

ЕСТЕСТВО ДЕЛА¹

Введение: идея «естества дела» в истории философии права и правовой науки

Объявленная мертвой критицизмом и позитивизмом идея естества дела² в современной правовой теории и практике ожила в той же мере, в какой она была жива на пике популярности старого естественного права. Удивительное возрождение – которое, однако, может удивить лишь тех, кто, под тяжестью критических суждений всех направлений, принадлежащих к строгому методологическому дуализму, утратил способность ощущать вес двухтысячелетней истории этой идеи, которая со времен античности – будь это учение греческой философии о “*phusei dikaion*”³ («естественной справедливости» – греч., прим. пер.), либо же учение римской юриспруденции о “*regum natura*”⁴ («природе вещей» – лат., прим. пер.) – двигала европейским духом с тех пор, как появилось нечто подобное философии права либо же правовой науке.

* Вернер Майхофер (1918–2009) – выдающийся немецкий философ права. Очерк о жизненном и творческом пути мыслителя, а также перевод его работы «Естественное право как экзистенциальное право» были опубликованы в предыдущем номере журнала. См.: Вернер Майхофер, «Естественное право как экзистенциальное право», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 231–61, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186550>; Алексей Стомба, «Природа вещей или естество дела? Бытие-как Вернера Майхофера», *Філософія права і загальна теорія права* 1 (2019): 262–82, <https://doi.org/10.21564/2227-7153.2019.1.186555>.

¹ Настоящий перевод выполнен по изданию: Werner Maihofer, “Die Natur der Sache,” in *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 52–86 (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965). Перевод Алексея Стомбы. – *Прим. редакции.*

² Данный текст представляет собой расширенную версию доклада, прочитанного в ходе Конгресса IVR в Саарбрюккене (2–4 октября 1957 года) (см. ARSP, XLIII, S. 575 и далее). Примечания сведены к самым необходимым. В общем набросанное здесь объяснение «естества дела» расширено в работе с таким же названием. – *Прим. автора.*

Здесь и далее в переводе сохранены оригинальные ссылки В. Майхофера. – *Прим. пер.*

³ См. к этому: E. Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, Bd. II, *Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik*, в особенности S. 78 и далее (Гиппия), а также S. 91 и далее (софист Антифон, у которого «*physis*» превращается в «основной источник», более исходный, нежели номос, живущий как «благо» внутри самой «жизни», а не приложенная к ней постфактум закономерность).

⁴ См. к этому: G. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Exkurs II: *Rerum natura* (Лукреция), in *Laun-Festschrift*, 1948, S. 166 и далее [во втором издании появилась как самостоятельное сочинение в Дармштадте в 1960 г.], а также R. Voggenesperger, *Der Begriff des*

В Средние века идея естества дела превратилась в дедуцирование из “*rei natura*”⁵ («природы вещи» – лат., прим. пер.) или “*natura obiecti*” («природы объекта» – лат., прим. пер.),⁶ одной из основных опор системного здания теологического, а позднее – философского естественного права. По сути, на ней покоится всякое конкретное естественное право отдельно взятого правового положения дел: институтов, и в то же время абстрактное естественное право всеобщих правовых основоположений – принципов, которые выводились из животных либо нравственных сущностных определений «естества человека» (здесь и далее курсив. – В. М.).

Однако вера в вечные, неизменные, абсолютно действенные правовые основоположения, выводимые из естества человека либо же его разума, была утрачена как раз после расцвета превращенной в науку системы естественного права – позднейшего права разума в естественно-правовых кодификациях наступившего Нового времени, и последовавшего затем в идеализме так называемого краха естественного права. Напротив, старый, основополагающий для конкретного естественного права правового положения дел естественно-правовой метод дедукиции и аргументации из «естества» либо «разумного положения дел»: *rerum natura* (природа вещей) или *naturalis ratio* (естественный разум) в качестве научного процесса беспрепятственно перешел в правовую догматику пандектики и ее несущую основу – враждебную естественному праву правовую теорию исторической школы права.⁷

Сегодня мы с удивлением узнаем, что вопреки громко и самоуверенно звучащему пароллю нашего времени: «естественное право умерло!» – естественно-правовое мышление покоится непосредственно в средоточии общеправовой науки того времени, пробуждаясь к новой жизни из источника всякого конкретного естественного права: римской юриспруденции. В 19-м веке сокрытое и замалчиваемое естественно-правовое мышление действительно ничуть не в меньшей степени, нежели в веке 18-м; как правовая наука, так и философия права наполнены дедукицией и аргументацией из естества дела.

