

А. К. Соболева

ТЕОДОР ФИВЕГ И ЕГО КНИГА
 «ТОПИКА И ЮРИСПРУДЕНЦИЯ: К ВОПРОСУ ОБ ОСНОВНОМ
 МЕТОДЕ ИССЛЕДОВАНИЙ В ПРАВЕ»
 (Theodor Vieweg. Einheitssacht: Topik und Jurisprudenz.
 Munchen, 1953)

"Мнение, что адекватная теория юриспруденции должна принимать во внимание *риторику*, сейчас является достаточно распространенным. В соответствии с ним образованный юрист воспринимается как эксперт в правовой *аргументации*, которая должна пониматься в свете общей риторической теории *аргументации*, т.е. в свете теории обоснования высказывания"

(Теодор Фивег. Предисловие к 4-му изданию книги "Топика и юриспруденция". - Theodor Vieweg. Topics and Law: a Contribution to Basic Research in Law. Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Mein, 1993, p. XXXIX).

В 1950 году Теодор Фивег (1907-1988) прочитал лекцию "Топика и аксиоматика в юриспруденции", которая легла в дальнейшем в основу книги "Топика и юриспруденция", увидевшей свет в 1953 году и ставшей классической как в области риторики, так и в области права. Книга была написана приблизительно в то же время, что и трактат Перельмана по неориторике, и получила во многих странах, в частности в Германии, Италии, Испании, Португалии и Японии, не меньший резонанс. Однако в России книга Фивега осталась незамеченной. Объясняется это, по-видимому, прежде всего тем, что советские филологи и риторы в 50-60-е годы не занимались исследованием частных риторик, и юридической риторики в том числе, а юристы вообще исключили слово "риторика" из своего лексикона, и уж во всяком случае не связывали риторику с понятиями рассуждения и доказательства. Да и сейчас утверждение о том, что в праве применяется не логический, а риторический метод доказывания может привести в шок значительную часть русских юристов. Справедливости ради надо

заметить, что и в Германии реакция на книгу не была однозначной, ведь для того, чтобы по достоинству оценить вклад Фивега в правовую теорию, необходимо было основательно вникнуть в смысл и значение античных и средневековых категорий риторики, а также взглянуть на право с другой, особой точки зрения, столь непривычной для сторонников и последователей континентальной системы права, отличающихся системно-догматическим мышлением.

Фивег осознавал сложность стоящей перед ним задачи, поэтому первую часть своей работы целиком посвятил тщательному анализу античных и средневековых риторических сочинений, в которых рассматриваются топики, а также снабдил книгу обширным комментарием, библиографическими и другими справочными материалами.

Что касается замысла книги, то Фивег пишет, что исходил при ее написании из идеи о том, что интеллектуальная деятельность античности, породившая юриспруденцию, основывалась на топике. Отправной точкой для рассуждений Фивега о топике и праве послужила диссертация Джамбатисты Вико "О рациональном способе обучения в наше время" (*De nostri temporis studiorum ratione*), написанная в 1708 году. Фивег пишет, что именно Вико первым охарактеризовал старый метод правового анализа как "риторический", или топический, а новый - как "критический". Старый метод берет начало в античности и в наиболее полном виде был развит Цицероном. Новый метод берет, по сути дела, свое начало от Декарта, хотя Вико ссылается не на него, а на Арно - соавтора известной книги "Логика, или искусство мыслить" Пор-Рояля.

Вико писал о том, что *новый* (догматический, или критический) метод исходит из существования *primum verum* - высшей истины, которая не может быть ни опровергнута, ни даже поставлена под сомнение. Дальнейшее рассуждение выстраивается посредством создания длинных дедуктивных цепочек. В противоположность этому⁷ методу, *старый* метод (*topica*) выглядит следующим образом: исходная точка устанавливается здравым смыслом (*sensus communis*), который основывается на вероятии (*verisimilia*) и который далее в соответствии с риторическими топосами изменяет углы зрения и работает с набором силлогизмов.

Сравнивая эти два метода, Фивег приходит к выводу, что современный системно-ориентированный дедуктивный метод немало теряет в сравнении с проблемно-ориентированным топическим

методом античности, поскольку только последний привлекает к анализу правовых проблем человеческую рассудительность, воображение, память, языковую выразительность, зрелость суждения - одним словом, все то, что является собственно человеческим компонентом. Только старый риторический метод, и в частности его центральная часть - риторическая топика - учит рассматривать дело в разных перспективах, т.е. находить разные точки зрения - *topoi*, а ведь без этого невозможно установление справедливости и разрешение правовых проблем.

