

Гьяро Т.

«Оставим немцам эти детские отклонения!» Догматика и история в польской романистической традиции

[Stable URL: <http://elar.uniyar.ac.ru/jspui/handle/123456789/2798>]

[Публикация работы:]

Гьяро Т. 2006: «Оставим немцам эти детские отклонения!» Догматика и история в польской романистической традиции // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 18, 180-191.



НАУЧНО-ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ
ЦЕНТР АНТИКОВЕДЕНИЯ
ЯРОСЛАВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
ЯРОСЛАВЛЬ, РОССИЯ

THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND



РОССИЙСКАЯ АССОЦИАЦИЯ АНТИКОВЕДОВ
RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ ФОНД
«ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА»
ЯРОСЛАВСКИЙ ФИЛИАЛ
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
“THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES”
YAROSLAVL BRANCH



ЯРОСЛАВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

Т. ГЬЯРО*

**«ОСТАВИМ НЕМЦАМ
ЭТИ ДЕТСКИЕ ОТКЛОНЕНИЯ!»
ДОГМАТИКА И ИСТОРИЯ В ПОЛЬСКОЙ
РОМАНИСТИЧЕСКОЙ ТРАДИЦИИ**

1. По мнению Генрика Купишевского, история права – это изучение правовой культуры в ее историческом аспекте. Таким образом, на первый план выступают не нормативные аспекты права, а догматические и педагогические, с римских времен сводимые к тем же самым логическим структурам и этическим идеалам¹. Такая концепция, которая не является единственно возможной «ненормативистской» концепцией (в рамках которой история права мыслится как часть социальной или политической истории)², предполагает восприятие римского права как компонента европейской культуры³, и в особенности, поскольку всякая культура состоит из «традиции и прогресса»⁴, как компонента традиционного.

Отсюда недалеко до распространенного среди историков мнения, что их задачей является сохранение традиции, культурного наследия и так далее. Даже больше того, онтологическая преемственность считается необходимой легитимацией не только конкретных исследовательских программ, но этой дисциплины в целом⁵. Такой традиционалистский подход историков права, по Купишевскому, «возможно понятный»⁶, является продуктом исторической школы⁷ и как таковой уже традиционен. Владислав Окецки более 130 лет назад в своей актовой лекции по римскому праву, прочитанной им в Варшаве, идентифицировал историю и традицию: «Следуя примеру римского права, любое право должно уважать традицию, и всякая лекция по праву должна стремиться подчеркнуть этот традиционализм, то есть должна быть исторической»⁸.

Такая идентификация традиции как практики передачи культурных моделей⁹ и истории как научного исследования прошлого может быть объяснена различным образом – амбивалентностью термина «история», консерватизмом историков права – цивилистов, верой в то, что лучшим способом сохранения культурного наследия было бы его практическое при-

* Томаш Гьяро – *doctor habilis*, профессор кафедры римского права юридического факультета Варшавского университета. Перевод настоящей статьи с итальянского оригинала выполнен доцентом кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета А. Д. Рудоквасом по изданию: *Giario T. «Lasciamo queste devianze puerili ai tedeschi!» Dogmatica e storia nella tradizione romanistica polacca // Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski, Sous la rédaction de Witold Wołodkiewicz et Maria Zabłocka. P. 127–143.*

¹ *Kupiszewski H. Prawo rzymskie a współczesność. Warszawa 1988. P. 5 s.*

² В этом последнем смысле см., например: *Caenegem R. C. van Judges, Legislators and Professors. Cambridge, 1987. P. 108 s.*

³ *Kupiszewski H. Op. cit. P. 13, 215.*

⁴ *Ibidem. P. 6.*

⁵ *Izdebski H. Rewolucja a prawo w Europie w XX w. // Czasopismo Prawno-Historyczne. 39. 1. 1987. P. 157; Litewski W. Römische Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit nach der polnischen Zivilprozeßordnung // Festschrift U. von Lübtow. Berlin, 1991. S. 94.*

⁶ *Kupiszewski H. Op. cit. p. 6; cf. Giario T. Temi e prospettive della romanistica contemporanea // Index. 1990. № 18. P. 453 ss.*

⁷ *Mitteis H. Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität. Berlin, 1947. P. 8 s.; Schiavone A. Storiografia e critica del diritto. 1980. P. 18 ss.*

⁸ *Okecki W. O wyborze metody do wykładu prawa rzymskiego. Warszawa, 1865. P. 33.*

⁹ *Kupiszewski H. Continuità nel diritto // Studia Iuridica. 1985. № 12. P. 182.*

менение, и тому подобными аргументами, – но она не может быть рационально оправдана. По этой причине живая традиция настоятельно требует приспособления к новым условиям, больше традиции, меньше историографии; первая препятствует развитию второй. Правовые культуры, основанные на традиции, такие как римская или английская, на самом деле не знают истории права в качестве самостоятельной дисциплины и не делают различия между юристом и историком права¹⁰. Поэтому ясно, что история права как хранительница традиции оказывается достаточно изолированной среди исторических наук. Историки античной астрологии, охоты на ведьм или манчестерского капитализма не домогаются реанимации объектов своих исследований. В публичном праве забота о традициях также сама по себе не имеет никакого значения.

Если история в смысле *res gestae*^{*} включает в себе как преемственность, так и инновацию; легко понять, что задачей историка не может быть только защита традиции: такого рода историография заняла бы позицию политически реакционную и враждебную по отношению к реформам¹¹. То предпочтение линий преемственности направлениям уже отжившим, которое, по мнению Пухты, отличает историю права от чистого антиковедения¹², было понято в пандектистике, обремененной практическими задачами подготовки немецкого гражданского кодекса, к выполнению которых она приступала, опираясь на авторитет традиции. На уровне науки она, однако, принимала значение исторического процесса, редуцируя прошлое к предвосхищению нынешнего положения дел, и, наоборот, это последнее к «продолжению» того первого¹³. С этой точки зрения эпохи истории европейского права вплоть до Германского Гражданского Уложения (BGB) становятся «эпохами истории римского права»¹⁴, и история частного права становится ретроспективной догматикой, которая, будучи введена в заблуждение медлительностью эволюции, поддается иллюзии, что все уже существовало и что дальнейшее развитие требует только незначительной адаптации к новым потребностям.

Согласно концепции исторической школы для познания права достаточно погрузиться в его историю¹⁵, но из-за ее негативного или безразличного отношения к политике права¹⁶ очертания будущего расплывчаты. Как бы то ни было, полная преемственность означала бы идентичность во времени и, следовательно, стагнацию. По этой причине традиция всегда избирательна, скрывая определяемые политикой права предпочтения под видом органического развития. Таким образом, претендующая на континуитет историография как метод развития права во всяком случае следует только определенным линиям традиции, предварительно отобранным в качестве «живых». Это – прагматическая историография, практиковавшаяся уже римскими юристами, в особенности Гаем, который глумился над правом, которое уже перестали применять, и затем – пандектистикой, которая эксплуатировала прошлое как *thesaurus* моделей для подражания или отвержения¹⁷.

