

Бъярн Мелкевик

**ЮРИДИЧЕСКАЯ
ЭПИСТЕМОЛОГИЯ
И УЖЕ-ПРАВО**

Париж

2017

Buenos Book International

Бьярн Мелкевик. Юридическая эпистемология и уже-право. Перевод с французского В.А. Токарева. Научная редакция перевода – М.В. Антонов.

Впервые опубликовано: Melkevik B. *Épistémologie juridique et déjà-droit*. Paris: Buenos Books International, 2014.

Впервые опубликовано на русском языке в сборнике: Бьярн Мелкевик. Юридическая практика в зеркале философии права. СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2015. – 288 с.

Об авторе: Бьярн Мелкевик – доктор права Университета Ассаз-Пантеон (Париж-II), профессор юридического факультета Университета им. Лавалья (Квебек, Канада).

Настоящая работа представляет собой новое издание опубликованного в 2015 году перевода книги канадского профессора Б. Мелкевика, где автор ставит вопрос о познаваемости права, об определмости концепта «право» и о других ключевых вопросах эпистемологии права. В новом издании исправлены и унифицированы некоторые термины, при редактировании перевода учтены замечания научного сообщества, высказанные после публикации первого издания русского перевода в 2015 году. Книга предназначена для специалистов по теории и философии права, а также широкого круга правоведов, интересующихся методологическими вопросами юриспруденции.

© Б. Мелкевик, 2016

© В.А. Токарев, 2016 (перевод)

© М.В. Антонов, 2016 (науч.ред. перевода)

© Buenos Books International, 2017

ISBN: 978-2-36670-064-0

Б. Мелкевик

ЮРИДИЧЕСКАЯ ЭПИСТЕМОЛОГИЯ И УЖЕ-ПРАВО¹

Предисловие: Эпистемологические размышления и вопрос о праве

Выражение «юридическая эпистемология» прошло долгий путь. Сначала довольно-таки скромное на заре 20-го века и связанное, главным образом, с именем Франсуа Жени и его трудом «Наука и техника позитивного частного права» (1913), сегодня, в 21-ом веке, оно, как кажется, получило некоторую известность и снискало некоторое уважение в различных юридических кругах. Правовед, и более того, человек, требующий признания в качестве «ученого» в правовой сфере, не может в настоящее время абстрагироваться от этого, не рискуя навлечь на

¹ Melkevik B. *Épistémologie juridique et déjà-droit*. Paris: Buenos Books International, 2014. Пер. с франц. — к.ю.н., зав. кафедрой истории государства и права Самарской государственной областной академии (Наянковой) В.А. Токарев.

себя упрёки в отсутствии серьезности или, вдобавок, в научной поверхностности, критикуемой и особенно виновной. В этом смысле ситуация представляется, на первый взгляд, вполне благоприятной и свидетельствует о том факте, что юристы соглашаются уважать некоторые эпистемологические требования в качестве авторов юридической доктрины или интеллектуальных проводников для создания «права», способного быть полезным для нас.

По ту сторону этой лубочной картинки реальное положение кажется нам сложнее и заслуживает критики. Скорее, наблюдается противоположная тенденция. Вместо уважения к юридической эпистемологии в качестве области размышления о предусматриваемой в праве научности, в умах быстрее водворяется «юридическая эпистемология» обоснования (и защиты), фундирования (и доктринальной апологии), а также идеологической отсылки (заблуждения и теоретической чрезмерности). Эта «юридическая эпистемология» — подделка, которая искажает «смысл» права, коварно склоняется к идеологии абсолютной правоты и аристократически

воображает себя недоступной для любой критики и свободной от того, чтобы давать научный «отчет». Эпистемологическое требование, которое, как предполагалось, конкретизируется применительно к «созданию права» (и в смысловых параметрах этого «создания» в юридической практике), внезапно и негативным образом обнаруживается в своей противоположности, а именно — в «юридической эпистемологии» обстоятельств и в роли оправдания, фундирования и модной сегодня идеологии.

В юридическом мире эпистемология обращается к неблагодарной роли некоего *a priori*, готового идеологически превратиться в юридическую методологию, в теорию интерпретации или просто в заранее установленную «теоретическую модель». Здесь мы сталкиваемся с настоящей эпистемологической проблемой. Цель нашей книги заключается в размышлении над этой проблемой таким образом, чтобы наше исследование само по себе имело отношение к юридической эпистемологии. Необходимо настойчиво критиковать и устранять, насколько это возможно, идеологическое обращение к

«уже-праву», которое так или иначе уже присутствует здесь и которое может действовать (без какого-либо намеренного акта создания) в правовой сфере в качестве «оправдания, фундирования и идеологии». Или, еще хуже, оно существует как «идео-право», удобное для исследователей — членов той или иной доктринальной секты.