Фивег, отталкиваясь от "намёка" Вико (термин Фивега), так сформулировал в предисловии свое понимание топики: *"Топика - это способ проблемно-ориентированного мышления, который был развит риторикой. Она представляет собой умственную работу, в корне отличающуюся на каждом уровне от той, которая существует при дедуктивной системе"*¹. При этом он выводит такое понимание топики из классического определения общего места, данного в трудах Аристотеля и Цицерона. "Спрятанные вещи легко обнаружить, - писал Цицерон, - если место их указано и обозначено; подобно этому, когда мы хотим отыскать доказательства [аргументы], мы должны знать их "места" (этим словом Аристотель назвал как бы хранилища, откуда извлекаются доказательства [аргументы])"².

Исходя из этого, Фивег считает, что общие места (топосы) могут быть представлены как умственные ориентиры в топографии аргументации. Однако в этом качестве они выступают не только как памятки о том, какие аргументы необходимо задействовать в речи, но и, на более глубоком уровне, как исходные пункты для созидательного процесса при решении проблем.

Анализируя с точки зрения топики *ius civile* (которое понимается Фивегом не только как собственно римское право, но и как навеянная римским правом традиция правотворчества), *mos italicus*, или "итальянский стиль" (распространившийся в конце средневековья из итальянских университетов по всем Альпам и способствовавший рецепции римского права в Германии в эпоху Возрождения), попытки Лейбница использовать топический метод в *ars combinatoria*. соотношение топики и аксиоматики в юриспруденции, а также роль топики в современном правовом мышлении применительно к гражданскому праву, автор приходит к выводу, что топика всегда была и остается неотъемлемой частью правового мышления. При этом юриспруденция рассматривается им не как наука о праве, а как специальная процедура для

рассмотрения правовых проблем, которая в этом качестве - именно как процедура - может быть предметом правовой науки. Тому, кто постарается понять эту проблемно-ориентированную процедуру и внести в нее столько ясности и отчетливости, сколько полагается, крайне необходимо будет принять во внимание топику и развить на ее основе адекватную теорию праксиса.

Слово "юриспруденция" использовано в заглавии книги неслучайно: достаточно обратиться к его этимологии, чтобы понять, почему Фивег использовал это слово, а не слово "право". Слово *jus, juris* в переводе с латинского означает "право", а слово *prudens, prudentis* - "действующий сознательно, основательно знающий, рассудительный, благоразумный". Юриспруденция - это не просто основательное знание права, но и умение судить о праве, рассуждать о правовых проблемах благоразумно, практично, основательно (от лат. *prudens* - основательное знание, рассудительность, ум, благоразумие, практичность). Коул Дарэм - переводчик книги Фивега на английский язык и автор предисловия к английскому изданию - увидел в обращении Фивега к этому термину особый смысл - еще одно напоминание автора о том, что в конечном счете право - это и есть скорее рассудительность, т.е. практическая способность, основанная на применении топосов, чем наука, сводящаяся к дедуктивной систематизации.

Знаменательно, что подобная работа появилась не в Англии и не в Америке - странах с прецедентной системой права, являющейся, по меткому замечанию американского профессора Коула Дарэма, "инстинктивно риторической", а в послевоенной Германии, чья правовая культура была в высшей степени системно-ориентированной. В исходной посылке о том, что правовое решение по любому частном⁷ делу может и должно быть научно выводимо из норм права, содержащихся в конституции, кодексах и законах, видели панацею от злоупотреблений властью, от ее превышения, от произвола и пристрастности при отправлении правосудия. Мысли Фивега, усомнившегося в правильности такого подхода, казались не просто неправильными - они казались угрожающими с⁶шествующему правопорядку. Неудивительно, что книга вызвала волну дискуссий в научных кругах и литературе, которая не утихает до сих пор.

Критики Фивега, прежде всего, приписывали ему полное отрицание роли систематизации в праве. Однако Фивег никогда не писал о том, что систематизация в праве не нужна. Напротив, он признавал, что право имеет свою систему и структуру. Другое

дело, что эта система, по мысли Фивега, является не аксиоматической или дедуктивной, а *риторической*, т.к. задается системой общих мест - топосов. Он не отрицает ни важности системного мышления, ни необходимости классификации и упорядоченности правового материала. Но он проводит идею, что этого недостаточно и что решение правовых проблем не может быть сведено только к этому.

Вторым возражением Фивегу было то, что топический подход приводит к излишней активности судебной власти, ставя ее выше законодательной. Но, как правильно отмечает Коул Дарэм³, во-первых, никто не доказал, что подобная судебная созидательность сама по себе плоха, а во-вторых, никто не доказал, что судьи, применяющие топический метод аргументации, более склонны злоупотреблять своей властью, чем судьи, использующие какой-либо другой методологический подход. Прецеденты, принципы права, каноны интерпретации и другие источники общих мест - топосов - ограничивают судью не меньше, чем нормы статута. Фивег проводит мысль о том, что аналитическая риторика как раз и служит для выявления тех установок, которыми должны руководствоваться судьи при вынесении решения. Общие места, из которых судьи должны черпать свои доводы при мотивировке принятого решения, как раз являются средством ограничения произвола судей, так как они задают те рамки, в которых судьи проявляют свои дискреционные полномочия. Таким образом, топосы выступают как ограничение на произвольное толкование норм и принципов права.