“*jus naturale*” im Roemischen Recht, 1952, в особенности S. 85 и далее (Павел), и S. 100 и далее (Гай), чье обоснование права из *naturalis ratio* («естественного разума» – лат., прим. пер.) также отсылает к имманентной вещи *natura rerum*.

⁵ Так, прежде всего обстоит дело в высокой схоластике Фомы Аквинского, который наряду с правовыми положениями абстрактного естественного права разрабатывал подход к конкретному естественно-правовому мышлению из имманентной правовому положению “*natura rei*” («природы вещи» – лат., прим. пер.). Основания этого Фома отыскал у Аристотеля в «отмеченности», «соразмерности» и «соответствии» сущего друг другу, как «по природе» существующего “*adaequatio*” («соответствия» – лат., прим. пер.) и “*commensuratio*” («соразмерности» – лат., прим. пер.) мужа – жене, родителей – детям, господина – слуге; см. к этому в особенности *Summa Theologica*, II-II, 57 art. 2–4, Deutsche Thomas Ausgabe, T. 18, 1953, S. 8 и далее, а также комментарий Utz, S. 432 и далее.

⁶ Как, например, в поздней испанской схоластике, прежде всего у Luis de Molina, см. к этому: E. Luno Pena, *Historia de la filosofía del derecho*, T. 2, 1954, S. 89 и далее, а также E. Wolf, *Das Problem des Naturrechtslehre, Versuch eine Orientierung*, 1955, S. 48.

⁷ См. к «естественному кригтоправу» правовой науки Пандектов: F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, S. 228 и далее.

Даже у самого Савиньи, наряду с его учением о возникновении права из народного духа,⁸ мы отыскиваем идеи, ничем не отличающиеся от старых теорий естественного права, наподобие Пуфендорфа, доводя до конца мысль о том, что абстрактные естественно-правовые определения из естества людей совпадают с конкретными естественно-правовыми заключениями из естества дела. Так что для Савиньи и его эпохи *естество дела* равно превращается в институциональное следствие из *естества человека*. Способом, для нас сегодня весьма напоминающим «экзистенциальный», Савиньи, исходя из человеческого естества и «его нравственного определения по свободе и достоинству»,⁹ обозначает отдельные правовые институты как результат обнаружения этого достоинства, буквально «обустройство этой свободы посредством правового института, со всем тем, что исходит из естества и определения этого института посредством его практических следствий и что новомодно зовется естеством дела».¹⁰

Рассмотренное в таком ракурсе право, как гласит знаменитое высказывание Савиньи, «само по себе не обладает никаким бытием, его существование составляет в большей мере жизнь самих людей, рассмотренную с определенной точки зрения»;¹¹ каковое (право. – А. С.), как мы продолжим, представляет собой обращенную к Другим внешнюю сторону своей институциональной конкретизации. Именно об этих «жизненных отношениях» идет речь в том высказывании Дернбурга, которое сегодня повторяется во всех дискуссиях о естестве дела: «они, по мере своего развития, несут в себе свою меру и порядок. Этот, живущий внутри вещей порядок, можно назвать естеством дела. Мыслящий юрист должен обращаться к нему в том случае, когда позитивная норма отсутствует, либо же она неполна или непонятна».¹² Также и Иеринг не признает ничего другого для своего «естественно-исторического метода» «юридической конструкции», «едва ли существует иное выражение, которое бы настолько истинно передавало созерцание как фактов, так и имен», как выражение «естество дела».¹³

Только в крайнем позитивизме рубежа веков становится общепринятым цинизм Бергбома, который первый иронизировал: «естество дела все еще может обладать принудительной силой по отношению к норме права, которой пока еще не существует».¹⁴ И лишь затем понятие «естества дела», «ославленное» как естественно-правовое, превращается в пуризм чистого учения о праве в ненаучное выражение.

И все же сегодня, с нашей исторической дистанции, теория и философия правового позитивизма, которые превращают ученого в полицейского, а судью – в автомат за-

⁸ На самом деле учение о естественном праве, развернутое в историчности конкретного народа.

⁹ Существует старое базовое определение *libertas* и *dignitas humana* (свобода и достоинство человека – лат., прим. пер.) у Пуфендорфа, *De iure naturae et gentium*, II, в особенности глава I, 5 и II, 1.

¹⁰ F. C. von Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts*, I, 1840, S. 55.

¹¹ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3-е изд., 1892, S. 18.

¹² Dernburg, *Pandekten*, I, 5 изд., 1896, S. 87.

¹³ *Geist des Roemischen Rechts*, 3 изд., 1872, S. 370 и далее, и S. 388.