Но почему на равных основаниях не могла бы легитимироваться юридическая историография, которая вместо континуитета подчеркивает отличия?¹⁸ Лев Петражицкий прямо

¹⁰ *Caenegem R. C. van*. Op. cit. P. 8, 16; *Zimmermann R.* Der europäische Charakter des englischen Rechts // *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 1993. № 1. S. 7 f.; *Giario T.* Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung*. 1994. № 111. S. 89.

^{*} Деяния (*лат.*). (*Примеч. пер.*)

¹¹ *Granger R.* La tradition en tant que limite aux réformes du droit // *Revue internationale de droit comparé*. 1979. № 31. P. 37 ss.

¹² *Bretone M.* Storia del diritto romano. Roma 1987. P. 16 s.

¹³ См., например, название работы: *Imbert J.* Le droit antique et ses prolongements modernes. Paris, 1976.

¹⁴ *Liebs D.* Römisches Recht. Göttingen, 1975. S. 7. аналогично в 4-м издании 1993 г. S. 7.

¹⁵ *Grimm D.* Methode als Machtfaktor // *Festschrift H. Coing*. I. München, 1982. S. 476 f.

¹⁶ *Savigny F. C. von.* Stimmen für und wider neue Gesetzbücher // *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1816. № 3. S. 50 f. *Idem.* System des heutigen römischen Rechts. Bd. VIII. Berlin, 1849. S. 538.

¹⁷ *Giario T.* Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz // *BIDR*. 1987. № 90. S. 42 ff., 55 ff., 91 ff.

¹⁸ *Caroni P.* Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte // *Juristenausbildung als Denkmalpflege?* / G. Arzt (ed.). Bern, 1993. S. 46 ff., 48; *Simon D.* Kontinuitätsspinnerei // *Rechtshistorisches Journal*. 1983. № 2. S. 11 ff.

квалифицировал «то, что не является прошлым», следовательно, элементы действительно живые, как материал не исторический, а эмпирический¹⁹ Если цель истории права как академической дисциплины состоит в том, чтобы обогащать культуру, способность чувствовать и воображение студентов, она ее достигнет тем лучше, чем больше ее объект будет отличаться от действующего права. Купишевский воздает должное историзации романистики, которая, начиная с рубежа XIX и XX вв., исследует не только то, что «полезно сегодня», но также то, что было «важно тогда»²⁰ Впрочем, он предупреждает, что в утилитарной атмосфере юридических факультетов возведение в ранг исторической дисциплины может обернуться «деградацией»²¹ Это – старое пугало немецкой романистики, которая, едва освободившись от сомнительной историчности интерполяционизма²², устами Пауля Кошака стала жаловаться на свою «одностороннюю историзацию»²³

Естественно, радикальное разрешение таких трудностей с самолегитимацией состоит в отстаивании субсидиарного, но все же актуального действия римского права²⁴ Таким образом можно было бы воздать должное необходимости его изучения. И в этом нет ничего смешного: если – как того хочет Рейнхард Циммерманн – существует «возобновленный *usus modernus pandectarum*»²⁵,²⁶ то также существует некое возобновленное *heutiges römisches Recht*. По этой причине тот, кто делает различие между историей и догматикой согласно критерию действия в настоящее время²⁷, не может поступить иначе, как интерпретировать сосредоточенность романистики исключительно на так называемых «пережитках» римского права как ее саморазрушение в качестве науки исторической.

Но больше того: актуализированная романистика не удовлетворяется лишь «размышлением» о романских элементах, присутствующих в национальном частном праве; превратившись – как того хотел уже Кошаке – в историю европейского частного права, она должна внести свой вклад в европеизацию национальных правовых порядков²⁸ и в юридическую интеграцию Западной Европы²⁹ Ожидания такого рода повергли бы в кризис любую другую историческую науку: так же было бы, если бы от истории античного атомыза потребовали решения загадки кварка, или от истории средневековой медицины – открытия лекарства против СПИДа. Если романисты внесут свой вклад в реализацию европейского единства – вещи, впрочем, желательной, – они явно сделают это не как историки. Историком является тот, кто избегает смешения римского права как права античного и как одной из основ европейского *ius commune*; кто, в ответ на вопрос о «римском праве», не забывает спросить «каком?»³⁰, кто знает, что «европейское право» суть абстракция еще более высокая: совокупность характеров, общин и различных национальных и региональных традиций.

¹⁹ Giaro T. La Civilpolitik di Petrazycki // Index. 1995. № 23. P. 111.

²⁰ Kupiszewski H. Prawo rzymskie. P. 80; cf. *Idem*. Rozważania o własności rzymskiej // Czasopismo Prawno-Historyczne. 36. 2. 1984. P. 35.

²¹ Kupiszewski H. Prawo rzymskie. P. 13.

²² Giaro T. Von der Genealogie der Begriffe // Rechtshistorisches Journal. 1992. № 11. S. 515 ff.; Bergh G. C. J. J. van den Rechtsgeschiede wozu? // Festschrift C. Soliva. Zürich, 1994. S. 401 f.

²³ Koschaker P. Die Krise des römischen Rechts. München; Berlin, 1938. S. 73; cf. Guarino A. Cinquant'anni dalla 'Krise' // Labeo. 1988. № 34. P. 44 ss.

²⁴ См., например: Knütel R. Rechtseinheit in Europa und römisches Recht // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. 1994. № 2. S. 254 f., 262 ff.

²⁵ Современное применение пандект (лат.). (Примеч. пер.)

²⁶ Zimmermann R. Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit // Juristen-Zeitung. 1992. № 47. S. 20.

²⁷ Giaro T. Dogmatische Wahrheit. S. 17; *Idem*. Europäische Privatrechtsgeschichte // Ius Commune. 1994. № 21. S. 6.

²⁸ Об этом см.: Giaro T. Europa und das Pandektenrecht // Rechtshistorisches Journal. № 12. 1993. S. 326 ss.; *Idem*. Privatrechtsgeschichte. S. 1 ff.

²⁹ Редакция журнала Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (см. 1993. № 1. S. 3) начинает понимать, что европейское право как историческая категория не совпадает с политическими границами Европейского Союза.

³⁰ Wieacker F. Über «Aktualisierung» der Ausbildung im römischen Recht // Studi in memoria di P. Koschaker. Bd. I. Milano, 1954. S. 527.

История права, которая желает внести свой вклад в понимание проблем действующего права³¹, конечно, не может игнорировать в нем догматику, но все же остается дисциплиной теоретической, следовательно, созерцательной и не прикладной³². Ее удел – это описание генезиса, а не предсказание будущего. Она позволяет «оценить современную ситуацию ясным и спокойным образом»³³, но не гарантирует оправданность практических решений. Горизонт будущего открыт, или, говоря словами Купишевского, «завтра неведомо»³⁴.