Третье возражение Фивегу основывалось на том, что применение топического метода в праве приведет к разногласиям как среди юристов, так и в обществе в целом, подорвет основы правопорядка и законности. В ответ сторонники метода отмечали, что в современном обществе, где все большее значение приобретает внесудебный порядок разрешения правовых споров, такой как улаживание их путем переговоров, альтернативных правовых процедур и т.п., именно топический метод является необычайно продуктивным в плане выработки и анализа неординарных решений для возникающих проблем.

Следует добавить, что применение топического метода в праве возможно не только при анализе конкретных правовых споров. Организация компьютерных баз данных, составление компиляций правовых документов, определение структуры кодексов по новым отраслям права, издание справочно-библиографического 6 Зак. 653

материала по правовой проблематике основаны на использовании топосов, соответствуют определенной топической модели.

Главное же достоинство топического метода автор и его многочисленные сторонники видят в том, что он находится в самом центре основополагающего принципа правосудия: для того, чтобы суд был справедливым, необходимо выслушать все стороны и принять во внимание все возможные точки зрения, а это и значит рассмотреть все относящиеся к делу топосы (тошл).

Хотя топический подход Фивега так и не стал в Германии главным методологическим подходом к анализу правовой действительности, он, вне всякого сомнения, вот уже в течение 40 лет продолжает оказывать влияние на развитие как правовой, так и риторической мысли. Последователи Фивега продолжают развивать его идеи в рамках так называемой Майнцской школы, которая уделяет значительное внимание риторическому анализу.

Фивег не ставил целью рассмотреть все аспекты взаимоотношений между риторикой и правом, а остановился лишь на том вкладе, который риторика вносила и продолжает вносить в развитие правового мышления. Его книга "Топика и юриспруденция" - это исследование *способа*, посредством которого люди рассуждают о правовых проблемах.

Он стремится показать, что дедуктивно-систематический метод, в отличие от проблемно-ориентированного топического, уходит от решения проблем. Ибо чем длиннее дедуктивная цепь рассуждения, тем больше мы удаляемся от конкретной ситуации, и, несмотря на корректность заключения, оно становится менее и менее подходящим для разрешения конкретной проблемы. При дедуктивно-систематическом подходе мы тревожим изначально комплексные взаимосвязи между составляющими проблемы. К тому же, ни одна проблема не может быть решена чисто логическим путем, а поскольку она остается нерешенной, она продолжает беспокоить того, перед кем стоит. Значит, он вынужден снова и снова пересматривать посылки, находить новые, а следовательно, он неминуемо придет к искусству изобретения, то есть топике как *ars inveniendi*.

Топика как *ars inveniendi* отличается от логики, являющейся *ars iudicandi**, как процедура поиска посылок от процедуры их

применения. Топика - это предлогическая ступень. Сначала топика находит посылки, затем логика их применяет.

Естественно, может возникнуть такой вопрос: если возможно создание некоего каталога общих мест, значит, будучи созданным, он будет накладывать ограничения на дальнейшую свободу в поиске мыслей, то есть он обретет такую же обязывающую силу, как и сила логического доказывания. Действительно, существует определенная "привязка" общих мест к типам проблем, однако эти инференциальные связи весьма ограничены и к тому же в любое время могут быть разорваны. Проблемное мышление всегда стремится избежать участи оказаться связанным. Однако в некоторых установленных, зафиксированных соглашениях между людьми оно даже заинтересовано, "ибо если человеку не удалось достигнуть общих основ понимания для себя и своего партнера по коммуникации, по крайней мере в пределах определенной области, он не может привести существенных убеждающих доказательств".⁴ Таким образом, "топика и каталоги топик в значительной мере выполняют функцию первичного установления и достижения определенного понимания. Они приводят в соответствие вопросы и ответы и указывают, что именно, по большому счету, заслуживает более детального рассмотрения. Таким образом происходит их продолжающаяся взаимная поднастройка, а задействованные топика - не только специальные, но также и генеральные - в результате этого задают соответствующие поля, в пределах которых происходит аргументация и которые нельзя покинуть, если вы не хотите потерять ощущение правдоподобности аргументации".⁵

Каталог специальных общих мест является достаточно эластичным. Он может быть расширен или сокращен. Например, он сокращается за счет того, что ранее принятые точки зрения перестают быть приемлемыми. Это происходит не очень часто и не вдруг, поскольку раз найденное решение проблемы обычно не пересматривается. В то же время, "даже здесь топическое мышление дополняет себя, именно в форме *интерпретации*, которая стремится открыть новые возможности для понимания без повреждения старых. Это происходит следующим образом: пусть мы продолжаем придерживаться установленных ответов, но эти старые ответы рассматриваются нами уже с новых точек зрения (топика), которые являются производными от абсолютно других контекстов и позволяют дать старым ответам новый поворот... Не каждая интерпретация (объяснение, экзегезис, герменевтика)