¹⁴ *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, T. 1, 1892, S. 353.

конодателя, представляются нам эпохой убаюкивающей интермедии, обманчивой уверенности в хороших законах и обманчивой веры в хорошего законодателя; либо же прелюдией той эпохи, которая в своей собственной пустоте брошена на произвол материального содержания Левиафана, каковая эпоха со своим «закон есть закон» в конце концов, оказывается отданной, без внутренней и без внешней поддержки и опоры, на волю чистого порядка власти, вырождающегося в государственный произвол. Крушение этой веры в законодательный позитивизм, доведенной до абсурда самим законодателем, затронуло глубинную философско-правовую позицию даже такого осторожного мыслителя, как Радбрух, с его идеологическим учением о праве, построенном на неокантианском методологическом дуализме и необходимо ведущим к релятивизму и позитивизму. Его учение о естестве дела, настоятельнейшие разыскания в этом направлении в последние полстолетия,¹⁵ являются для нас примерным отражением перемены, которая свершилась в наши дни.

I. Современное учение о «естестве дела» как «смысле» жизненных отношений

В своей философии права, возникшей в Веймарскую эпоху расцвета позитивизма, Радбрух ближайшим образом объясняет заключенное в правовой материи *естество дела* («природу вещей») как голое свойство *правового материала*, который, так или иначе, должен приспособлять к реальности идею права, подобно тому, как идея произведения искусства приспособляется к материалу,¹⁶ и становится чем-то иным, реализуясь в бронзе или мраморе.

Правовой материал по отношению к идее права для Радбруха есть то, что было уже у Ласка: «вещественная определенность идеи права»:¹⁷ заключенная в правовом веществе инертность и сопротивляемость материи, которая устанавливает земные границы для «чистого» осуществления идеи права.

Подобно тому, как скульптор навязывает свою художественную идею мраморному блоку, который есть лишь безобразный, бессодержательный, аморфный материал, в который встроено «все возможное», так для Радбруха правовое вещество обретает форму и содержание, смысл и ценность единственно из идеи права, каковая посредством этого материализуется в реальность. Юрист тем самым равно превращается в свободно формирующего образы художника, для которого может быть значимым и то, что совершенно невозможно в реальности, но правильно по идее. Как раз поэтому Радбрух

¹⁵ В особенности, содержащиеся в сочинениях: “Rechtsidee und Rechtsstoff” (Kant-Festschrift des Archiv fuer Rechts und Wirtschaftsphilosophie, 1924, S. 343, и далее). “La natura della cosa come forma giuridica di pensiero” (Rivista int.d. Filosofia d. Diritto, 1941, S. 1 и далее), “Die Natur der Sache als juristische Denkform” (Laun-Festschrift, 1948, S. 157 и далее), а также в его Rechtsphilosophie, см. 5-е изд., 1956, в особенности S. 98 и далее, 120 и 127, а также в Vorschule der Rechtsphilosophie, 1948, S. 19 и далее.

¹⁶ Rechtsphilosophie, S. 98.

¹⁷ Rechtsphilosophie, a.a.O., ссылки на E. Lask.

отнюдь не случайно постоянно приводит слова Гете: «кто хочет невозможного, мне мил!».¹⁸ В подобной трактовке реальность в отношении идеи должна лишиться всякого собственного смысла и ценности, всякого собственного веса и значимости.

Исходя из строгого методологического дуализма Гейдельбергской школы, Радбрух с позиций критического познания равно отрицает и всякую возможность научного опыта естества дела. Таковой опыт для него есть лишь «удачная интуиция» подобно визуальному созерцанию художественной идеи в материи: идеизирующему видению, непригодному, однако в качестве метода научного познания.¹⁹ Для него, как и для Кельзена, подобная ситуация в разрезе «методического познания» остается лишь догмой, утверждением, согласно которому «установления Должного могут быть дедуктивно выведены лишь из иных установлений Должного и не могут быть индуктивно основаны в фактах бытия».²⁰

Тем не менее, Радбрух отводит идее естества дела особое место, а именно там, где этого обычно не замечают – в своем учении о справедливости.

