

ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО КАК ЭКЗИСТЕНЦИАЛЬНОЕ ПРАВО²

«Судья более важен, чем закон»

Ф. П.

Фрицу Прингхайму в почитании

Введение

Проблема естественного права сегодня

После краха Германии в 1945 г., оставившего позади себя груды обломков – в том числе и права – вновь пришедшие юристы (как установил еще Густав Радбрух в своей программной статье «Обновление права» (1947))³ были поставлены перед непростой задачей – «убрать разрушенное государство и возвести на его месте новое здание права». Характеризуя целостную парадоксальность нашей духовной ситуации вплоть до сегодня, Радбрух двояким образом очерчивал упомянутую задачу. Во-первых, следовало «восстановить уважение к закону», который без зазрения совести был тысячекратно нарушен и обойден. Это означало «возобновить связанность государства его же собственными законами», посредством чего «заново достичь правовой определенности» и тем самым «восстановить правовое государство». Во-вторых, в силу того неустранимого и бесспорного опыта, что вторжение неправа может иметь место не только путем нарушения и обхода законов, но и так, что «неправо и правонарушение даны в форме закона», юристам была поставлена «вторая задача, которая, на первый взгляд, находилась в противоречии с первой»: превосходения правового позитивизма, который десятилетиями безраздельно царил среди немецких юристов, внушая им, что «закон есть закон», и делая своих сторонников «беззащитными и бессильными» в отношении «неправа в форме закона».

¹ Вернер Майхофер – выдающийся немецкий философ права XX века. Подробнее см. послесловие переводчика на с. 262–82.

² Настоящий перевод выполнен по изданию: Werner Maihofer, *Naturrecht als Existenzrecht* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963). Перевод Алексея Стовбы.

³ Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, S.1 и далее; цитируется по новому изданию: *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* Издано Вернером Майхофером, *Wege der Forschung* Bd.XVI, 1962. Это собрание томов, в котором также можно отыскать дальнейшие библиографические ссылки, в дальнейшем сокращенно будет цитироваться: No R. – *Прим. авт.* Здесь и далее в переводе сохранены оригинальные ссылки В. Майхофера. – *Прим. пер.*

Тем самым Радбрух требует, чтобы юриспруденция вновь обратилась к «тысячелетней мудрости античности, христианского Средневековья, эпохи Просвещения», когда существует «высшее право, данное как закон, естественное право, божественное право либо право разума, короче говоря, надзаконное право, соразмерно которому неправое остается неправом, даже если оно отлито в форме закона...»⁴.

Такова тональность общей дискуссии об обновлении нашего права, которая развернулась в последующие годы и колебалась между требованиями государственно-правового восстановления утраченной правовой определенности и естественно-правового восстановления утраченной справедливости, то отдавая преимущество одному из них, то представляя их как равновесные. При этом в ходе дискуссии происходило как постоянное скольжение темы, так и явное смещение центра ее тяжести.

В первой фазе дискуссии, примерно до 1951 г., доминировали голоса, которые отдавали предпочтение «возобновлению естественного права» и в упомянутой альтернативе – правовой позитивизм или естественное право – более или менее явно и однозначно склонялись к тому, чтобы вернуться к естественному праву⁵. Однако отрезвление после этой первой крайности вскоре привело к точно такому же – слишком однобокому и однозначному – обратному представлению о жизненной важности правильно понимаемого позитивизма, который был чересчур быстро объявлен мертвым⁶. Таким образом, между государственно-правовым требованием правовой определенности и естественно-правовым требованием справедливости сложились напряженные отношения, которые делали невозможным как однобокое, естественно-правовое обоснование права, так и его чисто позитивистское дедуцирование.

Трезвая оценка, согласно которой не может быть дано никакого «или-или», но существует лишь путь к новому обоснованию права через *естественное право* и *правовой позитивизм*, программно выраженная в заглавии доклада Ханса Вельцеля⁷, все в большей степени определяет тенденцию второй фазы дискуссии, которая стремится развить востребованный новый способ мышления, исходя из различных направлений современной философии и теологии.

С подобным подвешиванием изначально весьма однобоко установленных противесов, верно рассмотрев которые мы лишь заново придем к соответствию провозглашенным Радбрухом принципам двойственного обновления права, неразрывно связано практически незаметное изменение в осознании проблемы,

⁴ Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, S. 2.

⁵ Это характерно для работ Adolf Suesterhenn (*Das Naturrecht*, NoR, S.11 и далее) и Hermann Weinkauff (*Das Naturrecht in evangelischer Sicht*, NoR, S.210 и далее).

⁶ Это отчетливо выражено у Erwin Riezler, *Der totgesagte Positivismus*, NoR, S.239 и далее.

⁷ Hans Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, NoR, S.322 и далее.

посредством которого в конечном итоге на место непоколебимого признания (еще Радбрухом) естественного права приходит вопрос о познании этого, весьма многозначного термина.

Если еще у Радбруха существовало безусловное убеждение, что обновление права может быть основано в осмыслении естественного права западной христианской традиции, то уже сейчас все более явно звучат голоса, которые не просто предупреждают о «гипертрофии позитивизма» либо «гипертрофии со стороны естественного права»⁸, но и превращают в проблему как чистую реставрацию естественного права, так и само естественное право как таковое⁹. В отличие от Радбруха, для которого хотя сам факт естественного права и не беспроблемен, однако вопрос о естественном праве как таковом не представляет трудностей, мы изначально сталкиваемся здесь с новым осмыслением *проблемы естественного права*, которому недостаточно ответов, даваемых традиционной философией сущности, а потому оно настоятельно всматривается в то, традиционно описываемое понятиями «идеи» либо «сущности» естество (Natur), из которого можно спросить о столь разноплановом понятии естественного права (Naturrecht). Подобная попытка была впервые предпринята в сочинении Эрика Вольфа касательно «Проблемы естественно-правового учения»¹⁰. Те заключения, которые можно здесь встретить в историко-системном анализе традиционных естественно-правовых учений, и каковые лежат в основе как изменчивого понятия естества, так и различных новых трактовок понятия права, дают нам при возможных сочленениях этих новых понятий *естества* и *права* калейдоскоп понятийных комбинаций *естественного права*¹¹, не просто вынуждая нас констатировать существующую еще и сегодня обыденную наивность в отношении естественно-правовой проблемы, но и – если наши заключения верны – давая усомниться в самой задаче: при наличии стольких *понятий* естественного права отыскать *единое понятие* последнего.

Но можно ли сейчас вообще осмысленно ставить вопрос о естественном праве, исходя из положений современной философии и юриспруденции? Не исчезает ли, исходя из предпосылок традиционной философии, сама возможность подобной постановки вопроса, как полагает широко распространенный на Западе философский и научный позитивизм? Или же перед нами по-прежнему стоит этот старый вопрос, хотя бы даже и в новом обличье? Не следует ли нам предпринять новое осмысление этого старого факта, обозначенного понятием естественного права?

Современные попытки нового осмысления этого факта, описываемого столь многозначным понятием естественного права, ведут – и это твердо установлено

⁸ Как, например, уже у Otto Veit, *Der geistesgeschichtliche Standort des Naturrechts*, NoR, S.33.

⁹ Как у Ernst Topitsch, *Das Problem des Naturrechts*, NoR, S.159 и далее.

¹⁰ Erik Wolf, *Das Problem des Naturrechtslehre*, 2 Aufl. 1959.

¹¹ См. к этому: Werner Maihofer, *Das Problem des Naturrechts*, in: *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd.46, 1960, S.417 и далее.

практически без исключений – в одном и том же направлении: «относительного естественного права» (Пуфендорф), которое затем описывалось как «естественное право с меняющимся содержанием» (Штаммлер), как «исторически-эластичное»¹² либо «исторически-релятивное», далее как «естественное право со становящимся содержанием» либо «естественное право в становлении»¹³, а также как «конкретное»¹⁴ в отличие от абстрактного, или же как «историческое»¹⁵ в отличие от лишнего истории естественного права.

Все подобные попытки так или иначе явно предприняты из исходного пункта вне дихотомии интеллектуализма и волюнтаризма¹⁶; они разрешают диалектическую напряженность отношений между порядком и индивидуальным решением не односторонне, не в пользу одной из сторон. Эти попытки не могут быть интерпретированы ни из интеллектуальных представлений о самозаконодательном *ordo* (порядке – лат. прим. пер.), который лишь задан человеку, ни из волюнтаристских представлений о *decisio* (решении – лат. прим. пер.), отданного человеку на откуп, но исследуют как решение, так и порядок в их диалектической связи: постигая их как порядок и решение, заданные человеку – и отданные на его усмотрение. Но как нам следует истолковать понятие «естества», когда последнее равно есть как *основание* порядка, так и *мера* решения, которые мы обозначаем как «естественное» и «разумную»: как *фактически справедливое* согласно порядку вещей либо *жизненно справедливую* согласно распоряжению человека? Если их мера и основание не заложены во внеисторичном и статичном бытии либо сущности вещей или человека, то в чем же тогда они заключены?

I. Предметная сущность людей как конкретная экзистенция в мире

Согласно мыслительной схеме традиционной философии сущности, со времен Платона и Аристотеля естество в понятии естественного права привычно постигается как идея, стоящая за вещами, либо же как застывшая в вещах субстанция, так что мы, применительно к живым существам, не относящимся к человеку, таким как лисы или зайцы, без колебаний говорим об их сущности, живущей в них естественным образом («по природе»), или же вложенной в них Богом. По аналогии

¹² Как, в особенности у Eduard Spranger, *Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts*, NoR, S.87 и далее, в особенности S.93 f.

¹³ Так у Erich Fechner, *Naturrecht und Existenzphilosophie*, NoR, S.384 и далее, в особенности S. 402 и далее; см. и *Rechtsphilosophie*, 2 Aufl. 1962, S.261 f.

¹⁴ Уже Karl Engisch говорит о «конкретно-индивидуалистическом естественном праве»: в *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, S.288 f.; о «конкретном мышлении естественного права» см. также W. Maihofer, *Die Natur der Sache* в: *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 44, 1958, S.145 и далее, в особенности S.174.

¹⁵ Об этом Arthur Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957, в особенности S.10 и далее.

¹⁶ Об антилизе интеллектуализма и волюнтаризма в традиционных естественно-правовых учениях фундаментально высказался Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4 Aufl. 1962.

