

РИТОРИКА И ПРАВО

Сочетание “риторика и право” звучит естественно и привычно, и внутренняя связь между этими двумя предметами никогда ни у кого не вызвала сомнений. Мало того, само происхождение риторики как дисциплины часто выводилось из потребностей античного судебного состязательного процесса и деятельности специальных людей – логографов, - которые писали речи для сторон в судебном разбирательстве. В дальнейшем риторика немало способствовала развитию и процветанию судебного ораторства, и так уж исторически сложилось, что юристы стали смотреть на нее исключительно как на теорию красноречия, т.е. дисциплину вспомогательную, которая, не имея прямого отношения к праву, могла помочь начинающему юристу получить полезные навыки для удачного выступления в суде. На этом фоне для многих откровением являются исследования, посвященные роли риторики в становлении и развитии юриспруденции, т.е. права как научной и учебной дисциплины. Даже преподаватели риторики, не говоря уже о юристах, не всегда знают, что связь между риторикой и правом не является чисто утилитарной и что не только право оказало влияние на развитие риторики, но и риторика способствовала возникновению юриспруденции. Эти две дисциплины имеют общие исторические и научные корни, и долгое время они шли в своем развитии “рука об руку”.

В XX веке одним из первых стал исследовать исторические корни между риторикой и юриспруденцией Йоханес Стру – юрист, занимавшийся про-

блемами римского права. Он исходил из того, что “риторика <...> уже около 1 века до н.э. была столь центральным образовательным предметом в Риме среди социальной страты, из которой выходили юристы, что с самого начала выдающийся римлянин, стремящийся своей карьерой заработать авторитет (autoritas) юрисконсульта (Iuris Consultus), был немислим без того образывающего влияния, которое риторика оказывала на него в юности и которое в значительной мере помогало ему сделать политическую карьеру, требовавшую выступлений” [1, с.47].

Генетические корни между римской юриспруденцией и риторикой Стру нашел в риторической доктрине статусов, которая служила для того, чтобы перевести правовой конфликт (обычно уголовный) в состязательное дело с участием сторон. Доктрина статусов помогала сначала отделить заявления одной стороны от возражения другой, а затем отделить возражения по фактам (status conjecturalis) от возражений по их правовой оценке, т.е. от вопросов о том, как следует трактовать в данном случае закон (status qualitatit). В рамках риторической доктрины статусов стали впервые исследоваться вопросы толкования писаных текстов права, стали появляться первые правила, которыми следовало руководствоваться, если тексты противоречили друг другу (антиномия), если они были двусмысленными (амфиболия), если в них были пробелы. Юношеская работа Цицерона “De inventione rhetorica” – “О риторическом изобретении” (переведенная на русский язык под названием “О нахождении материала”) – использовалась юристами, когда они искали ответ на вопрос, какой же трактовке текста закона следует придать юридическую силу.

Помимо доктрины статусов на развитие юриспруденции существенное влияние оказала топика – учение об общих местах как источниках нахождения аргументов. Исследуя Дигесты Юлиана (II в н.э.), немецкий ученый Теодор Фивег пришел к выводу, что римская юриспруденция не отличается, по крайней мере по своей основной структуре, от риторики, софистики и философской апоретики. Дигесты представляет собой свободно расположенный, несистематизированный перечень казусов, применимых к разрешению сходных с ними юридических проблем, и перечень авторитетных цитат из сочинений юристов. Человека с системно-ориентированным мышлением, каким предстает перед нами современный юрист, подобный подход ставит в тупик, поскольку из разрозненных казусов и цитат невозможно вывести дедуктивным путем какое-либо правило. Как же с этим материалом обращался римский юрист? Фивег пишет, что ответ на этот вопрос может дать только риторика. Римское право с его казуистикой основано не на системно-дедуктивном, а на проблемно-ориентированном, т.е. топическом, мышлении, свойственном античности. Казусы в данном случае служат риторическими топиками, и римский юрист имеет дело с проблемами и поиском аргументов по этим топикам (казусам). Таким образом, объяснить казуистику можно только принимая в расчет тот факт, что “римские юристы вращались в совершенно другом ментальном мире, который они разделяли, по крайней мере на уровне основ, с риторами” [2, с.39].

