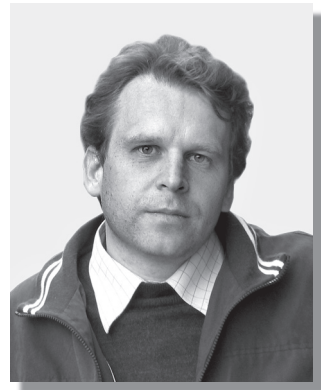


ЭКСКЛЮЗИВНЫЙ ПОЗИТИВИЗМ  
И АРГУМЕНТАТИВНАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА:  
К ПОЛЕМИКЕ МЕЖДУ Е. В. БУЛЫГИНЫМ И М. АТИЕНЗОЙ\*

М. В. АНТОНОВ

Современное теоретическое правоведе-  
ние уже довольно далеко отошло от кажущегося  
каноническим противопоставления позитивиз-  
ма и юснатурализма как двух различных спо-  
собов правопонимания. Все более заметными  
становятся тенденции к конвергенции подходов,  
с одной стороны, и выделению новых концепту-  
альных направлений теоретического правоведе-  
ния — с другой. В этом смысле показательна  
судьба правового позитивизма. В начальной  
стадии формирования этого направления среди  
позитивистов можно было найти не только соб-  
ственно сторонников логического и лингвисти-  
ческого анализа в праве, но и ученых, разраба-  
тывавших психологический, социологический,  
экономический подходы, которые также объ-  
единялись названием «позитивизм» в его про-  
тивопоставлении идеалистическому естествен-  
но-правовому подходу. В наши дни в мировой  
правовой науке уже не говорят ни о социологи-  
ческом, ни о психологическом позитивизме, да и границы естествен-но-пра-  
вового подхода стали гораздо более размытыми, иногда перекрывающимися  
некоторые «пограничные» с позитивизмом области исследования.

В истории правоведедения XX в. можно отметить несколько важнейших  
концептуальных споров, которые демонстрируют тенденцию к взаимо-  
проникновению, взаимодополняемости различных, порой кажущихся не-  
совместимыми подходов. Одним из классических споров в юридической  
науке XX в. стала полемика между представителями включающего (инклю-  
зивного, или широкого) и исключающего (экссклюзивного, или строгого)



Антонов Михаил Валерьевич,  
кандидат юридических наук,  
преподаватель юридического  
факультета СПбГУ

© М. В. Антонов, 2010

E-mail: mich\_antonov@voila.fr

\* Автор искренне благодарит Е. В. Булыгина за научную редактуру данной статьи  
и за ценные замечания, высказанные автору в ходе ее подготовки. Настоящая статья  
предваряет продолжение дебатов между Е. В. Булыгиным и М. Атиензой на страницах  
журнала «Правоведение» (начало см. в: Правоведение. 2008. № 2, 3), а также публикацию  
перевода на русский язык основной работы Е. В. Булыгина (в соавторстве с К. Альчур-  
роном) «Нормативные системы» (*Alchourrón C. E., Bulygin E. Normative Systems. Wien;  
New York, 1971*).

течений позитивизма, в которую были вовлечены такие известнейшие в англо-американской правовой литературе мыслители, как Герберт Харт, Джозеф Раз или Лон Фуллер и Рональд Дворкин.<sup>1</sup> Эти дебаты неплохо знакомы российским читателям, а в последнее время на русском языке стали доступны некоторые основные работы лидеров англо-американской юриспруденции.<sup>2</sup>

Но дискуссии вокруг позитивизма, его методологических оснований и перспектив ведутся и по другим направлениям. Стоит отметить другой важнейший пример — противостояние между представителями аналитической юриспруденции и представителями аргументативного подхода. Последнее направление оказывается довольно разнородным; его сторонники оказываются близки как к естественно-правовому (например, Роберт Алекси), так и к позитивистскому (например, Мануэль Атиенза) подходам. Так, в интерпретации Атиензы аргументативный подход в целом укладывается в каноны социологического позитивизма в сочетании с лингвистическим анализом права.<sup>3</sup> Некоторые ключевые идеи этого направления встретили детальную и продуманную критику со стороны одного из ведущих представителей правового позитивизма — профессора университета Буэнос-Айрес (Аргентина) Евгения Викторовича Булыгина.<sup>4</sup> В первую очередь (с точки зрения исторической последовательности) здесь следует назвать дебаты между Е. В. Булыгиным и профессором университета г. Киль (Германия) Робертом Алекси по вопросам связи морали и права.<sup>5</sup> Но в данной работе хотелось бы возвратиться к более поздней дискуссии между Е. В. Булыгиным и другим ведущим теоретиком права испаноязычного мира, профессором университета Аликанте (Испания) Мануэлем Атиензой. Некоторые аспекты этой дискуссии уже освещены на страницах журнала «Правоведение»,<sup>6</sup> но, как представляется, более детальный анализ взглядов обоих ученых будет небезыңтересным для всех интересующихся современным состоянием данной проблематики, тем