с жизненным порядком подобных живых существ мы мыслим и человеческий порядок, как естественный либо божественный, заданный естественным образом либо Богом, а человеком лишь воспринятый, с единственным отличием, что людям, в отличие от животных, которые связаны с наброском этой сущности посредством инстинкта и порыва (интеллектуального либо волевого), в ходе самостоятельного познания и воли дано открыть свое предустановленное определение, переместившись в акте деяния из чистой возможности в действительность.

Согласно связанной с подобным мышлением схеме объяснения традиционной *метафизики свойств*, как идея сущности, стоящая «позади» всякого человека, так и заложенная «в» каждом человеке сущностная субстанция обладают характером *всеобщности*¹⁷. Именно там, где подлинное естество человека в превосходении его как чисто естественного существа (чувствующее существо – *homo phaenomenon*) определяется как его «вторая натура» – разумного существа (интеллигибельный характер – *homo noumenon*), и эта подлинная сущность человека понимается как автономная кантианская «цель сама по себе», существует представление, что единственной задачей этой самостоятельной деятельности является само это существо, устанавливающее себе свои цели, заданное посредством идеи и осуществляемое всяким индивидом в «своем собственном лице» всеобщее определение, то есть лежащая в основе всякого человека *идея свойства* «человечности»; что человек – исключительно разумно, из этой истинной сущности, и (также) «истинной воли», данных ему всеобщим образом – ставит себе целью: постигать и схватывать согласно тому, что он, естественным образом или по воле Божьей, по своей сути всегда уже есть¹⁸.

Если так рассматривать человека, то он был бы тем существом, в основании всякого единичного экземпляра которого находилась бы одна и та же идея

¹⁷ К этому: Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, S.17 и далее, и *Recht und Sein*, 1954, S.27.

¹⁸ Уже у Канта, за всей его традиционной качественно-метафизической интерпретацией «субстанциальной» всеобщности сущности – в том числе и человека из (качественной) идеи «человечности» в «лице каждого», можно отыскать зачатки *экзистенциального* постижения этой *всеобщности* не как изначально *данной* в сути человека, но как *приданной* ему согласно его сути как «разумного существа». Не следует ли из молчаливо приписываемого ему «отождествления разумности и всеобщности» (см. к этому Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S.23) то, что *разумный по своей сути человек*, который, в отличие от всех чисто естественных существ, сам устанавливает свои цели, во всем, что он совершает и предпринимает (согласно категорическому императиву: действуй всеобщим значимым образом!), всеобщим образом делает целью самого себя, равно как и все иные, подобные ему (см. указ. соч. S.17 и далее, в особенности S.21, примечание 26). То, что для Канта это Всеобщее, в котором для него единственно и может быть произведено истинно Человеческое, не установлено как *приданное* человеку извне, но изначально постоянно открыто как *заданное* ему, показывает характерная формулировка «четвертого тезиса» во «Всеобщей истории во всемирно-гражданском плане» (*Akademieausgabe Bd. VIII, S.20* и далее), где он, рассматривая людей, говорит о «пустоте творения в рассмотрении их целей», которую они, как «разумные существа», сами целесообразно «заполняют».

«человечности», которую разум должен был бы понять и охватить из заданной всеобщим образом природой или Богом всякому человеку потенции, чтобы тем самым осуществить человека в пред-положенной ему наличной сущности. Согласно подобному объяснению *естества человеческого существа* и выводимого из него *сущностного порядка между людьми*, задачей как отдельного человека, так и человечества в целом является при всяком решении сверяться с той заранее данной *всеобщностью*, которая всегда уже исторически обнаруживается как естественное или божественное основание всякого человеческого порядка в этом мире, а равно как мера всякого решения, соответствующего заданной и предположенной сущности человека. Это понятие всеобщего и заранее данного естества человеческого существа и всеобщим образом заранее данного сущностного порядка между людьми всегда уже предположено, если, как Верховный федеральный суд, говорить о «заданном и предположенном порядке ценностей», из которого должны следовать «нормы нравственного закона», которые «значимы сами по себе». Тем самым не просто предполагается, что имеется нечто, данное людям извне: *объективный моральный закон*, но и связанные с этим представления об имеющемся естественным образом или направленном Богом «требовании» к человеку, которое обладает для него абсолютной значимостью, независимо от чьего-либо признания или подчинения, и даже от «представления» человека «о том, чего требует нравственность»¹⁹.

В ходе подобной аргументации возникает впечатление, что будто бы требование делать то и не делать этого исходит не от судьбы, но что он как будто «присваивает» это требование, которое исходно направляется человеку не человеком, но некой внечеловеческой инстанцией: нравственным законом, предварительно данным естественным образом, или Богом. Согласно подобным представлениям кажется, что это даже и не воля судьбы, который лишь выражает естественно-правовое требование, исходящее от инстанции, превосходящей его самого и возвышающейся над ним, делая из него лишь глашатая своих дозволений и запретов, независимо от того, совпадает это с его волей, либо же нет.

Уже Виекер обоснованно возражал против подобной формулы²⁰, которая сегодня не только кажется нам невероятной, но и покоится на таком предварительном понимании естества либо сущности человека, которое для нас целиком и полностью является сомнительным.

Согласно подобному, основанному на сущностной философии метафизических свойств объяснению человека, распространенному в современном неокантианстве и неотомизме, то, что человек по своей сути есть, является не результатом его собственной деятельности; он есть то, что он есть по своей «суть» естественным образом или благодаря Богу, и его единственной задачей, также как и всех остальных экземпляров человеческого рода, является осуществление того сущностного

¹⁹ Наподобие как в BGHSt 6, 52.

²⁰ Franz Wieacker, Rechtsprechung und Sittengesetz, Juristenzeitung, 1961, S.337 и далее.

содержания, которое задано ему как и всем ему подобным – развивать заложенные в него природные дарования, наживая проценты на данном Богом «капитале».

Однако после ниспровержения философии идеализма, предпринятого Фейербахом²¹, Марксом, Ницше²² и Кьеркегором, объяснение бытия людей на основе заданной естественным образом, либо созданной Богом бесконечной и всеобщей сущности оказывается сомнительным; на его место приходит объяснение «естества» либо «сущности» человека уже не из лежащей в их основе идеи либо живущей внутри субстанции, но из экзистенции, которая вводит человека в мир, способа, которым он имеет дело со своей сущностью в мире²³.

Согласно подобному объяснению человек как «неопределенное животное» (Ницше) не застывает в своей сущности естественным образом или по воле Божьей (как *imago dei*), но в постижении и схватывании своего предназначения приводит самого себя в состояние своей сущности. Он есть всецело продукт, точно так же как отношения и присущий им внутренний порядок, в которых он имеет дело со своей сущностью, являются продуктом его собственного решения, которое он сам должен постичь и которого у него никто не может перенять, и в ходе которого ему не к кому взывать.

Согласно этой, распространенной как в современном материализме, так и в экзистенциализме точке зрения относительно бытия человека как «конкретного бытия», «предметной сущности» в мире²⁴, человек не является сам по себе субъектом: человеком, противопоставленным объекту самому по себе, то есть миру, но существом, которое как в деяниях, так и в познании неустранимым и неразрешимым образом является субъект-объектом: человек – мир; определенным человеком в его конкретном мире²⁵. Эта точка зрения на сущность человека, совершенно иная по своей сути – не субстанциальная, а экзистенциальная, ведет к конкретному, предметному определению его сущности – более уже не (абстрактным) *zoon politikon* Аристотеля²⁶ или *homo politicus* Канта, но как «совокупности общественных

²¹ Об отходе Фейербаха от традиционной метафизики свойств в полемике с Гегелем см. Maihofer, *Konkrete Existenz, Versuch ueber die Philosophische Anthropologie Ludwig Feuerbachs*, in: *Festschrift fuer Erik Wolf*, 1962, S.246 и далее, в особенности S.248 и далее.

²² Об отходе Ницше от традиционной этики свойств в полемике с категорическим императивом Канта см.: Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, S.24 и далее.

²³ См. к этому, в частности, Maihofer, *Konkrete Existenz*, a.a.O. S.253 и далее.

²⁴ *Ibid*, S.254 и далее.

²⁵ См. к этому: ук. соч., S.262 и далее.

²⁶ То, что уже у Аристотеля, наряду с абстрактными определениями сущности человека можно отыскать первую подвижку к конкретному постижению бытия человека, становится ясным уже в Никомаховой этике (1097 b), где во взгляде на то, «что делает желанной жизнь, взятую чисто саму по себе, не допуская никакого изъяна» (автаркия) именуется «высшее благо», «самодостаточное само по себе»: «Понятие самодостаточного мы применяем не для освобожденного от всех обязанностей Я, не для ограниченной своим «Я» жизни, но для жизни, неразрывно связанной с родителями, детьми, женой, друзьями и согражданами; так что человек по природе определен общностью (*phusei politikos*). Для этой неразрывной связи должны быть

отношений» (Маркс), в которых он «имеет дело со своей сущностью» как «суммой связей, в которых он живет» (Сартр).

Это экзистенциальное понятие естества или сущности в большей либо меньшей степени явно лежит в основе как «исторического» и «социологического», так и «конкретного», «экзистенциального» естественного права или «экзистенциального права сущности»²⁷. Во всех этих новых подходах человек берется уже не как субъект для себя или сам по себе, но как субъект-объект в его бытии-в-мире, в своей предметной сущности – как человек-мир, в своей конкретной экзистенции как я-ты или ты-я, так, как мы его в действительности встречаем в повседневном мире²⁸. Этот действительный человек в своей мировой экзистенции является по своей сути продуктом как своих отношений, так и своего Я. Другими словами, его конкретная экзистенция в мире есть в равной мере продукт заданности и заброшенности: диалектика естества дела и предопределения человека.

II. Диалектика конкретной экзистенции как полярность естества дела и предопределения человека

Если исходить из того, что в отношении собственно человеческого в человеке не имеется никакой естественным образом данной сущности (в отличие от лис или зайцев), но что сам человек и никто иной в борьбе со своим миром впервые создает ее и создан ею; другими словами, что он во всем, из чего он, по сути, состоит, является продуктом своей собственной деятельности в мире, то в таком случае на почве заданной человеку сущностной природы и следующего из нее сущностного порядка между людьми не может быть дано никакого естественного права в упомянутом ранее смысле.