Влияние греческой философии и риторики на римское правоведение отмечает и шведский исследователь Э.Аннерс. В книге “История европейск-

ого права” он пишет о том, что в поздний республиканский период римское правоведение оказалось под сильнейшим влиянием греческой философии и риторики. Римские юристы посвятили себя изучению греческих методов анализа различных понятий и их же методов синтеза. Используя эту базу, римские юристы “смогли уточнять юридически важные понятия и моменты в едином комплексе с конкретными фактами, а также устанавливать возможное сходство между отдельными похожими явлениями и фактами или, наоборот, выявлять различия между разными явлениями” [3, с.107]. Это позволяло им “более глубоко вникать в суть дела, полностью владея быстро нарастающей в объеме массой совершенно бессистемных норм права ...”, и находить в конечном счете те конкретные нормы, которые функционально соответствовали определенному типу конфликтной ситуации. “Если ранее римская правовая наука, - пишет Аннерс, - представляла собой нечто похожее на свод сведений о всех существовавших тогда правовых нормах, то позже в результате влияния на нее греческого права и греческой философии она превратилась в науку в том смысле, в каком мы в настоящее время понимаем ее под термином “правоведение” (“юриспруденция”)” [Там же].

Риторика оказывала значительное влияние и на средневековых юристов, которые, прежде чем приступить к изучению специальности, должны были изучить семь свободных искусств, в число которых входила риторика и, соответственно, топка. Предварительное образование было одинаковым как для специалистов в области канонического права (декретистов), так

и для гражданских юристов (легистов). Многие из них были ранее магистрами искусств. Теодор Фивег приводит такой пример: автор одной из книг, написанной около 1170 г., представляется как “бывший магистр свободных искусств, для которого преподавательская деятельность в области риторики открыла путь к преподаванию права”. Это утверждение верно и относительно Ирнерия (умер в 1130 г.), глоссатора, основателя школы права в Болонье. Самое удивительное то, что по образованию он был филологом и магистром искусств. Интересен и тот факт, что первая в Европе школа права – юридический университет в Болонье, открывшийся около 1100 г., – образовался после почти двухсотлетнего существования в Болонье школы свободных искусств.

Справедливо указывалось также, что Квинтилиан (который умер около 95 г. н.э.) требовал от оратора знания юриспруденции; что для Кассиодора (умер в 570 г.) связь между занятиями грамматикой, риторикой и правом была самочевидной; и что Исидор из Севильи (умер в 636 г.) прямо характеризовал риторику как науку человека, искусного в праве (*scientia iuris peritorum*) [4, с.52-53].

В средние века на основе топического метода стали развиваться теории толкования текстов права. Тогда же пришло осознание того, что без интерпретации нет юриспруденции. Наиболее важными из употребляемых средств интерпретации были сравнение и разведение понятий, т.е. общие места “подобия” и “противоположности”.

Об исторической связи риторики и юриспруденции свидетельствует и деятельность средневековых глоссаторов – итальянских юристов,

комментировавших и толковавших римское право путем составления заметок (глосс) на полях текстов римских кодексов. Ученые в области исследования истории европейского права долгое время считали, что возрождение римского права в Северной Италии в период XI и XII вв. было исторической случайностью. Однако объяснение столь долго сохранявшейся традиции (в течение 500 лет!) было найдено лишь тогда, когда ученые обратились к изучению как методов начального обучения, так и методов преподавания диалектики и риторики в высших школах. Глоссаторы считали римское право, в силу его авторитетности, легитимно действующим правом. Они проводили подробнейшее исследование текстов Свода римского гражданского права и Дигест, применяя в качестве основного метода филологический анализ, на основе которого вскрывали имеющиеся в тексте противоречия, пытаясь докопаться до истины путем толкования неясных мест и терминов через другие части текста. Э. Аннерс замечает, что “ни до, ни после глоссаторов подобного рода юридические тексты никогда не были предметом столь глубокого, чисто филологического анализа ...” [3, с.161].

