такою в одних народів (німців) та іншою в інших, що може бути зумовлено особливостями їх розвитку: «Будь-яку науку слід вважати проявом інтелектуального життя народу».²⁹ Зокрема, у Франції правове знання є практико-орієнтованим, основаним на казуїстиці та інтерпретації кодифікованого законодавства, але, що правда, починає перетворюватися на науку завдяки появі критичного бачення останнього.³⁰ І так само особливою є і має бути польська юридична наука, у якій мають поєднатися теоретичне знання про право й емпіричне знання про живе польське право і рециповане законодавство.³¹

Серед юридичних наук і навчальних дисциплін він називає загальну історію права, «історію інституцій нових народів», системи законодавств окремих держав, історію національного законодавства (та історію національного права), історію законодавств слов'янських народів, філософію права, «науку порівняння права» (у 1830 р.), пише про «систему науки права».³²

У працях Р. Губе 1827 р. основою юридичних наук назване історико-правове пізнання, яке здатне відкрити причинно-наслідковий зв'язок не лише в минулому, а й у сучасному правовому розвитку. Більше того, таке пізнання здатне витворити критерії оцінки «предметної цінності законодавств».³³ Формування сучасної науки історії права, на думку Р. Губе, є цілковито новим, вищим етапом розвитку юридичних наук.³⁴

Якщо історія права у баченні Р. Губе досліджує «вид і природу змін», то філософія права «пізнає те, що є безумовно сталим, непорушним, єдино істинним у правових відносинах». Але ці непорушні засади, на відміну від раніших часів, шукаються у суспільстві, сучасному порядку речей, цей пошук «веде не до абстракції та ілюзій,

²⁶ Bandtkie, "O uprawnieniu," 216–17.

²⁷ Bandtke, "Co stanowi," 333.

²⁸ Romuald Hube, "Krotki rys historyi literatury prawa," in *Opera*, pref. Karol Dunin (Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905), vol. I, 67; Romuald Hube, "Uwagi nad systematem Kodexu cywilnego francuskiego," *Themis Polska V* (1829): 303–04.

²⁹ Hube, "Krotki," 68; Romuald Hube, "O stanie nauki prawa w naszych czasach," in *Opera*, vol. I, 5, 10; Hube, "Uwagi," 306–07; Romuald Hube, "Niektore uwagi nad historia nauki prawa," in *Opera*, pref. Karol Dunin (Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905), vol. I, 34.

³⁰ Hube, "O stanie," 5, 9–10; Hube, "Uwagi," 304–06, 309, 329; Hube, "Niektore," 34.

³¹ Hube, "Uwagi," 312.

³² Hube, "Krotki," 69, 71, 74–75; Hube, "O stanie," 10; Hube, "Niektore," 34, 48–49; Romuald Hube, "O starożytnych zbiorach praw Czeskich," *Themis Polska V* (1829): 3.

³³ Hube, "O stanie," 10–11.

³⁴ *Ibid*, 10.

а до пізнання наявних відносин, указуючи, що в тих відносинах є одвічним, а що підлягає змінам та історичному розвитку», поєднується з історією права і доповнює останню.³⁵ Поняття філософії права мають формуватися на основі узагальнення емпіричних матеріалів.³⁶ При цьому вчений невиразно згадує і теорію, але її роль і статус не розкриті.³⁷

На думку Р. Губе, що з'явилася в його працях у 1829 р., юридична наука в його час набула універсального характеру, звільнилася «від поглядів, обмежених місцевістю», має охопити право, юридичні поняття та концепції всіх давніх і сучасних народів.³⁸ Її елементами є історія і філософія права, а основними завданнями є розвивати всезагальну історію законодавств і своїми силами творити філософію права. При цьому історія дивиться в минуле, а філософія права на основі осмислення історії «забезпечує вдосконалене бачення духу майбутнього».³⁹

Якщо універсальна юридична наука відкриває наукові істини, то законодавча наука (слідом за Е. Гансом назвемо її правознавством) має національний (індивідуальний) і більш практичний характер, вона спрямована на вдосконалення свого права, хоча має також когнітивну функцію – «пізнання індивідуального характеру свого народу».⁴⁰ Засади законодавчій науці надає юридична наука, а матеріали – право свого народу, і насамперед судова практика.⁴¹ Водночас при читанні праць Р. Губе виникає враження, що йдеться все ж не про дві науки, дві системи знань, а про різні рівні, грані й функції однієї науки. Наприклад: «Але не єдиною винагородою і заслугою для науки права, а навіть виключно її справжньою честю є те, що видобуті нею на шляху роздумів засади, ґрунтовно співставлені з потребами суспільства, включаються згодом у права, що керують долями того ж суспільства. Що теорія, освячена авторитетом часу, пізнала за доцільне, законодавці не можуть відкидати».⁴²

У праці 1830 р. Р. Губе представив нове узагальнення історії юридичної науки. На його думку, історично правове знання за умов домінування уявлення про божественну даність права не могло стати наукою і перебувало в межах інших систем знання (теології та ін.).⁴³ Юридична наука народжується там і тоді, коли люди відчувають у собі сили самостійно творити право чи принаймні «привласнювати собі приписи прав».⁴⁴

Найдавнішою юридичною наукою, що виникла ще в часи Стародавнього Риму, Р. Губе назвав екзегетику (догматику), «постійно живий виклад раз даного закону»,

³⁵ Hube, "O stanie," 10–11; Hube, "Uwagi," 308.

³⁶ Hube, "Uwagi," 339; Hube, "Niekture," 35–36.

³⁷ Hube, "Uwagi," 307.

³⁸ Ibid, 299–300, 304, 306–07.

³⁹ Ibid, 300.

⁴⁰ Ibid, 301.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid, 335.

⁴³ Hube, "Niekture," 38–39.

⁴⁴ Ibid, 39–40.

пов'язаний із «тлумаченням висловів права та [ix] пристосуванням до розвитку людських відносин» і першими спробами віднайти зв'язок букви права з розвитком суспільного життя та змінювати право у зв'язку із суспільними змінами.⁴⁵ Європа після падіння Римської імперії поступово звільняє особистість, надає їй можливість політичної участі у творенні права. І водночас відбувається осмислення звичаєвого права в процесі його поєднання з римською догматикою, завдяки чому формуються поняття юридичної науки.⁴⁶

У пізньому Середньовіччі на основі узагальнення догматів римського права розвинулася наука природного права, що породило гострий і проблемний дуалізм теоретичного і практичного правового знання та водночас «звільнення індивідуального духу, що почав себе пізнавати».⁴⁷ Заслугою теорії природного права й заснованої на ній філософії права стала універсалізація (хоч і дуже суперечлива та штучна за своїм змістом, а тому лише тимчасова) учення про право й широке застосування порівняльного методу – при його показному зневажанні.⁴⁸ Надалі просвітницька і революційна ідея щодо панування розуму привела до відкидання звичаєвого і римського права, припинила домінування останнього в юридичній науці (всі попередні «школи», за твердженням Р. Губе, так чи інакше ґрунтувалися на ньому), привела до повсюдних законодавчих реформ, водночас стимулюючи відродження юридичної науки в її абстрактно-філософському варіанті, адже «розум мав бути найвищим законодавцем».⁴⁹

Новий період «відпочинку» і реакції, пов'язаний із формуванням і домінуванням історії права, мав зворотні, індивідуалізуючі засади, відкидав абстракції, що виявили свою недостатність. Натомість юридична наука звернулася до проблем розвитку суспільства, стала соціальною. Також у цей час виникла нова філософія права, що спиралася на проблематику теорії природного права, але відкинула апріорні спекуляції та почала аналізувати й узагальнювати позитивне право. У цих двох дисциплінах між собою поєдналися реальність і абстрагована думка.⁵⁰

Сучасний період розвитку юридичної науки пов'язаний, на думку Р. Губе, з діалогом історичної та філософської шкіл. Засади історичної школи сформувалися протягом другої половини XVIII ст. насамперед у працях Г. Гуго, а пізніше – Ф. К. Савіньї, вони полягають у прагматичному розгляді історичного розвитку права в контексті розвитку суспільства та колективної свідомості.⁵¹

Філософська (її більш правильно назвати історико-філософська) школа більше не підноситься над світом, вона спрямована на пізнання сучасного стану права, як

⁴⁵ Hube, "Niektore," 40–41.

⁴⁶ Ibid, 42–44.

⁴⁷ Ibid, 45–48.

⁴⁸ Ibid, 48.

⁴⁹ Ibid, 49.

⁵⁰ Ibid, 48–51, 53.

⁵¹ Ibid, 52.