Если предопределение человека впервые порождает его собственную «природу» из него самого, в осмысляющем толковании и овладении его конкретной мировой экзистенцией, и таким образом фиксирует само это предопределение, тогда то, что мы до сих пор называли естественным правом, обретает новый смысл: *того, откуда*

выявлены определенные границы. И если эти границы протянуть до предков и потомков, и до друзей друзей, то можно уйти в бесконечность. И здесь бытие человека конкретно, его сущность постигается как всеобщая сущность, в которой он исполняет себя в «ансамбле» межчеловеческих «отношений», в «сумме» межчеловеческих «связей». Позднее в Стое Эпиктет развернул эту мысль в диалектическую полярность равноисходно требующей исполнения определения человека «самостоятельности в отношении мира» и «резонанса с миром»; при этом последнее, сущностное определение человека предметно эксплицировано как то, что он представляет из себя: овладевающий социальными положениями, исполняющий социальные роли, в которых мы конкретно существуем в отношениях ко встречным в мире Другим. См. к этому Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 55 ff.

²⁷ Впервые это встречается у Max Mueller, *Existenzphilosophie im geistigen Leben der Gegenwart*, 2. Aufl., 1958, S.100 и далее.

²⁸ О фундаментальной диалектике конкретной экзистенции человека как единства Я и Ты, а также единства Я и Не-Я см.: Maihofer, *Konkrete Existenz*, ук. соч., S.270 и далее.

набрасывается проект исторического самоопределения человека (*Den aus Worausentwurfs der geschichtlichen Selbst-Bestimmung des Menschen*). И в таком случае, если естество человека это не то, что уже существует, но то, что впервые возникает в нем, когда он в своем поведении постигает и осуществляет свою собственную сущность согласно естеству мира, тогда то, что мы общепринято называли естественным правом, имеет свое основание не во всегда наличной сущностной субстанции человека, но в постоянно сбывающейся мировой экзистенции, на которую человек всегда уже «наброшен» в его сущностном предопределении, охарактеризованном естественно-правовым образом.

Соответственно этому мы считаем чистым самообманом разговоры о некоем объективном нравственном законе, данном естественным образом или Богом, о предзаданном человеку и «воспринимаемом им порядке ценностей», требованиями которого человек должен руководствоваться.

Только человек способен желать или требовать чего-то. Но не бесосновательно, а лишь ввиду данной в социальной действительности определенной констелляции интересов и ожиданий тех людей, которые в жизненном мире повседневности имеют дело друг с другом и друг другу предоставлены; принимая во внимание на деле заданную, а тем самым брошенную на откуп человеку согласно его предопределению фактическую действительность. Единственно лишь из понимающего и разумного взглядывания человека в то, что *вот здесь существует* – осмысленно или бессмысленно, ценно или ничтожно, исходит требование: быть по сему – или не быть!

Это историческое понимание смысла, сформированное не тем, чем является – или не является – тот либо иной отдельный человек по своей сути, но тем, чем являются – или не являются – люди как таковые в их отношении к другим людям, в настоящее время выражается двояким образом: посредством обращения к *особому естеству дела* или порядку вещей, либо же к *всеобщему предопределению человека*, «природе» либо «сущности» человека.

О *естестве дела* мы ведем речь, когда мы призваны к нему в ходе отношения к особой «природе», к *предметной сущности человека*, которая исторически порождается в тех отношениях, где человек как определенный субъект-объект, осуществляет свою сущность в мире: в этих отношениях он есть тот, кто он есть – как покупатель или арендатор, как врач или пациент, судья или обвиняемый, муж или жена.

Из отдельного обращения к *конкретному естеству* человека, к нему как к определенному *Кому-то*, еще не следует никакого порядка. Как же еще мы можем постичь заключенный «в самом деле» порядок вещей?

А он становится видимым в *осмысляющем и ценностно-интерпретирующем анализе всякой ситуации в целом*: жизненных отношений (правоотношений – например, купли-продажи) или жизненных образований (правовых образований – например,

семьи) с их всякий раз *типичной конstellляцией* интересов и ожиданий тех людей, которые встречаются в подобных отношениях, живут друг с другом в подобных образованиях и пр. Что же открывается в подобном анализе жизненной действительности?

Если мы берем в качестве исходного пункта *интересы* и соответствующие *ожидания* тех людей, которые реально находятся в мире в определенной роли (например, как покупатель и продавец) либо в определенном *положении* (например, самообороны), то есть если мы помещаем себя во всякий раз (ценностно) *исходный пункт условий самосохранения и самореализации участников правового процесса* («задетых»), то нам становится ясно, что люди в подобной роли или положении испытывают типичным образом определенные способы происшествий или поведения согласно их функциональному воздействию на интересы людей, одни ожидания в отношении которых мыслятся как благо, а другие – как вред; как удовлетворение их интересов, исполнение желаний, либо же как ущерб интересам, разочарование в ожиданиях.

Такой опыт может непосредственно испытать всякий из нас, если он, согласно так называемому *золотому правилу*, во всякой ситуации, поместит себя по отношению к Другим в «находящееся на кону» средоточие интересов и ожиданий других ее участников, и так, исходя из различных ее сторон, проникнется соответствующими и противоречащими друг другу интересами и ожиданиями тех, кто задет влиянием определенной ситуации²⁹.

Тем самым мы приближаемся к тому, чтобы разобрать на примерах изложенные выше тезисы, хотя бы на той комплексной и сложной взаимной конstellляции интересов, которая следует в жизненном случае вынужденного аборта. Здесь мы имеем дело с ценностным средоточием позиций матери, исходя из ее жизненных интересов, формирующегося ребенка, отца и его интереса к матери как супруге, а также как к матери уже живого либо будущего ребенка, врача и его интереса лечить и помогать, то есть воспрепятствовать смерти матери и ребенка, общества как Других, задетых этой ситуацией, которые в этом, вершащемся в их среде событии, имеют всеобщий интерес в том, чтобы решение – либо неразрешение – этого конфликта интересов согласно категорическому императиву было переведено в плоскость всеобщности в той мере, в какой оно обладает определенным влиянием на Целое.

Решающий вопрос здесь таков: вкладываем ли мы данные интересы в соответствующее дело произвольно, исходя из соответствующего их исходного пункта, либо же они из данного исходного пункта *лишь становятся видимыми для нас*, реально существуя в мире, экзистенциально «стоя на кону»?

То, что в этом случае жизненные показатели матери и ребенка *действительно* (а не только в мышлении) взаимно исключают друг друга, является горьким, повседневно подтверждаемым фактом опыта. Точно также и то, что человек типичным

²⁹ О бытийной, смысловой, ценностной структурах, а также о структуре долженствования жизненного положения дел см. в частности: Maihofer, Die Natur der Sache, ук. соч., S.163 и далее.

образом обладает естественными интересами в своей жизни, не является выдумкой, но лишь эмпирическим фактом, установленным всеми нормальными людьми, находящимися в нормальном положении.

Однако нас беспокоит то, что поставленные перед этой типичной ситуацией судья либо законодатель, которые должны отыскать решение этого, заключенного в самой сути дела конфликта интересов и ожиданий, могут прийти к выводу, что эти интересы соответствуют друг другу лишь частично, а исходя из средоточия интересов каждого, даже противоречат друг другу: и у отца, который в случае жизнеспособности ребенка должен выбирать между его жизнью и жизнью матери, сохраняя супругу; также и у врача, который может спасти лишь одну жизнь, уничтожив другую.

Другими словами, даны ситуации, для которых не существует никакого решения, при котором все «находящиеся на кону» интересы и ожидания могли бы быть приведены к «некоему знаменателю»; никакого компромисса: никакая мировая невозможна при конфликте интересов, когда «все расходы будут отнесены на их счет»; где всякий компромисс оправдан лишь в большей либо меньшей степени, а также нет никакого единственно возможного, справедливого решения касательно отдельных, стоящих на кону интересов с точки зрения их *экзистенциальной релевантности*, то есть интенсивности бытия-задетыми, в зависимости от значимости этих интересов как соответствующих условий обеспечения безопасности и развития сторон: матери и ребенка, врача и отца, а также общества в целом.

В подобном случае решением будет то, что бездеятельно позволить матери и ребенку умереть не послужит ничьим интересам: удаление еще не способного к жизни плода как единственно осмысленное и справедливое решение конфликта легко поймет всякий рассудительный и разумный критик. В таком случае и сам врач как соучаствующий Третий при ином решении не может иметь никакого понятного и исполнимого интереса; разве что общество, как безучастный Третий, могло бы отстаивать здесь абстрактный общий интерес «абсолютной значимости» определенных предписаний либо запретов, не обращая внимания на жизненно верное урегулирование этой особой ситуации.

Решение подобного конфликта интересов и ожиданий все же невозможно исключительно из естества дела этой определенной ситуации, но в большей степени из выводимого из нее понимания смысла «естества», то есть всеобщего определения человека в его отношении к людям, ситуации человека в мире вообще. Здесь поставлен вопрос, трансцендирующий горизонт конкретной ситуации: должен ли человек предоставить идти естественному ходу вещей, бездеятельно наблюдая его и дав матери и ребенку скончаться, или же его предопределением является вмешательство в естественный процесс, в явно предписанный, либо, по крайней мере, допущенный Богом ход мира для того, чтобы помочь им? Оказать ли помощь, исходя из того, что это его предопределение, служить человечности даже там, где этот мир

естественным образом, или даже по воле Божьей, зол, или, другими словами, бесчеловечен?

Это означает не менее чем то, что *масштаб* для разрешения подобного конфликта интересов, заключенного в естестве дела, в конечном итоге может быть найден лишь в самом человеке: в том, что человек постигает как свое предопределение, и что он в состоянии открыть лишь исторически, осмысляя, что же из этой, заданной и врученной ему в распоряжение действительности мира, соразмерно человеку, а что – нет. Здесь апеллировать к абстрактному абсолютному запрету – «не убий», который не принимает во внимание конкретную конфликтную ситуацию, подобно тому, как это делает перед лицом затронутой проблемы жизненных показаний католическая моральная теология – когда в подобной ситуации без вмешательства врача мать и ребенок должны беспомощно умереть, в то время как, по меньшей мере, мать как супруга и родительница других детей может быть спасена – кажется нам несовместимым с предопределением человека: служить человечности; даже если это происходит посредством самого человека (то есть его надеяния) и необходимо не влечет за собой убийства обреченной на смерть матери согласно апелляции к норме, которая должна отстаиваться как абсолютный естественный или даже божественный принцип. То, что подобные ситуации вообще есть в нашем мире, существовали столько, сколько существуют люди и будут существовать, пока будут люди, кажется нам естественной либо божественной несправедливостью.