2. Иллюзия того, что история европейского права представляет собой продолжение истории римского права, соответствует другой иллюзии, согласно которой романистика будет прямой наследницей древнеримской юриспруденции. От континуитета права один шаг до *Kontinuität der romanistischen Fragestellungen*³⁵, а это подразумевает, что все мы являемся сабинианцами или прокулианцами, поставленными перед выбором между «стоимостью и структурой», что исследования римской правовой истории являются не чем иным, как «римскими»³⁶ исследованиями и т. д. Романистика – это странный гибрид истории права и действующего права³⁷.

Предрассудку, согласно которому римское право представляет собой константу истории европейского права, здесь корреспондирует другой, по которому романистика является, и всегда была, однородным научным сообществом. Охотно забывается плюрализм европейских региональных и национальных романистических традиций, которые лишь недавно стали объектом научной рефлексии³⁸. Так, во всяком случае не утилитарный взгляд на роль истории права вообще, и романистики в частности, не является исключительной особенностью Купишевского, но он скорее отсылает к более широкой польской традиции, детерминированной событиями XIX в., когда определенно формируются не только главные системы европейского частного права, но также и современная система юридических наук³⁹.

Юридическая историография XVIII в., в Польше столь же прагматичная и ненаучная, как и на Западе, была невосприимчива к феномену исторической стратификации права, в некодифицированной системе состоящего из норм, восходящих к различным эпохам⁴⁰. Еще сегодня в английской юридической историографии преобладающей тональностью является континуитет⁴¹. Тот, кто оплакивает альянс и даже идентичность истории и догматики, типичные для докодификационной эпохи, смешивает историю права в современном смысле, тогда не существовавшую, с догматической традицией⁴², которая благодаря *Corpus Iuris* находила себе широкое применение, но применение прикладное, то есть избирательное, если не прямо фиктивное.

³¹ Kupiszewski H. Prawo rzymskie. P. 7, 215.

³² Wieacker F. Römische Rechtsgeschichte. Bd. I. München, 1988. S. 35 f.; Betti E. Diritto Metodo Ermeneutica. Milano, 1991. P. 581 ss.

³³ Herrmann J. Historische Ansätze für die europäische Privatrechtsangleichung. Paderborn, 1963. S. 5.

³⁴ Kupiszewski H. Prawo rzymskie. P. 217.

* Континуитета в романистической постановке вопросов (нем.). (Примеч. пер.)

³⁵ Behrends O. Das Werk Otto Lenels // Index. 1991. № 19. S. 206.

³⁶ Ferenczy E. Von neuen Methoden der römischen rechtshistorischen Forschung // AA. VV., Aktuelle Fragen der Methodologie in den Altertumswissenschaften. Rostock, 1979. S. 17 ff.

³⁷ Caenegem R. C. van. Op. cit. P. 12; Kuryłowicz M. // Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung. 1991. № 108. S. 482 f.; Stein P. Legal History // Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. 1994. № 62. P. 71.

³⁸ Schiavone A. Un'identità perduta // Stato e cultura giuridica in Italia / Schiavone A. (ed.). Roma – Bari, 1990. P. 275 ss.; Ogorek R. Rechtsgeschichte // Rechtswissenschaft in der Bonner Republik / Simon D. (ed.). Frankfurt, 1994. S. 16 ss.; Caroni P. Die Schweizer Romanistik im 19. Jhd. // Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte. 1994. № 16. S. 243 ff.

³⁹ Giaro T. Privatrechtsgeschichte. S. 5 ff.

⁴⁰ Vetulani A. Dzieje historii prawa w Polsce. Kraków, 1948. P. 6; cf. Salmonowicz S. La littérature juridique du XVIII^e siècle polonais et les débuts de la science de l'histoire du droit // Revue Historique de Droit Français et Etranger. № 42. 1964. P. 89 ss.

⁴¹ Stein P. loc. cit.

⁴² Обо всем этом см.: Giaro T. Privatrechtsgeschichte. S. 6.

Если только кодификация частного права сделала очевидным его историзм⁴³, в Польше это произошло более резко, чем на Западе. В то время как на Западе кодификация представляла собой синтез национального права и общего права (есть те, кто даже рассматривает ее как простой этап в развитии этого последнего)⁴⁴, в Польше речь шла о радикальном насаждении нового, поскольку, с одной стороны, римское право никогда не было здесь объектом рецепции, сопоставимой с рецепцией западной⁴⁵, а с другой, древнее польское право игнорировалось новыми властями, обосновавшимися в Польше вследствие ее разделов. Купишевский справедливо подчеркивал, что определять такое навязывание иностранных правовых систем как рецепцию это концептуальное злоупотребление⁴⁶.

Замена современными гражданскими кодексами Пандект, единого источника права в большей части Западной Европы, релятивизировала идею действительности частного права, которое отныне и впредь уже рассматривалось не как разум, выраженный в текстах, а как позитивное право. В центральной Польше этот эффект был усилен тем обстоятельством, что эта территория стала *melting pot* различных иностранных правовых систем. Даже молодой романист, каким был Окецкий в день своей актовой лекции, принимает заметно скептический тон в отношении «истинности» и абсолютного «совершенства»: «наши прямые отношения с Создателем прекратились, и число фундаментальных и недоступных истин не увеличивается»⁴⁷.

Рецепция Кодекса Наполеона, введенного в Герцогстве Варшавском в 1808 г., не являлась ни одномоментной, ни полной. Знати и духовенству удалось исключить его применение, с одной стороны, в рамках взаимоотношений между господином и крестьянином, и с другой стороны – в отношении гражданского брака и развода⁴⁸. В 1818–1830 гг. этот кодекс был уже формально дополнен новеллами в разделах о лицах, о браке, о регистрации прав на недвижимость и ипотек, что привело к упразднению всей первой книги⁴⁹. Упрощенческое утверждение, что в центральной Польше действовал Кодекс Наполеона⁵⁰, должно быть поэтому, скорректировано в том смысле, что здесь действовало «франко-польское»⁵¹ гражданское право, с 1836 г. дополненное русским семейным правом⁵².

Утверждение частного права в качестве позитивного права, последовавшее за кодификацией, оказало благотворное воздействие если не прямо на историю права⁵³, то, по крайней мере, на исторический материал, который с этого момента юристы оставили в покое, прекратив искать в нем решения для практических вопросов. На место веры в

⁴³ По мнению А. Скъявоне (*Schiavone A. Op. cit. P. 22 s.*) и Ван ден Берга (*van den Bergh G. C. J. J. Op. cit. P. 400 ss.*) эта возможность историзации была использована не в полной мере.