<sup>1</sup> Эти дискуссии ведущий американский специалист по правовому позитивизму Кеннет Эйнар Химма помещает именно в канву противостояния инклюзивного/экс­к­люзивного позитивизма (*Himma K. E. Inclusive Legal Positivism // The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford, 2004. P. 125–165*). Интересную критику выделения двух этих направлений в правовом позитивизме можно найти в статье британского исследователя Дэнни Приля: *Priel D. Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate // Oxford Journal of Legal Studies. 2005. N 25(4). P. 675–696*.

<sup>2</sup> Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007; Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004; Фуллер Л. Л. Мораль права. М., 2007.

<sup>3</sup> О возможности «позитивистского» прочтения аргументативной теории права см.: *Figueroa A. G. «El Derecho Como Argumentación» y el Derecho para la Argumentación // Doxa. 2001. N 24. P. 629–653*.

<sup>4</sup> Однако М. Атиенза небезосновательно утверждает, что теория Булыгина отнюдь не является полностью несовместимой с «аргументативной перспективой права» (*Атиенза М. Евгений Булыгин и теория юридической аргументации // Правоведение. 2008. № 3. С. 182*).

<sup>5</sup> Краткое резюме этого спора см. в: *Bulygin E. Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality // Ratio Juris. 2000. N 2. P. 133–137*. — См. также ответ Алекси: *Alexy R. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique // Ibid. P. 138–147*.

<sup>6</sup> Булыгин Е. В. Нормы и нормативные предложения: различие между ними и опасность их смешения // Правоведение. 2008. № 2. С. 147–153; Антонов М. В., Поляков А. В. Грани современной теории права, или есть ли будущее у «нормативного позитивизма»? // Там же. № 3. С. 176–179; Атиенза М. Евгений Булыгин и теория юридической аргументации // Там же. С. 179–188.

более что эти мыслители планируют в ближайшее время продолжить свой теоретический спор на страницах «Правоведения».

Какова же подоплека этого спора? Е. В. Булыгин является сторонником аналитического, нормативного подхода («эксклюзивного позитивизма»), в рамках которого принимается во внимание прежде всего логическая структура права, а все остальные элементы правового бытия (социальный контекст, защищаемые правом ценности, психологическое взаимодействие субъектов права) выводятся за рамки понятия права. И наоборот, М. Атиенза стремится подвести под свое понимание права весьма широкий круг явлений — право как форма аргументации включает в себя логические, семантические, материальные (социально-культурные) аспекты юридической практики. В этом смысле для Е. В. Булыгина важна нормативная систематичность права, его неизменная логическая структура. Как таковая, эта структура существует вне зависимости от процессов практического применения права, хотя изменения в правовой действительности могут приводить к введению новых норм и тем самым к изменению нормативной системы. Но тезис о непосредственном изменении права под воздействием социальных процессов (позиция социологического направления) для Булыгина неприемлем. Что касается теории М. Атиензы, то она имеет скорее процедурный характер, сосредоточивая внимание на процессах осуществления права, на его прикладной стороне.

Неудивительно, что такое различие в подходах привело к возникновению дискуссии между двумя основными представителями философии права в испаноязычном мире. Если для Булыгина неприемлемы любые попытки внести материальное содержание в определение права, что приводит к растворению права в морали, этике, обычаях, то для Атиензы, наоборот, строгий юридический нормативизм представляется бесперспективным, «скучным и неинтересным». <sup>7</sup> Спор между двумя теоретиками о перспективах теоретического правоведения ведется уже давно. Эта полемика во многом отражает состояние юридического позитивизма как научного направления в современном правоведении. Хотя полемика между Е. В. Булыгиным и М. Атиензой и продолжает основные линии дискуссии, начавшейся уже с возникновением позитивизма как научного направления в правоведении, но ведется с применением новой терминологии и с новых методологических позиций, которые отражают долгий путь, который за более чем век развития проделал юридический позитивизм. Различие исходных положений теорий обоих мыслителей объясняет ту напряженность, которая присутствует в их дискуссиях. Разумеется, основанная на этическом скептицизме позиция Булыгина, сводящего сферу права к нормам и нормативным высказываниям, неприемлема для Атиензы как сторонника аргументативного подхода, в рамках которого предполагается, что только незначительная часть права облекается в логические формы, а само право не имеет четко определенных границ.