Конечно, это предопределение людей – не просто пассивно воспринимать или тем более приумножать подобное неправо и несправедливость, но исправлять и приуменьшать их, тем самым, где это возможно, превращая мир в человеческий мир.

А это, в свою очередь, требует, чтобы человек во всем, что он делает и предпринимает, не только следовал *особому естеству* тех отношений, в которых он приводит в движение свою сущность как определенный кто-то: как судья или врач, как брат или супруг, как покупатель или арендатор (то, что мы назвали бытие-как), но и чтобы он во всем этом соответствовал своему всеобщему предопределению – как самому себе, так и человеку как таковому – и не противоречил ему.

Всякая человеческая ситуация хотя бы для тех, кто в ней участвует, обладает двойственным значением и особенностью, которые трансцендируют всякую конкретную экзистенцию человека как определенного Некто. Она обладает для всякого Задетого ею, именно как для *него самого*, наиболее близким ему значением и особенностью положения конечности и временности его экзистенции в мире: его *собственного* жизненного пути, а не кого-то другого. Тем самым, согласно основополагающему предопределению человека – быть-самим-собой, а не кем-то иным – всякой экзистенциальной ситуации придается экзистенциальный характер условия возможности собственного бытия. Также всякая ситуация среди людей

обладает совершенно иным, равно основополагающим и самостоятельным смыслом, который выходит за рамки отдельной ситуации как таковой. Она обладает им в равной степени для человека вообще, который всегда участвует в ней: экзистируя как муж и жена, учитель и ученик, судья и обвиняемый, как общее значение и смысл их позиции на пути к осуществлению того, что вообще есть Человеческое; тех, превосходящих отдельного человека бытийных возможностей людей, которые впервые исторически вырабатываются в «единстве человека с людьми», в его «общности с людьми» (Фейербах), в *межчеловеческом*³⁰. Тем самым всякая экзистенциальная ситуация из этого основополагающего предопределения для человека: быть-человеком-вообще а не кем-то «иным», равно обладает экзистенциальным характером условия возможности человеческого бытия вообще³¹.

И это Соответствующее конкретной сущностной экзистенции человека в мире, Принадлежащее и Соразмерное ей, мы ищем посредством того, что задаем предопределение *Как-бытия*, а также через основополагающее допущение собственного бытия самих себя и постановку задачи для человеческого бытия – исторически устанавливаться во всех отношениях между людьми, апеллируя то к особому естеству дела, то ко всеобщему определению человека, и так превозмогать всяческие сомнения и противостоят необходимым образом всякому произволу. То, что та или иная норма поведения, структура отношения, система порядка соразмерна либо несоразмерна особому естеству дела или всеобщему предопределению людей, является тем опытом, который постоянно побуждает нас не воспринимать.

³⁰ См. к этому в частности: Maihofer, *Konkrete Existenz*, ук. соч., в особенности S.253 и далее, а также S.273 и далее.

³¹ Также и право должно удерживать себя открытым для этого смыслового предопределения собственного бытия человека и человеческого бытия, трансцендирующего горизонт конкретной ситуации. Из этого следует не просто искать те, институционально охваченные, особые права и обязанности, соответствующие определенному естеству (дела) экзистенциальной ситуации, которые являются условиями возможности как-бытия человека: бытия как определенного Кого-то во всегда определенной социальной роли или положении. Также следует обеспечить, чтобы человек во всякой ситуации мог существовать согласно его собственному предопределению, как Самого себя (кантиански выражаясь, как цель сам по себе) и оставаться таковым: онтологическое основание, в связи с которым мы гарантируем всякому индивиду (основополагающее) право на «свободное развитие личности» во всех отношениях между людьми как условие возможности всякого умения быть-собой среди Других. И также право должно устанавливать, что человек во всякой экзистенциальной ситуации: и как обвиняемый для судьи, и как заключенный для стражника, прежде всего может быть и оставаться человеком, что мы, исходя из базового определения того, что принадлежит к человеческому, охватываем в конвенциях прав человека, каталогах гражданских прав с их гарантиями права на жизнь и здоровье, на свободу и достоинство, на собственность и даже на работу, рассматривая как условие возможности всяческого умения-быть-человеком среди людей. О диалектике всегда особенной природы ситуации, имманентной структуре отношений, и постоянно трансцендирующем эту природу всеобщем определении лица см.: Maihofer, *Ordnung und Gesellschaft*, в: *Das Problem der Ordnung*, изданной Н. Kuhn и F. Wiedmann, 1962, S. 315 и далее, в особенности S.321 и далее.

Действительное и Существующее как Соразмерное на все времена, но осторожно и вместе с тем непоколебимо улучшать все это там, где для нас, как людей настоящего и будущего, это уже не может оставаться справедливым.

Но почему вообще для того, чтобы найти и осуществить Соразмерное и Справедливое, следует апеллировать к предопределению человека в его мире? Разве недостаточно для этого удостовериться в *естественном порядке* этого мира и обеспечить его посредством позитивности права?

III. «Заброшенность» в бесчеловечный мир как основание права

То, что делает для нас отчетливым обхождение с конфликтными ситуациями как таковыми, когда человек «заброшен» в мир, где он не может ни отыскать себя, ни освободиться от него, есть противоречивое, жуткое и злое устройство самой действительности. Но оно же есть и *основание всякого права в мире*: право есть *спор* (eris), *борьба* (polemos) противоположностей, как видел еще Гераклит. Эта обыденная точка зрения, согласно которой без противоречий в совместной жизни людей не было бы юриспруденции и юристов подобно тому, как без болезней не было бы медицины и медиков, имеет определенную подоплеку, которая отнюдь не успокаивает нас.

Если предположить, что основанием всякого права является борьба противоположностей, спор и противоречие интересов и ожиданий, то возникает вопрос: где же место этого странного «спора» в самой действительности, имеются ли в ней основания противоречий между людьми?

Наиболее характерный и категоричный ответ на этот вопрос дает нам Кант в очерках своей философской антропологии³² по отношению ко всему предыдущему рассмотрению сущности людей: «в необщительной общительности человека». Для Канта основание специфических споров, пронизывающих человеческий мир и господствующих в нем, заключается в том, что человек, «как он есть по природе», ощущает в себе склонность к «обобществлению», сколь он в обществе Других чувствует себя «более чем человеком», но также равно определен и противоположной склонностью, «обособить себя», устраивая все согласно «своему пониманию», рассматривая со *своей точки зрения*, судя и обходясь со всем согласно своим желаниям; тем самым промеж людьми возникает «антагонизм» точек зрения касательно *пользы и вреда*, когда эти позиции пребывают в противоречии и споре между собой и тем самым превращаются в основания всякого спора, а с этим и в основание всякого права.

Кант придерживается позиции, что сам Творец, а не некий «злой дух» вложил в человека свойство необщительности, чтобы побудить его бросить все силы на взаимные споры и соперничество с тем, чтобы он всецело и полностью развил

³² Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbuergerlicher Absicht*, ук. соч., S. 15 и далее, в особенности S. 20 и далее.

заклученные в нем природные дарования. «Спасибо природе за несговорчивость!» – восклицает Кант, «за неблагоприятное состязание в суетности», которое побуждает человека «не довольствоваться жадной обладать и властвовать», за ту неутолимую волю людей к большему (власти), которую Ницше впоследствии полагал принципом, пронижающим все бытие³³. Тем самым основание всякого спора, а значит и всякого права заключено в самом естестве человека: в его необщительной общительности, а значит в споре и противоречии в самой человеческой сути. Может ли нас сегодня удовлетворить этот ответ, столь гладко подходящий под наши христианизированные представления о человеке как «греховном существе»?

Действительно ли предельное основание всякого подобного антагонизма заключено в так сотворенной Богом или природой сущностной субстанции человека, в его несовершенстве, в его испорченности и порочности, «связанности собственным Я»³⁴, как основании всяческих зол, тем самым всех споров, а следовательно, и права?

Нет, сейчас мы уже более не в состоянии рассматривать вещи подобным образом.

Когда мы с растущим вниманием вглядываемся в ужасающий мир природы с его дьявольской жестокостью, который бы не мог выдумать более жестоким и подлым и самый злой дух, мы начинаем сомневаться в наших традиционных представлениях о Боге, и тогда взгляд на мир людей заставляет нас содрогнуться от ужаса и неприютности вследствие царящих в нем законов, на произвол которых отдан и человек. То, что эта обыденная ситуация вообще является характерным жизненным показателем нашего мира, ситуация, в которой никогда не существует чистого решения, но всегда в большей или меньшей степени присутствует неправое, то что подобная ситуация существует между людьми, как это становится видимым на примере Карнеада, и где все с большей силой ставится вопрос: убить либо быть убитым – все это дает нам понять, что отстаиваемое Кантом антагонистическое естество человека определенно должно иметь свое собственное основание в структуре самого мира, антагонизм которого оно всего лишь адекватно отражает.

³³ Об этом Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S.25 и далее.

³⁴ Подобное понимание «связанности Я», которое «заключено в себе самом» как «собственное ядро греха» согласно христианской теологии заложено и в выходящей далеко за рамки этих традиционных представлений теологической антропологии Wolfhart Panenbergs (*Was ist der Mensch? Die Anthropologie der Gegenwart im Lichte der Theologie*, 1962, в особенности S.40 и далее). Не постигается ли там грех как «столкновение» «замкнутого в самом себе и своем месте в мире субстанциального Я» и «открытости человека миру в направлении бесконечного человеческого предопределения» (Бога) (см. ук. соч., S.46 и далее), без того, чтобы спросить, не является ли мир, в отношении которого должен быть открыт человек, «падшим миром», «чертовым трактиром» (Лютер), по-христиански выражаясь, оставляя человека впадшим во грех в том самом бесчеловечном по сути мире, где человек должен раскрыть свое человеческое предопределение (см. к этому наст. соч., Эскурс I).

Именно в подобной ситуации необходимости, например, угрозы несчастного случая (ребенок на наших глазах падает в воду), кажется странным образом заключенным в самой структуре действительности то, что шанс спасти жизнь ребенка, будучи верно воспринятым, появляется тогда, когда спасатель сам рискует жизнью или здоровьем, или хотя бы жертвует силами и временем.

Отнюдь не несостоятельность, несовершенство либо «невыносимость», или даже порочность человека приводят к тому, что мы в тех случаях, когда несем ответственность или ручательство за чужие интересы, соразмерно этому должны принимать во внимание и интересы наши собственные, тем самым вступая в противоречие между склонностями к обобществлению и обособлению. Это странное положение дел, когда благо для одних соразмерно является злом для других, кажется, имеет свои основания в структуре самого мира.