Исходя из упоминающегося в нашем конкретном и абстрактном естественном праве различия – справедливости (*Gerechtigkeit*): как дедуктивного развития верного права из общих основоположений, и правильности (*Billigkeit*): как справедливости в отдельном, частном случае, он отчетливо определяет его как «интуитивное познание правильного права из “естества дела”».²¹ Вслед за Савиньи он уравнивает *naturalis ratio* (естественный разум) и *aequitas* (уравнивающую справедливость),²² признавая, однако, правовую ценность правильности (*Billigkeit*) лишь в том случае, если фундированный в отдельном случае закон способен возвыситься до соответствия мыслительной операции категорического императива: «всеобщему закону».²³

Однако Радбрух не делает отсюда очевидных выводов. Прежде всего, он остается при таких воззрениях на мышление, которые, продуманные до своего конца, с необходимостью ведут к тому, чтобы «снять» столь прочно установленные догматические и методологические основания своей релятивистской и позитивистской ценностной философии права.

Сегодня нам может показаться удивительным, что Радбрух не осознавал тогда целостную сомнительность перенятого у Ласка «основополагающего» уравнивания материи права с вещественным материалом наподобие скульптурного. Не наталкивает ли нас

¹⁸ Rechtsphilosophie, S. 97. Напротив, см. характеристику правовой политики как «искусства возможного» там, где Радбрух утверждает: «“кто хочет невозможного, мне мил” нельзя превратить в девиз правовой философии либо политики права» (S. 21).

¹⁹ Rechtsphilosophie, S. 99.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid, S.127.

²² Savigny, System I, S. 116 и напротив, В. W. Leist, Die Realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts, 1877, S. 4 и далее.

²³ Radbruch, ук. соч. К объяснению категорического императива как «стань всеобщим» см.: Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 17 и далее.

всякая юридическая работа с конкретными фактическими проблемами на вывод, что так называемая материя права обладает основополагающим отличием от чисто материалистически объяснимой материи, сырья, которое еще бесформенно и безжизненно, само по себе бессмысленно и не имеет ценности, впервые обретая форму, смысл и ценность посредством воплощения эстетической идеи в материи?²⁴

Уже согласно повседневному пониманию положения дел нам кажется, что *отношения реальности и идеальности применительно к практической идее права* скорее обратные.

Мы ощущаем, что не можем просто вкладывать в «материю» правовые идеи подобно художественным, но, скорее, должны *вычитывать их* оттуда. Ведь мы не равны, хотя Радбрух и утверждает это, Микеланджело, стоящему перед задачей увидеть возможного Давида в мраморном блоке, но должны вытянуть из этого блока Давида действительного.

Не имеет ли право прямо противоположной задачи, как это может показаться в этом идеалистическом произрастании идеи из реальности и равно материалистического опустошения реальности идеи, а именно возвысить до духовной действительности заданные в естестве дела форму и содержание, в которых из духа вершится правопорядок, тем самым выводя на свет сознания живущие в них смысл и ценность?

Подобные сомнения могли бы поколебать Радбруха, когда он вместе со своим ценностным релятивизмом, основанном на строгом методологическом дуализме, беспомощно упирается в правовой позитивизм, им самим научно обоснованный, для которого все равнозначно, а потому и в равной мере возможно, даже и тогда, когда это явно противоречит разуму вещей, естеству дела.

Он должен был признать, что опустошение идеалистической составляющей естества дела в пользу чисто материального оформления идеи права открывает интеллектуальный путь к порабощению реальности во имя чьих-либо идеалов либо идеологий. Тем самым отнюдь не случайно в последние десять лет жизни Радбруха мышление естества дела превратилось для него в ключевой момент для кардинальной перемены философских позиций (неокантианства), даже если он и не смог до конца выявить методологические и систематические следствия этого. Осмысление этих его последних соображений обладает показательным значением для нашей проблемы, вплоть до настоящего времени обозначая крайнюю точку дискуссии на эту тему, вокруг которой она до сих пор движется.

1. *Философско-правовое истолкование «естества дела» как «связанного с идеей права смысла жизненных отношений» (Радбрух).*

В своих постоянно возобновляемых мыслительных попытках Радбрух, в конце концов, не просто приходит к пониманию естества дела «как связанного с идеей права смысла жизненных отношений»,²⁵ либо же – как он более основательно формулирует это: как «*осуществляемого в бытии Должного, выявляющейся в реальности ценности*».²⁶

²⁴ Для Радбруха она является чисто аморфным материалом, без собственной кристаллической структуры, для которой смысл и ценность номиналистически привнесены извне, а не присущи ей самой как таковой.

²⁵ Natur der Sache, S. 162.

²⁶ Ук. соч., S. 172, в экскурсе V о «юридических конструкциях».