Глоссаторы были также незаурядными педагогами и разработали систему обучения тем навыкам, которыми овладели сами. Самое интересное, что учили они не нормам действовавшей тогда правовой системы, а методам анализа и обобщения. Глоссаторская школа, обучение в которой длилось 7 лет, давала филологическое образование, которое, как считали глоссаторы, позволяло воспитать в своей среде высокообразованных юристов-ученых. Одним из важнейшим элементов

подготовки в Болонье были диспуты, предметом рассмотрения в которых был условный правовой спор. Выпускники Болонской юридической школы мастерски овладевали искусством хладнокровно анализировать острые вопросы и опровергать любую систему аргументов на основании логических ошибок и противоречий в доводах оппонента.

Консилиаторы, или глоссаторы позднего периода, также исходным пунктом и в юридической работе, и в обучении считали *casus* – случай, или проблему, которую предстояло решить в каждом отдельном случае. Они же предложили топическую схему рассмотрения любого правового спора, которая в наиболее общем виде выглядела так: 1) постановка проблемы (*utrum ...*), 2) приведение доводов (*videtur quod...*), 3) опровержение доводов и приведение противоположных точек зрения (*sed contra...*), 4) ответ (*respondendo dicendum ...*). Такую схему предлагали Фома Аквинский и Бартоло. Они не учили правовым теориям или понятиям. Именно поэтому средневековых, точно так же, как и римских юристов обвиняют в том, что они не предприняли попыток юридической систематизации, основанной на общих понятиях и последовательно проведенных принципах.

Теодор Фивег первым встал на их защиту. Он попытался доказать, что их проблемно-ориентированный, т.е. топический, метод рассуждения гораздо лучше отвечает потребностям правовой практики, чем ныне существующий системно-дедуктивный метод. Центр ментальной культуры римских и средневековых юристов составляло обсуждение проблем. Они были способны встретиться с самой неожиданной правовой проблемой и разрешить ее по

справедливости. Связь между риторикой в античном ее понимании и правовой практикой оказалась очевидным провалом в сознании современного юриста. Именно поэтому в современном мире, когда законотворчество не поспевает за быстро меняющейся действительностью, юрист оказывается не в состоянии адекватно разрешать встающие перед ним правовые конфликты. Он утратил возможность анализировать и способность привносить в юридическую проблему человеческую рассудительность.

В противоположность системно-дедуктивному, топический метод – *topica* – “выглядит следующим образом: исходная точка устанавливается здравым смыслом (*sensus communis*), который зиждется на провдоподобном (*verisimilia*) и который далее в соответствии с риторическими топосами изменяет угол зрения и работает с набором силлогизмов” [5, с.5]. Риторическая топика привносит человеческую рассудительность, тренирует воображение и память и учит тому, как рассматривать дело в разных ракурсах, т.е. учит находить разные точки зрения – топы. Напротив, дедуктивная систематизация ведет к утрате правовой изобретательности и воображения, без которых немислима созидательная деятельность. А ведь именно эта деятельность определяет ту необходимую человеческую компоненту, без которой невозможно установление справедливости и разрешение правовых проблем.

Следует обратить внимание на этимологию слова “юриспруденция”. В переводе с латыни *jus* означает “право”, а *prudētis* – “действующий сознательно, основательно знающий, рассудительный”. Отсюда, юриспруденция – это не только основательное знание

права, но и умение судить о праве, рассуждать о правовых проблемах благоразумно, практично, основательно. Таким образом, юриспруденция – это скорее рассудительность, т.е. практическая способность, основанная на применении топов, чем наука, сводящаяся к дедуктивной систематизации.