Уже в повседневных встречах людей в таких ролях как покупатель и продавец, врач и пациент, в игру вступают противоречащие друг другу исходные позиции: чрезмерная выгода покупателя оборачивается убытком для продавца, чрезмерное расширение либо сужение обязанностей врача соразмерно одной исходной позиции является недостатком, а другой – преимуществом. Если в подобных противоречивых и антагонистических ситуациях еще возможно отыскать общий знаменатель для изменчивых исходных пунктов интересов сторон, то мы приходим к тому, что даже при наличии благонамеренных усилий людей зачастую уже нельзя отыскать чистое решение антиномически структурированных ситуаций, как мы их имеем перед собой на примере жизненных данностей.

Обозначенное положение дел заключено не в том, что человек – это несовершенное, «падшее» существо, но в том, что он «заброшен» в действительность подобной структуры, которую он не «обвиняет», но и которую не сам создал.

Если согласно нашей позиции предельное основание всякого права заключено не в упомянутой Кантом антагонистической натуре людей, но в антагонистической, антиномической, парадоксальной структуре мира самого по себе, то перед нами встает вопрос, до сих пор не волновавший нас: каково основание подобной структуры самого мира, в котором человек исторически отыскивает себя?

Сегодня нас более не могут удовлетворить данные в качестве ответов теологические объяснения, согласно которым из-за «грехопадения» людей мир с самого начала по сути уже изменен, искажен³⁵. Нам все же уже нельзя поверить, что до так

³⁵ Устанавливаем ли мы в качестве действительного какое-то иное состояние мира, нежели его нынешнюю «падшесть», или даже пытаемся каузально-исторически вывести его «актуальное состояние» из исторического грехопадения человека, в современной теологии это – открытый вопрос. Так Paul Tillich (*Systematische Theologie*, Bd.2, 1958, S.48), повсеместно обозначает как абсурдные те представления, согласно которым «человек и природа изначально были добры, а в определенной временной точке стали злыми». Он утверждает, что это устоявшееся предположение не может быть обосновано ни опытом, ни созерцанием, так как для него и Адам, и природа до грехопадения были «чистыми потенциальностями», но ни в коем случае не

называемого грехопадения могла бы существовать вода без «пагубных» свойств, в которой человек не мог бы утонуть, либо камень без «злого» качества убивать человека своим весом; или, возвращаясь к нашему исходному примеру, мир, в котором существуют живые существа и при этом не рождаются и не умирают, умирая при самом рождении; в столь же малой степени структура этого мира могла быть дана без разнообразных антагонизмов: «позитивного» и «негативного», «притяжения» и «отталкивания», «дружеского» и «враждебного»; это могло бы быть в иной «Вселенной», нежели наш космос, на «другой Земле» внутри такой Вселенной, но не в некоей «утопии», лежащей в прошлом или будущем на этой Земле³⁶.

И каким образом мы должны возводить эту спорную и противоречивую структуру мира, эти основания всего злого и пагубного к некоему «доброму Богу»: «Богу любви» и «справедливости»?³⁷

Существуют такие ужасные и бесчеловечные ситуации, когда мать оставляет умирать своего ребенка, либо же ребенок убивает мать; несправедливые ситуации, когда тот, кто обладает неограниченной властью, хватается за других по своей прихоти и произволу и может их убить – как по одиночке, так и вместе – и поэтому согласно

некими «актуальными состояниями». Исходя из подобной точки зрения в действительности не существует никакого иного мира помимо этого – «падшего», «отчужденного», со всеми его спорами и противоречиями, в который человек в своем существовании «заброшен», но не в качестве однажды «случившейся» и прошедшей действительности. Если, напротив, выдвинуть тезис, что, онтологически рассмотренные, творение и случай совпадают, то это будет означать не только то, что «не существует никакого момента во времени и пространстве в котором потенциальность изначального творения как таковая является актуальной» (ук. соч., S.51), но также и то, что человек вообще, и в том числе и первочеловек, актуально всегда уже существует в экзистенциальном состоянии, пребывая именно в нашем, и не в каком ином мире, точно также, как и вся Вселенная, и не существует времени, в котором было бы что-то иное (ук. соч., S.48).³⁶ Так о творении перед грехопадением, также как после Страшного суда у Tillich: «не существует никакой “утопии” в прошлом, также как никакой “утопии” в будущем» (ук. соч., S.51 и далее).³⁷ Если исходить из того, что, теологически рассмотренные, «творение и грехопадение совпадают», то при этом «осуществленное творение и отчужденная экзистенция материально идентичны» (Tillich, ук. соч., S.52), и возникает вопрос, как мы должны постичь то, что Бог как творец этого мира сотворил его «падшим», а потому он не может осуществиться иначе, нежели «отчужденно», то есть другими словами, как мы должны постичь то, что согласно христианскому пониманию Бог персонально не только изначален, но и должен быть ответственен за тот бесчеловечный мир, в который заброшен человек, где даны ситуации, в которых он не только не в состоянии исполнить явленные ему божественные запреты и свое «бесконечное предопределение», но и не может более удовлетворять свое конечное естественное предопределение человека; где он действует бесчеловечно и тем самым отрицает свое собственное предопределение. Но каким образом мы должны все эти антиномии и парадоксы действительности нашего мира со всем «злом» и «бедами», которые следуют из них, возвести к Богу как их творцу? Тем самым мы ставим здесь никакой иной вопрос, нежели *теодицеи*: «Как может всемогущий Бог быть оправдан в отношении той действительности, в которой нельзя отыскать ни малейшего смысла?» (Tillich, Systematische Theologie, Bd.1, 1956, S.309) – в которой мы встречаем лишь бессмыслицу и противоречия? (см. к этому Эскурсу II).

структуре действительности нашего мира убийство и война не просто возможны, но встречаются сплошь и рядом. Отчего же дух – и право – «в действительности» бессильны по отношению к власти? Отчего «зло» в этом мире: ложь, насилие единственно эффективны – по крайней мере, на первый взгляд?

Странный мир, в который заброшен человек; мир, в котором необходимая ложь Сократа: что Справедливое уже «по природе» также и полезно, сегодня более невероятно, нежели когда-либо.

Из мира мы не в состоянии извлечь никакого руководства для человеческого порядка, для *соразмерного человеку* решения. Но откуда тогда его извлекать?

IV. «Набросок» на человеческое предназначение как мера права

В отличие от позитивизма, который относит вопрос о смысле человеческого бытия и его смысловом порядке к частным заботам индивида, для нас вопрос о *естественном праве* в настоящий момент есть не что иное, как публичный вопрос о смысле *человеческого бытия и его наполненном смыслом порядке* в мире, который по своей сути зол, бесприютен и бесчеловечен; вопрос, на который призвано заново отвечать всякое новое поколение; вопрос, который ставят люди, людям, ради людей.

Там, где умолкает подобный вопрос, который под различными названиями проходит через историю человеческого духа, там человек отрекается от самого себя как существа, для которого его будущее означает не слепую случайность и чистый произвол, но существа, которое стремится развернуться в постоянно возобновляемой близости к проекту достойного человека сосуществования с другими людьми, в котором ценится жизнь³⁸. Не только согласно *негативному «категорическому императиву»* раннего Маркса: «отринуть всякое поведение, в котором человек

³⁸ Эту решающую историческую интенцию и функцию естественного права убедительно выразил Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Wuerde*, 1961. Согласно ему, естественно-правовым стремлением было и остается отстаивать «Прямое (das Aufrechte) право, которое придает достоинство личностям, будучи обеспеченным в коллективе таковых» (S.237). Также он видит функцию естественного права в «учреждении прямых путей» (S.12) посредством «пресечения человеческой низости» и «выработке человеческого достоинства» путем «юридических гарантий человеческой безопасности и свободы» в отличие от функций так называемых «социальных утопий», которые нацелены на «ликвидацию человеческой нужды» и на «производство человеческого счастья» (S.234). Решающий момент этого нового подхода к естественно-правовому вопросу, порожденного диалектическим материализмом, все же заключается не в рассмотрении исторических различий интенций и функций естественного права и социальной утопии, но в усмотрении того, что становится видимым лишь с этой стороны – что существует лишь «во времени», «различие в социально-утопическом и естественно-правовом поле интенций, рассмотреть функционально-конечно и снять практически. Сила достоверности: нет никакого человеческого достоинства без упразднения нужды, но и никакого соразмерного человеку счастья без того, чтобы покончить с новой или старой зависимостью» (S. 237).

есть униженное, порабощенное, покинутое и презренное существо»³⁹, либо также существо голодающее и жалкое, но также согласно *позитивному категорическому императиву* всякого социального гуманизма, который выводится из учения Фейербаха, «что человек есть высшее существо для людей»⁴⁰, мы ставим своей целью, превратить этот бесчеловечный по своей сути мир в «мир человеческий», где человек всегда может вести себя так, что во всех этих отношениях будет обладать свободой вести достойную человека жизнь, которая сама по себе обладает ценностью; однако без иллюзий в отношении того, что мы можем достичь этих целей в ближайшем будущем. Исключительно на этом пути посредством «очеловечивания человеческих отношений» возможно достичь на этой планете того человеческого общежития и сотрудничества, которое «составляет образ человеческого сообщества», тем самым достигая подлинной «цели развития человека», лишь *средством* достижения которого сам Маркс считал коммунизм⁴¹.

В таком ракурсе то, что мы называем естественным правом: *естество дела или естество людей*, в постоянном всеобщем напряжении превращается в *исполняемый набросок исторического предопределения человеческого существа в его отношении к людям*.

В этом наброске соучаствует и юрист – не только как законодатель, но также и как судья, применяя и совершенствуя существующее право, даже если он при этом явно не использует такие торжественные формулировки как «объективный моральный закон», «естественный порядок», «естество вещей» или «сущность человека».

Естественное право, столь разнообразно описываемое и поименованное, было и есть, несмотря на все навязчивые представления, не что иное как историческое выражение *воли к тому, чтобы изменить мир*, облагородить его, улучшить, сделать его более достойным человека и придать ему жизненную ценность, как можно это наблюдать, начиная с Просвещения софистов греческой античности и до гуманистического Просвещения начала Нового времени.