Равно Радбрух отстаивает принципиальную познаваемость естества дела не только благодаря «удачной интуиции», но и на пути строго рациональной дедукции, а точнее – *редукции отдельного жизненного отношения к его юридическому смыслу*: разлагая, посредством мысли, жизненное отношение на его юридически релевантные составляющие для того, чтобы в заключительном целостном созерцании обрести ту действительность,²⁷ которая была бы очищена от индивидуальных случайностей и логично сконструирована по типу соответствующих правовых институтов, т. е. идеальных схем. Подобную мысль мы можем встретить в требуемом еще Шиллером для анализа (и синтеза) естества дела выделении в явлении всего того, «что рассматривается в чем-то исключительно как случайное, и потому может быть отброшено без ущерба для сущности этого чего-то».²⁸ В подобных мыслительных схемах жизненных отношений, обретенных на пути «*юридического конструирования*», в том, что принадлежит им сущностным образом, а тем самым, необходимо, Радбрух усматривает «*идеальные типы*» *правовых институтов* в смысле Макса Вебера, в которых «охватывается наиболее существенное, смысл эмпирических явлений, а тем самым естество дела».²⁹ Отсюда естество не является чем-то незначительным для дела, но по сути необходимо принадлежит ему, представляя собой интеллектуально необходимый минимум его бытийного определения.

Однако, по сути, подобное мышление восходит к старой предпосылке, которая должна означать для всякого кантианца задачу его собственной позиции: «то же самое есть бытие и мышление» (Парменид) по умолчанию уравнивается с *необходимо-следует-мыслить-именно-так и не-мочь-мыслить-иначе и необходимо-быть-так и не-мочь-быть-иначе*.

Но тогда, по меньшей мере, если понимать по Радбруху опосредованный юридическими конструкциями смысл жизненных отношений не как привнесенный в эти отношения посредством мышления, но как нечто, что, «как смысл этой данности, движется по направлению к бытию»³⁰ то это предполагает, что мышление выглядит как мост, ведущий через очерченную критицизмом пропасть между познающим субъектом и познаваемым объектом, на котором раскрывается путь для научной дедукции из естества дела, между тем как основанный на удачной интуиции прыжок через эту пропасть уже невозможен.

Но это означает не менее чем то, что посредством мышления естества дела разрушается не только мост между объектом (бытием) и субъектом (сознанием), но также и между бытием и Должным, т. е. Должным, требуемым бытием и Должным, требуемым сознанием.

Однако Радбрух не замечает этих молчаливых предпосылок своего учения, а также с необходимостью вытекающих из этого выводов. Несмотря на то, что он отчетливо признает возможность охвата смысла данностей со стороны бытия путем строго ра-

²⁷ Ук. соч., S. 172, в экскурсе V о «юридических конструкциях».

²⁸ См. к этому: Radbruch, ук. соч., S. 166, в экскурсе I о Шиллере и Гете.

²⁹ Ук. соч., S. 172.

³⁰ Radbruch, Vorschule, S. 21.

циональных конструкций, он остается на позиции методологического дуализма вплоть до неопубликованного послесловия к новому изданию «Философии права».³¹ Несмотря на признание того, что из естества дела следуют научно достоверяемые требования смыслового оформления данной правовой материи, он до конца стоит на дуализме мира бытия и мира Должного.³²

Для нас сегодня весьма интересно, устоят ли те теоретико-правовые основания, которые Радбрух предлагает нам в качестве оснований для своих сомнений в отношении кажущихся неизбежными следствий, не решается ли именно в них не что иное, как *вопрос: естественное право или правовой позитивизм?*

Но в таком случае мы должны признать дедукцию из естества дела как действительный способ возникновения действующего права не только тогда, когда позитивное право отсылает на этот путь или оставляет для него место. В таком случае мыслительная форма «естества дела» обладает гораздо более основополагающей функцией, нежели «средство интерпретации» либо же «источник права» *внутри* позитивного права.

2. *Теоретико-правовое объяснение «естества дела» как «ultima ratio (высший разум) интерпретации и улучшения закона» (Радбрух)*

Сам Радбрух вступает в противоречие с теоретико-правовыми следствиями своего учения о «естестве дела». Его теоретико-правовой ответ на вопрос об обязывающем характере дедукции из естества дела для позитивного права должен нас поражать, учитывая его философско-правовое объяснение естества дела как «осуществляемого в бытии Должного» жизненных отношений.