⁴⁴ *Mayer-Maly Th. Die Wiederkehr der Rechtsfiguren // Juristen-Zeitung. 1971. № 26. S. 3.*

⁴⁵ *Kodrebski J. Le droit romain et le Code Napoléon en Pologne // Index. № 16. 1988. P. 200 ss.; Salmonowicz S. Le rôle du droit romain en Pologne du XVIII^e siècle // L'eredità classica in Italia e Polonia. Wrocław, 1992. P. 249 ss.*

⁴⁶ *Kupiszewski H. Rafał Taubenschlag – storico del diritto (6 maggio 1881 – 25 giugno 1958) // BIDR. № 88. 1985. P. 135.*

⁴⁷ Плавильный котел (англ.). (Примеч. пер.)

⁴⁸ *Okecki W. Op. cit. P. 2, 15, 24.*

⁴⁹ *Sójka-Zielińska K. La réception du Code Napoléon en Pologne // Rapports polonais au VIII^e Congrès International de Droit Comparé. Warszawa, 1970. P. 213, 215.*

⁵⁰ *Ibidem. P. 217 ss.; Lityński A. Die Geschichte des Code Napoléon in Polen // Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jhdts / Schulze R. (ed.). Berlin, 1994. S. 261 ff.*

⁵¹ *Coing H. Europäisches Privatrecht. Bd. II. München, 1989. P. 13; Idem. Die Privatrechtswissenschaft im 19. Jhd. Opladen, 1991. S. 19; Neumayer H. Grundriß der Rechtsvergleichung // Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart / David R. – Grasman G. (ed.). München, 1988. S. 47, 49.*

⁵² *Nagórski Z. Codification of Civil Law // AA. VV. Studies in Polish and Comparative Law. London, 1945. P. 54; Radwański Z. Aperçu historique // Droit civil polonais / Wasilkowski J. (ed.). Wrocław, 1975. P. 7.*

⁵³ *Lityński A.. Op. cit. P. 264 s. Г Шлоссер заблуждается, считая, что этот кодекс сохранял действие в Польше вплоть до окончания Второй мировой войны именно в области семейного права. См.: Schlosser H., Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte. Heidelberg, 1993. P. 110.*

⁵⁴ *Cf. Giaro T. Privatrechtsgeschichte. S. 6 ff.*



возможность найти «все» в *Corpus Iuris* заступила догма полноты гражданского кодекса, то есть на место «исторической» фикции – «легалистская» фикция⁵⁴

Тот факт, что введенные в Польше в результате ее разделов кодификации были иностранными, привел к еще более явному разрыву между историей и догматикой, чем тот, который обнаружился на Западе. Отныне история в Польше была историей отечественного права, преимущественно славянского происхождения, а догматика была догматикой иностранного права преимущественно романистического происхождения. Враждебность к этому последнему – хотя бы идущая на убыль в отношении Кодекса Наполеона, символа независимости от России⁵⁵, и в отношении австрийского Общего Гражданского уложения (ABGB) в период автономии Галиции – считалась патриотическим поведением.

Таким образом, между историей и догматикой возникло больше чем просто различие – разверзлась пропасть. История была возвышенной, догматика – банальной. Действующее право разрабатывалось только в пределах необходимости, и лицами скромного интеллектуального уровня, в то время как лучшие силы концентрировались на истории: с одной стороны, на истории польского права и славянских правовых систем, с другой – римского права и античных правовых систем⁵⁶. Поскольку польское право утратило свое действие и стало историей, его изучение по необходимости приняло теоретико-созерцательный характер⁵⁷, позволяя изучающим эту дисциплину ассимилировать идеологию исторической школы без бремени практических задач, которые угнетали ее в Германии. Однако романистика также мыслилась в манере скорее пропедевтической, чем прикладной⁵⁸, так как, при действующем Кодексе Наполеона, римское право преподавалось в Герцогстве Варшавском, как и в Царстве Польском, по немецким учебникам Баха, Вольтера, Хеллфельда и Хаубольда⁵⁹

В то время как в Германии тезисы Савиньи, по мнению которого вследствие рецепции римское право стало выражением немецкого национального духа, вызвали трещину в отношениях с германистами, в других европейских странах, испытавших влияние исторической школы – а ими были почти все⁶⁰ – исследования отечественного права и римского права процветали в мирном сосуществовании. Вацлав Александер Мацейковский, которому затем предстояло стать знатоком славянских правовых систем, не только делал первые шаги в Варшавском университете как романист, но и опубликовал уже в 1820 г. *Principia iuris romani*, второй польский учебник по римскому праву после *Lineamenta iuris romani* И. В. Бандтки, опубликованного лишь на несколько лет раньше⁶¹. Тот, кто от излишнего усердия европеизации или по какой-либо иной причине верит в то, что Польша, начиная со Средних веков, принимала участие в общем процессе ассимиляции римского права⁶², должен бы был задуматься также над этими датами.

3. Польская романистика, уже ввиду отсутствия рецепции обладающая иммунитетом против мифа о вневременном характере частного права, очевидным образом была вовлечена в вышеупомянутое разделение истории и догматики. Для Польши римское право никогда не было правовой реальностью, пережитой ею, хотя – наравне с классической

⁵⁴ По мнению О. Кан-Фройнда (O. Kahn-Freund), эта «историческая» фикция типична для английского метода в противоположность континентальному. См. его вступительную статью к изданию: *Renner K. Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*. Stuttgart, 1965. S. 9 ff.

⁵⁵ *Kodrębski J. Op. cit.*. P. 204.

⁵⁶ *Grzybowski S. La scienza del diritto nell'ultimo secolo: Polonia // La science du droit au cours du dernier siècle / Rotondi M. (éd.) Padova, 1976. P. 524 ss.*

⁵⁷ *Salmonowicz S. La littérature. P. 94; Bartel W. M. Nauki prawne // Historia nauki polskiej / Suchodolski B. (ed.) Vol. III. Wrocław, 1977. P. 801.*

⁵⁸ *Wołodkiewicz W. Il diritto romano nella cultura giuridica polacca // Sodalitas. Scritti in onore di A. Guatino. Vol. VII. Napoli, 1984. P. 3398 s.*

⁵⁹ *Kodrębski J. Prawo rzymskie w Polsce XIX w. Łódź, 1990. P. 61, 65 s.*

⁶⁰ *Thieme H. Ideengeschichte und Rechtsgeschichte. Köln; Wien, 1986. S. 1095 ss.; Giaro T. Europa. P. 328.*

⁶¹ *Kodrębski J. Op. cit. P. 78, 83 ss.*

⁶² *Sondel J. Rafał Taubenschlag – studioso di storia del diritto polacco // BIDR. 1986. № 89. P. 231 ss.*

филологией или археологией, античной историей и т. п. – оно было культурным достоянием, обретенным благодаря науке XIX в. Однако, в качестве мотива национальной идентичности в противостоянии России, оно быстро слилось с правосознанием народа⁶³, связанного веками с латинской Церковью⁶⁴, и является неоспоримым фактом, что его рецепция произошла с опозданием, из вторых рук, и в уже «историзированной» форме базы кодифицированного западного права.