і історична школа. Її засновником Р. Губе називає Е. Ганса. Вона має низку спільних з історичною школою засад, але інакше розуміє історичний процес, для неї причинами змін у суспільних і правових інститутах є зміни в мисленні людини. А тому вона, на відміну від історичної школи, обіймає своїми дослідженнями й узагальненнями явища не лише в національному, а й універсальному вимірах. Крім того, на думку Р. Губе, філософська школа розвинула більш чіткі критерії оцінки історичних матеріалів і пропонує на основі цілковитого відкинення апріорності («ідеальна філософія права взагалі не є наукою права») і узагальнення позитивного права визначення його незмінних засад.⁵² Цими й іншими аргументами Р. Губе фактично стверджує не діалог, а діалектичну наступність двох шкіл: за історичною школою наступною і більш досконалою є філософська, яка також є більш послідовно історичною, «є лише вищою потугою школи власне історичної».⁵³

У баченні Ц. Заборовського, висловленому в працях 1829 р., юридична наука є невід'ємною частиною правового життя народу, а тому невіддільним від практики правознавства, виступає суто технічним елементом права. Вона виникає як потреба народу «надати науковій формі своїм головним помислам», передбачає впорядкування права, передання досвіду минулого, надання розгорнутого тлумачення законодавства та забезпечення його застосування, а також змістовний розвиток права у сферах, не пов'язаних із суспільними традицією і переконаннями, тобто загалом правовміння.⁵⁴ При цьому вчені-юристи мають якщо не виключно, то переважно досліджувати право свого народу, обмежуючись насамперед історією і догматикою права, а філософія права (як апріорна) у Ц. Заборовського викликала критичне ставлення.⁵⁵

На думку В. О. Мацейовського, юридична наука сформувалася на початку XIX ст., а раніше перебувала у примітивному стані попри зусилля окремих її світочів. Основним її підходом є історичний – пізнання правових явищ в історичному контексті їх виникнення та розвитку.⁵⁶ Учений звертав увагу на відмінності розвитку юридичної науки в різних країнах, указуючи на її низький рівень у Франції та високий у Німеччині, і причиною відмінностей у рівні науки є рівень розвитку народу.⁵⁷ Серед історичних дисциплін В. О. Мацейовський виокремлює історію національного права, історію слов'янських законодавств і «всезагальну історію законодавств».⁵⁸

⁵² Hube, "Niekture," 53–57.

⁵³ Ibid, 57.

⁵⁴ C. Z. [Cyprian Zaborowski], "Jurysprudencya sądu kassacyjnego Xięstwa Warszawskiego i związek instytucji kassacyjnej z ogólnym życiem prawnym w kraju," *Themis Polska* VI (1829): 362–64, 366, 368–71.

⁵⁵ Ibid, 370–71; [Cyprian Zaborowski], "Rozbiór krytyczny dzieła pod tytułem: Upominek pogrobowy ś.p. Kazimierza Pliszki Podlesianina; rzecz o sukcesii...", *Themis Polska* VI (1829): 240.

⁵⁶ Waclaw Aleksander Maciejowski, "Ogłoszenie prenumeraty," *Themis Polska* V (1829): 414, 416.

⁵⁷ Ibid, 414–15, 419.

⁵⁸ Ibid, 414.

К. А. Гейлман вважав, що юридична наука має насамперед досліджувати право свого народу: «Скільки маємо окремих законодавств, стільки маємо різноманітних правознавств».⁵⁹ Її завдання – узагальнення догматики позитивного права, віднайдення його національних засад на основі народного переконання, створення з права «єдиного наукового цілого», а на основі цього – розробка законодавства і творення норм через судові рішення.⁶⁰

Згідно з К. А. Гейлманом, у системі науки позитивного права (вона ж – наука законодавства) мають домінувати історичні та догматичні дослідження; присутня також філософія права.⁶¹ При цьому вона постає і як система юридичних наук, адже всі три її елементи у працях К. А. Гейлмана називаються також науками.⁶² У такому вигляді юридична наука існує нещодавно: філософія і догматика мають давнє походження, а історичний підхід нещодавно виник у Німеччині.⁶³ Учений вказував на відмінності в розвитку юридичної науки в Німеччині та Франції, похідні від різних шляхів розвитку їх права, наслідком чого є домінування історико-правових досліджень у першій і догматичних у другій.⁶⁴ Юридична наука і практична діяльність юристів постають у працях К. А. Гейлмана як поняття практично нероздільні з початку академічної епохи в розвитку права (за Гуго і Савінії).⁶⁵

На думку вченого, предметом історії права є генеза чинного права, адже закони формуються історично, а не просто з волі законодавця чи вищої влади країни; пізнання сутності законодавчих норм неможливе без їх історичного пояснення. Тому «нині історія посідає перше місце в науці позитивного права».⁶⁶ Предметом догматики є лише чинне право народу, і розвиток у ній відбувається від теорії до практики й від практики до теорії. Вона має виявляти зв'язок норм і з нього виводити справжні засади сучасного права. «Виявить вона також, у чому суперечність, у чому лакуна, у чому немає мети, у чому напрям шкідливий і що заважає процвітанню народу і кожного зокрема».⁶⁷ А філософію права К. А. Гейлман бачив поділеною на три частини (і одночасно науки), що відрізняються за «градацією предмета», але мають спільні засади: філософія чинного права, «філософія всіх позитивних прав» і філософія ідеального права. Філософія чинного права, яку вчений пропонує як свою новацію, роз'яснює і критично аналізує позитивне право своєї країни, «виводить картину життя зовніш-

⁵⁹ August Heylman, "Myśli o nauce prawa i prawodawstwie w kraju naszym," *Themis Polska* VII (1830): 123.

⁶⁰ Ibid, 124–25, 128–30, 134; August Heylman, "Wywod zasad ogólnych nauki prawa i prawodawstwa," *Themis Polska* VII (1830): 26–27, 29.

⁶¹ Heylman, "Myśli," 124–25, 131; Heylman, "Wywod," 1, 5–11, 19.

⁶² Heylman, "Wywod," 31.

⁶³ Ibid, 1, 6–7.

⁶⁴ Ibid, 30.

⁶⁵ Ibid, 14–15, 26–27.

⁶⁶ Ibid, 5.

⁶⁷ Ibid, 31; Heylman, "Myśli," 129.

нього і внутрішнього, які народ веде в сучасному моменті», «має за мету утримати гармонію між правом і ступенем і режимом моральності й освіти народу».⁶⁸

«Філософія всіх позитивних прав» (або «філософія різноманітних прав»), як зазначає К. А. Гейлман, попри заявлену назву насправді не є універсальною, «завжди обмежувалася розглядом позитивних прав невеликої кількості народів», і це є виправданим, слід звертатися «до тих народів, які нам є рівними в цивілізації чи нас перевищують в освіті й практичній моральності чи в соціальних установах і законодавстві», адже пізнати все неможливо, та й вивчення права народів, що перебувають на нижчому рівні розвитку, не має практичної користі. Цю науку має бути засновано на поєднанні історичного і порівняльного підходів, а метою є пізнання співвідношення одноманітності й різноманіття у правовому регулюванні суспільних відносин, оцінка існуючих моделей і принципів, критична оцінка національного права з метою його вдосконалення.⁶⁹

Філософія ідеального права, на думку К. А. Гейлмана, є найвищою філософією права, «теоретичною конструкцією думок і почуттів, які цілий рід людський визнає правом позитивним», але не має жодного стосунку до теорій природного права. Вона оцінює всесвітній розвиток позитивного права і «шукає гармонії між духом того ж права і мудрістю духу, який має провидіння над усім людом своїм», у ній зникає різниця між правом і моральністю, а позитивне право постає як розум і справедливість, тобто як найвище філософське право людини.⁷⁰

Висновки

На основі здійсненого дослідження не можемо погодитися з твердженнями сучасного дослідника щодо конвенційного приписування польськими вченими першої третини XIX ст. науці права в цілому й історії права зокрема виключно службової функції, а також обмеження проблематики останньої виключно чи переважно національними рамками.⁷¹

Протягом досліджуваного періоду варшавські вчені сформулювали засади позитивістської юридичної науки. Її засадами були, зокрема: визнання самостійності юридичного знання, його побудова на основі узагальнення емпіричних даних, поєднання практичного і теоретичного знання, відмова від будь-якого метафізичного та спекулятивного філософствування та формування власного філософського дискурсу.

Проголошувалося, що науки, і зокрема юридична, здатні самостійно пізнавати «правди». Тому юридична наука незалежна від апіоризму, не є частиною філософії, але сама творить справжню філософію – філософію позитивного права («правди, перевірені досвідом»). При цьому визнавалися відмінності між природничо-технічними

⁶⁸ Heylman, "Wywod," 39–40, 44–47.