С подобным размытием границ понятия права не согласен Булыгин, который, напротив, стремится к нахождению четких научных критериев этого понятия. В его понимании в деятельности парламентов, судов, правоохранительных органов действительно обнаруживается немало элементов этики и психологии. Но задача правоведа как раз и заключается в том,

---

<sup>7</sup> *Atienza M., Bulygin E. Future of Positivism // Law and Legal Cultures in the 21<sup>st</sup> Century. Diversity and Unity (Plenary lectures) / ed. T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach. Warsaw, 2007. P. 233.*

чтобы «очистить» право от подобных «сторонних» элементов. Для этого нужно четко определить, что есть право. Для русско-аргентинского мыслителя право — это логический процесс обоснования юридически значимых предпосылок: выведение значения той или иной правовой нормы из других правовых норм. Все, что находится вне процесса логического мышления (например, приемы убеждения, используемые адвокатом в аргументации его позиции перед судом), в понятие права не входит и относится к сфере психологии. То же самое можно сказать и о ценностях, которые судья может заложить в аргументацию своего решения.

С этой точки зрения спор между испанским и русско-аргентинским учеными ведется в первую очередь по вопросу о включении в понятие права элементов правовой действительности: правоотношений, юридической практики и т. п. Аргументативная концепция, развиваемая Атиензой в рамках инклюзивного подхода, предполагает включение юридической практики в понятие права, а эксклюзивный позитивизм Булыгина такое включение отрицает. Далее, два мыслителя решительно расходятся во мнениях по вопросу связи права с ценностями. Если для Булыгина такая связь не является обязательной и понятие права не может зависеть от наших ценностных предпочтений, то для Атиензы, наоборот, связь с ценностями является единственным критерием для отграничения права от произвола (в понимании испанского мыслителя — властной силы, не связанной ценностями).

Правовые взгляды Булыгина обычно рассматривают как классический вариант эксклюзивного (исключающего) правового позитивизма. К правовому позитивизму сам Булыгин относит такие теоретические построения, которые основываются на двух основополагающих тезисах: на тезисе об источниках права и на разделительном тезисе. Тезис об источниках права исходит из того, что действительное (валидное) право представляет собой систему норм, которые могут быть установлены без обращения к эмпирической реальности. Разделительный тезис отрицает необходимую (понятийную или логическую) связь между правом и моралью. Моральное оправдание правовых норм не является необходимым признаком права, следовательно, правовые нормы могут не соответствовать требованиям морали. Данный вывод ученого основывается на позиции этического скептицизма, в соответствии с которой моральные суждения не могут быть ни объективными, ни истинными прежде всего потому, что, будучи ценностными суждениями, они не имеют отношения к объективной истине и, таким образом, не являются ни истинными, ни ложными. Но это не означает отказа от моральных (нравственных) оценок права, процессов его применения и от возможности их совершенствования исходя из ценностных критериев.

Что же может считаться правовым, юридически значимым в том или ином обществе? Булыгин отвечает на этот вопрос, формулируя «правило признания», отграничивающее правовые нормы. Это правило предстает как следующая логическая цепочка: 1) есть совокупность норм, которые обладают нормативной валидностью, 2) поскольку есть основная норма, позволяющая правотворящему авторитету утверждать такие нормы, 3) поскольку все остальные нормы этой совокупности выведены из этой основной нормы и 4) поскольку валидность любой нормы может быть проверена путем «рекурсивной дефиниции» (т. е. возведения той или иной нормы к основной норме через логическую цепочку промежуточных норм).<sup>8</sup> Функция правовых

<sup>8</sup> *Alchourrón C. E., Bulygin E. Normative Systems. P. 73–74.* — При всем сходстве в вопросе об основной норме позиции Булыгина и Кельзена не совпадают: если для

норм — предписывать должное или разрешенное поведение путем логического связывания определенных жизненных обстоятельств с определенными правовыми последствиями, что и придает норме ее деонтическую значимость. Отсюда и основные задачи правовой системы определяются ученым как «деонтическая квалификация определенных типов поведения для регулирования действий людей, относящихся к данной социальной группе, для обеспечения их мирного сосуществования путем предписывания способов разрешения конфликтов интересов».<sup>9</sup> Подобная квалификация осуществляется посредством правовых норм, которые являются конвенциональными регуляторами поведения в рамках многочисленных нормативных систем, существующих в обществе.