Если краковская романистика, и в определенной мере также вся польская романистика, началась с Фридриха Золи Старшего, она началась уже как историческая дисциплина. Такая концепция здесь является, безусловно, конституирующей чертой, которая позволяет говорить, независимо от языка научных трудов, о польской романистике эпохи разделов Польши⁶⁵ «Утилитарные» мотивации изучения римского права, которые порой встречаются в XIX в. у Бандтки (1808), Игнасия Мацейовского (1826) и Францишека Мацейовского (1865)⁶⁶, всегда косвенного, вспомогательного, вторичного рода.

Если совокупные результаты, достигнутые польской романистикой той эпохи, не производят внушительное впечатление, нужно вспомнить, что речь идет о типичной университетской дисциплине и что на территории, присоединенной к Пруссии, университеты не существовали вплоть до окончания Первой мировой войны⁶⁷, в то время как на землях, отошедших к России, университеты Варшавы и Вильно были активны только до подавления польского восстания ноября 1830 г. В течение немногих лет между 1862 г. и 1869 г., периода слишком короткого, чтобы дать возможность сформироваться жизнеспособной научной традиции, в Варшаве была открыта Szkoła Główna, и, после закрытия последней в ходе репрессий после восстания в январе 1864 г., остался только русский университет, скорее провинциальный университет Империи, чем польский интеллектуальный центр⁶⁸.

Решительное определение методологических позиций состоялось благодаря уже упоминавшемуся Окецкому. Получивший образование в Гейдельберге, как и многие другие его коллеги, преподававшие в Варшаве в 60-е гг.⁶⁹, Окецкий в своей актовой лекции, произнесенной в Szkoła Główna, ищет средний путь между «немецким» и «французским» методами⁷⁰. Но речь здесь идет не о типичной дилемме цивилистики⁷¹ – «система или экзегеза», а об утилитарном или идеалистическом отношении к римскому праву. Рассматривать его как действующее право, хотя бы в качестве субсидиарного, по Окецкому означает ошибку, которая крайне исказила его образ в наше время.

Еще и сегодня Германия страдает под «бичом неисчислимых контroversз... происходящих из обобщения казусов, не предусмотренных источниками, находящимися в их распоряжении»⁷². С тем же основанием можно было бы требовать замены польского языка латинским. Лозунг Окецкого – «Оставим немцам эти детские отклонения!» – выражает отвержение прикладной романистики⁷³, скомпрометированной уже Комментаторами⁷⁴, которым Окецкий уподобляет пандектистов: «Та же... мелочность, тот же тяже-

⁶³ Об этой концепции см.: *Izdebski H.* La tradition et le changement en droit // *Revue internationale de droit comparé*. 1987. № 39. P. 880 s., 887.

⁶⁴ *Kupiszewski H.* Chiesa e nazione in Polonia // *Memorie e Rendiconti dell'Accademia di Scienze Acireale*. Ser. IV. 2. 1992. P. 17 ss.

⁶⁵ Об этом говорит Р. Таубеншлаг, но без надлежащего объяснения: *Taubenschlag R.* Gli studi di diritto romano in Polonia nel secolo XX // *AA. VV.* Gli studi romani nel mondo. Vol. III. Roma, 1936. P. 249.

⁶⁶ *Kodrebski J.* Op. cit. P. 75 ss., 107 s., 198.

⁶⁷ Многократные попытки основать университет в Познани не имели успеха до 1919 г.

⁶⁸ *Kodrebski J.* Op. cit. P. 202 s.

⁶⁹ *Ibidem*. P. 200.

⁷⁰ *Okecki W.* Op. cit.. P. 23 ss., 28 ss.

⁷¹ Cf. *Beneduce P.* «Germanisme, la terrible accusation» // *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur* / *Schulze R.* (ed.) Berlin, 1990. S. 112 ff.

⁷² См. все цитаты: *Okecki W.* Op. cit. P. 30 ss.

⁷³ *Ibidem*. P. 27 ss.; эта цитата – на с. 32.

⁷⁴ *Ibidem*. P. 13 ss., 16.

ловесный и безвкусный метод, то же предпочтение контроверз *de lana carpinga** и подражания... более древним трудам»⁷⁵ Римское право следует изучать «без всякой побочной цели», единственно ради его «внутреннего совершенства», которое, вслед за Савиньи, Окецкий замечает в «юриспруденциальном» методе⁷⁶

Уволенный со службы после русификации *Szkoła Główna* уже в 1869 г., Окецкий не успел захватить умы других ученых⁷⁷, но самый маститый романист Варшавы, Теодор Дыдынский, в 1866–1909 гг. профессор как в *Szkoła Główna*, так и в русском университете, и автор опубликованных на немецком языке «Очерков рукописной традиции юстиниановых источников права»⁷⁸, а равно других трудов по источникам римского права⁷⁹, также представлял чисто историческую тенденцию в польской романистике.

По поводу территорий, во время разделов Польши присоединенных к России, следует, конечно, упомянуть Льва Петражицкого, родившегося в 1867 г. в окрестностях Витебска, в 1898–1917 гг. профессора энциклопедии права в Петербурге и в 1918–1931 гг. профессора социологии в Варшаве. Часто считавшийся теоретиком русского права⁸⁰, или немецким пандектистом⁸¹, Петражицкий был поляком, сопричастным различным правовым культурам, работы которого, написанные в период 1890–1896 гг. в Берлине и, вскоре после того, в России⁸², принадлежат к числу наиболее радикальных и методологически наиболее обоснованных критических выступлений против пандектистского метода кодификации права на основе его истории и догматики. Краеугольным камнем политики права Петражицкого является не только ее отделение от истории и догматики, но также четкое разделение этих последних⁸³

По сравнению с тем, что происходило на остальных территориях, в Галиции, с ее университетами Кракова и Львова, романистика процветала, поскольку после реформы Туна-Гогенштейна римское право стало там главной темой юридических занятий⁸⁴. По причине тесной связи романистики с австрийской цивилистикой, «пандектизация» этой последней⁸⁵ и реполонизация университетов Галиции, немного позднее, повлекли за собой предоставление кафедр римского права полякам, получившим образование в Германии.

Хотя, конечно, Львовский университет, как питомник функционеров *kaiserlich-königliche Monarchie*⁸⁶, был ориентирован в прагматическом смысле, все же здесь символ веры польской романистики нашел своего приверженца в лице Леонарда Пиетака, по мнению которого, римское право следовало изучать «независимо от того, признавалось ли оно когда-либо и где-либо действующим правом», поскольку оно имеет «для любой нации... значение одного из элементов современной цивилизации»⁸⁷. Однако, принимая во внимание незначительность романистических трудов Пиетака, титул главного постпандектистского романиста во

* Буквально «о козлиной шерсти» (*лат.*). Это намек на латинскую поговорку *de lana carpinga rixari* – «спорить о козлиной шерсти», которая в переносном смысле означает «спорить о пустяках». (*Примеч. пер.*)

⁷⁵ Ibidem. P. 28.