⁶⁹ Ibid, 48–52.

⁷⁰ Ibid, 52–55.

⁷¹ Szymaniec, "Nauka," 124.

(точними) і соціально-гуманітарними («моральними») науками: знання в межах останніх є не дослідним, а досвідним (апостеріорним), а тому й поняття є неточними.

Дискусія щодо сутності юридичної науки дістала відображення в баченні її історії. Автори проаналізованих нами праць приділяли увагу становленню юридичних знань і юридичного фаху починаючи принаймні з Античності. Водночас зверталася увага на їх трансформації, професіоналізацію, соціалізацію знання. Безпосереднім діалектичним попередником сучасної юридичної науки вважалися відокремлені системи догматики чинного права та природного права. Визнавалися формальні здобутки вчення про природне право в універсалізації (хоча й штучній) юридичного знання та творенні його проблематики. Водночас практично всіма вченими наголошувалося на принциповій змістовній розрив із природним правом – наповнення його форм новим філософським позитивним знанням на основі емпіричних досліджень та узагальнення їх результатів.

Принципові зміни пов'язувалися з кінцем XVIII – початком XIX ст., що давало змогу розглядати юридичну науку як нове чи якісно оновлене явище. Зокрема, у цей час, на думку варшавських учених, юридична наука стала суспільною та історичною, всезагальною системою, а не просто сукупністю знань і вчень. Саме новий концептуальний характер цієї науки, відокремлений від попередніх епох, передбачав, що вона має свою чітко визначену «батьківщину» – німецькі держави, а також сферу поширення, до якої варшавські вчені одностайно відносили, зокрема, польські землі. Визнавши слідом за німецькими колегами вказані вище критерії науковості правового знання, ці автори припустили й тимчасову чи постійну можливість існування інших форм організації такого знання.

Варшавські вчені бачили сучасний період у розвитку юридичної науки ареною діалогу і змагання між історичною та філософською (історико-філософською) школами правової думки й переважно маніфестували свою належність до однієї з них, хоча й висловлювали при цьому низку своєрідних думок або здійснювали так само оригінальний синтез ідей двох шкіл. Важливо, що обидві школи ними розумілися як історичні, а отже, в тогочасному розумінні, і позитивістські за своїми засадами. У баченні прихильників історико-філософської школи вона могла розглядатися як діалектичне продовження історичної школи.

Загальноновизнаними у той час підходами в юридичній науці були історичний, догматичний і філософський. Вони ж бачилися трьома сферами «системи науки права» або окремими науками в системі юридичних наук. При цьому історія права мала узагальнювати види і природу змін у праві. Філософія ж – віднаходити на основі узагальнення й абстрагування емпіричного знання незмінні засади чи принципи права. Але історія права розглядалася як така, що безумовно домінує.

Пунктом суттєвого розходження позицій варшавських юристів були предмет і об'єкт нової юридичної науки. У баченні однієї групи юридична наука мала на-самперед прикладний характер фактично як наука законодавства. Це передбачало, що її основним предметом є своє національне право, і могло пояснювати відмінності

в організації наукового знання в різних країнах характером їх права – виключно кодифікованого (як у Франції) або частково кодифікованого чи переважно звичаєвого (як у німецьких державах і у Варшавському герцогстві / Королівстві Польському). Об'єктом юридичної науки для цих учених було насамперед удосконалення національного правопорядку. Знання зарубіжного права при такому баченні також було переважно прикладним, зумовленим конкретними потребами розуміння чи вдосконалення національного права.

Для іншої частини вчених юридична наука мала фундаментальний характер. Її предмет за охопленням є універсальним, а об'єктом є віднайдення юридичних «правд». Для цієї групи закономірне включення до предмета досліджень на рівних із національним також зарубіжного права, а порівняльний підхід формулюється як один з основних, якщо не провідний, поряд з історичним, догматичним і філософським.

Отже, принциповою засадою юридичної науки в баченні більшості варшавських учених протягом досліджуваного періоду була її незалежність від апріорного і метафізичного філософствування, і навпаки, формування власного філософсько-правового дискурсу (філософії позитивного права) на основі узагальнення та осмислення результатів емпіричних досліджень. При цьому визнавалося, що юридична наука має бути принципово новою системою організації юридичного знання – позитивістською і соціальною. Визнаючи історичний і сучасний плюралізм такої організації знання, варшавські вчені однозначно ідентифікували себе саме із центральноєвропейською юридичною наукою, стрижнем для якої є німецькі держави. Варшавські вчені вважали, що в основі правознавства лежать історичний, догматичний і філософський підходи. Відповідно вони розглядали три відносно окремі сфери наукового знання, що можуть сукупно розглядатися як єдина юридична наука або система взаємно пов'язаних юридичних наук. Залежно від акценту в поглядах учених на фундаментальній чи прикладній грані юридичної науки ця система бачилася по-різному, як і предмет правознавства – всезагальний чи більшою мірою національний. Можна стверджувати, що це до певної міри корелювало з переважанням у поглядах певних учених засад історико-філософської чи історичної шкіл.

© О. Кресін, 2020

Bibliography

- Bandtkie, Jan Wincenty. "O karze śmierci na kradzież stanowiącej rzecz podług praw krajowych uważana." In *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, 261–98. Warszawa, Wilno: Nakładem i Drukiem Józefa Zawadzkiego, 1812.
- Bandtkie, Jan Wincenty. "O uprawnieniu dzieci przez zaszły związek małżeński czynionem." In *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, 213–59. Warszawa, Wilno: Nakładem i Drukiem Józefa Zawadzkiego, 1812.

- Bandtkie, Jan Wincenty. “Wywod historyczny praw mieyskich w Polsce dawney obowiązujących.” In *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego*, I–IX, 1–211. Warszawa, Wilno: Nakładem i Drukiem Józefa Zawadzkiego, 1812.
- Bandtkie, Jan Wincenty. *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a o użytku onejże w ogolności*. Warszawa: Nakładem Zawadzkiego i Komp., 1814.
- Bandtkie, Jan Wincenty. “Co stanowi prawnika.” *Pamiętnik Warszawski* VI (1816): 309–34.
- Bandtkie, Jan Wincenty. “O poważaniu dawniejszém w Polsce prawników uczonych.” In *Posiedzenie publiczne Królewskiego-Warszawskiego Uniwersytetu, na uczczenie pamiętki uczonych mężów, a mianowicie polaków, odbyte dnia 15 lipca 1825 roku*, 35–43. Warszawa, 1825.
- Czacki, Tadeusz. *O litewskich i polskich prawach o ich duchu, źródłach, związku, i o rzeczach zawartych w pierwszym statucie dla Litwy, 1529 roku wydanym*. Krakow: Drukarnia “Czasu,” 1861, vol. II.
- Heylman, August. “Myśli o nauce prawa i prawodawstwie w kraiu naszym.” *Themis Polska* VII (1830): 109–44.
- Heylman, August. “Wywod zasad ogolnych nauki prawa i prawodawstwa.” *Themis Polska* VII (1830): 1–55.
- Hube, Romuald. “O starożytnych zbiorach praw Czeskich.” *Themis Polska* V (1829): 1–15.
- Hube, Romuald. “Uwagi nad systematem Kodexu cywilnego francuskiego.” *Themis Polska* V (1829): 297–339.
- Hube, Romuald. “Krotki rys historyi literatury prawa.” In *Opera*, pref. Karol Dunin, 67–76. Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905, vol. I.
- Hube, Romuald. “Niektore uwagi nad historya nauki prawa.” In *Opera*, pref. Karol Dunin, 33–57. Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905, vol. I.
- Hube, Romuald. “O stanie nauki prawa w naszych czasach.” In *Opera*, pref. Karol Dunin, 5–12. Varsaviae: Typis Michaelis Arct, 1905, vol. I.
- Howiecki, Maciej. *Okrepty na oceanie czasu. Historia nauki Polskiej do 1945 roku*. Warszawa: Mada, 2011.
- Kresin, Oleksiy. *Formation of the Theoretical Bases of Comparative Legal Studies in the Second Half of 18th – First Third of 19th Centuries: Comparative Conceptualization*. Kyiv: Volodymyr Koretskyi Institute of State and Law of the National Academy of Science, Logos, 2017 (in Ukrainian).
- Kresin, Oleksiy. *Comparative Legal Studies: 1750 to 1835. Approaches to Conceptualization*, edited and translated by William Butler. London: Wildy, Simmonds & Hill, 2019, vol. II.
- Maciejowski, Wacław Aleksander. “Ogłoszenie prenumeraty.” *Themis Polska* V (1829): 413–23. [Nemcewicz, Julian Ursyn]. *Przestroga dla współziomków na rok 1809*. Wrocław, 1808.
- Rosner, Anna. “Jan Wincenty Bandtkie 1783–1846.” In *Portrety uczonych. Profesorowie Uniwersytetu Warszawskiego 1816–1915*, 56–71. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2016.
- Sobociński, Władysław. “Jan Wincenty Bandtkie obrońcą Kodeksu Napoleona.” *Rocznik Lubelski* 3 (1960): 157–76.
- Sojka-Zielinska, Katarzyna. “Nauczanie historii prawa w czasach przemian ustrojowych.” In *Humanizacja zawodów prawniczych a nauczanie akademickie*, edited by Anna Turska, 39–49. Warszawa: Liber, 2002.
- Szaniawski, Franciszek Ksawery. *O usposobieniach potrzebnych do uczenia się prawa. Rzech czytana przy otwarciu Szkoły prawa w Warszawie dnia 14 Października 1808 roku*. Warszawa, 1808.

