

ПОЗИТИВИЗМ И ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО: КОНФЛИКТ ИНТЕРПРЕТАЦИЙ?

Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 19-011-00528.

Рассмотрены взаимные интерпретации идей позитивизма и юснатурализма и прежде всего позитивистские модели естественно-правовой традиции. Неаутентичность таких интерпретаций, отмечавшаяся и позитивистами, и юснатуралистами, препятствует, по мнению автора, «понимающему» диалогу между этими и сегодня противостоящими друг другу направлениями правовой мысли.

Ключевые слова: естественное право; позитивизм; справедливость; традиция; интерпретация.

В современной философии права выделяются позитивистский и непозитивистский (в основном – естественно-правовой) типы правопонимания с точки зрения признания или непризнания приоритета моральных ценностей в праве [1. С. 3–4]. Позитивисты рассматривают естественное право (справедливость) как моральную категорию, несовместимую с позитивным правопорядком и не вписывающуюся в предметную сферу правоправедения. Непозитивисты, сторонники юснатурализма, представляют справедливость как естественно-правовое моральное требование, обращенное к позитивному правопорядку, и отстаивают междисциплинарный статус науки права. Принципиальному аксиологическому релятивизму позитивистов противостоит позиция сторонников естественно-правового учения, в той или иной мере признающих, при всей подчас призрачности «струи нравственной правды» (В.С. Соловьев), абсолютные ценности в праве.

Как и в любой дискуссии, в полемике позитивизма и юснатурализма необходимы взаимопонимание, взаимная выверенность позиций, а также соответствие ожиданиям каждой из сторон. Иначе аргументы, выдвигаемые участниками дискуссии (в данном случае – имплицитно не прерываемой), могут только заострить конфронтационные отношения между представляемыми ими направлениями правовой мысли. И далеко не последнюю роль здесь играют взаимные интерпретационные модели этих направлений.

Г. Кельзен в своих работах, посвященных юснатурализму [2–6], демонстрирует откровенное неприятие им методологии и особенно идеологической направленности учений об естественном праве. Демонстрируемое им скептическое отношение к юснатурализму, как кажется, вообще исключает диалог с ним. Однако скрытый диалог все же имеет место: призыв юснатуралистов к метафизике для Кельзена, увенчавшего иерархию правовых норм фикцией основной нормы как по сути абсолютного основания их действительности, не так уж и безразличен.

Критерием отнесения тех или иных концепций к естественно-правовым Кельзен считает присущий этому направлению неизбежный, с его точки зрения, дуализм естественного и позитивного права [5. С. 438–439]¹. Такой дуализм предполагает, по Кельзену, императивный характер естественного права как абсолютных и неизменных предписаний, противостоящих позитивному праву и обуславливающих его недействительность в случае противоречия этим

предписаниям. Дуализм естественного и позитивного права Кельзен рассматривает, во-первых, как конфликт между соответствующими нормативными системами, ведущий к отрицанию действительности позитивного права и тем самым к возможным призывам к его радикальному реформированию или революционному ниспровержению. Во-вторых, тот же дуализм естественного и позитивного права оказывается, в интерпретации Кельзена, основанием легитимации и оправдания нормами естественного права позитивных правопорядков. Он убежден в том, что естественно-правовое учение в целом (т.е. вся традиция юснатурализма) имеет строго консервативный, охранительный характер и всегда служило алтарю и трону [2. С. 280; 3. С. 303].

По Кельзену, проблема ценностей – это прежде всего проблема конфликта ценностей. Там, где нет такого конфликта, нет потребности и в справедливости [4. С. 345]. Решительно отвергая представления об абсолютной справедливости как неизбежно иррациональном идеале, Кельзен признает справедливость ценностью, но только ценностью относительной, поскольку разуму вообще доступны лишь относительные ценности [4. С. 369]². Учения об естественном праве как конституирующем абсолютную ценность справедливости, по его мнению, ненаучны. Но, с точки зрения политики, замечает Кельзен, «естественно-правовое учение может рассматриваться как полезное в качестве интеллектуального инструмента в борьбе за осуществление того или иного интереса» [3. С. 337].

С позиций релятивистской философии права существует множество систем морали, моральных принципов, между которыми нужно сделать выбор [4. С. 369]. Но всегда ли это возможно и даже допустимо (например, для судьи, применяющего методологию баланса ценностей)? Сошлемся на «Антигону» Софокла: конфликт несовместимых ценностей – ценностей гражданского порядка, которые защищает Креонт, и моральных (религиозно-моральных) ценностей, на которых настаивает Антигона, оказывается неразрешимым, что и «делает пьесу трагедией, а не призывом к компромиссу» [9. С. 149]. Пример не драматургической трагедийности конфликта как его безвыходности – Платон перед лицом сицилийского тирана.