Таким образом, право предстает не как логически законченная система — это для Булыгина является «рациональным идеалом»<sup>10</sup> правовой системы, но никак не определяет ее онтологический статус. Правовое предписание может считаться правовым постольку, поскольку оно логически включено в данную нормативную систему. В этом смысле право предстает скорее как форма логической аргументации. Здесь, как видно, позиции Атиензы и Булыгина сближаются, и спор касается уже самого понятия аргументация. Опять-таки мы встречаемся с эксклюзивным и инклюзивным подходами к определению данного понятия, которые характеризуют воззрения, соответственно, Е. В. Булыгина и М. Атиензы. Булыгин различает два вида аргументации: обоснование и убеждение. Различие между этими видами аргументации заключается в используемых приемах и способах. То или иное положение может подкрепляться логическими доводами или доказательствами, и в этом случае речь будет идти об обосновании. Если же некий призыв, лозунг, предложение опираются на психологическую убедительность, суггестивность, красочность и силу эмоциональных тонов, то речь пойдет уже об убеждении. Разумеется, в большинстве сфер действительности (за исключением, пожалуй, формальной логики, точных наук и т. п.) данные виды аргументации переплетаются между собой и создают иллюзию аргументативного пространства и процесса. Так и в сфере права практически любой юридический документ, правовой спор содержит и логические, и психологические аргументы. Другое дело, что психологическая аргументация, по убеждению Булыгина, не входит в границы понятия права.<sup>11</sup>

Всемирную известность Е. В. Булыгину принесла его (в соавторстве с Карлосом Альчурроном) книга «Нормативные системы», где проблема нормативности права изучена с помощью приемов деонтической логики.

В этой работе, опираясь на логическую систему А. Тарского, Булыгин отказывается от классического (или «аристотелевского») определения системы, где утверждаются постулаты подлинности (деление отраслей науки в зависимости от сфер действительности), истины (любое включенное в научную систему положение истинно), дедуктивности (все следствия из научного положения являются научными), очевидности (любое научное положение может быть доказано через ссылку на другие научные

---

второго в гипотетической основной норме заложен источник действительности права, то для Булыгина речь идет о критерии нормативной валидности того или иного правила в рамках той или иной нормативной системы.

<sup>9</sup> Ibid. P. 145.

<sup>10</sup> Ibid. P. 165–180.

<sup>11</sup> *Alexy R., Bulygin E. La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral. Bogota, 2001.*

положения). Считая, что эти постулаты представляют скорее идеальный образ науки, чем реальное положение вещей, ученый понимает под системой связь логических посылок и логических следствий.<sup>12</sup> С этой точки зрения может существовать неограниченное количество систем, которые могут быть неполными или вступать в логическое противоречие между собой. Применительно к правовому регулированию это означает, что любая норма, которая не подчиняется логике существующих нормативных систем и которая ведет к независимым логическим следствиям, образует новую нормативную систему.

Например, требование грабителя отдать кошелек приведет к созданию единичной (индивидуальной) нормативной системы в случае согласия жертвы с логикой ситуации и построения логически связанного алгоритма действий участников этой ситуации. Если подобная нормативная система может быть включена в более широкую нормативную систему общества, основанную на «базовых конвенциях», то она способна приобрести статус правовой (как это происходило в первобытных, варварских обществах). В случае отказа жертвы принимать логику ситуации грабителю останется лишь прибегнуть к ничем не обоснованному насилию. Этот пример иллюстрирует основную мысль теории Булыгина: существование нормативных систем и правовых норм не зависит ни от их моральной состоятельности, ни от логической полноты или завершенности. Основную роль играет наличие определенной ситуативной логики и возможность обеспечить выполнение вытекающих из этой логики норм через насилие (угрозу насилия).

В данном аспекте Булыгин дает оригинальный ответ на проблему пробелов в праве и в законе. Если по общему правилу сторонники нормативного позитивизма (Кельзен, Раз и др.) утверждают, что право как целостная логически закрытая система не может содержать в себе пробелы, то Булыгин допускает, что нормы позитивного права не всегда отвечают требованиям логической адекватности. Под адекватностью мыслитель понимает полноту (отсутствие логических пробелов), независимость (отсутствие двух и более норм, по-разному разрешающих один и тот же казус) и непротиворечивость (отсутствие деонтических противоречий между нормами). Достижение логической адекватности правовой системы является целью правовой науки, но не заданным фактом, поскольку правовые нормы основаны на конкретных социальных фактах, которые могут быть унифицированы только через усилия правотворящего органа (в роли которого выступает не только государство, но и любой другой автономный орган, аргументация которого воспринимается как общезначимая). Более того, часто встречается ситуация, когда законодатель намеренно оставляет пробелы в праве, чтобы гарантировать справедливость в тех случаях, когда опасается, что единообразное решение логически тождественных казусов приведет к несправедливости.<sup>13</sup>