- Szaniawski, Franciszek Ksawery. *Wiadomości początkowe w nauce prawa*. Warszawa: Drukarnia J. C. K. Mości Rządowa, 1817.
- Szaniawski, Franciszek Ksawery. *Statyka prawa, czyli nauka porównywań w prawie*. Warszawa: w Drukarni J. C. K. Mości Rządowej, 1819.
- X. S. [Szaniawski, Xawery]. “O przyczynach wielu uprzedzeń i sarkañ przeciwko prawnictwu.” *Pamiętnik Warszawski*, I, iss. 1 (1815): 1–11.
- Szymaniec, Piotr. “Nauka prawa jako działalność pro bono. Uwagi na temat polskiej nauki prawa w latach 1807–1831.” In *Pro publico bono – idee i działalność*, edited by Maciej Marszał and Jacek Przygodzki, 101–24. Wrocław: Wrocławski Uniwersytet, 2016.
- Wiek XIX. Sto lat myśli Polskiej. Zyciorysy, streszczenia, wyjatki*. Warszawa: Nakład Gebethera i Wolffa; Krakow: G. Gebether i spolka, 1907, vol. II.
- C. Z. [Zaborowski, Cyprian]. “Jurysprudencja sądu kassacyjnego Xięstwa Warszawskiego i związek instytucji kassacyjnej z ogólnym życiem prawnym w kraju.” *Themis Polska* VI (1829): 361–79.
- [Zaborowski, Cyprian]. “Rozbiór krytyczny dzieła pod tytułem: Upominek pogrobowy ś.p. Kazimierza Pliszki Podlesianina; rzecz o successii...” *Themis Polska* VI (1829).

Олексій Кресін. Засади позитивістської юридичної науки у вченнях варшавських юристів першої третини XIX ст.

Анотація. Статтю присвячено надзвичайно багатій і недостатньо вивченій спадщині польської правової думки. Дослідження виявило, що принциповою засадою юридичної науки в баченні більшості варшавських учених протягом досліджуваного періоду була її незалежність від апіорного і метафізичного філософствування, і навпаки, формування власного філософсько-правового дискурсу (філософії позитивного права) на основі узагальнення та осмислення результатів емпіричних досліджень. При цьому визнавалося, що юридична наука має бути принципово новою системою організації юридичного знання – позитивістською і соціальною. Варшавські вчені ідентифікували три відносно окремі сфери наукового правового знання (історичну, догматичну та філософську), що можуть сукупно розглядатися як єдина наука або система взаємно пов’язаних юридичних наук. Залежно від акценту в поглядах учених на фундаментальній чи прикладній грані юридичної науки ця система бачилася по-різному, як і предмет правознавства – всезагальний чи більшою мірою національний. Можна стверджувати, що це до певної міри корелювало з переважанням у поглядах певних учених засад історико-філософської чи історичної шкіл.

Ключові слова: позитивізм; філософія позитивного права; система юридичних наук; предмет юридичної науки; об’єкт юридичної науки.

Алексей Кресин. Основы позитивистской юридической науки в учениях варшавских юристов первой трети XIX в.

Аннотация. Статья посвящена чрезвычайно богатому и недостаточно изученному наследию польской правовой мысли. Исследование показало, что принципиальной основой юридической науки в понимании большинства варшавских ученых в течение исследуемого периода была ее независимость от априорного и метафизического философствования, и наоборот, формирование собственного философско-правового дискурса (философии позитивного права) на основе обобщения и осмысления результатов эмпирических исследований. При

этом признавалось, что юридическая наука должна быть принципиально новой системой организации юридического знания – позитивистской и социальной. Варшавские ученые идентифицировали три относительно отдельные сферы научного правового знания (историческую, догматическую и философскую), которые могут совокупно рассматриваться как единая наука или система взаимосвязанных юридических наук. В зависимости от акцента во взглядах ученых на фундаментальной или прикладной грани юридической науки эта система виделась по-разному, как и предмет правоправедения – всеобщий или в большей степени национальный. Можно утверждать, что это в известной степени коррелировало с преобладанием во взглядах определенных ученых основ историко-философской или исторической школ.

Ключевые слова: позитивизм; философия позитивного права; система юридических наук; предмет юридической науки; объект юридической науки.

Oleksiy Kresin. Principles of Positivist Jurisprudence in the Teachings of Warsaw Lawyers of the First Third of the XIX Century

Abstract. The article is devoted to the extremely rich and insufficiently studied heritage of Polish legal thought. The political and geographical determinants of the chosen research topic are the restoration of statehood in central Polish lands in 1807 (Duchy of Warsaw and the Kingdom of Poland) and the defeat of the November Uprising (1830–1831) followed by measures taken by the Russian authorities to limit the autonomy of the Kingdom of Poland. The intellectual milestones are the founding of the School of Law in 1807 (later the Faculty of Law of the University of Warsaw), and the closure of the University of Warsaw in 1831, as well as the significant emigration of scientists in the same year and the liquidation of the Society of Friends of Science in 1832. The intellectual milestones are also European (and first of all Central European) processes of legal thought evolution in the second half of the XVIII – first third of the XIX century, which led to the formation of the first and still insufficiently understood and studied positivism in jurisprudence, being a profound phenomenon that reveals the essence of positivism in legal thought in general.

The study found that the basic principle of jurisprudence in the vision of most Warsaw scholars during the study period was its independence from *a priori* and metaphysical philosophizing, and vice versa, the formation of its own philosophical and legal discourse (philosophy of positive law) based on generalization and understanding of research results. It was recognized that legal science should be a fundamentally new system of legal knowledge – positivist and social. Recognizing the historical and modern pluralism of such an organization of knowledge, Warsaw scholars have unequivocally identified themselves with the Central European jurisprudence, the core of which is the German. Warsaw scholars believed that jurisprudence was based on historical, dogmatic and philosophical approaches. Accordingly, they considered three relatively separate areas of scientific knowledge, which together can be considered as a single legal science or a system of interrelated legal sciences. Depending on the emphasis in the views of scholars on the fundamental or applied side of legal science, this system was seen differently, as well as the subject of jurisprudence – universal or more national. It can be argued that this to some extent correlated with the predominance in the views of certain scholars of the principles of historical-philosophical or historical schools.

Keywords: positivism; philosophy of positive law; system of legal sciences; subject matter of legal science; object of legal science.

Одержано/Received 22.09.2020

THE LOGIC OF INSTITUTIONS IN A SYSTEMIC APPROACH. Institutions in Law and Law-related Fields as Closed and Open Systems

I. A Logic of Systems

1 Both institutions and their components are conceptually represented as organised into some sorts of systems. This is the obvious outcome of the classificatory nature of the use of concepts and conceptual representations.¹

At the same time, human practice often abuses conceptualisation. Namely, it often overgeneralises the reason why a choice is made in order to oversubstantiate a claim. To reach this oversubstantiation, it puts the claims into a more general context than is actually justified.²

Systems in operation, by and through which we live and continue our social practices, are contingent and casual in their basic character. Of course, this is not to say that the selection of their elements and the way of their organisation is a gratuitous action within an empty space, to be filled only by the wish and might of the day. For instance, there is some connection between their taking shape, on the one hand, and the factors that have been instrumental in shaping them, on the other – although the presence of these factors as well as their actual impact may be quite incidental from the point of view of the existence and, moreover, from the point of view of the emergence of those systems as systems.

The constitutional system of liberalism as historically established is, for instance, one of the several possible materialisations it could have had. It is one of the possible outcomes of human efforts through centuries to overcome contemporary misery by setting new framework for human action in its relationship to law and the state.

