Иррациональное в рациональном: путь к правовому идеалу

**Сергей Викторович
КОРОЛЕВ,**

главный научный сотрудник
сектора международного
права
Института государства
и права
Российской академии наук,
доктор юридических наук,
профессор
sko.05@mail.ru
119019, Россия, г. Москва,
ул. Знаменка, д. 10

«ТОПИКА И ЮРИСПРУДЕНЦИЯ» Т. ФИВЕГА В СВЕТЕ УЧЕНИЯ АРИСТОТЕЛЯ

Аннотация. В 1953 г. небольшое эссе «Топика и юриспруденция» Теодора Фивега — малоизвестного приват-доцента из Университета города Майнца — подвергло радикальной критике догму юридического позитивизма о праве как замкнутой иерархии правовых норм. Более того, в этом эссе Фивег настаивал на том, что юридическое мышление является, скорее, индуктивным и проблемным, чем дедуктивным и абстрактным. Термину «проблема» Фивег даже часто предпочитает термин «апория», т.е. проблема, с одной стороны, внутренне противоречивая и вроде безысходная, но, с другой стороны, требующая обязательного разрешения. Автор сопоставил основные тезисы юридической топики как универсальной юридической методологии и взгляды Аристотеля как родоначальника философской топики. Автор приходит к выводу, что Фивег в целях обновления теоретического базиса юриспруденции существенно сублимировал «топический метод», который у Аристотеля по преимуществу носит дидактический характер. **Ключевые слова:** юриспруденция, философия, история, наука, философская топка, юридическая топка, правовая система, юридическое мышление, юридический метод.

DOI: 10.17803/2311-5998.2021.81.5.192-197

SERGEJ V. KOROLEV,

Chief Researcher, Department of international law
of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences,
Dr. Sci. (Law), Professor
sko.05@mail.ru

10, ul. Znamenka, Moscow, Russia, 119019

T. FIVEG'S TOPICS AND JURISPRUDENCE IN THE CONTEXT OF ARISTOTLE'S TEACHINGS

Abstract. The small essay "Topics and Jurisprudence", which was published in 1953 by a then obscure assistant professor of the Mainz University Theodor Viehweg, boldly challenged the self-complacency of the corner stone of legal positivism, i.e. the thesis of the hierarchical structure of legal norms.

Moreover, Viehweg maintained that legal thinking is sooner inductive and problematic, than deductive and abstract. Viehweg is even eager to dismiss the term “problem” in favour of the more stringent term “aporia”. This word rather means a dead-end problem with inherent contradictions, demanding nonetheless an obligatory solution. The author compared the main theses of legal topics with the original views of Aristotle, who had laid the philosophical foundation of topics as a tool of philosophical investigations. The author concludes that in order to rejuvenate the theoretical basis of jurisprudence Viehweg tried to sublimate the “topical method”, which according to Aristotle had to play a rather modest role as a “one more” didactic tool.

Keywords: law, philosophy, history, science, philosophical topics, legal topics, legal system, legal thinking, legal method.

Греческое слово *topos* означает «место» (отсюда, топография). В гуманитарном знании аристотелевский термин «топика»¹ еще в античную эпоху был вытеснен термином «риторика».

Слово «топика» понадобилось Аристотелю для того, чтобы дистанцироваться от термина «софистика». Упрощенно говоря, для Платона и для Аристотеля софисты — «лжеумудрецы», которым неинтересна истина как таковая. Своим красноречием они лишь имитируют видимость истины: «пассивная теоретическая рассудительность»².

Как бы то ни было, риторическая традиция генетически связана с софистикой. Эта античная традиция сумела пережить нападки Платона и Аристотеля как сторонников строгого (логического) знания.

В исторической перспективе не имеет смысла задавать вопрос о том, когда софистика «трансформировалась» в риторику: слова суть синонимы. Проблема лишь в том, что в силу авторитета Платона и Аристотеля термин «софистика» стал пейоративным. С тех пор и доныне термин «риторика» (слово, незапятнанное эмоциональной склокой между философами и софистами) служит визитной карточкой для теории и искусства убеждения.