Вопрос о логической достаточности права совпадает в данной интерпретации с вопросом о полноте и непротиворечивости нормативной системы. Правовая норма может рассматриваться как логически достаточная, если она содержит логически завершенную конструкцию, описывающую (и одновременно предписывающую) деонтический статус того или иного поведенческого паттерна. Так, если правовая норма не содержит ответа на вопрос о том, является ли допустимым (запрещенным, позволенным,

<sup>12</sup> Ibid. P. 45–48.

<sup>13</sup> Ibid. P. 175.



обязательным) данный поведенческий паттерн, либо если она отвечает на данный вопрос сразу в нескольких категориях модальности (например, действие оказывается одновременно разрешенным и обязательным), то здесь мы имеем дело с пробелом и с противоречием в праве. Он обозначается как ситуация, «когда некое действие не было деонтически детерминировано нормативной системой... вследствие чего для конкретного казуса не может быть выведено решение».<sup>14</sup>

Не все жизненные случаи можно охватить с помощью правовых норм. Это свидетельствует не о неполноте права, а о том, что эти случаи до определенного времени были исключены из правового регулирования. Этот вид пробелов не следует путать со случаем «несовместимых решений», когда действующее право дает несколько решений одного казуса (коллизия) — случай, который свидетельствует о противоречивости права. Интеграция не охваченных правом случаев в нормативную логику системы права (аналогия права или закона, разрешение дела по схожему прецеденту, по принципу справедливости и т. п.) означает распространение права на эту сферу. По мнению ученого, нужно также разграничивать «пробелы распознавания» и «пробелы знания». Первые свидетельствуют о неясности, расплывчатости используемых понятий, что ведет к невозможности точно установить, к какой категории относится данный случай. Последние указывают на то, что нам недоступна вся информация о ситуации, позволяющая правильно соотнести случай с категорией, выбрав соответствующую случаю правовую норму.<sup>15</sup>

Но это не означает, что для восполнения пробелов в праве нужно обратиться к этике и другим социальным регуляторам. По мысли Булыгина, если в конкретной системе права (мыслитель трактует это понятие очень широко и включает в него любое множество норм) отсутствуют соответствующие правовые нормы, либо они оказываются непоследовательными, то это вовсе не препятствует нам установить деонтический статус конкретного вида поведения путем нахождения адекватной правовой нормы. Такое формулирование происходит через правовую аргументацию, позволяющую выявить точное значение и эксплицитные формулировки тех правовых норм, которые имплицитно заданы правовой системой. Здесь делается акцент на «правила замыкания» (*rules of closure*), предписывающие общие правила решения казусов при пробелах в праве или, в терминологии Булыгина, «дающие деонтическую квалификацию всем тем действиям, которые еще не получили квалификацию в данной нормативной системе».<sup>16</sup> К числу таких правил относятся те принципы, которые мы называем общеправовыми или отраслевыми, например, принцип запрета расширительного толкования закона является в уголовно-правовой нормативной системе правилом закрытия, позволяющим квалифицировать все ненаказуемые по уголовному закону действия как «позволительные с точки зрения уголовного закона».<sup>17</sup>

Обратимся к краткой характеристике воззрений другого участника дискуссии — М. Атиензы. Одним из важнейших научных достижений испанского ученого является детальная разработка теории нормативных высказываний на основе социокультурного анализа механизма действия права. Эта теория противопоставляет «инклюзивный» взгляд на нормативные

<sup>14</sup> Ibid. P. 134.

<sup>15</sup> Ibid. P. 31–34, 110–116.

<sup>16</sup> Ibid. P. 135.

<sup>17</sup> Ibid. P. 140–143.

высказывания воззрениям сторонников эксклюзивного позитивизма, для которых категория «нормативного высказывания» рассматривается исключительно в формально-логическом аспекте. Теорию правовых высказываний Атиенза (совместно с Хуаном Руизом Манеро) детально развил в работе 1996 г.<sup>18</sup> Ученый выделяет три основных критерия для разграничения правовых высказываний: структура, функции и связь с интересами. Согласно этим критериям выстраивается сложная классификация правовых высказываний: объективно-обязывающие высказывания; властно-управомочивающие (наделяющие властными полномочиями) высказывания и дозволительные высказывания.