* Csaba Varga, Professor Emeritus, Philosophy of Law Institute of the Catholic University of Hungary & Research Professor Emeritus, Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences.

Чаба Варга, почесний професор, Інститут філософії права Католицького університету Угорщини, почесний професор-дослідник, Інститут правових досліджень Угорської академії наук.

e-mail: varga.csaba@jak.ppke.hu

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5256-0518>

¹ Csaba Varga, "Taxonomy of Law and Legal Mapping: Patterns and Limits of the Classification of Legal Systems," *Acta Juridica Hungarica*, vol. 51, no. 4 (2010): 253–72, http://real-j.mtak.hu/765/1/ACTAJURIDICA_51.pdf.

² Karl Marx and Friedrich Engels, *The German Ideology*, 3rd rev. ed. (Moscow: Progress, 1976).

2. At all steps, there is a close interconnection between the shaping of ideas, on the one hand, and the available store of the modes of their implementation and reconsideration at any time, on the other. Even the contents, directions and limits of human imagination are a function of such an interaction. For in the total social process, each step and contributing component has a variety of meanings, faces and links and developmental alternatives, and only later will the effected events and connections decide which of them and in which a manner is to be actualised. Or, this is a multi-faceted and multi-directional process with several competitive chances; something that could only be broken down by a finalist reductionism (believing that an ultimate breaking down will be reached) in order to be traced back to a single, straightforward line of development.

In any case, to state that there has been some necessity in the course of actions to take shape and reach a conclusion is by far not to state that there has been a pre-existing universal idea that was to materialise in that way. Even the ontological reconstruction of the factors in play in the social conditioning of the course of events is a reconstruction of the road run by, and the links bridging, the individual chain of that course of events, and not a statement about the universal idea as having been necessarily materialised in the historically concrete realisation.

3. To be more precise: when speaking of systems of institutions and their conceptual representations,³ we have in mind at least four types, or levels, of these systems. Notably, (1) the actually existing concrete system, which is a unit that functions as it is (e.g., constitutional system of liberalism as practised in a given area in a given time, e.g., in the United States nowadays) (*type 1*); (2) the historically developed concrete system which is a unit that functions as it has been (e.g., constitutional system of liberalism as practised in a given area in a given period, e.g., in the United States since the time it developed) (*type 2*); (3) the generalisation of the historically concrete systems as developed in our civilisation (e.g., the constitutional system of liberalism as known and practised in our civilisation) (*type 3*); and (4), the core idea of the functioning underlying all kinds of generalisation (e.g., the abstract universal formulation of the ultimate principles of operation, of which the constitutional system of liberalism is but one of the theoretically possible forms of realisation) (*type 4*). As to the origins of such an abstract and universal formulation, it may be either gained by theoretical reconstruction or formulated as a preconceived idea, in order to offer a basis for deducing justification of the historical realisation(s) from them.

As can be seen, types 3 and 4 are not units functioning as they are or have been. Type 4 is an idea (1) in which “laws” (i.e., effects, interconnections) of functioning may be observed in abstract generality on ideal conditions. Type 3 is one of the former’s applications to, or materialisation under, historically particular conditions.

³ In a most general sense, cf. N. Emrah Aydinonat and Petri Ylikoski, “Three Conceptions of a Theory of Institutions,” *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 48, no. 6 (2018): 550–68, <https://doi.org/10.1177/0048393118798619>.

4. All systems, ideas and realisations form an endless continuum. Types 1 to 4 are nothing but meaningfully definable stages of this continuum, and by far not its limiting points. This is the reason why almost all of them may display almost all the properties that can characterise them at all.

abstractness	ideal	internal coherence and consequentiality
<i>ideal type</i>	ideal of functioning [<i>type 4</i>]	
<i>empirical types</i>	historically particular formulation of the ideal of functioning [<i>type 3</i>] historically particular generalisation of the developmentally defined sets of concrete actual functioning [<i>type 2</i>] concrete actual functioning [<i>type 1</i>]	<i>historical types</i>
concreteness	real	contingency

Abstractness, internal coherence and consequentiality, as well as ideality, are decreasingly, while concreteness and contingency, as well as reality, are increasingly present in the line between the ideal and the actual functioning.

At the same time and to a decreasing degree, types 1, 2 and 3 are historical ones; and types 1 and 2 are concomitantly empirical ones as well. Obviously, it goes without saying that there would be no sense in projecting any ideal of functioning into a vacuum with no empirical background whatsoever. Consequently, at the same time, even empirical types may be used as ideal ones. And, obviously again, neither abstractness nor concreteness have end-points. For the question of whether I can define types more abstract or more concrete than they actually are is one of expediency in the determination of the levels of analysis.

5. Historically, only types 1, 2 and 3 do exist, representing historically characteristic typical configurations. They are at the same time needed for theoretical description, as they hold the name of what is to be conceptualised as existing. Ontologically, the existence of each of them can be established. Albeit type 4 claims to be over and beyond history, the social existence of the ideal representation it embodies can also be delimited historically.

6. Human action is by definition teleological. Telos [τέλος] as a model is at all times working in it in order to direct it.⁴ It however does not turn practice into mere implementation. The ideal remains ideal, the practical practical. Both the motive force and the criterion of practice are what is considered practical. Of course, consideration of what is practical may also set the implementation of something ideal as target. But motive force and criterion remain unchangedly what is considered practical. Attributes of ideal, no matter of what kind and weight they are, can only exert an influence when filtered through the consideration of what is practical.

II. Ideal Types and Historically Concrete Manifestations

7. A notional distinction among the levels of systems, ideas and formulations is a methodological requirement. Since to differing levels and corresponding concepts often the same label is assigned, it is not exceptional that they are treated in an undifferentiatedly unifying way, which is a common cause of confusion.

For instance, as to the doctrine of the division of powers,⁵ the only realistic references are those historical manifestations which are commonly characterised as realisations more or less distorted or imperfect (*type 1*). Those imperfect realisations are seen as variations of a historical descriptive type (*type 2*) which is in turn the implementation of a historical ideal type (*type 3*). In such a way, all practical measures taken in a historically concrete situation are in the final analysis traced back to a broad, well-defined socio-historical context which, in this case, includes an immense variety of things, from the fight for constitutionalism in England, via the way in which Montesquieu was to overcome absolutism in France by (mis)interpreting English constitutionalism, to the achievement of the fathers founding the Constitution in the United States, including the way in which they (mis)understood both England, Montesquieu and their own perspectives, and also including the (mis)-understanding, by all historical actors, of the richness of the store of means available in principle. But is it really so that the idea (1) of functioning underlying the doctrine of the division of powers gets reduced to it? Obviously, without universalising the actually particular, in theory I cannot say “yes” to this question. If I still do so, which occurs too often in practice, it implies that I have opted also for some methodological consequences. Let us see three of them.

7.1. Universalisation can only be done through assuming notional dichotomies between complementary concepts, C and non-C, which, albeit antagonistic to one another, wholly cover the field. Thereby I erect an artificially rigid two-poled scheme, only to exclude dialectics and historical sensitivity.

⁴ Colin Allen and Jacob Neal, “Teleological Notions in Biology,” in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/teleology-biology/>.

⁵ Jean Jacques Granpré Molière, *La théorie de la constitution anglaise* (Leyde: Presse Universitaire, 1972); W. B. Gwyn, *The Meaning of the Separation of Powers: An Analysis of the Doctrine from Its Origin to the Adoption of the United States Constitution* (New Orleans: Tulane University, 1965).

For instance, it is a rather general pattern for contemporary political philosophies to regard the “Third Way”-type searches of a way out from continued crises in Europe in general and in its Central and Eastern part in particular,⁶ as by-products themselves of the same crises, fallen into irrationality. Well, this critique latently includes an assumption of capitalism and socialism, offering in their historically developed forms the only potentialities of the paradigm “capitalism/socialism” and, thereby, also exclusive alternatives. Consequently, the universalistic assumption in work here excludes questions like “Is it this and only this that is capitalism/socialism?” “Is there indeed no choice in between these poor kinds of representation?” “And no choice beyond them either?”

7.2. As to the second consequence, my approach will be prejudiced from the very beginning if I can only count with the individual features of a concrete historical manifestation (*type 1*) as distortions of some underlying principle(s). If it is the case, it assumes the existence of something of which they are nothing but the individual realisation. Well, this is also an assumption justifiable only by a finalist approach.

7.3. Finally, universalisation of the particular dispenses with the search for identifying last principles (*type 4*). If there are no ultimate principles, then what remains can only reflect historical types upon one another, which has very limited profit, not transcending even the level of historiography. In contrast, theory starts by reconstructing the basic function (*type 4*) which makes it already possible to approach the historically particular formulation (*type 3*) as an intermediary concretisation.