Однако конфликт, в контексте античного естественно-правового мышления, может быть на первый взгляд и не трагедийным, а разрешаться компромиссом, к которому, например, как может показаться,

был склонен в целях самосохранения стоический мудрец в случаях противоречия между законом или обычаем и велениями Логоса – мирового естественно-го закона, абсолютно справедливого вселенского Разума. Мудрец стоиков, действительно, отказываясь от эпикурейской изоляции, готов был выполнять свои гражданские обязанности и согласиться с обязывающей силой действующих правовых установлений, даже и неприменимых вследствие их расхождения с естественным законом. Но это был не акт консервативного примиренчества в духе характеристики Кельзеном естественно-правовой традиции, и не свидетельство «разбавления» естественно-правовых ценностей конвенциональными [10. С. 146–147]. Стоический мудрец утверждал тем самым свою свободу как «познанную необходимость» (необходимость, в которой, однако, уже сомневался Сенека, и гнет которой так остро ощущал Марк Аврелий). Философское достоинство мудреца, побуждаемого естественным законом к разумной и справедливой (соответствующей естественному праву) «жизни, согласной с природой», если он и задумывался о самосохранении, возвышалось над обманчивыми «всего лишь» мнениями, выраженными в законах и обычаях. Гносеологический и ценностно окрашенный дуализм разума и «мнений» (не разума и воли) подпитывал античный естественно-правовой дуализм в его сократово-платоновской (и стоической) версии.

Обращение Кельзена к аристотелевско-томистской традиции юснатурализма определяется для него, по видимому, прежде всего желанием обосновать, вопреки общепринятому мнению, исключение из традиции юснатурализма Аристотеля как ее представителя и тем более основателя учений об естественном праве [6. С. 511]. Главный аргумент Кельзена – несовместимость с юснатурализмом отождествления Аристотелем позитивного права со справедливостью [6. С. 513]³. Что касается Фомы Аквинского, то Кельзен ограничивается весьма скудными фрагментами, ему посвященными. Известную формулу Аквината «делай добро и избегай зла» он при этом оценивает как «совершенно пустую» [5. С. 401]⁴. Создается впечатление, что теологическая рефлексия Аквината привлекает внимание Кельзена не в последнюю очередь потому, что она дает ему основание еще и еще раз подчеркнуть несовместимость позитивизма с идеей абсолютной справедливости как имеющей в последовательном юснатурализме всегда божественное происхождение⁵. Это относится и к кантовской идее практического разума, заимствованной И. Кантом, по мнению Г. Кельзена, у Фомы Аквинского и восходящей к Аристотелю. Потому и категорический императив Канта оказался, по Кельзену, «полностью бессодержательным» [13. С. 124].

Д. Финнис, автор фундаментального труда «Естественное право и естественные права» [14], посвящает этот свой труд, в значительной мере обращенный к критикам представляемой им классической (аристотелевско-томистской) традиции юснатурализма, ее аутентичной реконструкции. В центре обосновываемой им теории естественного права – принципы практической разумности, направленные прежде всего на

общее благо (оно – и благо отдельных индивидов) как цель всякой справедливости [14. С. 213]. Если для позитивизма справедливость не имманентна праву, так как она соотносится с актом правоустановления, то для Финниса акты установления закона должны направляться моральными принципами и нормами, т.е. соответствовать требованиям практической разумности, предоставляющим рациональное основание для деятельности законодателей, а также судей и граждан [14. С. 360].

Важнейшая составная часть общего блага, подчеркивает Д. Финнис, – соблюдение прав человека. Применительно к правам человека как правам-требованиям, строго коррелятивным обязанностям, вытекающим из требований практической разумности, он без колебаний употребляет термин «абсолютные», хотя и предвидит критику многочисленных оппонентов из числа главным образом утилитаристов. Такие права, например право не подвергаться пыткам, потому носят абсолютный характер, что они, в отличие от прав «неотъемлемых», но подлежащих при их осуществлении различным ограничениям, категорически не допускают исключений для достижения равновесия и компромисса между ними. Акты пыток не могут быть оправданы ссылкой на справедливые требования общественного порядка [14. С. 269, 283, 290]⁶.

В основе идеи абсолютных прав – гуманистические представления о ценности человека как такового, постоянства его сущности, «равенства самому себе» (Руссо). Она не измеряется его естественной социальностью или асоциальностью, изначально добрым или злым в его природе, принадлежностью к тому или иному этносу или культуре и т.п. Единственное «измерение» – достоинство человека. Но постоянное человеческой сущности и есть его достоинство. Оно же и фундаментальный принцип человеческих прав [16. С. 22]. Именно этика человеческого достоинства должна быть прежде всего признана нормообразующим смысловым ориентиром бытия права, критерием его «человекоразмерности».

Один из аспектов актуализации такого подхода – назревшая необходимость правового регулирования в сфере биологии и генетики человека. Право, пишет М.И. Ковалев, должно защитить человека от возможного использования достижений генетики, геномной инженерии, генетической медицины как инструмента вмешательства в сущность человеческой породы, в человеческое постоянство, влекущего нарушение естественных прав человека быть сыном или дочерью своих родителей и наследовать от них свои человеческие свойства, которые затем будут переданы следующим поколениям [16. С. 15]. В частности, запрет евгенических средств и рекомендаций для облегчения передачи по наследству признаков, улучшающих породу будущих человеческих существ, и пресечения передачи негативных особенностей должен быть абсолютным уже потому, что используемые при этом методы могут оказываться бесчеловечными [16. С. 17]. Так в полной ли мере осознает юридическая наука свою ответственность перед лицом таких угроз? Одно очевидно: аксиологически нейтральное правоведение, зараженное вирусом этического скептицизма⁷, наверняка не сможет этому противодействовать.