* Топику как *ars inveniendi* отделил от диалектики как *ars iudicandi* Цицерон в работе «Топика». - *Corpus Scriptorum Latinorum... Ciceronis Opera, vol. III, Rhetorica. Brutus. Orator. Topica... Lipsiae apud G. J. Goeschen, c. 244.*

делает это, хотя каждая могла бы. Интерпретация является частью Топики и великолепно подходит для осуществления указанных адаптации."⁶

Основные послышки при вышеописанной процедуре легитимируются посредством их принятия партнером по коммуникации: "Всё то, что неоднократно предполагается всеми сторонами, выступает как фиксированное, как неоспоримое, и, в конце концов, в этом контексте даже как доказанное. Подобным образом, послышки оцениваются в свете определенной проблемы как "относящиеся к делу", "не относящиеся к делу", "приемлемые", "неприемлемые", "отстаиваемые", "неотстаиваемые" и т.д. Более того, нюансы, типа "вряд ли отстаиваемые", "все же отстаиваемые", похоже имеют смысл здесь и только здесь".⁷

Все, что получило силу в результате обсуждения и соглашения, может выступать в качестве послышки. Обсуждение же всегда основано на некоем предварительном знании, распространенном среди разумных людей и имеющем определенный вес. Другими словами, даже в царстве мнения человек стремится опереться на подлинные взгляды, а не только на чисто произвольное мнение. Здесь мы имеем дело с процессом приобретения знаний, и результат этого процесса во многом зависит от того, кого мы вовлекаем в этот процесс в качестве партнера.

Однако привести послышку⁷ еще не значит ее обосновать. Обоснование послышек - логический процесс, который требует дедуктивной системы. Основной вопрос состоит в том, где начинается переход от топического способа рассуждения к дедуктивному способу. Если для некоторых областей знания возможно создание каталогов общих мест, эти каталоги дают стимул для их перевода в дедуктивную систему. Кроме того, обучение предмету наилучшим образом возможно именно через дедуктивную модель. Таким образом, как правило, топическая система расчищает путь для дедуктивной системы. Топика - это первая стадия в доказывании, состоящая в нахождении послышек, а дедукция - вторая стадия, ведущая к обнаружению истины. Однако важно заметить, что именно топика, а не дедукция ведет к решению проблемы.

Пропозиции, с которыми работает топика, подвергаются логическому подтверждению только в ограниченной мере, но "тем не менее, они обсуждаемы; и в царстве Топики, таким образом, главный интерес состоит в том, чтобы, по меньшей мере, сформулировать эту обсуждаемость возможно более ясно и просто".⁸

В то же время, в попытках систематизировать топы или интерпретировать их как исходные точки для создания какой бы то ни было системы, Фивег видел определенную опасность. Он объяснял это тем, что чем больше систематизации мы вносим, тем дальше от проблемы мы уходим. Следовательно, чем строже систематизация в праве, тем меньшей гибкостью оно обладает. Поэтому⁷, когда возникают новые проблемы, потеря правом гибкости частично компенсируется через его интерпретацию. И здесь именно топика, поскольку она предлагает достаточно свободный и несвязанный каталог общих мест, который особенно легко поддается расширению и дополнению, способна вернуть праву утрачиваемую гибкость.

Свои заключения Фивег подтверждает тщательным анализом примеров из различных правовых систем.

В главе "*Топика и ius civile*" он подробно анализирует один из отрывков Дигестов Юлиана, касающийся проблемы незаконного владения (узукагшо). Римское право всегда разочаровывало сторонников системного метода, ибо способ изложения казусов делал попытки применения дедукции абсолютно бесполезными. Дигесты - это скорее проблемно-ориентированный контекст.

Противопоставление между казуистической и систематической моделью часто пытались представить как противопоставление практического подхода теоретическому. Однако неясно, что такое практика. К тому же, одно дело, когда примеры приводятся, чтобы проиллюстрировать систему⁷, и другое дело, когда они служат риторическими топосами, то есть служат для рассуждения "от дела к делу". Из казусов, приведенных в римском праве, не так-то просто вывести правовую пропозицию.

Фивег пишет, что анализ практически всех источников римского права, проведенный учеными, подтверждает его выводы. "Таким образом, римский юрист имеет дело с проблемами и поиском аргументов. Как следствие этого, ему необходимо развить соответствующую технику (искусство, *techne*). Вне всякого сомнения, он не пытается проиллюстрировать контекст, из которого он исходит - он двигается в его пределах. Это основной подход Топики".⁹

Свидетельством важности топического подхода в праве может служить рассуждение Цицерона в диалоге "Брут". В "Бруте" (Or. cit, с. 152) Цицерон пишет: "Я придерживаюсь того мнения, что в гражданском праве и Сцевола, и многие другие обладают обширным опытом, но только он имеет знания в соответствии с

принципами искусства (*lege artis*). Цицерон считает, что Сцевола - его друг и напарник по занятиям риторикой - никогда не достиг бы вершин мастерства, если бы он изучал одно лишь право, и не изучал бы дополнительно к нему диалектик}' (в смысле искусства убеждения). Искусство диалектики учит, как разделить проблему на части, сделать явным то, что спрятано внутри нее, объяснить неясное в ней путем интерпретации, увидеть двусмысленности и развести их и, наконец, вывести правило, по которому' можно отличить правильное от неправильного и определить, какое заключение должно следовать из каких посылок, а какое не должно.