For instance, the classical doctrine of the division of powers is not an empirical theory of development. Montesquieu never claimed that power came to being at any place or time as divided in a tripartite way. He simply contrasted a positive utopia to the negative one he had already had.⁷ Notwithstanding this, his positive utopia is usually treated as a final formulation touching upon the topic. If it is so, no theory based on the concentration of powers should ever be reconcilable with his doctrine of the division of powers.

Well, the Bolshevik theory of the state⁸ has since long professed to be antagonistic to western democratic traditions. But ideological claims, e.g. for complete disruptcy and discontinuity, are not to be taken as a substitute to theoretical analysis. In order to assess what the whole dispute is about, even a historical reference may be revealing. In fact, Bolshevik theory was launched as a revolutionary program of why and how to seize power, and the Bolshevik criticism of Montesquieu theorised about power at a time when it was at the threshold of actually seizing it. In response to that confrontation, it too misinterpreted

⁶ Steve Bastow, *Third Way Discourse: European Ideologies in the Twentieth Century* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2003).

⁷ Simone Goyard-Fabre, *Montesquieu: La nature, les lois, la liberté* (Paris: Presses Universitaires de France, 1993).

⁸ Csaba Varga, “Lenin and the Law: A Case-study on the Borders of Legal Normality,” *Central European Political Science Review*, vol. 20, no. 75 (2019): 131–79.

Montesquieu, not to recognise anything from his teaching but an antirevolutionary program of resigning, once and for all, of the seizure of power.

Or, in sum, all this means that both adherents and critics have instrumentalised Montesquieu's positive utopia by transforming his statements into ideology. Western tradition has developed universalised terms which can however be valid in their proper context only, as opposed to the Russian revolutionaries who have narrowed them only to mean the negation of their very dreams.

The genuine problem is that, in fact, none of them has realised that what they actually did was to intermingle different levels of analysis, and this is the reason they had to become mutually antagonistic. To be sure, none of them stated something different on the same subject, but they launched differing statements on differing subjects.

At the same time, it is to be noted that a doctrine of "division of labour" in the power machinery was finally developed by the Bolsheviks, pushed to offer (no matter how much imperfect, but, after all, a kind of) an alternative to the Western conception of the division of powers.⁹ Presumably, the ensuing principle of the unity of powers with only a hazy and weak "division of labour" within it will remain in force so long as the one-party-rule can impose itself upon society. On the other hand, even a system of "division of labour" in the power machinery can develop further with some – even if rather limited – potentialities.

As to the relationship of these conflicting approaches, mutual exculpation qualifies itself as bare ideology. Theoretically both are levelled at type 3.

III. Ideal Type as a Normative Ideology

8. All the systems, conceptual representations and operations we have surveyed thus far are of a descriptive character and function, called into being as instruments to grasp conceptually what institutionally exists. In short, they qualify as theoretical representations.

As is known, theoretical activity is a specific terrain of homogenising human activities, distinguished from both other domains of a homogenising effect (e.g. custom, convention, such as speech, law, politics), on the one hand, and the vast field of the heterogeneity of everyday life, on the other. Still, it does not require that the various forms of objectification in one area cannot be made use of in other areas as well. Ontological investigation suggests that all kinds of ideal representation and objectification – no matter whether they are of a theoretical or practical character – can turn into ideology. All this can be done by putting them into another context and making use of them specifically.

This is to say that (1) everything theoretical can be made a factor of practical action by putting it into a practical context; and (2) everything in a given homogeneous field can be taken out from it and either lifted in another homogeneous field (e.g. the linguistic,

⁹ Csaba Varga, "La séparation des pouvoirs: idéologie et utopie dans la pensée politique," *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungariae*, vol. XXVII, no. 1–2 (1985): 243–50.

semantic or rhetorical aspects of law, or the law's political use) or merged into the heterogeneity of everyday life (e.g. the uses of social conventions, language, law or politics in a way annihilating their particularities) – well, in both cases with prior determinations suspended in order to let them act as adapted to their new environment.

9. Being adapted to new environment is a change of memberships of the systems concerned. In case of conceptual representations, a positive value-judgement and/or a deontic operator attached to them can effect this change. For a theoretical statement becoming a standard for practical action is already an ideological use. It involves its transformation into normative ideology.

10. Systems may be used as normative patterns in three situations: (1) in case of conflict with the systems' idea in question, to modify the underlying system in the given direction; (2) in case of an internal contradiction within the underlying system, to resolve it in the given direction; and (3) with no external or internal conflict provided, to prescribe it the change as needed or to define the direction and substance of its further development when needed.

11. One of the fields for normative ideologies to provoke change by defining who is to act, when, on what, why and how is the so-called filling of gaps. As is known, "gap" is a normative concept, being the function of a normative framework (a) to qualify any situation (position, etc.) within the system as a gap; in order (b) to fill it (c) in a given way, (d) with a substance taken from within the system by the effect that (e) at least ideologically, the filling of the gaps does not implement any genuine modification in the system, although it strengthens its individual position within and as a member of the system, as made to be more conforming to the system.

Filling the gaps is one of the most important factors to enhance the practicability of the systems, as it makes it possible to them to preserve their identity while making them keep in pace with time. Or, there have always been two basic means of sublated innovation in institutions: transplantation (i.e., injecting something not known in the system which is said to have been known within the underlying system) and fiction (i.e., claiming that what is in point of fact new in the system is nothing else but the implicit extension as made in the system).¹⁰

(In the field of law, it seems to be a commonplace that in addition to fiction proper, as the earliest and most common and lasting instrument to provoke and, at the same time, veil change, almost ninety-five percent of the four thousand years of recorded legal history was dominated by innovative legislation, ideologically embellished as bare restitution of what the "good old custom" of the country had been, in usage already in Hammurabi's Prologue to his Law Book and surviving till the enacting clauses of the last French king.)

¹⁰ Csaba Varga, "Is Law A System of Enactments?" In *Theory of Legal Science*, ed. Peczenik, Aleksander, Lars Lindahl, and Bert van Roermund, 175–82 (Dordrecht–Boston–Lancaster: Reidel, 1984), https://doi.org/10.1007/978-94-009-6481-5_14.

And the reason for its success is easy to see: it has been a conveniently flexible means, suited to meet two basic requirements contradicting one another, that is, to effect change as needed (i.e., to function as re-adapted to the changing needs) while preserving the system's identity (i.e., to reproduce its basic continuity over all the series of actual discontinuities) within an apparent harmony.

12. In principle, each and every one of types 1 to 4 can be used as normative ideology if reflected onto all other ones of the same types. Even the conceptual representation of the concrete actual functioning (*type 1*) can be made a normative ideology by reflecting it on the conceptual representation of its posterior functioning.

(Taking into consideration the open texture of concepts and the inherent fuzziness of argumentation, we have to realise that there is a large room for transcendence both among the undifferentiated concepts we use and among the undifferentiated systems we refer to. To avoid transcendence is a question of the formulation of premises, an operation that has nothing to do with reflection of one concept onto another in their normative usage.)

13. The normative use of ideal systems and conceptual representations is the explanation of the fact why and how these systems and representations can be or turn to be of use in or turn to be a decisive factor of social processes even if for long a period they could at most be qualified as empty classes. Because they are normative, expectations about them do not disqualify them, even if not met with success. Or, what is more, even dead systems and representations can finally exert a decisive influence to overcome the inertia and to push a process forward or turn it backwards.

For instance, in Hungary, the wish for implementing the Soviet-patterned Constitution of 1949 into practice seemed for long an aborted idea from the very beginning. Four decades ago, during the 1980s, the ever growing gap between words and facts induced some constitutionalists to demand realism instead of illusionism, i.e., the adaptation of its wording to prevailing practice, to the hard fact of one-party-rule, i.e., of the hegemonist (and practically singly ruling) Communist Party. Luckily enough, this proposal failed by the fear that thereby the only thing that remained, that is, the bare possibility of fighting for more or truer parliamentarism through referring to a text enacted by the communists themselves, would also be lost.

IV. Objectivity and Contingency of Systems

14. For a given historical actor in a concrete situation an immense amount of social objectivations, conventions, institutions, etc. are given. They form to him what we call tradition. All the components of tradition serve to him as an objectively given framework, in respect to which he may have only alternatives of following it or departing from it, but in any case he will not be in a position to dispose of it freely.

Escaping from social bounds contradicts the very notion of social activity; and, paradoxically, in modern society even the first attempt at escaping is itself only conceivable

through conventionalised social practices.¹¹ In short, socialisation, i.e., a very specific learning process, is the only available pattern for the individual in his relationship to social totality in modern society.