Риторика оказала влияние также на развитие приемов и способов толкования, т.е. интерпретации, текстов права. Любое толкование текстов неизбежно связано с топикой [6]. Только топика может служить средством разрешения противоречий, возникающих с течением времени внутри единой системы права, ибо только топы как общие места культуры – представления о должном и недолжном, добром и злом, вредном или полезном, прекрасном или безобразном, справедливом или несправедливом – помогают соотносить заставшие тексты права с социальной действительностью. Как определить, что справедливо в данный момент времени, здесь, сейчас? В аргументации, содержащейся в судебных решениях конституционных судов, все чаще стали встречаться ссылки на социальные факторы, моральные нормы, политические теории, общественные интересы. Они стали приобретать силу юридических аргументов. Обращение чисто к букве закона уже не позволяет решать сложные юридические конфликты, которые ставит перед нами быстро меняющаяся жизнь. Именно поэтому взгляды ученых постепенно снова начинают обращаться к проблемно-ориентированной, топической модели мышления. Топика – это способ, которым люди думают о правовых проблемах, и этот способ состоит в рассмотрении проблемы с возможно большего количества разнообразных точек зрения, на основании

которого только и возможно принятие справедливого решения.

Топика продолжала оказывать влияние на развитие юридической мысли не только в античности и в средние века, хотя ее восприятие претерпело значительные изменения с течением времени. Лейбниц, который имел степени магистра философии и бакалавра права, попытался на основе юридической казуистики создать математически стройную систему юридических топов. Правда, его попытки провалились из-за многозначности естественного языка, который никак не вмещался в узкие рамки математической логики.

Обратились к риторике и многие современные юристы, занимавшиеся проблемами языка и юридического мышления, поскольку их исследования методов рассуждения в праве показали, что способ мышления у риториков и юристов один и тот же. Риторические исследования философов права Теодора Фивега, Хайма Перельмана и Джулиуса Стоуна оказались удивительно плодотворными для решения проблем юриспруденции. Для этих ученых было очевидным, что формальная логика в правовом рассуждении имеет свои пределы. Необходимо было найти те методы аргументации, которые, с одной стороны, помогли бы преодолеть недостатки формального рассуждения, плохо уживающегося со справедливостью, а с другой стороны, помогли бы избежать произвола, анархии и манипуляции при принятии судебных решений. Именно “риторический” способ мышления, применяемый судьями, равно как и философами, способен, по их мнению, продвинуть границу рассуждения на территорию, занимаемую интуитивным выбором или неверно применяемой формальной логикой.

Позже появились специальные работы по риторике права [7]. В основе данных работ лежит отнюдь не исследование вопросов судебного красноречия, а исследование вопросов юридического мышления и юридической аргументации.

В отличие от герменевтов, сторонники риторического подхода к праву при анализе текста перемещают свое внимание с автора (законодателя) на аудиторию (правоприменителя) и восприятие нормативного текста аудиторией. Ошибку герменевтов они видят в том, что последние пытаются установить значение и смысл текста вне связи с риторической ситуацией. Об этом пишет в статье “Риторическая герменевтика” Стивен Малло. Он утверждает, что интерпретация норм права, содержащаяся в судебных решениях, всегда представляет собой попытку убедить других в истинности приведенных объяснений. Вопрос о смысле текста, таким образом, переносится совсем в иную плоскость – исторически обусловленных и меняющихся со временем воззрений, утверждений и ценностей [8]. Следовательно, спор о смысле нормативного текста – это, по сути дела, спор об историческом изменении основных ценностей и убеждений. А состав ценностей – общих мест культуры – изучает топика.

Риторика оказалась востребована и как единственная дисциплина, способная *обучить* будущего юриста правовому мышлению и рассуждению, поскольку только у нее имелся сложившийся аппарат категорий и хорошо разработанный набор приемов – в рамках учения об изобретении (инвенции) – для построения учебного курса по теории аргументации.

Англо-американская система права всегда уделяла большое внимание ри-

торической подготовке будущих адвокатов. Риторические навыки оттачивались в многочисленных упражнениях по ведению споров, решению казусов, аналитическому изучению прецедентов. Все эти виды подготовки были “топичны по самой своей природе”, хотя понятие топов как таковое не вводилось. Однако сама история развития права, в том числе конституционного, в англо-американской культуре имела своим источником именно этот, топический, подход – в суде, свободном от диктата других ветвей власти, достаточно независимо и творчески трактуемом нормы статусов, исходящем в своей интерпретации из принципов естественного права, морали, общественного интереса и т.п., видели главную гарантию от узурпации власти законодательными органами и основу правосудия [9].