Идея прав человека – детище естественно-правовых учений XVII–XVIII вв. и, при всей ее инновационности, – традиции юснатурализма в целом. Дуализм естественного и позитивного права в юснатурализме нередко связывают именно с этой эпохой. Между тем это был не только что возникший, а тот же самый «традиционный» дуализм, но переосмысленный, отрефлектированный, по крайней мере проблематизированный для дальнейшего усвоения. Естественно-правовой дуализм постепенно (начиная еще с протестантизма) осознавался как дуализм разума и воли, объективного и субъективного в праве, наконец, гражданского общества и государства. Все «волевые» теории права (позитивизм, марксизм) высвободились из этого дуализма. В их исторической родословной – даже «общая воля» Руссо, никогда не ошибающаяся вследствие своей разумности, просвещенности.

Идея естественного права вдохновляла, что общепризнано, авторов классических деклараций XVIII в. Но имплицитно она содержалась и в европейских кодификациях следующего столетия, когда, вопреки этой идее, как представляется, например, Е.В. Булыгину, «все право стало позитивным» [18. С. 32]. Сама идея кодификации, выдвигавшаяся Дж. Бентамом, была на самом деле порождением естественного права – стремления к идеальному и совершенному правопорядку [19. С. 19]. Соответственно, парадоксальным образом, ведет свое происхождение от естественно-правовых концепций идея отсутствия пробелов в Кодексе, характерная для экстремального позитивизма школы экзегезы [19. С. 19]. Показательно, что в современной философии права эту идею поддерживают как позитивисты (Г. Кельзен, Дж. Раз), так и непозитивисты (Р. Дворкин), а позитивист Е.В. Булыгин подчеркивает, что тезис о необходимой полноте права «не имеет ничего общего с позитивизмом как таковым» [18. С. 37].

Подобные метаморфозы вполне объяснимы: общеевропейский континентальный стиль мышления в значительной степени обусловлен естественно-правовым по своему происхождению пониманием римского права как «писаного разума». Менталитет позитивистов Запада во многом определяла именно традиция естественного права [20. С.62]. Это нельзя не учитывать, разбираясь и во взаимных интерпретациях идей позитивистов и непозитивистов.

Так, Л. Фуллер в дискуссии с Г. Хартом приходит к выводу о том, что те, кто разделяет точку зрения Харта, т.е. позитивисты, «подобны людям, строящим стену для защиты деревни, которым нужно знать, что они желают защитить, но не нужно, да и невозможно знать, от кого им придется обороняться» [21. С. 128]. Критики юснатурализма, как бы продолжает эту тему Дж. Финнис, решительно отреклись от того, что *в их понимании* представляет собой естественно-правовая теория [14. С. 37]. В свою очередь, Е.В. Булыгин пытается оградить позитивизм от основанных на недоразумении, с его точки зрения, нападков, связанных с якобы провозглашаемым позитивизмом тезисом об обязательности всякого позитивного права, независимо от его содержания [22. С. 240].

Напомним, что принципиальная позиция Г. Кельзена в его оценке естественно-правового учения состоит в том, что истинный смысл этого учения, если отвлечься (а это для него важно) от радикально-революционного направления естественно-правовой мысли XVII–XVIII вв., – в защите и легитимации позитивного права.

К такому выводу он приходит, полагая, что в юснатурализме позитивное право предстает не как творчество законодателя, а просто как воспроизведение, эманация естественного права [2. С. 265]. Дж. Финнис, ссылаясь на Фому Аквинского, доказывает по меньшей мере неаутентичность подобной интерпретации юснатурализма [14. С. 47–50]. Однако Финнис признает неадекватным и понимание Г. Хартом естественно-правовой традиции в том смысле, что ее представители всегда считали, будто «ничто несправедливое не может иметь статуса закона» [14. С. 450]⁸. Дж. Финнис не опровергает разделяемое Хартом распространенное мнение о том, что известная естественно-правовая формула «несправедливый закон не есть закон» (*lex injusta non est lex*) вписывается в центральную традицию юснатурализма [23. С. 450]. Тем не менее это все же «второстепенная теорема». Здесь закон понимается не в «фокусном», а во вторичном смысле: традиция далека от приписываемого ей «отрицания юридической действительности несправедливых норм» [23. С. 212].

Г. Кельзен выступает против вошедшего в моду «школьного мнения» об естественно-правовом учении как революционной доктрине. Оно основано, по его мнению, на отождествлении всего этого учения с теорией естественного права XVII–XVIII вв. Революционно-анархической, полагает он, была *идея* естественного права (к ней и обратились идеологи Французской революции), но ни в коем случае не *учение* в целом, всегда направленное, как мы уже знаем, по Кельзену, на абсолютное оправдание действующего правопорядка [2. С. 274–275]⁹.

Это доказывает, как считает Кельзен, возвращение к естественно-правовой традиции в XIX в. в лице исторической школы права, которая «была лишь одной из разновидностей естественно-правовой теории» [2. С. 275]. Такая интерпретация теории исторической школы права¹⁰ далеко не бесспорна. В свое время многоаспектное соотношение идей естественно-правовой и исторической школ блестяще показал И.А. Покровский. Для представителей этой школы, в частности, подчеркивал он, единственно доступной сферой деятельности в области права оказывалась сфера исторического и догматического исследования [25. С. 68]. И это, в конечном счете, согласимся с И.А. Исаевым, был шаг на пути к правовому позитивизму: «Для юристов “исторической школы” сам факт происхождения позитивного права из “народного духа” был достаточным свидетельством его положительного значения». Факт «как бы вырос из самого потока истории...» [26. С. 3].