Дигесты Юлиана дают нам представление о том, как может выглядеть каталог топов для права. Практически, они представляют собой подручный репертуар очень важных, давно утвердившихся точек зрения в форме цитат из сочинений юристов, составленный без всякого намерения их систематизировать и имеющий весьма свободное расположение. Что касается расположения, следует упомянуть несколько *topoi*, большинство из которых всемирно известны: "то, что имеет дефект в самом начале, не может стать действительным с течением времени", "никто не может передать другому больше прав, чем сам имеет", "где возможно большее, возможно также и меньшее".

Фивег считает, что эти утверждения соответствуют диалектически установленным посылкам, понимаемым в свете идей Аристотеля, так как могут считаться правдивыми в силу того, что кажутся таковыми "всем, или мудрым - всем или большинству, или наиболее известным из них". Иными словами, они считаются таковыми в силу авторитета.

I

Но если верно, что римская юриспруденция не отличается, по крайней мере по своей основной структуре, от риторики и философской апоретики, имеет смысл задать вопрос, существуют ли генетические корни между этими дисциплинами. Иоханнес Стру (*Johannes Stroux*) предпринял исследования в данном направлении, попытавшись обсудить исторические взаимоотношения между римской наукой права и риторикой. Основная мысль его статьи *SUMMUM IUS SUMMA IURIA* такова: "Риторика не была... специализированной дисциплиной, но уже около I 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 юрисконсульта (*Iuris Consultus*), был немислим без того образующего влияния, которое риторика оказы-

вала на него в юности и которое в значительной мере помогало ему сделать политическую карьеру, требовавшую выступлений".¹⁰

Фивег отмечает, что Стру видел генетический мостик между риторикой и римской юриспруденцией в риторической доктрине статусов, "которая служит для того, чтобы перевести начальный конфликт (обычно уголовный) в состязательное дело для говорящих, где сначала отделяются обвинение и защита, а затем фактическая защита (*status coniecturalis*) от правовой защиты (*status qualitatis*). Если таким образом устанавливается статус дела (*status causae*), соревнующиеся друг с другом риторические схемы предоставляют точки зрения для нахождения доказательств. Для наших целей дела, в которых обсуждаются нормы права и их интерпретация, представляют особый интерес. Обычно приводятся четыре хорошо известных примера. Первый - это спор о том, что является решающим - буквальное толкование нормы права или так называемое намерение законодателя (*reton kai dianois*, *scriptum et voluntas* или *sententia*); второй - коллизии права (*antinomia*, *leges contrariae*); третий - двусмысленность права (*amphibolia*, *ambiguitas*); четвертый - фрагментарный или неполный характер права (т.е. наличие в нем пробелов; средства же их исправить - это *sylogismos*, *ratiocinatio*, *collectio*").¹¹ По мнению Стру, эта риторическая теория правовой интерпретации, основанная на ранних работах Цицерона, оказала значительное влияние на правовую интерпретацию (*iuris interpretatio*).

Фивег считает, что независимо от того, соглашаемся ли мы с оценкой влияния доктрины статусов на право, мы не можем не заметить, что "в любом случае способ мышления у раторов и юристов один и тот же". Причина этого лежит в похожести их исходных посылок.

В главе "*Tonika u mos Ualicus*" Фивег рассматривает деятельность средневековых глоссаторов, или комментаторов права. То, что они были хорошо знакомы с топикой, гарантировалось существовавшей системой образования. Средневековые юристы прежде, чем приступить к изучению специальности, должны были изучить семь свободных искусств, в число которых входила риторика и соответственно топка. Многие из них были ранее магистрами искусств (*magistri artium*) - например, автор одной из книг писал о себе, что он "бывший магистр (учитель) свободных искусств, для которого преподавательская деятельность в области риторики открыла путь к преподаванию права". Это утверждение

верно и относительно Ирнериуса (умер ИЗО), основателя школы права в Болонье. Он тоже стал сначала магистром искусств.