Античный спор между философами и софистами до сих пор отягощает самоидентификацию юриспруденции. Для многих неюристов, особенно для носителей обыденного сознания, это соперничество является поводом рассматривать все юридические профессии лишь как вариации «софистических уловок». В этом смысле мини-монография Т. Фивега «Топика и юриспруденция»³ убивает сразу трех зайцев: — «скелет софиста в шкафу юриста» теперь выставлен напоказ; — было продемонстрировано принципиальное родство между философской «топикой» Аристотеля, с одной стороны, и риторикой как дидактикой и искусством убеждения, с другой;

¹ Аристотель. Топика // Сочинения : в 4 т. М. : Мысль, 1978. Т. 2. С. 347—533.

² Исаев И. А. Основная норма («скрижали революционного закона») // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 8. С. 47.

³ Viehweg Th. Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur wissenschaftlichen Grundlagenforschung. München : Becksche Verlagsbuchhandlung, 1953. 75 S.

- был радикально поставлен вопрос о месте и роли юридической топики в системе юридических дисциплин (юснатурализм, нормативизм, аналитическая юриспруденция, юридическая герменевтика и др.);
- брошюра Т. Фивега вызвала в Германии бурные дебаты. Они фокусировались вокруг взаимосвязанных его тезисов;
- юридическое мышление является проблемным и даже апоретическим, а не систематико-иерархическим мышлением в духе юридического позитивизма;
- право (порядок) представляет собой открытую, а не замкнутую систему и не столько юридических норм, сколько разнообразных проблем, требующих незамедлительной юридизации и приемлемого решения.

В некотором смысле концепцию Т. Фивега можно рассматривать как попытку отыскать теоретическую платформу для так называемого судейского права (*Richterrecht*)⁴. Ведь судьи в первую очередь сталкиваются с проблемами, которые порой неожиданно ставит сама жизнь и которые они должны еще уметь опознать как юридически значимые. Лишь на втором этапе начинает работать традиционное систематическое (нормативистское) мышление судей, прежде всего в виде субзумпции⁵ (= подведение юридических фактов под имеющуюся норму права). Если же правовая система постулируется как замкнутая система юридических норм, то у судей нет возможности даже опознать юридическую значимость новых и часто неожиданных проблем, с которыми граждане приходят в суд.

Т. Фивег полагает, «Топика» Аристотеля приобретает функцию «спасательного круга», прежде всего для юристов-практиков и особенно для судей.

Вернемся к первоисточнику: в первом положении своей «Топики» Аристотель заявляет, что цель его исследования заключается в том, чтобы «найти способ, при помощи которого мы в состоянии будем из правдоподобного делать заключения о всякой предлагаемой проблеме и не впадать в противоречие, когда мы отстаиваем какое-нибудь положение»⁶. «Топика» Аристотеля, как видим, телеологически привязана к его логическим изысканиям: как и строго логический метод, нестрогий метод «Топики» преследует цель уберечь исследователя от логических противоречий.

Вместе с тем в приведенной цитате наглядно присутствует модель состязательного, например судебного, разбирательства. Каждая сторона строит свою линию аргументации, опираясь прежде всего на то, что сообразуется со здравым смыслом. Другими словами, участники дискуссии опираются на «общие места» (топосы), с которыми разумные люди не спорят. Задача же судьи, упрощенно говоря, состоит в том, чтобы следить за логической последовательностью аргументов сторон. При таком «топическом подходе» судья выносит решение не «за» победителя, а «против» проигравшего. Судебное решение наказывает ту сторону, которая не сумела удержать логическую последовательность своих аргументов в терминах здравого смысла⁷.