At the same time, the individual is certainly not in isolation but is a component part of the social totality. What seems to be objectively given to him in individual situations has in fact no existence of its own, independent of the total set of individual social practices in the same totality. What social tradition is, is in the last analysis a function of the total sum of social practices, reproducing the tradition through practising it. Consequently, reproduction of a tradition is a continued learning process, in which taking its cognisance will amount to re-adapting it, and its interpretation to reinterpreting it as part of social practices. In other words, every human act establishing what we call homogeneous can only be performed within the boundaries (and upon the basis and for the sake) of (and, in the final resort, as subordinated to) what we call the heterogeneous. In the same way: every human consideration to what we call epistemic can only take place within the boundaries (on the basis and for the sake) of (and, in the final resort, as subordinated to) what we call ontic.

15. In the light of an ontological description, the search for a practical solution is *nolens volens* a model-patterned reaction to a given situation – independently of the agent's subjective intention. At the same time, also independently of any intention, that which is to come objectively out of this will be something more or less, or, in any case, other, than what the original intention was. It will necessarily be a practical answer to a practical challenge as it was sensed and interpreted by the acting agent. Thus, it will necessarily be an imprint of all of the moments that have been present in the situation, contingent from the point of view of the social totality.

There is a particular dialectic at play here. For the reaction, no matter to what extent and how intentionally it is model-patterned, it will be the issue of practical considerations in a practical context. Even what is manifested as non-practical is made so by practical consideration. And this applies to everything. Anything claimed to be eternal is a function of practical interest to project it as fetishised. It is ideology that is at work in such and other cases of overgeneralised interests.

To qualify a statement as ideology is an ontological statement upon actual use, and not a judgement upon foundation or value. As is known, ideology is a form of consciousness called into being to influence practical human (re)action. In contrast, theory is a form of consciousness called into being to reconstruct the interconnections of any process, including its ideology.

16. The theoretical reconstruction I have in mind can be nothing but ontological. For the resultant epistemological reconstruction arrived at may at most be a negative one,

¹¹ Eerik Lagerspetz, *A Conventionalist Theory of Institutions* (Helsinki: The Philosophical Society of Finland, 1989); Eerik Lagerspetz, *The Opposite Mirrors: An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions* (Dordrecht and Boston: Kluwer, 1995).

demonstrating, e.g., the false conclusion reached by false inference from false premises – i.e., its own incompetence for thorough reconstruction. It is only ontological reconstruction that can answer why the relevancy of epistemology is limited, why it is so that forms of false consciousness can be instrumental, and even socially needed on occasion.

It is only ontological reconstruction that can offer an explanation of the paradox of interpretation amounting to reinterpretation or misinterpretation, and of reproduction amounting to production or misproduction.

17. Systems are located in a continuum of a constant motion and change. It is a continuum in light of both their hierarchical structuralisation and their self-reproduction in a continued process in social totality.

To be more precise, to exist as placed in a continuum may have two senses. Ontologically, it is a form of existence through constant self-reproduction in an endless series of reinterpretations. (Reinterpretation here is an ontic sequence of purposeful practical reactions, and not a critical attitude, which is epistemic.) Epistemologically, it denotes an ideal existence necessarily having fuzzy conceptual boundaries.

These features are common to objects of social ontology.¹² Nevertheless, I wish to emphasise the considerable extent to which the links are epistemologically loose among sequences in both the systems' lines of development and their hierarchic structures. The systems in question are historically developed sets in which all may have had alternatives to those actually established (although they do not). It is most plausible to realise it in limiting cases at both the micro- (*type 1*) and macro- (*type 4*) level.

As, for instance, to the micro-level, each concrete, actually functioning system of constitutional liberalism bears the imprint of the place and time of its formation, i.e., characteristics that are explainable in the context of their actual shaping. As to the macro-level, the connection of ideality and actuality is only explainable exclusively by their development. Let us assume that I should have to invent the constitutional system of liberalism now. As a matter of fact, I can by no means take it for granted that I would lay its foundations by the same philosophical, anthropological, etc. assumptions as it was done several centuries ago. And the same holds true vice versa. I cannot be sure that any concrete system of constitutional liberalism that has ever existed could be inferred from or justified by the assumptions suggested by human inventiveness now. And we have to add that theoretical variations are, in contrast to actual occurrences, practically endless.

The same loose contacts can be characteristic also of actual operating systems. Theoretical reflection often groups systems of autonomous development (e.g. ones in England or in the United States) together; the past of which may count more in centuries

¹² György [George] Lukács, *A társadalmi lét ontológiájáról* [Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins]. Vol. I–III (Budapest: Magvető, 1976); Csaba Varga, "From the Ontology of Social Being to the Law's Ontology," *Journal of the Siberian Federal University: Humanities and Social Sciences*, vol. 8, no. 10 (2015): 2002–17, http://elib.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01_Varga.pdf.

than others – due to recent transplantation or imposition (e.g. in the Federal Republic of Germany or Japan) – may count in decades.

It is precisely due to these features that they turn into genuinely historical phenomena, both marking and being made by history. For otherwise, if they were units unchangedly identical with themselves, their history could only be quasi-history at most, with mere alternation of blocks in a mechanical world, made up of discrete motions of discrete elements. To put it another way: the continuum the systems embody is the outcome of their dialectic character. Their dialectic is one of sublation, that is, of unceasing preservation and change.

18. It is also their existence as a continuum that makes it possible to understand why their historical nature is so important from the point of view of practical action as well. For their being a continuum in constant motion and change is also a function of their environment, in the interaction with which they are shaped. Or, the way they transcend themselves and by which their reproduction through their continued reinterpretation is achieved is not only a function of them but of the general culture and (political, legal, etc.) cultures of specialised fields as well. It is so to such an extent that even the fight for them may have alternative actions to take. Namely, an action directed at them may aim at their shaping in a direct way (as, in the case of law, directed at its enacted text), as well as in an indirect way, through the cultural context in the interaction with which they are shaped (as, in the case of law, with the mediation of legal policies and legal culture, made to be strong enough to be able to have a genuine role to play).

V. Limits and Bonds, Consequentiality and Practicability of a System

19. The question of what properties, features and traits a system may develop or take over by transplantation from another system is quite open, having no restriction from the point of view of social totality.¹³ It is not even a system-related question; it can only be raised as a question of the limits of law, politics, etc. in a final resort by ontology: what can be practicable, i.e., fulfilling a genuine function, in a social system?

On the level of abstract generality, the answer is rather vague. For, in point of principle, there is no limit predetermining what can turn into instrumental or practicable in a social context as anything whatsoever can do so.

It means that the possibility of systems coming into being as mixed is, so to speak, endless. One could even state that only mixed systems are practicable in practice, or that non-mixed systems are, without exception, issues of theoretical reduction.

20. Is there any precondition to the point that systems are identifiable as such just because they have some definite elements organised into a system? The question is directed at their own determination from within. Or, is there any limit set by the systems, defining

¹³ Csaba Varga, "Transfer of Institutional Patterns: World Bank, Ethno-centrism, and New Challenges: A Case-study in Law," *Central European Political Science Review*, vol. 13, no. 48 (2012): 25–60.

their own identity by minimum contents as necessary and sufficient conditions for their existence? Or, is there any self-imposing limit of the system which might of course be ignored, but only with the consequence of placing itself out of the system?

This is a topical issue, with enriching debates in the Western hemisphere focusing upon them. Only to mention a few: expropriation versus privatisation; planning versus invisible hand; leftism versus rightism in the same system, etc. Moreover, not long ago this was the key issue of the crises of the so-called “existing socialisms” as well. Only to name a few: economic reform and rigidified Stalinist superstructure; bankruptcies of sham liberalisation; the one-party’s crave for legitimacy without offering anything in return for legitimisation, etc. And the case of Hungary was a novel proof for the hard bonds of a system. For economists claimed then that partial reform, softened and extended over time with no breakthrough in the political field, meant planning failure taken for granted; and again, they were right. Then the dilemma went on to be hardened: was the tabooing of party-rule by one party simply setting framework for a reform, or was it a touchstone of the left for attempting to reform from within, too much well-deserved?

21. To learn that, defying human imagination, the systems mankind has established are only storehouses of contradictions yet they still function well – this realisation is a shocking experience for the human mind to accept. But to expect that systems have developed with maximum cohesion, consequentiality and freedom from contradictions is a mere theoretical requirement, reflecting more the subject than the object, which, due to the logical ideal of thinking, is limited in imagination. And theory reflects, in addition to the external world, its own homogenising principles, too.