Вместе с тем мы не нуждаемся в естественном праве для сохранения бесппроблемно существующих отношений; для этого нам достаточно простых ссылок на позитивность существующих порядков и принятых решений. Поэтому к естественному праву мы обращаемся там, где воля становится достаточно сильной, чтобы, увидев невозможность удержать прошлое, выйти за рамки существующих

³⁹ Маркс в «Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie», Frueschriften, Ausgabe Landshut (Kroener), 1953, S.216.

⁴⁰ Также Маркс, ук. соч., исходя из тезиса Фейербаха: «Homo homini Deus est» (человек человеку Бог – прим. пер.); см. к этому Maihofer, Konkrete Existenz, ук. соч., S.276.

⁴¹ Об этом весьма недвусмысленно говорится в Парижском манускрипте 1844 г., посвященном национальной экономике и философии (ук. соч., S.248): «Коммунизм является необходимой формой и энергическим принципом ближайшего будущего, но сам как таковой, коммунизм не является целью человеческого развития – формой человеческого общества».

отношений, не просто теоретически объясняя либо оправдывая, но практически *изменяя* их.

Призыв к традиции, а тем самым, к позитивности, к «доброму старому прошлому» означает, напротив, постоянное утверждение исторически сложившихся отношений, другими словами: связанность человека наброском своей, исторически сложившейся сущности, сформированного его историей предопределения, по отношению к которой, как и по отношению ко всякому «так было», всякая последующая воля, даже «воля к власти» (Ницше) является «бессильной». То, на что может воздействовать наша воля, это *не прошедшая, но происходящая история*, что означает: пребывающая в становлении сущность человека. А потому воля людей иссякает там, где она пребывает над своим происходящим – историей; выходит за пределы своей сложившейся сущности, переходя от достойного человека и ценящего жизнь существования в этом мире на этой земле к тому, что существует *в некоем прекрасном мире*; и здесь как отдельный человек, так и общество в целом является мертвым, они исторгнуты из их исторической субстанции, они живут вне исторической экзистенции. Но для того, чтобы пребывать в подобной экзистенции, нужно обращаться не только к истоку человеческих жизней, но и к их грядущему. Но это никоим образом не означает простого продления прошлого.

Как раз в подобном разрезе сегодня и существует призыв к тому, что мы называем «естественным правом» в противовес всяким формальным отсылкам к позитивности. Эта позитивность представляет собой воздвигнутое в настоящем прошлое уже существующих порядков и твердо принятых решений. Главнейшей и неотъемлемой функцией такой позитивности является сохранить эту открытость в будущее, постоянный поиск и старание облагородить и улучшить неблагоприятный, злой и порочный мир, придав ему там, где он устремлен в Открытое, в пока еще Необоснованное, твердость рационального обоснования.

То, что происходит посредством подобного призыва к естественному праву: к *справедливости* и тем самым к *истине* в смысле *хранения как защиты предопределения человека и естества вещей* в ходе установления справедливого порядка и наших решений, имеет свой аналог и в идеологии Восточной Германии. Там это происходит посредством совсем иных предначертаний, а именно в призывах к так называемой «социалистической законности»; решающим различием при этом является распространяющееся среди нас трезвое воззрение по поводу того, что не существует ни *изначально данного предопределения человека*, ни *конечно зафиксированного его предопределения*, к каковому, как *заданному*, можно было бы обратиться, чтобы отыскать: что же исторически соразмерно этому предопределению, а что – нет.

Однако все же мы сегодня, при всем нашем политическом и экономическом опыте истории, придерживаемся убеждения, что развитие человеческого общества происходит ни в рамках предварительно зафиксированных законов, ни заранее предсказанных тенденций, но решающим является то, что заложено в человеке, а вовсе

не в отношениях либо их закономерностях, то, что он в урочный час мира, который выпал ему на этой планете, совершает из себя самого либо из мира. Это означает, что нам не может быть дано конечным образом установленного образца будущего общественного порядка, как это предусмотрено некоторыми эсхатологическими видениями будущего бесклассового общества, осуществление которого должно вершиться посредством возможной исторической неизбежности, без воли на то людей либо даже противно ей.

Вместе с тем *развитие идеализма*, который в обновленной исторической метафизике приходит на место старой, идеалистической метафизики сущности философии и теологии христианско-западной традиции, более не ставится нами под сомнение и выражается в воззрениях на предопределение человека как столь же опасный самообман. Для нас история есть постоянно заново происходящее событие, а вовсе не *развертывание* заранее определенной сущности согласно неизменной и изначально существующей целеполагающей *закономерности развертывания*, а также и не *развитие* в направлении заранее предопределенного конца света согласно остающимся неизменными в движении мирового духа замкнутым историческим *закономерностям развития*. Хотя мы согласны, что человек и его мир, конечно же, подчиняются определенным естественным закономерностям, согласно которым предстоит неизбежный конец света. Но то, что человек породит из естественного напряжения своей жизни, будь это индивид или человечество в целом, не может быть предопределено ни по законам исторического развития, ни творчески, ни священной историей. Короче говоря: превратит ли он этот мир со временем в цветущий сад или в мертвую пустыню, а этот мир придет со временем к своему естественному концу на этой земле, зависит лишь от самого человека, а вовсе не от исторических законов развития его поведения либо же заранее предопределенной неизбежности хода его истории.

Он не простой продукт своих отношений, но тот, кто продуцирует их, не простая жертва своей истории, но также исторический деятель.

Лишь в нем самом заключено, сможет ли он обустроить в этом неблагополучном и бесчеловечном мире свой человеческий порядок, которому он лишь в самом себе может отыскать основание и меру, тем самым противостоя внечеловеческому («естественному») порядку мира⁴². Если он как человек из себя самого и для себя самого не сможет отыскать основы человеческого порядка, масштаб человеческих решений для всего того, что еще предстоит встретить в структуре самого мира, а не только конфликт, лежащий в основе его несовершенной натуры, для того, чтобы

⁴² Уже Гегель говорил об этом применительно к естественному праву: «Выражение “естественное право”, которое привычно для философских учений о праве, содержит в себе двусмысленность – налично ли право непосредственно, естественным образом или же оно определяется посредством естества вещей, то есть есть понятие». На самом деле «право и все его определения основываются единственно в свободной личности – том самоопределении, которое в значительной мере является противным естественному определению» (System der Philosophie, параграф 502).

в постоянном, стойком и непоколебимом «приближении» достойной человека и ценящей жизнь экзистенции обеспечить один-единственный мир всем, неразрывно прикованным друг к другу на этой земле гражданам мира, которые сегодня на самом деле даже в большей степени, нежели предвидел Кант, «пребывают в публично сплетенных друг с другом отношениях», а потому уже в конечном итоге рассматриваются как граждане «всеобщего человеческого государства»⁴³, то ему уже никто и ничто не поможет, если он не поможет себе сам. Но что все это имеет общего с тем, что мы называем естественным правом?

Сейчас, как и ранее, естественное право есть понятие, формула, имя для того же самого: требуемого человеком, все время нового, постоянно возобновляемого самоуверения, на которое естественное право изначально должно быть направлено. Это самоосмысление предопределения человека, которое уже не исполняется частным лицом ради самого себя как индивида, но каковое мы, посредством философии и теологии, а сегодня уже и в науке, публично предпринимаем в отношении людей вообще, и будем предпринимать в дальнейшем постольку, поскольку мы люди, у которых есть будущее. В подобном самоуверении, которое предшествует всякому самоосуществлению человека, ведет его и сопутствует ему, постоянно вершится – как теоретически, так и практически – переход от того, что человек представляет собой сейчас, к тому, что он пока еще не есть, но кем он станет завтра, или, если он стремится к этому как своему предопределению, *должен стать*.

На подобный переход: из сегодня в завтра, из переживаемого порядка к порядку, еще не пережитому, но познанному как порядок, достойный человека и ценящий жизнь, мы осмеливаемся во всех тех, повседневно требуемых от нас решениях, которые там, где их нельзя обосновать позитивностью установленного права, призывают нас обратиться к праву естественному, будь это естество дела или же порядок вещей, естество человека либо же его предопределение. Там, где общество пресекает этот, постоянно возобновляемый набросок своего исконного будущего (подобные попытки безуспешно предпринимались, начиная с законов цитирования античности и заканчивая запретом на интерпретацию всеобщего земского права), ограничивая себя рамками существующего порядка, оно как живое человеческое сообщество пребывает в опасности. В таком случае оно в большей мере живет прошлым, истощает историческую субстанцию предопределения сущности человека, тем самым отрекаясь от его исторической экзистенции, которая постоянно переходит от подобного истока к будущему.

Все же отношение к нашему прошлому, из предваряющих решений которого субстантивируется структура и система общества, есть не простое его принятие, но равно и удержание этого прошлого.

⁴³ Огенинном естественно-правовом мышлении Кантом «постоянного приближения», в котором существуют свобода и безопасность, и тем самым всякое достойное человека существование, гарантированное состояние «гражданско-мирового единства», см. его сочинение: «Zum ewigen Frieden» (Akademieausgabe, Bd. VIII) и: Metaphysik der Sitten, параграф 62.

Тем самым и позитивность всякого права, установленность (урегулированность), а значит и правовая определенность, надежность всех тех порядков, которые ежедневно направляют нас как повседневным образом обустроенных в них, есть содержательное определение сущности того, что должно принадлежать человеческому между людьми, а что – нет, представляя собой высшую ценность – человеческую субстанцию, в которой мы живем. Не случайно мы говорим, что подобной передачей «истощаем» посредством юридического тезауруса то, что накапливал для нас опыт столетий. Прошлое есть пребывшее (Хайдеггер) настолько, насколько оно продолжает жить и действовать, из нашего будущего в идущее за нами прошлое, но не просто как оковы, а как обязывание: самообязывание человека во всех тех тысячекратных раскрытиях того, что в определенных конкретных ситуациях, в определенных повторяющихся ситуациях, в определенных основополагающих ассоциациях принадлежит к человеческому, и что – нет. И лишь с этим твердо установлено, что мы не пребываем в опасности во всякий новый момент времени, зависая в безопорности, впадая в бесчеловечное либо внечеловеческое. Это живое «наследие» есть общая почва того публичного мира, в котором мы пребываем, твердое состояние публичного понимания, из которого мы исходим.

При этом важно, что через множество актов понимания, которые консолидируются в исторические наброски сущности человека, открывается нечто в самом человеческом, тем самым превращаясь в установленное предопределение сущности человека, за которое мы не сумеем выйти в будущем, не оказавшись одновременно в бесчеловечном. А потому отход за рамки определенного понимания в то, что человек есть, как и в то, что он не есть, отход за единожды открытые основные черты человеческого, однажды открытые основные порядки межлюдского, более уже не является возможным.