И это несмотря на объяснение подобной дедукции из естества дела как призыва к «законодателю вообще».³³ Однако это не мешает Радбруху допускать подобный призыв лишь там, где «для регулирования жизненных отношений нельзя отыскать доказательств идеи, которой руководствовался законодатель».³⁴

Радбрух до последнего признает мышление в форме естества дела лишь функцией «средства истолкования и заполнения пробелов»: «некоей *ultima ratio истолкования и улучшения закона*» в той мере, в какой «выявленный из естества дела смысл жизненных отношений и идея, на которой оно основывается, не вступает в противоречие с духом закона».³⁵

³¹ См. к этому предисловие издателя (E. Wolf) к 5-му изданию Rechtsphilosophie, S. 12. Также и сам Радбрух в своем послесловии настаивает как на методологическом дуализме, так и на релятивизме: «обе мысли со временем изменили свой облик, но остались как таковые».

³² См. Vorschule, S. 21, где Радбрух единственно делает подобную уступку: естество дела служит для того, чтобы «жесткий дуализм ценности и действительности, бытия и Должного в чем-то превзойти, но не снять»; см. к этому введение издателя (E. Wolf) к 5-му изданию Rechtsphilosophie, S. 70 и далее.

³³ Natur der Sache, S. 163.

³⁴ Ibid, S. 162 и далее.

³⁵ Ibid, S. 162.

Но тем самым для него в случае противоречия закона и естества дела остается лишь старый позитивистский ответ: «*fiat justitia, pereat mundus*» («Да свершится правосудие и да погибнет мир» – лат., прим. пер.).

И тогда в результате естество дела действительно лишь там, где «ему явно либо скрыто оставлено место источником права», естество дела – как объясняет Радбрух целиком в русле предшествующих теорий правового позитивизма, «*не есть нечто действительное само по себе, не источник права*». ³⁶

Этот ключевой теоретико-правовой результат в контексте столь разноплановых ключевых философско-правовых высказываний Радбрух обосновывает позитивистской догмой о том, что естество дела действует лишь там, где оно не противоречит «духу закона». И там, где так называемый дух закона наталкивается на разумное начало вещей, на естество дела, Радбрух стоит на том, что Должное неудачного закона должно обладать преимуществом в отношении Должного, которое осуществляется в бытии, хотя сам Радбрух в другом месте характеризует ту руководящую мысль, которой подчинен «конкретный законодатель», как идею права и «неотделимое от нее» естество дела. ³⁷

Мы ощущаем глубокую неудовлетворенность и дискомфорт в отношении этих теоретико-правовых последствий, неустойчивых вследствие кардинальных колебаний в философско-правовом объяснении естества дела.

Должно ли это стать итогом обсуждения упомянутой проблемы? Рассмотрение до сих пор существующих отзывов, начиная от сводящихся либо к Дербургской дефиниции «естества дела» как «живущего внутри вещей порядка» (как у Коинга), ³⁸ или же к Радбруховской характеристике как «связанного с идеей права смысла жизненных отношений» (как у Фехнера) ³⁹ до ранних попыток «теоретико-правового проблематизирования естества дела» Штратенверта ⁴⁰ видимым образом подтверждают это.

³⁶ Natur der Sache, S. 162.

³⁷ Ibid, S. 163.

³⁸ Для Коинга понятие «естества дела» схватывает не только «естество людей», но сверх этого «своеобразие фактических закономерностей в нем, каковое присуще как отдельным областям деятельности людей, так и человеческой общности в целом», вследствие чего он в конечном итоге приходит к «расширенному представлению о сквозном порядке социальных вещей» (Coing, Grundzuege der Rechtsphilosophie, S. 119, 122).

³⁹ Fechner, Rechtsphilosophie, 1956, S. 147.

⁴⁰ Штратенверт подводит свое объяснение «природы вещей» к всеобщему основополагающему положению дел, которое Велцель зафиксировал в понятии «фактологической структуры». Напротив, Радбрух, Коинг и Фехнер употребляют это понятие для обозначения отдельного положения дел в ходе попытки доказать в этих, заранее данных координатах, относительность всякой «фактологической позиции», которая для них следовала из изменчивой ценностной перспективы, выявляющейся из «исходного ценностного пункта законодателя», обязывающего по отношению к закону. Это означает откат к последовательному ценностному релятивизму в смысле юго-западной немецкой школы, которая, по Радбруху, исходит из догмы, в большей степени возможной, относительно равной значимому, исходному ценностному пункту, о правильности которого судят не «по делу», а по воле законодателя. См. к этому: Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, 1957, в особенности S. 8, 20, 27 и далее. А также см. результаты, полученные Weischedel, Recht und Ethik, 1956, см. в особенности S. 6 и далее, S. 10 и далее.

Кажется, что накатанная колея, проторенная идеализмом и философией ценностей, не в состоянии сдвинуть проблему с того места, на котором она оказалась благодаря усилиям Радбруха.