К объективно-обязывающим высказываниям Атиенза и Руиз Манеро относят все деонтические нормы — нормы, которые имеют своей функцией нормирование поведения в рамках конкретного общества (в терминологии авторов — «директивная функция») и оценку связи конкретных правовых высказываний с ценностями («обосновывающая функция»). Здесь авторы выделяют принципы (закрытые высказывания, содержащие в себе все детерминирующие признаки) и правила (открытые для уточнения и формулирования высказывания). Разумеется, ни принципы, ни правила не определяют полностью поведение субъектов — оно определяется субъективным выбором между различными аргументативными моделями, по-своему обосновывающими рациональность правовых высказываний, означающую их связь с социальными значимыми интересами.

Властно-управомочивающие правовые высказывания выполняют преимущественно конститутивную функцию и действуют в качестве условных схем, которые упорядочивают различные социальные состояния и связывают их с той или иной системой оценки. Механизм действия этих высказываний описывается следующей схемой: «Если имеет место состояние X и если Z осуществляет действие Y, то наступает R — некий нормативный результат (нормативное изменение)».<sup>19</sup> Тем самым данный вид правовых высказываний отличается от собственно дескриптивных норм. По форме влияния на поведение эти высказывания отличаются от высказываний объективно-обязывающих: последние напрямую предписывают ту или иную модель поведения, тогда как рассматриваемый вид правовых высказываний предписывает только алгоритм действий для достижения того или иного «нормативного результата».

Дозволительные правовые высказывания — третий вид правовых высказываний, производный от двух предыдущих. Основной функцией этих правовых высказываний является конкретизация деонтического статуса предписываемого поведения через их связывание с существующими в данном обществе социокультурными стереотипами поведения.

Ключевой критерий, позволяющий говорить о праве как о едином социокультурном явлении, — соответствие высказываний «правилу признания», из которого эти высказывания получают «правообязывающую силу» и тем самым становятся правовыми. «Правило признания» формируется через молчаливое одобрение участниками социальной жизни неких базовых критериев, позволяющих, с одной стороны, определять то или иное явление как правовое, с другой — считать социально оправданным поведение, подчиняющееся правовым предписаниям.

<sup>18</sup> *Atienza M., Manero R. J. Las piezas del Derecho. Teoria de los enunciados juridicos.* Barcelona, 1996. — Годом позже эта работа вышла в английском переводе: *Atienza M., Manero R. J. A Theory of Legal Sentences.* Kluwers, 1997.

<sup>19</sup> *Atienza M., Manero R. J. A Theory of Legal Sentences.* P. 36.



Благодаря своим многочисленным научным работам (более 20 монографий) Атиенза стал одним из ключевых представителей современной философии права в Испании. Сегодня он известен прежде всего как теоретик, разрабатывающий аргументативную концепцию права, которая (в интерпретации Атиензы) представляет собой научную основу для расширения границ позитивистского подхода к праву. Ключевая идея этой концепции — рассмотрение права в аспекте аргументативной деятельности, включающей в себя логику, риторику, диалектику и другие формы языковой практики, которые опосредуют правовое общение, т. е. общение по поводу нахождения справедливого способа разрешения конфликтов. Аргументативность права не означает отрицания других аспектов правового бытия (нормативность, регулятивная функция и т. п.); этот признак лишь указывает на то, что довлеет в праве, имеет в нем наибольшее значение и наибольший удельный вес.

Концепция Атиензы выражает в первую очередь тезис о том, что право рождается и осуществляется в дискуссии, в аргументации, т. е. при отстаивании кем-либо своего мнения как мнения правого и справедливого. Во многом идеи испанского мыслителя совпадают с принципами коммуникативной теории права (он исходит из «инклюзивного» понимания права как языкового и нормативного явления, как социальной практики, эмоций, поведения, действия и социальной действительности).<sup>20</sup> Вместе с тем Атиенза пытается избежать ухода в оторванные от действительности умозрительные конструкции, и в этом плане он подчеркнуто характеризует свою концепцию как основанную именно на «позитивном материале». Он делает акцент на «эмпирически верифицируемой» аргументативной части коммуникативного процесса — «выдвижении доводов, согласовании критериев, утверждении новых норм и отмене старых».<sup>21</sup> Его воззрения, несомненно, выходят за пределы привычных споров о «природе права» — Атиенза (равно как и его оппонент Е. В. Булыгин) не ставит себе целей и задач, свойственных классической философии права с ее эссенциалистским подходом к праву. Мыслителя интересует не поиск и обоснование некоего объективного критерия для определения права и его отграничения от других явлений, а реальная практика правового общения, где главную роль, по мнению Атиензы, играет спор, дискуссия, аргументация по поводу справедливости.