⁴ *Bumke Ch. Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung. Tübingen : Mohr-Siebeck, 2012. 121 S.*

⁵ *Larenz K., Canaris Cl.-W. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin : Springer Verlag, 1999. 340 S.*

⁶ *Аристотель. Указ. соч. С. 349.*

⁷ *Holocher J. Juristische Topik. Erfindungs- und Begründungsperspektive. Krakau : Jogailo Universitätsverlag, 2011. 349 S.*

Продолжая линию Аристотеля, Т. Фивег полагает, что «топосы» — это «разнообразно используемые, повсеместно приемлемые точки зрения, которые применяются как мнения — “за” и мнения — “против” и могут привести к истине»⁸. В терминах юридической топики судейское право — не что иное, как процедура поиска судьей приемлемого решения в данном конкретном деле. «Судья» как идеальный тип судейского права при столкновении с каждым новым, особенно неожиданным, делом, берет на себя труд мучительного поиска казуальной индивидуальной справедливости. Заранее «топический судья» не знает, куда именно выведет его этот путь с открытой опцией будущего решения.

Судья же в тривиальном смысле, как «элемент» замкнутой системы позитивного права, просто «штампует» свои решения посредством субзумпции (см. выше). Согласно позитивистской идеологии он «просто» подводит «юридический факт под норму закона». На самом деле субзумпция не столь проста, как хотелось бы законодателю.

Как бы то ни было, согласно юридическому позитивизму, судья сфокусирован на принципе абстрактного равенства. Напротив, «топический судья» сконцентрирован на поиске индивидуальной справедливости, которая в принципе не может быть абстрактной — для всех одной и той же.

В теоретической позиции Т. Фивега привлекает признание того, что юридическая топка как методика опознания и фиксации новых юридических проблем сама представляет собой незамкнутую систему. Другими словами, юридическая топка открывает простор для юридизации новых проблем и социальных вызовов любыми способами, которые совместимы со здравым смыслом. Однако сама топка, в отличие от юридического позитивизма, вовсе не претендует на исключительность. Юридическая топка не имеет собственных критериев для определения приоритета одной опознанной проблемы по отношению к другой и, соответственно, вечного приоритета одного метода по отношению к другому.

Актуальный пример: классический университет как самодостаточная система⁹, гарантирующая личный контакт и доверительную эмпатию между профессором и студентом, в принципе не нуждается в оффлайн-формате. Вместе с тем объективные предпосылки глобальной цифровизации (о ее субъективных аспектах следует говорить отдельно) неизбежно вторгаются внутрь классического университета, например, трансформируя классическую книжную библиотеку в электронную. Это поднимает вопрос о так называемом электронном университете вообще.

Соответственно, для юридической топики, во-первых, возникает задача юридизировать «электронный университет», т.е. признать этот вызов как юридическую проблему. Во-вторых, возникает необходимость сопоставить каталог топосов классического университета (например, топос под названием «преемственность») и каталог топосов «электронного университета» (например, топос под названием «диверсификация, или разнообразие»).

⁸ *Viehweg Th.* Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur wissenschaftlichen Grundlagenforschung. München : Beck, 1974. S. 24.

⁹ *Jaspers K., Rossmann K.* Die Idee der Universität für die gegenwärtige Situation. Berlin : Duncker und Humblot, 1961. 250 S.

При таком сопоставлении сразу видно:

- топос «диверсификация, разнообразие» не является логической противоположностью топоса «преемственность». Так, классический университет базируется на принципе *e pluribus unum*¹⁰, который имплицитно включает в себя и принцип разнообразия;
- бросается в глаза, что топос «диверсификация», взятый изолированно, представляет собой «распадчивое» слово (А. И. Солженицын)¹¹. Это слово не имеет собственной опоры и нуждается «спрятаться под понятие-зонтик».

Неизбежно возникают вопросы: диверсификация для чего? Диверсификация в рамках чего? Однако на эти вопросы юридическая топика Фивега сама по себе ответить не может. Как сказано, выше она представляет собой методику с открытой опцией юридического решения (не путать с политическим!). Юридическое решение за рамками юснатурализма и юридического позитивизма могли бы сформулировать юридическая герменевтика или же юридическая семиотика.