"Тесные узы между риторикой (Топиской) и юриспруденцией, возникшие в результате этого и полностью оправданные, оказались, в какой-то степени, очевидным провалом в историческом сознании современного юриста. Эта связь, однако, соответствует традиции, идущей от ранней античности и периода вхождения в средневековье, который находился главным образом под влиянием Цицерона. Справедливо указывалось, 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 самоочевидной; и что Исидор из Севильи (умер в 636 г.) прямо характеризовал риторику как науку человека, искусного в праве (*scientia iuris peritorum*)".¹²

Средневековые юристы столкнулись с довольно сложной проблемой: с одной стороны, сохранить приверженность древним текстам права, с другой - приспособить их к новым условиям. Первый вопрос состоял в том, что делать, если тексты противоречат друг другу; второй - как создать подходящие взаимоотношения между текстом и ситуацией. В обоих случаях ответ должна была дать тописка. "В целом попытку⁷ решить их называли по большей части экзегезисом или интерпретацией. Именно в то время, когда старый стиль был окончательно дискредитирован, была подчеркнута важность этой попытки: без интерпретации нет юриспруденции!"¹³

"В случае текстуальных расхождений вещи предстают следующим образом: противоречия (*contrarietas*) в источниках дают повод сомнениям (*dubitationes, dubietates*) и ученым спорам (*controversia, dissensio, ambiguitas*) и требуют решения (*solutio*). Решение должно последовательно согласоваться с господствующими методами примирения (*concordantia*); для достижения этой цели возможно использование различных средств. Самое простое из них - субординация авторитетов. Если спорные тексты имеют равное достоинство, этот подход отпадает. Из оставшихся средств наиболее важны проведение отличий и тесно примыкающее к нему разделение. Короче говоря, эти средства определяют порядок, согласно которому' каждому отрывку текста приписывается его собственная ограниченная область действия. Без созидательное™ или инвенции - т.е. без Тописки - это вряд ли возможно. В этом отношении, такие генеральные риторические *topoi* как по-

добное и противоположное (*similia, contraria*) становятся наиболее значимыми." (Там же, с. 56).

Вторая проблема - создание подходящих отношений между отрывком текста и ситуацией - настолько очевидно является предметом тописки, что на этом пункте Фивег останавливается весьма кратко. При применении нормы права происходит поиск и нахождение точек зрения, которые оправдывают применимость конкретного отрывка текста к данной ситуации. Чем больше уважение к применяемому тексту и чем больше разница между проблемными ситуациями - вызвавшей создание текста, с одной стороны, и существующей в то время, когда отрывок текста должен быть применен, с другой, - тем больше необходим для этого топиский процесс.

Поиск общих мест, характерных для любого судебного дела, привел к созданию многочисленных средневековых формул, применимых как при анализе проблемы, так и в дидактических целях - при обучении праву.

Фома Аквинский предлагал следующую формулу, ставшую классической. 1) *utrum...* (постановка проблемы); 2) *videtur quod...* (подобные точки зрения); 3) *sed contra...* (противоположные точки зрения); 4) *respondeo dicendum...* (ответ, решение); 5) в то время как... (снова возражения, которые уже есть или могут появиться против решения).

М.Грибальдус Мофа излагал схему по-другому: 1) *praemitt*, 2) *scindo*, 3) *summo*, 4) *casumque figuro*, 5) *perlego*, 6) *do causas*, 7) *connoto*, 8) *et oblicio*. Фивег расшифровывает ее следующим образом:

- 1) вступительная характеристика, объяснение терминов, и другие вводные рассуждения;
- 2) разделение мыслей, содержащихся в тексте;
- 3) обновленная рекапитуляция;
- 4) изложение дела, взятогб или из текста, или из сборника прецедентов, или из практики, или изобретенного;
- 5) чтение текста, интерпретация;
- 6) приведение доводов в обоснование решения (с использованием четырех аристотелевских причин - достаточной, материальной, формальной и конечной);
- 7) перечисление дальнейших замечаний, ведущих к развитию общих правил - так называемые *brocardica, regulae, loci communes axiomata*;

8) ответы и возражения, на которые особый упор делала схоластическая диалектика.

Каталог юридических общих мест подобного типа может быть найден и в позднейших сочинениях. Он содержит *topoi* или *loci ordinarii* юриспруденции, признанные школами права, и предполагает, главным образом, знание посылок, применимых в каждом судебном деле. В соответствии с укрепившейся традицией, *loci ordinarii* - это клад профессиональных знаний. Мофа приводил такие примеры: "в случае сомнения должно отдаваться предпочтение более благоприятной интерпретации", "вина более, нежели деяние, должна учитываться при обвинении человека", "общественной пользе должно отдаваться предпочтение перед частным удобством" и т.п.

Хорошо известно, что эти общие места не в малой степени легитимируются благодаря их оценке. В этом отношении, ранг их престижа (иерархия авторитетов) играет весьма значительную роль. Именно авторитет - один из важнейших топосов средневекового мира - гарантирует их признание.

Глава "*Topica* и *ars combinatoria*" содержит интересные сведения о безуспешных попытках Лейбница поместить искусство изобретения (*ars inveniendi*) под арифметический контроль. Находясь под влиянием идей Луллия, Лейбниц стремился математизировать *топик*-, называя ее *ars combinatoria* - искусством комбинирования. (*Dissertatio de arte combinatoria* - 1666). Попытка не удалась из-за многозначности значений слов естественного языка.