Исторический метод в правоведении, восходящий к исторической школе права, поставил под вопрос классический тезис о неизменности естественно-правовых аксиом. Естественное право невозможно

было даже представить себе в его становлении и изменчивости. Неудивительно, что Г. Кельзен теории «изменчивого» естественного права исключал из учения об естественном праве, приравнивая их к релятивистскому позитивизму [5. С. 478]. Так, Л. Штраус, апологет классической естественно-правовой традиции, не мог примириться с тем, что стихийная деятельность Истории заставит человека «забыть о целом или о вечности» [10. С. 168].

Однако теперь уже нельзя было игнорировать идею развития, процессуальности естественного права, оставаться вне его изменчивого социального контекста. Отсюда, начиная с Р. Штаммлера и его теории «естественного права с изменяющимся содержанием», – поиски, особенно в позднейших естественно-правовых теориях, баланса, равновесия между системностью и процессуальностью, между правилами и принципами в правоустановительной и правоприменительной деятельности, а главное – путей восстановления единства права, утраченного в классическом юснатурализме. Соотношение естественного и позитивного права предстает как некое противоречивое единство – как «дуальность» (Р. Алекси, С.И. Максимов), «двойственность» (Г.А. Гаджиев), «двухсоставность» (Э.Ю. Соловьев) реальности права. Тем самым преодолевается «чистая» позитивность права. Но в «историчности» права не остается места и абсолютности естественно-правовой идеи. Она утрачивает свое «надэмпирическое достоинство» (М. Вебер).

«Абсолютизм» естественно-правовых принципов не согласуется с их процедурно-дискурсивным, диалогическим и вообще любым «человеческим» измерением. При допущении человеческой сконструированности идеи естественного права «она необратимо утрачивает «абсолютизм своей сущности», фундирующей правопорядок» [27. С. 150]. В процедурных естественно-правовых концепциях (Л. Фуллер, Р. Алекси, Ю. Хабермас), в том числе и контрактуалистских (Дж. Ролз, Р. Дворкин), принципы справедливости – не абстрактные, не «уже данные», а конструируемые субъектами дискурса или нуждающиеся во «вдохновляющей морали» (Л. Фуллер).

В полемике с позитивизмом авторы этих концепций позиционируют их в качестве естественно-правовых (непозитивистских). И, как представляется, не без оснований.

Во-первых, в современных неклассических теориях естественного права ощущается нормативность традиции классического юснатурализма. Контрактуалисты Дж. Ролз, Р. Дворкин, как отмечает Ю. Хабермас, в той или иной форме придерживаются морального универсализма XVIII в. [28. С. 109]. Очевиден универсальный характер идеи человеческого «равнодостоинства» как основы фундаментальных прав и у самого Ю. Хабермаса.

Эти права в качестве «современного естественного права» как раз и образуют тот портал, через который мораль импортируется в право [29. С. 70], осуществляется «присоединение морали к медиуму права» [29. С. 76]. Применительно прежде всего к фундаментальным правам, оформленным в современных конституционных правопорядках, нельзя не подчеркнуть об-

щую ценностную направленность морали и права. Естественно-правовая традиция и ориентировалась всегда на понимание справедливости в качестве морального начала права как его конституирующей идеи.

Во-вторых, в качестве содержательно значимой идея справедливости (правильности) права сохраняется в модернизированных «естественно-правовых» моделях правопорядка как его критическое измерение. Тест «на справедливость» подтверждает наличие у естественного права и в этой его редакции критического потенциала, присущего всей многовариантной традиции юснатурализма¹¹. В этом аспекте еще предстоит осмыслить инновационную преемственность современных естественно-правовых учений в рамках традиции в целом. Во всяком случае позитивист, если он и признает «слабую» связь права и морали, то готов считать ее только моральной, но не правовой проблемой.

В-третьих, критическое переосмысление дуализма естественного и позитивного права как параллельно существующих нормативных систем не представляется принципиальным разрывом с традицией юснатурализма. Скорее, это преодоление ею прежних методологических императивов, отвечающее новой познавательной ситуации в социально-гуманитарном знании. Ведь не прервалась же традиция после Канта, преодолевшего натурализм прежних учений об естественном праве.

Классическая традиция (до XIX в.) не могла учесть такой новой для философии права проблемы, как появление социальных прав. Актуализация этой проблемы в конце XIX – начале XX в. и, уже в ином социально-историческом контексте, после 80-х гг. XX столетия, проявилась в возрождении дискурса справедливости. Дискуссионным в прошлом и в конце XX – начале XXI в. оказался прежде всего вопрос о соотношении формальной (юридической) справедливости как «равенства в свободе» и материальной справедливости как равенства в распределении общественных благ (формального и материального естественного права, по Веберу). В этих дискуссиях заостряются расхождения между позитивизмом и непозитивизмом, касающиеся роли моральных ценностей в праве и правоповедении и соответственно – условий юридической действительности правовых норм [31. С. 418–419]. Однако нередко полемика по этому вопросу ведется между представителями различных версий юснатурализма (например, полемика Р. Дворкина с Дж. Ролзом) или современного либертариизма – тоже непозитивистского направления правовой мысли [32. С. 45–47; 33. С. 89–91].