Также и в области культуры видимо действует закон, что духовное развитие в столь же малой степени является обратимым, как и развитие естественное. Так, например, для нас согласно однажды обретенному познанию, что наказание предполагает вину, тем самым навсегда заказан путь назад, в те времена, когда уголовный закон применялся без вины.

Там, где подобный отход все же удаётся, он, как атавизм, возможен лишь на короткое время посредством властного принуждения, однако же он никогда не будет в состоянии заставить замолчать самосознание человека, сколь таковое определено из своего истока.

И все же: при всем акценте на жизненной ценности подлинной традиции, на жизненности «наследия» прошлого, а тем самым на позитивности существующего порядка и принятых решений, мы, юристы, как врожденные адвокаты существующего положения вещей, должны осознанно стоять на том, что жизнь человека, рассматриваемая лишь с одной стороны, как в частности, так и в общем, на самом деле не может быть ни рассмотрена, ни пережита. Наряду с правом в рамках

основанного на принципе демократии Западного порядка столь же высока и ценность правовой определенности. Она представляет собой обеспечение достигнутой в рамках общепринятого легальной констатации того, чем человек должен быть в отношении других людей и что он должен делать. Угроза отката к якобы превзойденному позитивизму есть наиболее верный путь к тому, чтобы утратить тот спор о лучшем мире, который имеет решающее значение для будущего нашего мира. Подобная позиция, привычная к оглядке, не только частная, но и публичная, несущая на себе отпечаток времени, восходящего к «остановись, мгновенье!», способна успокоить лишь тех, кто верит, что в человеческой истории и общественном развитии имеется некое спокойное состояние, которое мы можем просто-напросто зафиксировать и хранить для того, чтобы люди обрели будущее. Эта позиция не признает, что будущее человека всегда уже наперед открыто, а вовсе не представляет собой простого продления прошлого. Однако это будущее не обретается посредством абстрактного предначертания будущего порядка законодателем или такого же абстрактного предписания будущих решений.

Для этого нужны постоянные усилия всех тех, кто наряду с конкретным порядком захвачен определенными отношениями, наряду с конкретным решением – определенными ситуациями повседневности. Речь идет не только о правосудии, но и о правоведении, которое имеет своей задачей исходящее из *de lege lata*⁴⁴ и *de lege ferenda*⁴⁵ непрерывное, осмысленное и жизненно справедливое развитие отношений внутри человеческого общества⁴⁶. Этим наше внимание направляется на повседневную деятельность судьи⁴⁷, который постоянно сталкивается с невозможностью уклониться от возложенных на него обязанностей и выходит за рамки существующих отношений и значимого для них порядка, решаясь на подобный переход там, где его действия не вписываются в позитивность, а потому и не

⁴⁴ С точки зрения действующего закона (лат. – *прим. пер.*)

⁴⁵ С точки зрения законодательного предположения (лат. – *прим. пер.*)

⁴⁶ На этом акцентировал внимание Wilhelm Weischedel (*Recht und Etik*, 1956, в особенности S.32 и далее), что также и для права характерна «двойная направленность человеческой экзистенции, в бывшее и в грядущее», откуда следуют требования как к законодателю, так и к судье: «принадлежать к своей традиции» как «наследию, которое вручено человеку, задавая содержание его экзистенциальных возможностей», но вместе с тем «набрасывая еще не сбывшееся грядущее», так что будущее человека не становится чистым повторением его прошлого, когда «история остановилась и человек застыл в известном образе». Да и сам Weischedel в своем объяснении права как обладающего характером наброска из историчности экзистенции человека делает акцент на вопросе, который содержит указание на «экзистенциальное право сущности»: «вероятно... из настоятельнейшего вопроса о сущности человека в разрезе его отношения к традиции невозможно вывести никакие абсолютные нормы в смысле статичного естественного права, но лишь директивы для верного поведения в сфере правосудия и законодательства» (ук. соч., S.32 и далее).

⁴⁷ См. к этому в частности: W. Maihofer, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, в: *Annale Universitatis Saraviensis*, Bd. VIII, S.5 и далее. А также Arthur Kaufmann, *Gesetz und Recht*, в: *Festschrift fuer Erik Wolf*, 1962, S.357 и далее, в особенности S.381 и далее.

защищены. Если бы наши судьи не исходили бы из той позиции касательно возложенных на них задач, которая сегодня кажется нам само собой разумеющейся, то простейшее обычное развитие нашего права *praeter*⁴⁸ или даже *contra legem*⁴⁹ было бы невозможным. Вне всяких сомнений то решение, которое направлено на создание нового *становящегося права* (*werdendes Recht*), не охватывается позитивностью, поскольку самый разумный и справедливый новый руководящий принцип, лежащий в основе такого решения, впервые достигает позитивности в смысле объективно действующего права тогда, когда он превзойден в правосудии, то есть когда он из всеобщего убеждения превращается во всеобщую практику.

И здесь существует та дилемма, что мы в полной мере не можем ни продлевать наше застывшее в позитивном праве прошлое, которое способно воплощать в себе позитивные общественные структуры порядка, ни также суметь освободиться от связывающей нас традиции, не вступив в противоречие с нашим прошлым, с решениями, принятыми всеми предыдущими поколениями, из которых вытекает историческое воздействие нашего жизненного порядка на то, что есть добро и зло. Продвижение этого порядка, который для нас существует именно так и никак иначе, мы воспринимаем как свою задачу в той мере, в какой желаем сохранить непрерывность нашей исторической экзистенции и не потерять идентичности с самими собой.

Сегодня мы пребываем в опасности утратить в ходе осмысления, происшедшего после 1945 г., самоудовлетворение чистого сохранения существующего, так что видимо повсеместно ослабевают воля к тому, чтобы решиться: посредством всякого повседневного решения преобразовать обнаруживаемые «позади» нас отношения в общественный порядок человеческого достоинства и жизненных ценностей. Сегодня исключительно подобный порядок только и может заново придать старым идеям естественного права их функцию основания легитимации настоятельно требуемой рациональной эволюции нашего общества.

Заключение

Естественное право как экзистенциальное право: как право человека на человеческое достоинство и достойное существование

Нам ясно, что во всех предыдущих обращениях к естественному праву и способам его обоснования, которые достались нам из традиции, происходит не что иное, как исторически обусловленное раскрытие будущего предопределения человека, которое для того, чтобы сбыться, требует изменений в самих вещах. Под этим понимается такое поведение, когда нам должно достать мужества, за такими сомнительными формулами как «объективный моральный закон требует» либо «по воле принятого порядка ценностей» осмелиться свободно высказать, кто здесь требует

⁴⁸ За исключением (лат. – прим. пер.).

⁴⁹ В обход закона (лат. – прим. пер.).

и чьей волею: не надличного Нечто либо личного Нечто вне нас самих, но человека: нас самих, как вглядывающихся в то, что в свете отношений нашего мира принадлежит к человеческому среди людей, и что – нет; что соответствует, а что – противоречит нашему историческому пониманию смысла достойного человека порядка этого мира, в котором жизнь имеет ценность.

Историческое постижение и схватывание предопределения людей единственно может быть обеспечено во всяком конкретном решении конкретного порядка, который, оставаясь верен своему происхождению, равно смело открыт будущему, а вовсе не только из исторической субстанции той «истории», которая в определенном обществе сложилась как право, либо же сформированного из нее сущностного наброска людей, а также и не из *исторической экзистенции*, что постоянно выходит за рамки существующего и установленного, в наброске грядущего предопределения человека, которое для своего исполнения, достойного человека и ценящего жизнь, требует как сохранения, так и изменения отношений этого мира.

Именно в этом втором ракурсе: *удержания открытым горизонта человеческого будущего* во всяком человеческом порядке и решении естественное право наряду с позитивизмом обладает своей непреложной и неотъемлемой задачей. Так рассматриваемое сквозь все эпохи, это есть не что иное, как имя для той единственной задачи, которая постоянно ставится заново: раскрытия средствами права пути наброска грядущего предопределения человека и соответствующего порядка его мира. Так что для нас и сегодня естественное право непременно является понятием, обозначающим эту задачу, от которой человек не может отказаться, не отказавшись от *своего* будущего и от того, что собственно делает его человеком: его *экзистенции*, которая не установлена в виде данности, но впервые выступает в ходе истории как выпавшая человеку для ее свершения.

Вот почему естественное право существует как право экзистенциальное: как право на существование человека с другими людьми, соразмерное его предопределению. Для нас это понятие для обозначения повседневного требования, которое относится также и к юристам: постоянно увеличивающегося приближения отношений между людьми к прообразу достойного человека порядка. Он постигается как порядок, при котором всевозможная свобода соединяется со всевозможной безопасностью. Равно он понимается как порядок, в котором жизнь имеет ценность, который существует как на Западе, так и на Востоке, даже если он и установлен разными путями и средствами, порядок всевозможного удовлетворения человеческих потребностей и всевозможного раскрытия человеческих способностей.

Для выполнения этой задачи – постоянно растущего приближения к состоянию окончания порабощения и эксплуатации человека другими людьми – мы не учреждаем никакой диктатуры пролетариата, но единственно лишь господство права. Господство, при котором одно-единственное короткое выражение гарантирует нам отсутствие власти прошлого над будущим: *естественное право*.

Как сейчас, так и ранее, на всем протяжении человеческой истории это было знамя, под которым происходило изменение человеческих отношений в сторону подлинно человеческого общества. Это случалось не посредством индивидуальных решений либо же шумных революций, также естественное право – это не формула для преобразования человеческих отношений, в той мере, в какой в них человек пребывает как униженное, порабощенное, брошенное, презренное существо, но для его постоянного и повседневного воссоздания и обновления.

Естественное право: для нас это понятие для настоятельно требуемых эволюции и революции человеческих отношений в жизненной повседневности, которые направлены в сторону подлинно человеческого сообщения между людьми.