Суть юридического мышления состоит в том, чтобы уметь в каждом конкретном споре выделить основную проблему (лат. status, англ. issue), рассмотреть его возможно более полно и соотнести абстрактную норму права с конкретной ситуацией. Таким образом, сначала, руководствуясь риторической доктриной статусов, мы определяем основной вопрос правового спора, затем, используя топы, находим доводы “за” и “против”, и, наконец, интерпретируя норму права с использованием достижений топики и герменевтики, применяем ее к спорному случаю в соответствии с существующими в обществе представлениями о разумном и справедливом.

Джулиус Стоун считал, что в исследовании права существуют три основных направления: 1) право и логика — аналитическая юриспруденция, 2) право и справедливость — этическая юриспруденция, 3) право и общество — соци-

логическая или функциональная юриспруденция. После появления книги Фивега “Топика и юриспруденция” и ряда работ, связанных с дальнейшей разработкой этой темы, стало складываться, как мне кажется, и четвертое, весьма важное направление исследований, тесно переплетенное с предыдущими тремя, а именно **право и риторика**, или **топическая юриспруденция**. Именно в рамках данного направления представляется возможным восстановить разорванные связи между частями некогда единого предмета “право”. Переход к систематизации, являющейся отличительной чертой современной методологии, на самом деле является колоссальной потерей для юриспруденции по сравнению с риторическим методом древности.

1. Stroux, Johannes. *Summum ius summa iniura*. – In: *Romische Rechtswissenschaft und Rhetoric*, 7 – 80. Potsdam: E.Stichnote, 1949. Цит. по: Vienweg, Theodor. *Topics and Law*. – Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Mein, 1993.
2. Viehweg, Theodor. *Topics and Law*. – Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Mein, 1993.
3. Аннерс, Э. *История Европейского права*. М.: Наука, 1994.
4. Подробнее об этом см.: Viehweg, Theodor. *Topics and Law*.
5. Viehweg, Theodor. *Topics and Law*.
6. См. подробнее : Соболева А.К. *Топика и аргументация в юридических текстах: дис. ... канд. филол. наук*. М., 1998.
7. Приведем лишь некоторые из них: James Boyd White, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetry of Law*, Madison, Wis.: University of Winconsin Press, 1985; Judith A. Harris, “Recognizing Legal Tropes: Metonymy as

Manipulative Mode“, *American University Law Review* 34 (1985): 1215-29; Herbert W. Simons. *The Rhetorical Turn: Invention and Persuasion in the Conduct of Inquiry*. Chicago: University of Chicago Press, 1990; Goodrich, Peter. *Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*. London, Macmillan, 1987; Paul Robertshaw, “Law, Language and Rhetoric“, *Modern Law Review* 50 (1987): 971-981; Werner Krawietz. *Neue Topik, Rhetorik und Dialektik in der praktischen juristischen Argumentation*. – Sprachphilosophie in der Jurisprudenz. – Sprachphilosophie, 2. Halbband, Walter de Gruyter. Berlin-New York, 1996, 102, 1476-1482, и др.

8. Mailloux, Steven. Rhetorical Hermeneutics. – In: *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader*. Northwestern University Press, Evanston, IL

9. Интересно замечание, сделанное в этой связи переводчиком книги Фивега на английский язык, американским профессором Коулом Дурэмом:

борьба за свободу слова в Америке и аргументы, приводившиеся в защиту этой свободы, могут быть рассмотрены как аргументы в пользу важности сохранения топов (общих мест) в его наиболее полном виде и, следовательно, как гарантия того, что при решении социальных проблем всем относящимся к делу общим местам – различным подходам и точкам зрения, – будет уделено надлежащее внимание. С точки зрения топикки, по мысли того же Дурэма, центральное планирование в экономике неэффективно именно потому, что неспособно учесть все топы, которые имеют значение для защиты интересов различных индивидов, а значит, и неспособно решить их проблемы. В этом Дурэм видит и символический смысл того, что Адам Смит, отец рыночной теории, читал лекции по риторике и издал “Лекции по риторике и литературе“.