В России на рубеже XIX–XX вв. обсуждение проблемы социальных прав развернулось вокруг «права на достойное существование» как «формулы справедливости» [34. С. 115]. Эта формула была задействована в политической риторике либералов и социалистов, «классических» либералов и социал-либералов [34. С. 115–116]. Однако партийно-классовый подход не заслонял академическое «надэмпирическое» исследование проблемы «достойного существования» как правовой проблемы. Если М. Вебер обнаруживал утилитарный смысл материального естественного права [24. С. 201–202], то, например, П.И. Новгородцев писал о «беспристрастной и нелицеприятной»

идее справедливости, которая «дает начало не буржуазным и не пролетарским, а общечеловеческим правовым представлениям...» [35. С. 255].

Дискуссии о «праве на достойное существование» велись в контексте обсуждения вопросов о соотношении свободы и равенства, о понятии справедливости как правовой или моральной (этико-правовой) категории, как «воздаяния должного», как внешней или «внутренней» правды¹². При этом внимание фокусировалось на особенно актуальной тогда в России проблеме гарантий основных прав¹³.

С появлением социальных прав происходит своего рода «смыслоразвертывание» базисных прав (Ю. Хабермас). И оно нуждается в естественно-правовом (моральном) обосновании, не сводящемся к позитивистскому эмпирическому анализу социальных фактов.

В свое время Л.И. Петражицкий разработал программу политики права. Это, разъяснял он, наука, систематически обнимающая всю область права с

точки зрения того, что должно быть, в противоположность науке положительного права как науке о том, что было и есть в области права [38. С. 33]. И это не новая наука: прежде она была представлена наукой так называемого естественного права. Однако чтобы «не дать повода для ложных толкований и поверхностной критики», лучше, полагал Л.И. Петражицкий, заменить название «наука естественного права» другим – «наука политики права» [38. С. 33].

Учение об естественном праве могло бы и сегодня стать «вдохновляющей идеей» (Р. Познер) создания современной политики права. В обозначенной перспективе будет важно преодолеть «ложные толкования» ее исторического прошлого. Кажется также очевидным, что и взаимные интерпретации позитивизма и естественного права не должны препятствовать «понимающему» диалогу между этими и сегодня противостоящими друг другу направлениями правовой мысли.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ Это общераспространенная точка зрения. Ее разделяют и отечественные исследователи. Так, В.В. Лапаева не сомневается в том, что «юснатурализму всегда будет присущ тот правовой дуализм, который сопутствовал этому подходу на протяжении всей истории его развития» [7. С. 122].

² Кельзен, констатирует М. Иештетт, опускает справедливость «с уровня абсолютной трансцендентной ценности до уровня простой относительной ценности» [8. С. 657].

³ Не считая возможным «попутно» останавливаться на других, в том числе и общераспространенных, версиях реконструкции учения Аристотеля о «справедливости как законе», о «справедливости как равенстве», о возможном естественно-правовом истолковании его учения об энтелехии, сошлемся на то, что в «Риторике» Аристотеля и сам Кельзен обнаруживает мысль об естественном праве, отличном от позитивного права и, возможно, находящемся с ним в противоречии – мысль, которую Аристотель намеренно, как считает Кельзен, избегает в «Этике» [6. С. 535]. В то же время, скорее, риторические, чем философско-правовые, аргументы Цицерона в обсуждении естественно-правовой проблематики не препятствуют Кельзену присоединиться к общераспространенному мнению о Цицероне как ярком представителе этого учения.

⁴ В своей полемике с юснатурализмом Г. Кельзен как-то упускает из виду заключенную в этой формуле тему свободы, коренящейся в естественной склонности человека к добру и истине и исключающей «диктаторское» воздействие Бога на человека. В этом понимании свободы расходятся пути томизма и номиналистского скотизма (последователей Дунса Скота), для которого свобода индифферентна к ценностям и ведет к нравственности, основанной на законе и предписании [11. С. 93–94].

⁵ Интерпретацию естественно-правового учения «лишь как христианско-религиозного» разделяют и некоторые отечественные исследователи. «Идея естественного права, – писал Г.В. Мальцев, – по сути своей религиозна, отход от данной сути в принципе недопустим» [12. С. 93].

⁶ Абсолютные права как права-требования не зависят, по Финнису, от их конституционного оформления и международного признания. По мнению Е.В. Тимошиной, трансформация фундаментальных прав в утилитарные «соображения» о соответствии средств цели (например, в рамках доктрины «взвешивания» прав) не соответствует этико-правовому смыслу прав человека, а также и форме его нормативного выражения в международно-правовых актах и национальных конституциях [15].

⁷ Известный аргентинский правовед Е.В. Булыгин, представитель современного позитивизма, рассматривает этический скептицизм «как определяющую черту правового позитивизма» [17. С. 71].

⁸ Цитату Г. Харта, которую приводит Финнис, см. [23. С. 211].

⁹ Г. Кельзен здесь различает, не вдаваясь в объяснения, познавательного-теоретического («учение») и идеологически-ценностный («идея») аспекты любого учения о праве. Он предпочитает академическому дискурсу о юснатурализме главным образом идеологическую конфронтацию с ним, подспудно перелагая с позитивизма на теорию естественного права ответственность за «неверность» праву во время нацистского режима.

¹⁰ По мнению М. Вебера, естественное право «является... специфической формой легитимности революционно создаваемых порядков» [24. С. 198]. Естественно-правовую легитимацию пережили разные виды авторитарных властей. Но было еще «влиятельное естественное право исторически ставшего...» [24. С. 198–199].