Хотя может быть, дотекает мысль Фивег, попытки поставить правоприменение под строгий научный контроль были обречены на провал из-за ошибок в подходе? Может быть, следует попробовать убрать *топику* через систематизацию? Фивег предпринимает такую попытку в главе "*Topica* и *аксиоматика*". Предположим, - пишет он, - что каталог общих мест содержит фундаментальные концепции и принципы из конкретной области гражданского права (в более или менее произвольной последовательности) и что перед нами стоит задача создать и развить из них логическую систему S. На дедуктивный метод мы сможем положиться, только если нам удастся создать полный каталог топосов. Однако создать его невозможно. Каталог должен быть полным - это значит, что все мыслимые пропозиции должны быть сводимы к уже имеющимся в системе S; пропозиции должны быть последовательными, непротиворечивыми и взаимно исключать друг друга. Более того, они сами, входя в систему, не могут быть подтвер-

ждены внутри нее. Одна из аксиом не должна следовать из другой (иначе в системе будут избыточные пропозиции). Если нам удастся установить такой список, удовлетворяющий требованиям полноты, последовательности и независимости - мы можем все остальные пропозиции выводить из аксиом по правилам логической манипуляции, т.е. посредством выводов из дедуктивных цепочек рассуждения. Если нам удастся установить такие аксиомы для гражданского права, мы сможем говорить о логической системе в гражданском праве. На самом деле это никогда не было реализовано до конца, хотя юристы и настаивают на существовании такой системы.

Реально существующий правопорядок не является системой в логическом смысле. Скорее, это неопределенное множество таких систем, которые значительно различаются по объему - иногда не превышая нескольких выводов, - и взаимные отношения между которыми не являются строго установленными. Ибо такое было бы возможно, только если бы все эти системы входили в одну единую систему¹⁴.

Поскольку множественность систем подразумевает возможность коллизий, необходим инструмент для их ликвидации. Его находят в интерпретации. Ее задача - привести к общепризнанной гармонизации, или согласованности (*concordantia*). Но "как только мы обращаемся к интерпретации, которая, как мы только что упомянули, предписывается естественным состоянием права, в правовую систему' проникает *Топика*. Ибо интерпретативное мышление должно маневрировать в стиле *Топики*. Более того, если мы примем во внимание..., что правопорядок подвержен непрекращающимся изменениям во времени, роль интерпретации, а следовательно, *топики* как инициатора примирения противоположностей (*coincidentia oppositorum*), становится еще более насущно необходимой"¹⁵.

Таким образом, разрешение антиномий в праве возможно только с помощью *топики*, так как только она дает метод примирения противоположностей.

Проникновение *Топики* в систему права происходит и в связи с использованием естественного языка. То, что язык сочетает в себе практически бесконечное множество постоянно меняющихся горизонтов понимания, осознается сегодня всеми. Если кто-то зависит от естественного языка, как это бывает практически всегда в сфере права, то он находится, как систематизатор, в посто-

янной опасности быть неосознанно, но принудительно, вовлеченным в его интерпретацию и реинтерпретацию, поскольку значение слов в языке меняется, а буква закона остается.

В топической манере происходит и интерпретация фактов, которые привлекаются для рассмотрения в определенном деле, поскольку помещение фактов в правовую систему - не что иное, как подведение их под определенный топос. "Каждый раз, когда заслушивается противная сторона или приводится показание свидетеля или эксперта, мы неизбежно вспоминаем об этом, потому что часто мы знакомимся здесь с совершенно различными точками зрения или горизонтами понимания. Только в ходе процесса становится, наконец, ясно, какие факты имеют отношение к позитивному праву и какое позитивное право должно применяться к данным фактам. То, что в упрощенном виде привыкли называть применением права, в значительной мере является взаимным "прилаживанием" фактов и правового порядка друг к другу".¹⁶

Все это говорит о том, что правовая система вряд ли может быть названа системой в логическом смысле, а само право и сегодня основывается не столько на логике, сколько на искусстве изобретения (*ars inveniendi*), как и в те времена, когда Цицерон объяснил, что топики предшествуют логике. Даже если мы постараемся аксиоматизировать право с полным запрещением интерпретации вне правил и установим строгие и исчерпывающие правила интерпретации, процесс отбора аксиом и правил все равно неизбежно останется областью топики.

В заключение Фивег делает несколько важных замечаний, касающихся развития топики в связи с исследованиями в современной лингвистике и риторике. Они сводятся, в принципе, к следующему:

1. Возвращение интереса к риторике основывается на том, что вся аргументация начинает пониматься как исходящая из конкретной речевой ситуации. Это приводит к тому, что разводятся неситуативный и ситуативный способы мышления и изучаются различия между ними. Для более детального анализа привлекаются данные семиотики, синтаксиса, семантики, прагматики, и соответственно, различаются синтаксический, семантический и прагматический аспекты видов речи.