В следующих двух частях нашего разыскания мы хотели бы предпринять попытку совершить несколько пробных шагов в ином направлении.

II. «Естество дела» как «естество» жизненного положения дел

Мы задаем себе тот вопрос, перед которым мы оказались поставлены в конце нашего предыдущего мыслительного пути. Что же такое это «естество дела», которое иногда противоречит «духу закона» либо «идее права», а иногда – соответствует тому либо другому?

Куда ведут все выводы либо обоснования права из «естества дела»? В сферу по ту, либо по эту сторону позитивно-правовых установлений? Т. е. к естественному праву?

Чтобы лучше понять направление, в котором нас ведет этот вопрос, мы попытаемся, прежде всего, исключить те дедукции и аргументации «из самих дел», которые вследствие многозначности понятия «естества дела» ведут к совершенно иным целям и которые легко могут увести нас по неправильному пути.

Дедукции и аргументации из «естества дела» являются попытками вывести уложение долженствования позитивного права из чего-то, пребывающего вовне позитивно-правовых положений, однако не путем дедукции абстрактного естественного права из высших правовых оснований, но конкретного естественного права всех времен из самого правового положения дел, заключенного в правовой материи. Тем самым они обосновывают должные уложения позитивного права не иными всеобщими уложениями долженствования, но возводят их – как говорил Радбрух – обратно к «Должному, осуществляемому в бытии».

Вследствие этого мы должны исключить из нашего дальнейшего разыскания все излюбленные выводы понятийной юриспруденции, когда правовые положения выводятся из логического бытия понятия права или систематических взаимосвязей правовой системы, которые охотно выдаются за дедукцию из природы собственности или владения, договора или обещания, сколь часто в них опосредованная дедукция из правового положения дел скрывается под видом логических либо систематических выводов. Тогда правовое положение дел не является, как утверждал Райнах, «специфически-правовым фундаментальным понятием», которое можно познать во внутреннем созерцании в его бытии, подобном бытию математических и геометрических образований,⁴¹ но положением дел «снаружи в мире», перед которым мы «находимся»: не правовые образования, но, одним словом: *жизненное положение дел*.

⁴¹ О котором Райнах утверждает: «Правовые образования... например, требования и обязательства, обладают собственным независимым бытием, подобно домам и деревьям. В отношении последних значимо то, что мы можем вычитать в актах чувственного восприятия, наблюдения, из мира внешнего. В целом иначе дело обстоит с утверждениями, которые действительно в отношении

Но что же такое это жизненное положение дел, которое согласно Радбруху претендует на новое объяснение всех тех дел, о которых, собственно, идет речь в нашем понятии естества дела?

1. *Жизненное положение дел как комплекс происшествий между субъективностью (человеком) и объективностью (миром).*

Жизненное положение дел есть «комплекс происшествий» в мире снаружи.⁴² Дела здесь – это не изолированные вещи либо предметы, но комплексное положение дел человеческой жизни между субъективностью (человека) и объективностью (мира). Другими словами: способы человеческого поведения по отношению к миру: бытия-в-мире, вокруг разметки, а тем самым обеспечения и утверждения которого, согласно нашей точке зрения, вращается всякий порядок права и нравственности.⁴³ В качестве такого жизненного положения дел нам встречаются купля-продажа и наем, кража и обман, как те образы происшествий, сбывающихся между человеком и миром, которые снабжены позитивной либо негативной разметкой, другими словами, как расположенные изначально либо неизначально способы человеческой коэксистенции. Напротив, те всеобщие, основополагающие положения дел, которые возможно вычитать из всего этого – деяние – неправо – вина – наказание, структуру «логики дел» которых мы стараемся охватить в так называемых общих учениях уголовного либо гражданского права, исходно всего лишь мыслительные абстракции, посредством которых мы пытаемся овладеть устройством всех этих правовых положений дел.⁴⁴

Так мы узнаем, что «дела», о которых идет речь во всяком мышлении из естества дела, есть те жизненные положения дел, которые встречаются нам снаружи в мире. Но что мы имеем ввиду, ставя ключевой вопрос нашего разыскания, когда говорим о «естестве» этого жизненного положения дел и пытаюсь обосновать из этого наши утверждения касательно права?