⁷⁶ Ibidem. P. 32.

⁷⁷ Однако слишком суровую оценку см.: *Kodrebski J. Op. cit.* P. 190 ss.

⁷⁸ *Beiträge zur Handschriftlichen Überlieferung der justinianischen Rechtsquellen.* Berlin 1891; См. критическую оценку: *Seckel E. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.* 1894. № 36. S. 378 ff.

⁷⁹ *Kodrebski J. Op. cit.* P. 210 ss., 212.

⁸⁰ *Luhmann N. Rechtssoziologie.* Opladen, 1987. P. 28.

⁸¹ *Lévy J. Ph. Les impenses dotales en droit romain classique.* Paris, 1937. P. 48.

⁸² *Petrażycki L. Die Lehre vom Einkommen.* Bd. II. Berlin, 1895; *Idem.* *Wstęp do nauki polityki prawa.* Warszawa, 1968.

⁸³ *Giario T. La Civilpolitik.* P. 125 ss.

⁸⁴ *Kodrebski J. Op. cit.* P. 249.

⁸⁵ Cf. *Giario T. Privatrechtsgeschichte.* P. 7.

* Имперско-королевской монархии (*нем.*). (*Примеч. пер.*)

⁸⁶ *Kodrebski J. Op. cit.* P. 229, 249.

⁸⁷ *Piętak L. Prawo spadkowe rzymskie.* Vol. I. Lwów, 1882. P. VIII; cf. *Wołodkiewicz W. Op. cit.* P. 3400 s.; *Kodrebski J. Op. cit.* P. 241 ss.

Льво́ве принадлежит одному из учеников Перниса, Игнасио Кошембар-Лисковскому⁸⁸, профессору во Льво́ве в 1900–1915 гг. Кошембар рассматривал актуальность римского права в функциональной манере: в области цивилистики как средство для интерпретации позитивного права⁸⁹, в области компаративистики как критерий для сравнения правовых систем⁹⁰

Романистика Ягеллонского университета, напротив, с самого начала реполонизации гордилась крупными учеными. Ученик Эсмарха, Фридерик Золл старший, профессор в Кракове в 1862–1906 гг., занимался также цивилистикой, однако, соблюдая четкое отличие между двумя дисциплинами. В своей работе «O wykładach prawa rzymskiego i obowiązującego prawa cywilnego w uniwersytetach austriackich», опубликованной в 1873 г., Золл утверждал, что наличие ABGB сделало метод пандектики в Австрии лишенным смысла⁹¹, и сперва он начал преподавать «чистое» римское право, понятое статическим образом как догматика юстиниановского *Corpus Iuris*, но затем также обратился к истории в диахроническом смысле⁹²

Также его преемник на кафедре, Станислав Вроблевский, в 1884–1888 гг. студент Гольдшмидта, Эка и Перниса в Берлине, не был типичным пандектистом, несмотря на то, что в его программе лекций 1894 г. он признает «большее значение» за Виндшейдом чем за классическим юристом Павлом⁹³. Вроблевский соединял исторический метод с догматическим⁹⁴, при некотором преобладании этого последнего⁹⁵, впрочем, не в том смысле, чтобы унизить историческую перспективу опорой на элементы, оставшиеся неизменными от древности до 1900 г. Для Вроблевского римское право является базой права современного, но между этими двумя уже существует большая дистанция, «путь», пройденный правовыми концепциями со времен Рима⁹⁶

4. Только демонстрация всего пройденного пути сделала бы возможным безукоризненное соединение прошлого и настоящего, истории и догматики. Но историзированная романистика, знаменитым примером которой является лейпцигская школа Людвига Миттайса⁹⁷, к которой принадлежали также поляки Рафал Таубеншлаг и Зигмунт Лисовский, двинулась скорее в противоположном направлении, не к современной *Wirkungsgeschichte* римского права, а к его взаимосвязям с другими античными правовыми системами, в особенности с системой эллинистического Египта. Со всем пандектизмом своего понятийного аппарата Таубеншлаг занимался еще более чистой историей права, чем его учителя из Кракова, поскольку его набег на территорию современной догматики были в целом случайными⁹⁸

Это кажется характерным для всей польской романистики межвоенного периода, когда восстановленная Польша решает заменить новым правом унаследованные от эпохи разделов западные кодексы. Тогда связи между романистикой и цивилистикой еще больше ослабли.

⁸⁸ *Wołodkiewicz W.* I. Koschembahr-Łyskowski // *W kręgu wielkich humanistów / Biezuńska-Małowist I.* (ed.) Warszawa, 1991. P. 18.

⁸⁹ *Koschembahr-Łyskowski I.* Zur Stellung des römischen Rechts im ABGB // *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB.* Bd. I. Wien, 1911. S. 226 ss., 250 ss.

⁹⁰ *Koschembahr-Łyskowski I.* Le rôle du droit romain pour le droit comparé // *Recueil E. Lambert.* Vol. I. Paris, 1938. P. 259.

⁹¹ *Patkaniowski M.* Il diritto romano nell'Università Jagellonica // *Studi in onore di E. Volterra.* Vol. IV. Milano, 1971. P. 99; *Wołodkiewicz W.* Op. cit. P. 3400; *Grodziski S.* Nauki prawne // *Historia.* Vol. IV. 3. Wrocław, 1987. P. 955.

⁹² *Osuchowski W.* Nowe kierunki badań romanistycznych w Polsce // *Studia z dziejów Wydziału Prawa UJ / Patkaniowski M.* (ed.) Kraków, 1964. P. 262.

⁹³ *Fedynskij J.* Prominent Polish Legal Scholars of the Last Hundred Years // *Polish Law throughout the Ages / Wagner W. J.* (ed.). Stanford, 1970. P. 440.

⁹⁴ *Ibidem; Sondel J.* Stanisław Wróblewski jako romanista // *Krakowskie Studia Prawnicze.* № 23. 1990. P. 168 ss.

⁹⁵ *Wołodkiewicz W.* Stanisław Wróblewski – codificatore // *Index.* 1988. № 16. P. 246 ss.

⁹⁶ *Wróblewski S.* Zarys wykładu prawa rzymskiego. Vol. I. Kraków, 1916. P. 215.

⁹⁷ *Kupiszewski H.* Prawo rzymskie. P. 82 ss.; *Idem.* Rafał. P. 105 s.

^{*} История действия (нем.). (Примеч. пер.)

⁹⁸ *Kupiszewski H., Rafał.* P. 121.