Экскурс I

Онтологическая неизбежность «краха» или, по-христиански, «греха» заключена не просто в замкнутости-себя-в-самом-себе либо в падшести-в-мир, но в самой структуре этого мира, как самого по себе чуждого человеку, мира, который необходимым образом отчуждает от себя человека и его предопределение. В силу этого Пауль Тилlich требует изъять понятие «первородного греха» из теологии и установить охваченное этим понятием положение дел как «*элемент человеческой ситуации*»: «трагедию всеобщего отчуждения», которой человек неизбежно подвержен постольку, поскольку он существует как «экзистирующий», когда открывается миру в постижении и осмыслении своего «морального» предопределения. С подобной точки зрения на место «спора» субстанции «я» (связанности человека самим собой) и «открытости миру» (связанности человека Богом) заступает описание «взаимно противоречивого проникновения моральных и трагических элементов человеческой ситуации»: «трагической универсальности отчуждения» человека в том бесчеловечном мире, в котором он находит себя «заброшенным» и «персональной ответственности человека» за свое человеческое предопределение, исполнять которое ему предназначено во всякой ситуации: как некоему Любому, но вместе с тем и как Ему Самому, а также человеку как таковому. То, что мы при этом терпим неудачу, вызвано не просто связанностью человека самим собой, но и связанностью человека миром, который в определенных ситуациях не только не оставляет человеку никаких возможностей «бесконечного человеческого предопределения»: открыться Богу и так исполниться в его «высшей сущности», но даже и делая невозможной «добрую волю» человека на то, чтобы исполнить свое «конечное человеческое предопределение»: его собственное «человеческое существо». Другими словами, в подобных конкретных ситуациях, по Божьему ли произволению, либо просто выпавших ему, в которых он оказывается вследствие своего действия либо бездействия, его непременно ведет потенциал его *сущности*: в своем *существовании* удовлетворять своему человеческому предопределению – как конечному, так и бесконечному.

Экскурс II

Если исходить из того, что «сотворение и падение совпадают», так что «осуществляемое творение и отчуждаемая экзистенция материально идентичны», то нельзя понять, каким образом можно достичь понимания реальности зла в мире, не прибегая к дуалистическому принципу мира, когда также и добро будет непосредственно возведено к Богу. Тиллих натолкнулся на это еще в своем раннем произведении «О демоническом», когда зло постигается не просто как Негативное, «не-доброе», но онтологически постигается из позитивной основной черты самого бытия, которую он именуется «демонической» в противовес божественной. Что при этом описывает Тиллих, то есть ни что иное как повсеместно властвующая воля, пронизывающая творение как *creatio continua* во всем сотворенном и осуществляющая как «основание» (*Grund*), так и безосновность (*Abgrund*). Для Тиллиха во всякой вещи живет «внутренняя неисчерпаемость бытия, воля, активная бесконечность осуществления бытия в себе самом, тяга к разрушению изначального, ограниченного образа, томление осуществить пропасть в самом себе». В тогдашних попытках отыскать ответ на проблему теодицеи в «мистериях творческого основания», Тиллих наталкивается на «позитивную силу», действующую в творческом основании вещей, каковая не просто заставляет осуществлять «изначальный, ограниченный образ», но равно «выходить за его пределы». При этом «демония» для Тиллиха есть «чуждый всякому образу прорыв творческих оснований в вещах».

Подобный прорыв не исполняет и не возвышает «изначальный, ограниченный образ» сущего, но представляет собой разрушение границ не только *реальности*, но и *сущности* соответствующего сущего. Эта основополагающая черта всякого сущего: превосходить самое себя, что в «божественном исполнении» ведет к «возвышению бытия», тогда как в «демоническом исполнении», напротив, к «истощению бытия», охватывается Тиллихом в обоих ракурсах как позитивная. Это присущая всему сущему позитивная сила, которая постоянно превосходит состояние невинности и может быть найдена лишь посредством того, что она есть сила творения. Если мы проследим эту силу в обоих ее возможностях: «демонического» и «божественного», то мы выведем как «основу», так и «безосновность» мира из его творца, Бога. Однако тогда непонятно, как мы должны возвести равно демонические и божественные основания мира к сущности, наделенной исключительно божественными, но не демоническими свойствами: к личностному Богу традиционной монистической теологии.

Вернер Майхофер. Природне право як екзистенційне право

Анотація. Грандіозні події ХХ ст., такі як Перша та Друга світові війни, зруйнували великі ілюзії правової думки Просвітництва. Однією з таких ілюзій було класичне

природне право та права людини. Злочини нацистського та сталінського режимів чітко показали, що природне право та права людини є лишень раціональним припущенням без онтологічної бази. Однак і теоретичний опонент зазначених вчень, правовий позитивізм, як нібито найбільш реалістична та раціональна правова доктрина, втратив власну репутацію внаслідок численних злочинів, вчинених тоталітарними режимами згідно з нормами чинного законодавства. Тому філософи і теоретики права після Другої світової війни спробували відродити ідею природного права і прав людини шляхом їх узгодження з положеннями новітніх філософських доктрин. Такі філософські напрями як феноменологія, екзистенціалізм, герменевтика стали новим методологічним підґрунтям правової філософії. Однією з таких спроб – помислити право новим чином, як екзистенційно-онтологічний феномен – стала робота видатного німецького правознавця Вернера Майхофера під назвою «Природне право як екзистенційне право». На відміну від класичної правової думки, коли природне право розумілося як суто деонтологічна ідея, Вернер Майхофер намагається мислити право як онтологічний феномен, який вкорінено не в ідеальному вимірі Належного, але у нашому спільному бутті-з-Іншими у світі. Подібним чином права людини з чисто раціональної конструкції перетворюються на екзистенційні можливості людської істоти. Джерелом подібного, екзистенційного права є не офіційна правова норма, видана державною владою, і не певні «природні» закономірності. Лише відповідальна людська істота у межовій ситуації вільного вибору здатна вирішити, чим є природне право як право екзистенційне. Відтак на місце абсолютного законодавця, такого як Бог, Природа чи Держава приходить сама людина, яка є вільною подібно до Бога-батька номіналізму, однак на відміну від нього є відповідальною за наслідки свого вибору. У подібному випадку, у правовій ситуації людина є приреченою на свободу, коли призначенням людини є здійснити себе і одночасно право. У даному випадку екзистенційні можливості буття-з-Іншими є не трансцендентальними умовами нашого буття-у-світі, але постають як живе природне право – екзистенційне право.

Ключові слова: природне право; екзистенційне право; екзистенційні суб'єктивні права; людина; історична екзистенція.

Вернер Майхофер. Естественное право как экзистенциальное право

Аннотация. Грандиозные события XX века, такие как Первая и Вторая мировые войны, разрушили великие иллюзии правовой мысли Просвещения. Одной из таких иллюзий было классическое естественное право и права человека. Преступления нацистского и сталинского режимов четко показали, что естественное право и права человека являются лишь рациональными допущениями, не имеющими онтологической основы. Однако и теоретический оппонент подобных учений, правовой позитивизм, казавшийся наиболее реалистичной и рациональной правовой доктриной, утратил свою репутацию вследствие многочисленных преступлений, совершенных тоталитарными режимами на основе норм действующего законодательства. Поэтому философы и теоретики права после Второй мировой войны пробовали возродить идею естественного права и прав человека путем их согласования с положениями новейших философских доктрин. Такие новые философские направления как феноменология, экзистенциализм, герменевтика стали новой методологической основой для философии права. Одной из подобных попыток помислить право

по-новому, как экзистенциально-онтологический феномен, стала работа выдающегося немецкого правоведа Вернера Майхофера под названием «Естественное право как экзистенциальное право». В отличие от классической правовой мысли, когда естественное право понималось как чисто деонтологическая идея, Вернер Майхофер пытается мыслить право как онтологический феномен, который укоренен не в идеальном измерении Должного, но в нашем совместном бытии-с-Другими в мире. Подобным образом права человека из чисто рациональной конструкции превращаются в экзистенциальные возможности человека. Источником подобного, экзистенциального права является не официальная правовая норма, изданная государственной властью, и не некие «естественные» закономерности. Лишь ответственное человеческое существо в пограничной ситуации свободного выбора способно решить, чем является естественное право как право экзистенциальное. Тем самым на место абсолютного законодателя, такого как Бог, Природа либо Государство приходит сам человек, который свободен как номиналистский Бог-отец, однако в отличие от него является ответственным за последствия своего выбора. В подобном случае в правовой ситуации человек обречен на свободу, когда его предназначением является не только самоосуществление, но и осуществление права. В данном случае экзистенциальные возможности бытия-с-Другими не являются трансцендентальными условиями нашего бытия-в-мире, но выявляются как живое естественное право – экзистенциальное право.

Ключевые слова: естественное право; экзистенциальное право; экзистенциальные субъективные права; человек; историческая экзистенция.

Werner Maihofer. Natural Law as Existential Law

Abstract. The great events of the XX-th century, such as the First and the Second World War, have destroyed the great illusions of the Enlightenment's legal thought. One of these great illusions was the classic natural law and human rights. The crimes of the Nazi's and Stalinist's powers have shown us evident, that the named phenomena were only rational presuppositions without any ontological core. But the opposite trend, the legal positivism as the most realistic and rational doctrine also has loose its reputation due to the outnumbered crimes, which were committed by the totalitarian power in accordance with the current legislation. In its turn, the legal theorists and legal philosophers after the Second World War tried to restore the ideas of natural law and the human rights by the way of its reconciliation with the new philosophical doctrines. The philosophical trends of phenomenology, existentialism and hermeneutics became the new methodological grounds of the legal philosophy. One of the such attempt – to think the law in the new way, as the existential-ontological phenomenon – is the work of the famous German legal philosopher Werner Maihofer. The work "Natural law as Existential law" is dedicated to the new reasoning of the natural law. In contrast with the classical legal thought, when the natural law was understood as the pure deontological idea, Werner Maihofer tries to think law as the ontological phenomenon, which is rooted not in the ideal dimension of Ought, but in our Being-with-Others in the common world. In the similar way, human rights from the pure rational construction turn into the existential possibilities of the human being. The origin of the similar – existential – law is not the official legal norm, which is issued by the state power. Also, the existential natural law is not derived from the laws of the Nature. Only responsible Human Being in the border situation

of the free choice is able to decide, what the natural law as existential law is. So, on the place of the absolute legislator – God, Nature, State or something else arrives the Human Being as such, which is free as the Nominalist’s God Father. But in contrast to the God Father he is also responsible for the consequences of its choice. In this case, in the similar legal situation the human being is “destined” for the freedom. And the destination of the human being is to realize itself and at the same time to realize law. In the other words, the self-realization of the human being is closely connected with the realization of the law. In this case, the existential possibilities of the common Being-with-Others are not just the transcendental conditions of our Being-in-the world, but present itself as the living natural law – existential law.

Keywords: natural law; existential law; existential right; human being; historical existence.

Одержано / Received 15.08.2019