"Здесь следует сделать важное замечание, абсолютно ясно, что, начиная с античности, риторике всегда отдавался приоритет над прагматикой, и что точно так же очевидно, что новый интерес к риторике вернулся к этой же перспективе. ... Ибо теперь мы

стремимся, с новыми силами и с новыми средствами, принять в расчет прагматическую ситуацию как исходную точку, в которой берет начало любая речь, с тем, чтобы сделать понимаемыми все дальнейшие продукты мысли. Таким образом, мы прокручиваем все продукты мысли назад, к их ситуационным началам, для того, чтобы объяснить их заново."¹⁷ Если назвать способ мышления, который движется в пределах прагматической речевой ситуации, ситуационным, а противоположный способ мышления, который не принимает во внимание речевую ситуацию, неситуационным, то можно разобраться и в ряде других взаимоотношений, служащих предметом рассмотрения в книге "Топика и юриспруденция".

2. Неситуационный способ мышления дает интеллектуальное удобство. Если отрешиться от прагматической ситуации как исходной точки, можно без особого беспокойства иметь дело с синтаксической структурой. Упор на синтаксис привел в начале современной эры к знаковым иерархиям в рационалистической правовой системе (которую критиковал уже Монтескье). В живом праве приходится иметь дело с экстра-синтаксическими, в высшей степени ситуационно-обусловленными и прагматическими измерениями. Ситуационная проблематика неизбежно связана с топикой как искусством изобретения.

3. Речевая ситуация диктует наличие коммуникативных обязательств. Без таких обязательств диалог как процесс интеллектуального творчества состояться не может. Так же и в праве: юрист знает свои процессуальные обязанности, и одним из наиболее эффективных процессуальных средств, накладывающих на него коммуникативные обязательства, может считаться бремя доказывания. В гражданском праве истец обязан доказать основания для иска, а в уголовном прокурор - вину подсудимого. Риторическим обязательствам, накладываемым на речь, современная философия придает особую значимость, формулируя основное правило приблизительно так: "Тот, кто говорит, должен уметь обосновать то, что он говорит". Этого требует общественный интерес, ибо только при этом условии возможен разумный диалог.

Вероятно, работа Фивега поставила больше вопросов, чем дала ответов. Является ли риторический подход к решению проблем права единственно возможным? Как вписывается риторика в круг более новых дисциплин, прежде всего герменевтики, теории речевой коммуникации, прагматики? И чем же все-таки является сама риторика: искусством, наукой или методом? Должны ли мы

реанимировать риторiku как дисциплину или достаточно использовать выработанные ею средства создания и анализа высказывания? Где и как мы должны искать топосы? Как оценить их значимость и выстроить в иерархию? И как определить, известны ли они "всем, или большинству людей, или мудрым - всем, либо большинству, либо самым известным из них"¹⁸, и где искать этих известных и мудрых? Ответы на эти и другие вопросы важны не только для развития риторики и права, но и для понимания различий в культурных и этических традициях народов, а также различий в мировоззрении отдельных профессиональных, религиозных, социальных, этнических групп, принадлежащих одному народу. Со времени опубликования книги Фивега прошло более 40 лет, но поиск этих ответов продолжается.

Но даже если не принимать в расчет тот стимул, который придала риторическим исследованиям во всем мире книга Фивега, только сама попытка вернуть риторике и праву их изначальную связь и взаимопроникновение уже заслуживает самого пристального внимания, поскольку помогает вернуть юристам, философам и филологам утраченный взгляд на единство интеллектуального подхода при анализе проблем в различных областях знания.

1. Vieweg, Theodor. *Topics and Law: a contribution to basic research in law.* - Frankfurt am Mein; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993, p. 2.

2. Цицерон. Топика. - В кн.: Цицерон. Эстетика: трактаты, речи, письма. М., Искусство, 1994, с. 58.

3. Durham, Cole W., Jr. Foreword to: Vieweg, Theodor. *Topics and law: a contribution to basic research in law.* - Frankfurt am Mein; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: Lang, 1993, p. XXI.

4. Там же, с. 29.

5. Там же, с. 30.

6. Там же, с. 30.

7. Там же, с. 30-31.

8. Там же, с. 33.

9. Там же, с. 39.

10. Цит. по книге Фивега, с. 48. (Stroux, Johannes. *Summum ius summa iniuria.* - In: *Romische Rechtswissenschaft und Rhetoric*, 7-80. Postdam: E.Stichnote, 1949).

И. Там же, с. 48.

12. Там же, с. 53.

13. Там же, с. 56.

14. Там же, с. 75.

15. Там же, с. 76.

16. Там же, с. 78.

17. Там же, с. 100.

18. Аристотель. Топика. Соч. в 4-х т., М., 1978, т. 2. с. 389.