Что же есть справедливость? Не связанный задачей нахождения полного и всеобъемлющего определения справедливости, Атиенза в традициях аристотелевской и схоластической философии склонен отождествлять справедливое, правовое и разумное. Для испанского теоретика справедливое означает разумное, установленное в рамках и по законам аргументации. «*Tu tienes razon*» по-испански означает «ты прав», дословно — «ты обладаешь разумом». Используя данную языковую конструкцию в качестве иллюстративного примера для обоснования своей точки зрения, Атиенза указывает на то, что из самой семантической структуры нашего общения вытекает тождество правоты (права) и разумности, выражаемое термином «справедливость». Аргументация по поводу нахождения справедливости и является правом. Вместе с тем в отличие от Булыгина Атиенза не является сторонником этического релятивизма. Нахождение права-справедливости в процессе аргументации для Атиензы — это нечто подобное майевтике,

<sup>20</sup> *Atienza M. Derecho y argumentacion. Bogota, 1997. P. 12.*

<sup>21</sup> *Ibid. P. 29.*

нахождению истины в дискуссиях Сократа: ценность справедливости объективно задана, ее нужно лишь обнаружить через аргументацию. Отсюда обосновываются единство правового общения и единство критериев для ведения аргументации. В связи с этим примечательна позиция ученого по поводу применения аналогии в праве,<sup>22</sup> которую мыслитель трактует не как чисто логическую операцию, а как способ воспроизводства права в рамках рационального дискурса о конечных целях права.<sup>23</sup>

В этом аспекте право предстает как одна из форм морально-этического дискурса. Если она и отличается от других форм этого дискурса (нравственность, религия, обычай и т. п.), то только тем, что осуществляется в специальных учреждениях (в первую очередь судебных) и в специальных процессуальных рамках (правила судебной, парламентской аргументации и т. п.). Создание и функционирование этих учреждений и процессуальных правил непосредственно связано с аргументативной практикой — эта связь двусторонняя, диалектическая: сама аргументация и создает соответствующие учреждения и правила, и создается ими. Вопрос о первичности формы (учреждения, процессуальные правила) или содержания (аргументативная практика) не составляет предмета интереса для испанского философа. Атиенза исходит из непосредственно наблюдаемых в любом обществе фактов, связанных с социальным бытием права (наиболее отчетливо аргументативная составляющая права заметна в странах англосаксонской правовой семьи).

Как видно, правовая концепция испанского мыслителя включает в себя элементы различных подходов к праву и в этом смысле является интегральной (интегративной), хотя сам Атиенза в своих трудах не касается вопроса создания такой правовой теории. Подобно многим современным теоретикам права, испанский мыслитель не использует типологию правопонимания для характеристики своей концепции. Обозначая свою теорию как аргументативную, Атиенза не представляет ее как форму синтеза других подходов к праву или того, что мы называем типами правопонимания. Из близких его концепции мыслителей Атиенза называет Р. Алекси, Н. МакКорника, А. Печеника, Н. Боббио.

Имеет смысл более подробно остановиться на понимании Атиензой самого термина «аргументация», в котором и содержится квинтэссенция правовой доктрины испанского мыслителя. Атиенза обозначает свою дистанцию по отношению к школе правового реализма, считая, что аргументация не совпадает с практической деятельностью судебных органов — она включает в себя эту деятельность, но является по отношению к ней более широким понятием. В то же время аргументация не является исключительно логической деятельностью — аргументировать можно и с помощью образов, символов, всего спектра невербальных средств коммуникации, т. е. за пределами строго формальной процедуры логического доказывания. По сути, аргументация оказывается одним из базовых, неразложимых на элементы фактов социального взаимодействия, для которого нельзя найти исчерпывающего определения. Для иллюстрации своего мнения испанский ученый заимствует у Л. Витгенштейна пример другого базового термина социального общения — термин «игра», включающий в себя столь широкий круг разнообразных явлений, что ему невозможно дать единое

<sup>22</sup> *Atienza M. Sobre la analogia en el Derecho. Ensayo de analisis de un razonamento juridico. Madrid, 1986.*

<sup>23</sup> *Ibid. P. 113.*

определение. И даже если бы такое определение «игры», «аргументации», «коммуникации» и было возможно, то оно должно было бы постоянно корректироваться, оставаться открытым. Но этот подход не ведет к релятивизму в сфере ценностей; Атиенза подчеркивает, что его концепция предполагает «контекстуальный» плюрализм: в разных условиях (в разных контекстах аргументации) мы используем разные, порой противоположные аргументы для достижения той же самой цели, хотя сами ценности, цели и критерии их достижения остаются неизменными, или, что то же самое для Атиензы, объективно заданными.