Если критерий замкнутости считать одним из необходимых признаков системы как таковой, то к юридической топике уже невозможно применять термин «система», поскольку при таком подходе она уже не может быть «открытой». Фактически топике Фивега можно рассматривать как юридическую методологию проблемного мышления. Такая методология базируется на принципе плюрализма, т.е. на принципе множественности и допустимости разных ракурсов опознания и оценки юридических проблем. Другими словами, нормативистский метод внутри юридической топики признается как приемлемый, но не как исключительный.

На первый взгляд принцип плюрализма легко может стать жертвой «принципа» волюнтаризма, но топике Фивега такой тандем не угрожает. Ведь топосы, или «общие места», как аргументы при опознании и оценке (новых) юридических проблем, подчиняются императиву здравого смысла, который объединяет мировоззрение и поведение всех адекватных людей. Здравый смысл и волюнтаризм несовместимы.

Важнее и проблематичнее более глубинная аналогия между юридическим плюрализмом и дискретностью: прерывностью в содержании права и, соответственно, внутри юридической науки. «Античные споры (*arguments*) между Аристотелем и атомистами по поводу непрерывности (*continuity*) и дискретности материи хорошо известны и были предметом второй антиномии Канта. С математической точки зрения непрерывность и дискретность радикально отличаются друг от друга»¹². Так, математическая модель той или иной теории может иметь черты, которые как бы отображают «дискретность» или «непрерывность» того, что именно данная модель описывает. Однако математическая модель как теория не является дискретной, поскольку она должна отвечать принципу непротиворечивости, связности и, следовательно, непрерывности.

¹⁰ Латинское выражение «из множества единое», например из «множества факультетов единый университет».

¹¹ См.: Солженицын А. И. Русский словарь языкового расширения. М. : Русский путь, 2000. 280 с.

¹² Suppes P. A Pluralistic View of Foundations of Science // Topics in the Foundation of Statistics. Dordrecht : Springer-Science+Business Media, 1997. P. 13.

В терминах юридической топики можно сделать вывод: дискретные, т.е. не соприкасающиеся с точки зрения методов, концепции права погружены в единую (непрерывную) проблематику правопорядка (равенство, справедливость, правильность, приемлемость). Юридическая топка сама как «открытый список» возможных методов опознания и анализа юридических проблем неизбежно вовлечена в непрерывность социокультурного контекста. С ним юридическая топика связана прежде всего лингвистически (через профессиональный язык) и институционально (например, через систему правосудия или классический университет).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Аристотель*. Топика // Сочинения : в 4 т. — М. : Мысль, 1978. — Т. 2. — С. 347—533.
2. *Исаев И. А.* Основная норма («сжижали революционного закона») // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2018. — № 8. — С. 20—33.
3. *Солженицын А. И.* Русский словарь языкового расширения. — М. : Русский путь, 2000. — 280 с.
4. *Bumke Ch.* Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung. — Tübingen : Mohr-Siebeck, 2012. — 121 S.
5. *Holocher J.* Juristische Topik. Erfindungs- und Begründungsperspektive. — Krakau : Jogailo Universitätsverlag, 2011. — 349 S.
6. *Jaspers K., Rossmann K.* Die Idee der Universität für die gegenwärtige Situation. — Berlin : Duncker und Humblot, 1961. — 250 S.
7. *Larenz K., Canaris Cl.-W.* Methodenlehre der Rechtswissenschaft. — Berlin : Springer Verlag, 1999. — 340 S.
8. *Suppes P.* A Pluralistic View of Foundations of Science // Topics in the Foundation of Statistics. — Dordrecht : Springer-Science+Business Media, 1997. — P. 9—14.
9. *Viehweg Th.* Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur wissenschaftlichen Grundlagenforschung. — München : Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1953. — 75 S.