Хотя разделение кафедр гражданского права и римского права в Польше восходило к XIX в, в ту эпоху нередко одни и те же ученые проявляли активность в обеих этих сферах, между тем как романисты межвоенного периода⁹⁹ занимались догматикой современного права лишь как вспомогательной дисциплиной¹⁰⁰, и наиболее известный из них, Адольф Бергер – *nota bene*, что часто его принимали за немца¹⁰¹ – был цивилистом лишь по случаю.

В результате политических изменений после Второй мировой войны и кодификации гражданского права в социалистическом духе, последовавшей в 1964 г., представление о римском праве как дисциплине прикладного характера еще больше утратило почву, особенно перед лицом марксистской теории, согласно которой традиционные нормы и институты меняют свое содержание в новом контексте¹⁰². В борьбе против предрассудка, согласно которому римское право было «буржуазным анахронизмом», романистика этой эпохи¹⁰³ привлекает внимание к «римским корням» даже социалистического права¹⁰⁴, но тут речь идет об историко-теоретических исследованиях, которые для обращенного к практике цивилиста имели не больше значения, чем труды о влиянии греческих законов на Законы XII Таблиц.

Романисты этой эпохи, в особенности те, которые дебютировали только после войны, такие как Казимир Коланчик, Адам Вилинский и тот же Купишевский, являлись чистыми историками права, сотрудничество которых с цивилистами носило исключительно дидактический характер¹⁰⁵. В частности, Купишевский, папиролог, ставший романистом и, со временем, историком европейской правовой культуры¹⁰⁶, снискал гораздо больший почет за воспитание польских юристов, чем то признание, которое он мог бы получить, если бы старался продемонстрировать применимость римского права в том или ином разделе польского гражданского права.

На парадоксальный эффект прикладной романистики обратил внимание уже Окецкий: «Чем больше это направление является с виду практическим, тем менее оно полезно в конечном итоге, и наоборот: чем более возвышенной и идеалистической будет наша позиция по отношению к римскому праву, тем большими будут практические преимущества»¹⁰⁷. Этот парадокс Окецкого получает подтверждение также со стороны цивилистики – имеются в виду экзегетические школы начала XIX в., – которая тем меньше нуждается в истории, и в частности в романистике, чем больше она ориентирована на практику¹⁰⁸.

По этой причине неправдоподобно, чтобы усилия, предпринятые романистикой с целью продемонстрировать ее практическую полезность, произвели благотворный эффект для самосохранения этой дисциплины. Роль римского права естественно связана с его догматикой, считавшейся вплоть до 1900 г. *non plus ultra* юридического искусства. Именно поэтому романисты как бы инстинктивно пытаются сохранить связи с современным правом, снабжая

⁹⁹ О них см.: *Taubenschlag R.* Op. cit. P. 249 ss.; *Osuchowski W.* Les études du droit romain en Pologne // *Czasopismo Prawno-Historyczne*. 1949. № 2. P. 511 ss.

¹⁰⁰ Цитаты, приводимые М. Курьловичем, вырваны из контекста. См.: *Kuryłowicz M.* Romanistische und nationale Elemente in der Diskussion über die Gestaltung des polnischen Rechts // *Index*. 1988. № 16. P. 147.

¹⁰¹ *Santalucia B.* I libri opinionum di Ulpiano. Vol. II. Milano, 1971. P. 103; также его упоминали как «иностранный ученый» – см.: *Sondel J.* Op. cit. P. 168. Однако см.: v. *Modrzejewski J.* // *Iura*. 1962. № 13. P. 207 ss.

¹⁰² *Szotarczyk M.* Le problème de la continuité et discontinuité dans l'évolution du droit // *Archivum Iuridicum Cracoviense*. 1971. № 4. P. 36 ss.

¹⁰³ *Kupiszewski H.* Le droit romain en Pologne 1945–1970 // *L'antiquité classique au cours de 25 années de la République populaire de Pologne*. Warszawa, 1974. P. 71 ss.; *Sondel J.* Polnische Romanistik in den vergangenen fünfunddreißig Jahren. Abriß einer Bibliographie // *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*. 543. *Prace Prawnicze*. 86. 1980. P. 133 ss.

¹⁰⁴ *Wołodkiewicz W.* Rzymskie korzenie współczesnego prawa cywilnego. Warszawa, 1978. P. 38 ss.; *Rozwadowski W.* Il possesso nel diritto polacco alla luce del diritto romano // *Index*. 1988. № 16. P. 231 ss.; cf. *Giario T.* Europa. P. 327, 343 s.

¹⁰⁵ *Osuchowski W.* Program studiów uniwersyteckich w zakresie prawa rzymskiego // *Czasopismo Prawno-Historyczne*. 18. 1. 1966. P. 279 ss.; *Wiliński A.* Das Problem einer didaktischen Zusammenarbeit von Romanisten und Zivilisten // *Acta Universitatis Szegediensis*. Vol. 17. 1970. S. 343 ss.

¹⁰⁶ Cf. *Giario T.* In memoriam // *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung*. № 112. 1995. S. 738 f.

¹⁰⁷ *Okecki W.* Op. cit. P. 16.

¹⁰⁸ *Kupiszewski H.* Prawo rzymskie. P. 91 ss.; *Giario T.* Temi. P. 455.

«историческим вкладом» его догматическую разработку. Но история догматики, задуманная как реконструкция современного права в прошлом, представляет собой дисциплину, отличную от действительной догматики. Здесь история использует эти категории только как эвристические схемы, которые в ходе исследования должны быть заменены категориями более подходящими праву прошлого. Принимая во внимание обусловленность созданной пандектистикой «общей теории частного права» идеологическими предпосылками XIX в., такие коррективы часто неизбежны. Купишевский не устал подчеркивать как заслуги ученых, которые «депандектизировали» греческое и эллинистическое право¹⁰⁹, так и необходимость продолжить эту работу в дальнейшем.

Однако в ходе своей депандектизации романистика неизбежно отдаляется от практической догматики, которой она не может предложить интерпретативные схемы, значимые также и для действующего права. По этой причине лучшим союзником романистики является теоретическая догматика¹¹⁰, или, быть может, просто общая теория права¹¹¹. Впрочем, теоретическая перспектива не является чуждой польской романистической традиции. Уже один из профессоров в Szkoła Główna, Йозеф Кашница, отстаивал программу преподавания права вопреки возражениям о преобладании римского права, подчеркивая, что оно обеспечивает «солидную теоретическую подготовку»¹¹². Теоретическая романистика с полным правом может изучать уже умершие правовые институты. Это только кажется, что такие исследования носят антикварный характер: на самом деле они вносят свой вклад в обогащение цивилистической феноменологии, расширяя, таким образом, границы «возможных миров» догматики¹¹³, и конечно они могут принести косвенную пользу практике, когда такие институты возвращаются к жизни в новом контексте¹¹⁴.