In fact, systems function according to their own homogenities, which are far from the ideal of logic. As practical systems, they are to cope with practical problems resulting in compromise solutions to the detriment of the principles of cohesion, consequentiality and coherence, that is, to the detriment of logic. This is the reason why there is always some kind of discrepancy between any formalized criteria and their practical satisfaction in their implementation, which is emphatically characteristic of the world of law.¹⁴

At the same time, contradictoriness with tensions in functioning is a basic fact of ontology. Instead of standing for the temporariness and deficiency of anything humane after the first sin has been committed with the actors ousted, it stands for a character present everywhere and at every time, a character that may grow to be a burden but, in

¹⁴ Cf. two approaches to it, Atiyah–Summers (P. S. Atiyah and R. S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Oxford: Clarendon Press, 1991)), on the one hand, and MacCormick–Weinberger (Neil MacCormick and Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht, etc.: D. Reidel Publishing Company, 1986)), Weinberger (Ota Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991)), MacCormick (Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2007)), on the other.

most cases of balanced development, serves rather as one of the most powerful reserves for the internal renewal of the system. Internal renewal is a way of making optimal use of the systems' own potentialities, in order to allow it to keep pace (through its continuous re-adaptation through continued re-adjustments) with overall development. This is the reason why systems process outer conflicts into inner ones by forwarding competitive arguments to solve them. This is the reason why systems develop conflicts through series of temporary solutions, stand-still being just a name for the theoretical division line between situations of conflicts in succession of one another.

© C. Varga, 2020

Bibliography

- Allen, Colin, and Jacob Neal. "Teleological Notions in Biology." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edited by Edward N. Zalta. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/teleology-biology/>.
- Atiyah, P. S., and R. S. Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Aydinonat, N. Emrah, and Petri Ylikoski. "Three Conceptions of a Theory of Institutions." *Philosophy of the Social Sciences*, vol. 48, no. 6 (2018): 550–68, <https://doi.org/10.1177/0048393118798619>.
- Bastow, Steve. *Third Way Discourse: European Ideologies in the Twentieth Century*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2003.
- Goyard-Fabre, Simone. *Montesquieu: La nature, les lois, la liberté*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- Granpré Molière, Jean Jacques. *La théorie de la constitution anglaise*. Leyde: Presse Universitaire, 1972.
- Gwyn, W. B. *The Meaning of the Separation of Powers: An Analysis of the Doctrine from Its Origin to the Adoption of the United States Constitution*. New Orleans: Tulane University, 1965.
- Lagerspetz, Eerik. *A Conventionalist Theory of Institutions*. Helsinki: The Philosophical Society of Finland, 1989.
- Lagerspetz, Eerik. *The Opposite Mirrors: An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Dordrecht and Boston: Kluwer, 1995.
- Lukács, György [George]. *A társadalmi lét ontológiájáról [Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins]*. Vol. I–III. Budapest: Magvető, 1976.
- MacCormick, Neil, and Ota Weinberger. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, etc.: D. Reidel Publishing Company, 1986.
- MacCormick, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Marx, Karl, and Friedrich Engels. *The German Ideology*, 3rd rev. ed. Moscow: Progress, 1976.
- Varga, Csaba. "Is Law A System of Enactments?" In *Theory of Legal Science*, edited by Peczenik, Aleksander, Lars Lindahl, and Bert van Roermund, 175–82. Dordrecht–Boston–Lancaster: Reidel, 1984. https://doi.org/10.1007/978-94-009-6481-5_14.
- Varga, Csaba. "La séparation des pouvoirs: idéologie et utopie dans la pensée politique." *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungariae*, vol. XXVII, no. 1–2 (1985): 243–50.

- Varga, Csaba. "Taxonomy of Law and Legal Mapping: Patterns and Limits of the Classification of Legal Systems." *Acta Juridica Hungarica*, vol. 51, no. 4 (2010): 253–72. http://real-j.mtak.hu/765/1/ACTAJURIDICA_51.pdf.
- Varga, Csaba. "Transfer of Institutional Patterns: World Bank, Ethno-centrism, and New Challenges: A Case-study in Law." *Central European Political Science Review*, vol. 13, no. 48 (2012): 25–60.
- Varga, Csaba. "From the Ontology of Social Being to the Law's Ontology." *Journal of the Siberian Federal University: Humanities and Social Sciences*, vol. 8, no. 10 (2015): 2002–17. http://elib.sfu-kras.ru/bitstream/2311/19820/4/01_Varga.pdf.
- Varga, Csaba. "Presumption and Fiction, Or the Gist of Legal Technicalities." *Pázmány Law Review*, vol. VI (2018): 105–30. https://jak.ppke.hu/uploads/articles/311739/file/PLR_6_2018.pdf.
- Varga, Csaba. "Lenin and the Law: A Case-study on the Borders of Legal Normality." *Central European Political Science Review*, vol. 20, no. 75 (2019): 131–79.
- Weinberger, Ota. *Law, Institution and Legal Politics: Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991.

Чаба Варга. Логіка інститутів у системному підході. Інститути в праві та пов'язаних із правом царинах як закриті та відкриті системи

Анотація. Що стосується концептуалізації будь-якого інституту, то очевидно, що один і той самий умовний термін може охоплювати чотири типи інституціональних систем: (1) фактично існуюча конкретна система, яка є одиницею, що функціонує як вона є (наприклад, конституційна система лібералізму як така, що її практикують на певній території в певний час, як у Сполучених Штатах сьогодні); (2) історично розроблена конкретна система, яка є одиницею, що функціонує так, як вона була (наприклад, конституційна система лібералізму, що її практикують на певній території в певний період, як у США, з моменту виникнення); (3) узагальнення історично конкретних систем, що склалися в нашій цивілізації (наприклад, конституційна система лібералізму як така, що її знають і практикують у нашій цивілізації); (4) основна ідея функціонування, що лежить в основі всіх видів узагальнення (наприклад, абстрактне універсальне формулювання остаточних принципів дії, для яких конституційна система лібералізму є лише однією з теоретично можливих форм реалізації). У рамках квазімонографічного аналізу трактується роль цих інституціональних систем як нормативної ідеології, а також їх фактична об'єктивність і непередбачуваність.

Ключові слова: інститути в праві; інституціональні системи; системний підхід; закриті та відкриті системи; конституційна система лібералізму.

Чаба Варга. Логика институтов в системном подходе. Институты в праве и связанных с правом областях как закрытые и открытые системы

Аннотация. Что касается концептуализации любого института, то очевидно, что один и тот же условный термин может включать четыре типа институциональных систем: (1) фактически существующая конкретная система, которая является единицей, функционирующей как она есть (например, конституционная система либерализма как таковая, которую практикуют на определенной территории в определенное время, как в Соединенных Штатах сегодня); (2) исторически разработанная конкретная система, которая является единицей, функционирующей так, как она была (например, конституционная система либерализма, которую

практикуют на определенной территории в определенный период, как в США, с момента возникновения); (3) обобщение исторически конкретных систем, сложившихся в нашей цивилизации (например, конституционная система либерализма как такая, которую знают и практикуют в нашей цивилизации); (4) основная идея функционирования, лежащая в основе всех видов обобщения (например, абстрактная универсальная формулировка окончательных принципов действия, для которых конституционная система либерализма является лишь одной из теоретически возможных форм реализации). В рамках квазимонографического анализа трактуется роль этих институциональных систем как нормативной идеологии, а также их фактическая объективность и непредсказуемость.

Ключевые слова: институты в праве; институциональные системы; системный подход; закрытые и открытые системы; конституционная система либерализма.

Csaba Varga. The Logic of Institutions in a Systemic Approach. Institutions in Law and Law-related Fields as Closed and Open Systems

Abstract. As to the conceptualisation of any one institution, the apparently identical notional term can cover four types of institutional systems: (1) the actually existing concrete system, which is a unit that functions as it is (e.g., constitutional system of liberalism as practised in a given area in a given time, e.g., in the United States nowadays); (2) the historically developed concrete system which is a unit that functions as it has been (e.g., constitutional system of liberalism as practised in a given area in a given period, e.g., in the United States since the time it developed); (3) the generalisation of the historically concrete systems as developed in our civilisation (e.g., the constitutional system of liberalism as known and practised in our civilisation); (4) the core idea of the functioning underlying all kinds of generalisation (e.g., the abstract universal formulation of the ultimate principles of operation, of which the constitutional system of liberalism is but one of the theoretically possible forms of realisation). Within a quasi monographic analysis of them, both their role as a normative ideology and their actual objectivity and contingency are treated.

Keywords: institutions; institutional systems; systemic approach; closed and open systems; constitutional system of liberalism.

Одержано/Received 15.11.2020