¹¹ Так, у Дж. Ролза принципы справедливости в качестве источника нормативности права должны обеспечить рациональную критику любой социальной организации [30. С. 19].

¹² Об истории понятия справедливости в России см. [36. С. 132–146].

¹³ В современных условиях конституционного и международного-правового оформления социальных прав, идеи социального государства проблема социально ориентированного распределения общественных благ вновь приобретает остроту и актуальность в контексте гарантий основных прав, реализации принципов правового государства [37. С. 74–198].

ЛИТЕРАТУРА

1. Алекс Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Москва ; Берлин : Инфотропик Медиа, 2011. 192 с.
2. Кельзен Г. Естественное право и позитивное право: исследование их взаимного отношения // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб. : Алеф-пресс, 2015. С. 241–280.
3. Кельзен Г. Естественное-правовое учение перед трибуналом науки // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб. : Алеф-пресс, 2015. С. 281–338.
4. Кельзен Г. Что есть справедливость? // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб. : Алеф-пресс, 2015. С. 339–374.
5. Кельзен Г. Проблема справедливости // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб. : Алеф-пресс, 2015. С. 375–496.

6. Кельзен Г. Основание учения о естественном праве // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб. : Алеф-пресс, 2015. С. 497–556.
7. Лапаева В.В. Типы правовопонимания: правовая теория и практика. М. : Российская академия правосудия, 2012. 578 с.
8. Иештедт М. Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб. : Алеф-пресс, 2015. С. 621–658.
9. Познер Р.А. Рубежи теории права. М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2017. 480 с.
10. Штраус Л. Естественное право и история. М. : Водолей Publishers, 2007. 312 с.
11. Гертых В. Свобода и моральный закон у Фомы Аквинского // Вопросы философии. 1994. № 1. С. 91–100.
12. Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М. : Прометей, 1999. 419 с.
13. Кельзен Г. Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право. СПб. : Алеф-пресс, 2015. С. 107–240.
14. Финнис Дж. Естественное право и естественные права. М. : Мысль, 2012. 554 с.
15. Тимошина Е.В. Права человека как ценностные основания правового регулирования // Человек и право: проблемы ценностных оснований правового регулирования. Сборник научных трудов. Минск : Академия МВД, 2019. С. 214–220.
16. Ковалев М.И. Генетика человека и его права (Юридические, социальные и медицинские проблемы) // Государство и право. 1994. № 1. С. 12–22.
17. Булыгин Е.В. К проблеме обоснования прав человека // Булыгин Е.В. Избранные работы по теории и философии права. СПб. : Алеф-пресс, 2016. С. 66–72.
18. Булыгин Е.В. Что такое правовой позитивизм? // Булыгин Е.В. Избранные работы по теории и философии права. СПб. : Алеф-пресс, 2016. С. 28–41.
19. Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М. : Статут, 2011. 308 с.
20. Лебедева Т.П. Роль школы естественного права в формировании западной политико-правовой традиции // Полис. 1998. № 6. С. 55–63.
21. Фуллер Л.Л. Позитивизм и верность праву. Ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124–159.
22. Антиномия в чистом учении о праве Кельзена // Булыгин Е.В. Избранные работы по теории и философии права. СПб. : Алеф-пресс, 2016. С. 22–245.
23. Харт Г.Л. Понятие права. СПб. : Изд-во СПб. ун-та, 2007. 302 с.
24. Вебер М. Хозяйство и общество: очерки понимающей социологии : в 4 т. М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2018. Т. 3. 331 с.
25. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 2013. 351 с.
26. Исаев И.А. Факт против нормы: вызов «исторической школы права» // История государства и права. 2012. № 8. С. 2–6.
27. Тимошина Е.В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л.И. Петражицкого. М. : Юрлитинформ, 2012. 296 с.
28. Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. М. : Наука, 1992. 176 с.
29. Хабермас Ю. Концепт человеческого достоинства и реалистическая утопия прав человека // Вопросы философии. 2012. № 2. С. 66–80.
30. Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск : Изд-во Новосиб. ун-та, 1995. 532 с.
31. Дидикин А.Б. Современные теории естественного права и классическая традиция // Философское антиковедение и классическая традиция. 2014. Т. 8, № 2. С. 418–424.
32. Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. М. : Ин-т государства и права РАН, 2003. 207 с.
33. Лапаева В.В. Коммуникативные концепции права в контексте актуальных задач российской правовой теории и практики (с позиций либертарного правовопонимания) // Правоведение. 2014. № 6. С. 77–100.
34. Плотников Н.С. «Право на достойное существование». К истории дискурса справедливости в русской мысли // Логос. 2007. № 5 (62). С. 111–133.
35. Новгородцев П.И. Об общественном идеале. М. : Пресса, 1991. 640 с.
36. Печерская Н.В. Метаморфозы справедливости: историко-этимологический анализ понятия справедливости в русской культуре // Полис. 2001. № 2. С. 132–146.
37. Клишас А.А. Юридический код государства. М. : Междунар. отношения, 2019. 760 с.
38. Петражицкий Л.И. Введение в науку политики права // Петражицкий Л.И. Теория и политика права. Избранные труды. СПб. : Юридическая книга, 2010. С. 3–186.

Статья представлена научной редакцией «Право» 5 июня 2020 г.

Positivism and Natural Law: A Conflict of Interpretations?

Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal, 2020, 456, 234–240.