Испанский ученый выделяет четыре основных блока аргументации: 1) язык как средство коммуникации; 2) проблема, которая дает повод к началу аргументации, к дискуссии, к поиску справедливого решения, справедливого положения вещей; 3) набор логических элементов, с помощью которых выдвигаются аргументы (посылки, связи, утверждения, выводы и т. п.); и, наконец, 4) критерии, которые позволяют рассматривать аргумент как правильный или неправильный. Разумеется, аргументация в смысле, который вкладывает Атиенза в этот термин, охватывает практически всю сферу межличностной коммуникации в обществе. Ученый выделяет три основных вида аргументации в зависимости от характера проблемы, порождающей аргументативный дискурс. Формальные проблемы, такие как проблемы математики или логики, имеют дело только с абстракциями; аргументация сосредоточивается преимущественно на формальных связях между посылками и выводами. Она ориентирована на результаты, а не на сам процесс.<sup>24</sup> Другой тип аргументации связан с решением «материальных» проблем (объяснение того или иного явления, суждение об обоснованности того или иного поведения и т. п.). Здесь значимы материальные критерии правильности, обоснованности, а сама аргументация предстает преимущественно в свете общей деятельности по нахождению этих критериев.<sup>25</sup> Третьим типом аргументации является спор, дискуссия, диалектика, аргументация в узком значении этого термина — взаимодействие с другим лицом для того, чтобы защитить или опровергнуть тот или иной тезис. Эта аргументация имеет социальный характер, ее основа — в тех элементах, которые делают аргументы значимыми для участников дискуссии (убедительность, правдоподобность и т. п.).<sup>26</sup> Все эти три типа присутствуют в юридической аргументации, которая всегда имеет дело с достоверностью (формальный аспект), правдой и справедливостью (материальный аспект) и с нахождением консенсуса (диалектический аспект). Но это не препятствует выделить в юридической аргументации каждый из этих типов и определить их удельный вес в каждом подвиде аргументации. Например, формальный аспект важен для аналитической работы с законодательным материалом; аспект материальный занимает центральное место в аргументации судебных решений, а аспект диалектический превалирует в аргументации адвокатов.

Из изложенного видно, что полемика о «будущем позитивизма» ведется Е. В. Булыгиным и М. Атиензой как в направлениях, которые традиционно составляли «вотчину» аналитической юриспруденции (теория правовых высказываний и проблема пробелов в праве и законе), так и в связи с проблемой, сравнительно недавно ставшей предметом обсуждения

<sup>24</sup> *Atienza M. El Derecho como argumentacion. Barcelona, 2006. P. 109–180.*

<sup>25</sup> *Ibid. P. 181–246.*

<sup>26</sup> *Ibid. P. 247–283.*

в научной литературе (юридическая аргументация). Разумеется, «экслюзивность» или «инклюзивность» подхода к праву применительно к воззрениям этих двух мыслителей не имеет никакой оценочной коннотации и касается исключительно определения границ понятия права. Свои резоны и аргументы имеются у обоих участников дискуссии: если для Булыгина важно именно строгое логическое определение границ данного понятия, то для Атиензы преимущественное значение имеет преломление споров о «границах права» применительно к правоприменительной практике, где строгий позитивизм не всегда позволяет защитить конституционные и иные принципы, которые не вмещаются в четкие формально-логические границы понятий. Право в трактовке Атиензы оказывается чем-то наподобие «языковой игры» в концепции Витгенштейна. Именно влиянием Витгенштейна объясняется сущность представлений испанского теоретика об аргументативной составляющей права — единство процесса языкового общения, позволяющего выработать критерии справедливого. Но насколько такая «игра» может быть предметом научного анализа, и какой методологический инструментарий может использоваться для такого анализа? Здесь критика концепции Атиензы со стороны Булыгина выглядит во многом обоснованной: в ряде вопросов аргументативная теория права не может опираться на традиционные научные каноны и нуждается в разработке новой методологической основы исследования права. Как видно, данная проблематика в значительной степени совпадает с дебатами, которые сегодня ведутся и в российской правовой науке о судьбах и задачах теоретического правоведения.