Эта работа не претендует на то, чтобы пропагандировать польское понимание римского права как элемента правовой культуры и романистики как отрасли «культурологии». Все же эта концепция некоторым образом парадоксальна, поскольку римское право проникло в живительную лимфу европейской культуры собственно по той причине, что оно веками считалось действующим правом и изучалось как таковое. В отсутствие мощного вклада его прикладной, а потому антиисторичной интерпретации со стороны практикующих юристов *Corpus Iuris* уже давно бы захирел в какой-нибудь музейной витрине¹¹⁵. Созерцательно-историческая монокультура кажется столь же бесплодной, как и культура догматико-прикладная. Даже больше того, по той причине, что при изучении права прошлого всегда есть необходимость в использовании догматических категорий, разрыв связей с актуальной догматикой часто означает принятие на вооружение устаревшего категориального аппарата, в особенности категорий пандектистики, вместо тех, которые более соответствуют уровню современных знаний. Помимо неопандектистики в формальном смысле, которая ставит на одну доску параграфы Дигест и современных кодексов, на самом деле существует – также и в Польше, что доказывает пример Таубеншлага – пандектистика сущностная, и более коварная, которой удается насиловать античные источники уже для той же цели постановки проблемы, для использования концептуальной схемы и т. п.

Купишевский высказывал благие пожелания, чтобы романистика изучала главным образом юридическое мышление¹¹⁶, и была бы, следовательно, историей догматики скорее чем

¹⁰⁹ Kupiszewski H. *Le droit romain*. P. 72; *Idem*. *Prawo rzymskie*. P. 86 s.; *Idem*. Rafał. P. 126, 155; Betti E. *Op. cit.*, P. 582.

¹¹⁰ О догматике теоретической и практической см.: Wikström K. What is Historical Legal Dogmatics? // *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft* 52. 1993. P. 168 s.

¹¹¹ Guarino A. *Op. cit.* P. 49, 53; Ogorek R. *Op. cit.* P. 31; Giaro T. L'argumentation dogmatique et l'argumentation scientifique // *Rechtshistorisches Journal*. № 13. 1994. P. 285.

¹¹² Wołodkiewicz W. *Op. cit.* P. 3399; Kodreński J. *Op. cit.* P. 185. «Теоретико-исторические достоинства» романистики подчеркнул также: Kurzwilcz M. *Historia i współczesność prawa rzymskiego*. Lublin, 1984. P. 117 ss.

¹¹³ Wolff H. J. Der Rechtshistoriker und die Privatrechtsdogmatik // *Festschrift F. von Hippel*. Tübingen, 1967. S. 704 ss.; Giaro T. Betrachtungen eines Konservativen. // *Rechtshistorisches Journal*. № 7. 1988. P. 19 s.

¹¹⁴ Wolff H. J. *Op. cit.* P. 707 ss., говорил о «возвращении» (Wiederkehr) без того, чтобы вдохновляться «азиатским мышлением»; cf. Giaro T. *Privatrechtsgeschichte*. S. 37.

¹¹⁵ Метафора Пауля Кошакера, о которой см.: Bretone M. *Op. cit.* P. 17 s.

¹¹⁶ Kupiszewski H. *Le droit*. P. 87; *Rozważania*. P. 53; *Prawo rzymskie*. P. 89.

исторической догматикой, но он не замечал противоречия между теоретическим и практическим аспектами таких занятий. В своем итоговом обзоре развития польской романистики за 25 лет после Второй мировой войны он, с одной стороны, подчеркивал теоретическое значение работ Володкевича об источниках обязательственного права, но с другой стороны – актуальность работы Сонделя об особых случаях хранения, поскольку современная конструкция судебного депозита происходит «по прямой линии» от *depositum sequestre*, а банковского депозита – от *depositum irregulare*¹¹⁷

По этой причине невозможно дать какое-то методологическое заключение универсального значения. Однако можно распознать ту опасность, которой следует избегать. Для того чтобы выжить, романистика должна быть разносторонней, и поэтому лучше, чтобы она отказалась от притязаний на эксклюзивную связь с практической догматикой, современной или будущей, национальной или европейской. Такая связь сводит историографию римского права к его технико-догматической реконструкции, и романиста к догматике, обращенному в прошлое. Представляется загадкой, каким образом такая историография могла бы предоставить отправные точки для формирования будущего права, но несомненно, что она упустит хорошую возможность поставить перед системой права те вопросы, которые находятся за горизонтом догматики.

T. GIARO

**“LASCIAMO QUESTE DEVIANZE PUERILI
AI TEDESCHI!”
DOGMATICA E STORIA NELLA
TRADITIONE ROMANISTICA POLACCA**

(RIASSUNTO)

Il titolo dell'articolo include una frase pronunciata da Vladislav Oketski, professore polacco di diritto romano del XIX sec., nella sua lezione inaugurale. Egli era fermamente ostile all'attualizzazione del diritto romano e al metodo dei pandettisti, i quali, da una parte, lavoravano sulla sistematizzazione delle fonti del diritto romano, mentre dall'altra cercavano in esse soluzioni per i quesiti della vita contemporanea. Secondo l'autore, per tutta la romanistica polacca, partendo dalla sua nascita all'inizio del XIX sec., sarebbe rimasto caratteristico un metodo di trattare il diritto romano in modo puramente storico. Ciò si spiega prima di tutto col fatto che in Polonia, a differenza della Germania, il diritto romano non aveva mai azione diretta. L'autore descrive in modo laconico, ma insieme assai ponderato, le principali tappe di sviluppo e presenta i personaggi della romanistica polacca sottolineando proprio l'aspetto metodologico dell'attività scientifica dei vari suoi rappresentanti.

Tomash Giaro insiste sulla produttività di un approccio storico allo studio del diritto romano

dichiarando che, all'opposto, una ricerca delle soluzioni dei problemi giuridici attuali nel diritto romano non sarebbe produttiva e nuocerebbe sia alla civilistica moderna che al diritto romano. Si trasformerebbe così la storia del diritto in tradizione civilistica, la quale per definizione possiede carattere elettivo, ignorando i problemi della politica giuridica, che stanno oltre la dogmatica del diritto privato. L'autore insiste sull'idea che si presenterebbe più naturale una collaborazione tra romanisti, storici e teoretici del diritto, piuttosto che con i civilisti.

Il fervore critico dell'articolo è diretto principalmente contro la “neopandettistica” di R. Zimmermann e contro i suoi richiami a costruire il diritto civile della Comunità Europea come base della tradizione civilistica paneuropea che viene definita niente altro che un'esperienza storica di interpretazione delle fonti del diritto romano. La posizione dell'autore è argomentata in modo chiaro e perentorio. In questo senso il presente articolo rappresenta un'ideale continuazione della polemica tra R. Zimmermann e T. Giaro, iniziata nel numero 15 della rivista “*Ius Antiquum*”.

¹¹⁷ Kupiszewski H. Le droit. P. 79 s., 88.