DOI: 10.17223/15617793/456/28

Genevera I. Lukovskaya, Saint Petersburg State University (Saint Petersburg, Russian Federation). E-mail: lukovskaia@yandex.ru

Keywords: natural law; positivism; justice; tradition; interpretation.

The study is supported by the Russian Foundation For Basic Research, Project No. 19-011-00528.

The aim of this article is to analyze the mutual interpretations of the ideas of positivism and jusnaturalism. The author proceeds from the fact that in the controversy of the supporters of these types of legal understanding, as in any discussion, mutual understanding, mutual alignment of positions, as well as compliance with the expectations of each of the parties, are necessary. Meanwhile, positivists (E. Bulygin) and jusnaturalists (L. Fuller, J. Finnis) note the inauthenticity of interpretation models of these types. The author primarily sees the positivist models of the centuries-old tradition of jusnaturalism as debatable. She uses the method of analysis of discrepancies of the natural law tradition in its reproduction by positivists found, for example, in J. Finnis's criticism of interpretative models in the works by H. Kelsen and H.L.A. Hart. According to the author, understanding the polemics of positivists and jusnaturalists, it is necessary to take into account that the common-European style of lawyers' thinking was largely formed under the influence of natural law axioms. All "strong-willed" theories of law (positivism, Marxism) have freed themselves from the dualism of natural and positive law inherent in classical jusnaturalism. The author critically examines the positivist interpretations of the doctrines of natural law and argues her own position in assessing the various stages of jusnaturalism evolution, from antiquity to the present. The author becomes a participant in a polemic with positivism, sharing Finnis's anti-utilitarian interpretation of fundamental human rights (not his conception as a whole). She believes that the ethics of human dignity should be recognized as the semantic reference point of the existence of law, the criterion of its "human dimension". In conclusion, the author pays special attention to interpretation by positivism of the dualism ideas of natural and positive law, the absoluteness of natural law principles, their immutability inherent in the classical tradition of jusnaturalism, but subjected to rethinking in modern non-classical theories of natural law (contractualist and others). In this regard, the article discusses the adequacy of recognizing such theories as natural legal theories (maybe this is a "third", "another" way in the philosophy of law?). The author comes to the conclusion that such theories are attributed to

the natural legal tradition, emphasizing, however, that the innovative continuity of modern doctrines on natural law remains controversial. The author also outlines the possible prospects for a further development of this tradition within the framework of the policy of law freed from the “false interpretations” (L.I. Petrażycki) of its historical past.