Критическое (и деконструкционистское) обращение к «уже-праву» само по себе является эпистемологическим, и вовсе не связанным с выбором понятий. Мы утверждаем, что речь идет об эпистемологической идентификации «синдрома» в этимологическом смысле, а именно о констатации совокупности клинических признаков и симптомов, которые обнаруживаются во время медицинского (и интеллектуального) осмотра. Речь идет о слове, заимствованном из древнегреческого языка, которое означает «объединение» или «совокупность различных элементов» и, таким образом, пригодно для того чтобы поставить диагноз или вынести интеллектуальное суждение. Хотя слово «синдром» использовалось в медицинском языке, мы утверждаем,

что «уже-право» представляет собой совокупность различных элементов, постулирующих существование или объективность «права» как существующего здесь, как «уже-права» — уже полностью готового, уже являющегося объектом, или еще как присутствующего в теории, в парадигме, в системе, или во всем том, что сторонник уже-права привносит сообразно своему призванию, своей идеологии или своей теории. Уже-право означает ставить телегу впереди лошади и утверждать, что это делается с целью сдвинуть лошадь с места, или еще грубее, настаивать на том, что хвост виляет собакой.

Сегодня самым обсуждаемым «синдромом», конечно, является СПИД. Однако СПИД — это не болезнь, а совокупность различных элементов, которые провоцируют полное или частичное разрушение иммунной системы человека. По сути, никто не умирает от СПИДа — умирают от самых разных болезней, атакующих тело, неспособное защититься от них, потому что иммунная система ослаблена. Так же вера в «уже-право» может до такой степени способствовать разрушению иммунной

системы здорового права; она извращает смысл права, действующего в наших интересах, и, прежде всего, искажает наше понимание юридической современности. Тот, кто верит в то, что юридическая теория может быть некоей формой гипотетически-дедуктивной системы предположений, или тот, кто полагает, что эта самая теория может быть парадигмой понимания или поиска «в праве» (*sic!*), жестоко ошибается. Еще хуже ставить на место юридической современности свое представление об одностороннем и обманчивом идео-праве. Несмотря на то, что это делается со ссылкой на систему, «плюрализм», «нормативность» или другие идеограммы того же порядка, современность выдает себя в разумном основании своего существования, а именно в утверждении того, что может твориться под вывеской «право».

Несомненно, есть «клинический», а точнее «терапевтический» аспект, поскольку мы присутствуем при интеллектуальном суждении. Мы осуждаем «синдром» уже-права и мы не оцениваем того, что мы наблюдаем, поскольку оно слишком

иррационально, слишком проникнуто обскурантизмом или, главным образом, потому что это не нужно нам в действительности. Такая диагностика проводится, поскольку сегодня теория «права» зачастую переходит в монологическую логику и особенно в платонический мир, претендуя на способность «провозглашать право». Многие специалисты по теории «права» разорвали любую связь с юридической практикой, чтобы отныне полностью и без всякого стеснения подчиняться прихотям мира идей. Таковы теории «права», отныне не интересные для создания права и для юристов. Их теории служат лишь муссированию их символического капитала или подъему в юридических и идеологических олигархиях, не говоря уже о социальном восхождении. На юридическом факультете их теории стали теоретическим оружием в руках профессора(-ов), аристократически его использующего(-их). Подобное самоотречение и шарлатанство совершенно бесполезны — кроме того, что они применяются для обучения дураков, поставляемых на службу нашим олигархиям правого или левого толка.

Наиболее важный вопрос в юридической эпистемологии оказывается вопросом предмета или не-предмета познания. Существует ли «право-как-предмет» познания? Не соотносится ли практически познание в праве, скорее, с «источниками права» (*ius fons*), оказываясь «вне права» или «вне предмета», выполняя функцию обслуживания юридического дискурса в логике «действия»? Действительно ли право существует «объективно» и «предварительно» в обществе, либо же оно существует в объективирующей сфере, оппортунистически названной «правом», или даже «бытием-долженствованием» в духе Платона и Кельзена и под влиянием Канта? Существует ли право? Эпистемологический ответ, разумеется, «нет», поскольку здесь неадекватно используется само слово «существование».

Отсюда идеологическое или еще «позитивистское» напряжение (или метафизический позитивизм), отсюда эпистемологическая невинность, которая предполагает, что глагол «существуют» и термин «существование» сводятся через логику