REFERENCES

1. Alexy, R. (2011) *Ponyatie i deystvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu)* [On the Concept and the Nature of Law]. Translated from English. Moscow; Berlin: Infotropik Media.
2. Kelsen, H. (2015a) *Chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo* [Pure Theory of Law]. Translated from German by Mikhail Antonov and Sergey Loesov. 2nd ed. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 241–280.
3. Kelsen, H. (2015b) *Chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo* [Pure Theory of Law]. Translated from German by Mikhail Antonov and Sergey Loesov. 2nd ed. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 281–338.
4. Kelsen, H. (2015c) *Chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo* [Pure Theory of Law]. Translated from German by Mikhail Antonov and Sergey Loesov. 2nd ed. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 339–374.
5. Kelsen, H. (2015d) *Chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo* [Pure Theory of Law]. Translated from German by Mikhail Antonov and Sergey Loesov. 2nd ed. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 375–496.
6. Kelsen, H. (2015e) *Chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo* [Pure Theory of Law]. Translated from German by Mikhail Antonov and Sergey Loesov. 2nd ed. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 497–556.
7. Lapaeva, V.V. (2012) *Tipy pravoponimaniya: pravovaya teoriya i praktika* [Types of Legal Consciousness: Legal Theory and Practice]. Moscow: Rossiyskaya akademiya pravosudiya.
8. Ieshtedt, M. (2015) *Vvedenie v chistoe uchenie o prave Gansa Kel'zena* [Introduction to the pure theory of law by Hans Kelsen]. In: Kelsen, H. *Chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo* [Pure Theory of Law]. Translated from German by Mikhail Antonov and Sergey Loesov. 2nd ed. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 621–658.
9. Pozner, R.A. (2017) *Rubezhi teorii prava* [The Frontiers of the Theory of Law]. Moscow: Izd. dom Vysshey shkoly ekonomiki.
10. Strauss, L. (2007) *Estestvennoe pravo i istoriya* [Natural Right and History]. Translated from English. Moscow: Vodoley Publishers.
11. Gertykh, V. (1994) *Svoboda i moral'nyy zakon u Fomy Akvinskogo* [Freedom and moral law in Thomas Aquinas]. *Voprosy filosofii – Problems of Philosophy*. 1. pp. 91–100.
12. Mal'tsev, G.V. (1999) *Ponimanie prava. Podkhody i problemy* [Understanding Right. Approaches and Problems]. Moscow: Prometey.
13. Kelsen, H. (2015e) *Chistoe uchenie o prave, spravedlivost' i estestvennoe pravo* [Pure Theory of Law]. Translated from German by Mikhail Antonov and Sergey Loesov. 2nd ed. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 107–240.
14. Finnis, J. (2012) *Estestvennoe pravo i estestvennye prava* [Natural Law and Natural Rights]. Translated from English. Moscow: Mysl'.
15. Timoshina, E.V. (2019) *Prava cheloveka kak tsennostnye osnovaniya pravovogo regulirovaniya* [Human rights as the value foundations of legal regulation]. In: Pavlov, I. & Savenok, A.L. (eds) *Chelovek i pravo: problemy tsennostnykh osnovaniy pravovogo regulirovaniya* [Man and Law: Problems of the Value Foundations of Legal Regulation]. Minsk: Academy of the Ministry of Internal Affairs. pp. 214–220.
16. Kovalev, M.I. (1994) *Genetika cheloveka i ego prava* (Yuridicheskie, sotsial'nye i meditsinskie problemy) [Human genetics and rights (Legal, social and medical problems)]. *Gosudarstvo i pravo – State and Law*. 1. pp. 12–22.
17. Bulygin, E.V. (2016a) *Izbrannye raboty po teorii i filosofii prava* [Selected works on Theory and Philosophy of Law]. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 66–72.
18. Bulygin, E.V. (2016b) *Izbrannye raboty po teorii i filosofii prava* [Selected works on Theory and Philosophy of Law]. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 28–41.
19. Karapetov, A.G. (2011) *Bor'ba za priznanie sudebnogo pravotvorchestva v evropeyskom i amerikanskom prave* [Struggle for the Recognition of Judicial Lawmaking in European and American Law]. Moscow: Statut.
20. Lebedeva, T.P. (1998) *Rol' shkoly estestvennogo prava v formirovaniy zapadnoy politiko-pravovoy traditsii* [The role of the school of natural law in the formation of the Western political and legal tradition]. *Polis – Political Studies*. 6. pp. 55–63.
21. Fuller, L.L. (2005) *Positivizm i vernost' pravu. Otvet professoru Khartu* [Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart]. Translated from English. *Pravovedenie*. 6. pp. 124–159.
22. Bulygin, E.V. (2016c) *Izbrannye raboty po teorii i filosofii prava* [Selected works on Theory and Philosophy of Law]. Saint Petersburg: Alef-press. pp. 22–245.
23. Hart, H.L.A. (2007) *Ponyatie prava* [The Concept of Law]. Translated from English. Saint Petersburg: Saint Petersburg State University.
24. Weber, M. (2018) *Khoz'yaystvo i obshchestvo: ocherki ponimayushchey sotsiologii: v 4 t.* [Economy and Society: Essays on Interpretive Sociology: In 4 Vols]. Translated from English. Vol. 3. Moscow: HSE.
25. Pokrovskiy, I.A. (2013) *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava* [The Main Problems of Civil Law]. Moscow: Statut.
26. Isaev, I.A. (2012) *Fact Against Norm: Challenge of “Historical School of Law”*. *Istoriya gosudarstva i prava – History of State and Law*. 8. pp. 2–6. (In Russian).
27. Timoshina, E.V. (2012) *Kak vozmozhna teoriya prava? Epistemologicheskie osnovaniya teorii prava v interpretatsii L.I. Petrazhitskogo* [How Is a Theory of Law Possible? the Epistemological Foundations of the Theory of Law as Interpreted by L.I. Petrażycki]. Moscow: Yurilitinform.
28. Habermas, J. (1992) *Demokratiya. Razum. Nравstvennost'* [Democracy. Mind. Moral]. Moscow: Nauka.
29. Habermas, J. (2012) *Kontsept chelovecheskogo dostoinstva i realisticheskaya utopiya prav cheloveka* [The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights]. Translated from German. *Voprosy filosofii – problems of Philosophy*. 2. pp. 66–80.
30. Rawls, J. (1995) *Teoriya spravedlivosti* [A Theory of Justice]. Novosibirsk: Novosibirsk State University.
31. Didikin, A.B. (2014) *Modern Natural Law Theories and the Classical Tradition*. *Filosofskoe antikovedenie i klassicheskaya traditsiya – Scholae*. 8 (2). pp. 418–424. (In Russian).
32. Chetvernin, V.A. (2003) *Vvedenie v kurs obshchey teorii prava i gosudarstva* [Introduction to the Course of the General Theory of Law and State]. Moscow: Institute of State and Law, RAS.
33. Lapaeva, V.V. (2014) *Communicative Concepts of Law in the Context of Crucial Tasks of Russian Legal Theory and Practice (From the Perspective of Libertarian Law Understanding)*. *Pravovedenie*. 6. pp. 77–100. (In Russian).
34. Plotnikov, N.S. (2007) *“Pravo na dostoynoe sushchestvovanie”. K istorii diskursa spravedlivosti v russkoy mysli* [“The Right to a Dignified Existence”. On the History of the Discourse of Justice in Russian Thought]. *Logos*. 5 (62). pp. 111–133.
35. Novgorodtsev, P.I. (1991) *Ob obshchestvennom ideale* [On the Social Ideal]. Moscow: Pressa.
36. Pecherskaya, N.V. (2001) *Metamorphoses of Justice: Historical-Etymological Analysis of the Notion of Justice as It Evolved in Russian Culture*. *Polis – Political Studies*. 2. pp. 132–146.
37. Klishas, A.A. (2019) *Yuridicheskiy kod gosudarstva* [State Legal Code]. Moscow: Mezhdunar. otnosheniya.
38. Petrażycki, L.I. (2010) *Teoriya i politika prava. Izbrannye trudy* [Theory and Policy of Law. Selected Works]. Saint Petersburg: Yuridicheskaya kniga. pp. 3–186.

Received: 05 June 2020