2. *Естественные закономерности жизненного положения дел как естественные факты.*

Все эти жизненные положения дел как образы происшествий в мире людей разыгрываются в двояком измерении. Как обладающие физиологическими и психологическими

правовых образований. Здесь нет никакого мира, перед которым мы пребываем, и из которого можем вычитать какое-то положение дел. Здесь в нашем распоряжении иная, более глубокая возможность. Поскольку мы углубляемся в сущность этих образований, постольку мы усматриваем, что то, что закономерно значимо для них, мы постигаем во взаимосвязи аналогичной тому, как мы бы углублялись в сущность чисел и геометрических образований...» (A. Reinach, Zur Phaenomenologie des Rechts, Neuauflage der Apriorischen Grundlagen des Buergerlichen Rechts, 1953, S. 14 и далее).

⁴² Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 41 и далее.

⁴³ Maihofer, Recht und Sein, 1954, S. 125 и Vom Sinn menschlicher Ordnung, S. 52.

⁴⁴ Всякое общее, основополагающее положение дел может быть охвачено лишь в мысленном абстрагировании от конкретного материального содержания, такого как мошенничество либо купля-продажа, как формальная схема, лежащая в основе всех этих способов человеческого поведения: «действительно» в жизненном мире людей существуют лишь мошенничество или же купля-продажа, но не «поведение вообще». Тем самым имеется формальное (всеобщее) и материальное, особое (конкретное) «естество дел».

асpekтами, они онтичны. Они представляют собой *естественные факты*, которые исполняются согласно определенным естественным закономерностям. Даже позитивизм не в состоянии отрицать заключенных здесь заданностей: «donees» (фр. «данные, сведения» – прим. пер.)⁴⁵ как «реалии законодательства».⁴⁶ Законодатель, который со своими правовыми установлениями перескакивает через естественно заданный ход вещей (как, например, беременность), утрачивает суть дела, создавая противоестественный, а тем самым – противоправный порядок. Начиная с учения римских юристов о *rerum natura* (природе вещей), понимаемой как естественные закономерности естественных фактов, не существовало никаких сомнений относительно существования фактически-законодательного априори правового положения дел. Но, как показывает уже попытка Буркхарда Вильгельма Лейста обосновать *априорное учение о праве*⁴⁷ на «фактической природе жизненных отношений» и их «физиологических» закономерностях, объясняемых естественным образом, подобные «чистые» естественные факты, из которых следуют естественные закономерности для «противопоставления природы отношений и содержания позитивных правовых установлений», являются весьма непрочным основанием. Однако эта первая попытка заслуживает внимания уже благодаря тому, что она систематически исследует то Нечто, которое пребывает «по ту сторону позитивных правовых установлений»⁴⁸ и не «создано правовой волей, но либо адаптируется, либо отклоняется ею» для того, чтобы обрести тот *tertium comparationis* (третий член сравнения – лат., прим. пер.), из которого мы лишь и можем прийти к действительно удовлетворительному пониманию тех правовых положений,⁴⁹ что различным образом оформляются в зависимости от эпох и народов. Такое понимание отнюдь не представляет собою собрания древностей и курьезов, заботящихся лишь историю права, но должно лежать в основе всякого подлинного сравнения права, которое не сводит себя к голому сопоставлению с зарубежной правовой наукой.

Первый решительный шаг в этом направлении был совершен уже Пуфендорфом, который объяснял природу права как заданную фактическими закономерностями не только *entia physica* (физическое начало – лат., прим. пер.), но и *entia moralia* (моральное начало – лат., прим. пер.).⁵⁰

Легко заметить, что естество жизненного положения дел не может быть постигнуто исключительно из естественных фактов и естественных закономерностей, лежащих

⁴⁵ F. Geny, *Science et technique en droit prive positif*, I, 1922, S. 96 и далее, и II, 1915, S. 370 и далее.

⁴⁶ E. Huber, *Ueber die Realien der Gesetzgebung*, в: *Zeitschrift fuer die Rechtsphilosophie*, 1914, S. 39 и далее, а также: *Recht und Rechtswirklichkeit*, 1921, S. 281 и далее.

⁴⁷ См. к этому критическую полемику с Райнахом, ук. соч., S. 225, и *Radbruch, Natur der Sache, Exkurs IV ueber B. W. Leist*, S. 170 и далее.

⁴⁸ См. Leist bei Reinach, там же.

⁴⁹ *Ibid.* См. к этому критику А. Райнаха, ук. соч., S. 225.

⁵⁰ См. к учению об «entia moralia» у Пуфендорфа: E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, 3 Auflage, 1951, S. 338 и далее; H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2 Auflage, 1955, S. 146 и далее, и: Maihofer, *Recht und Sein*, S. 109.

в основе происшествий в качестве их «двигателя». Напротив, уже простейшие правовые феномены, такие как владение либо обещание, указывают нам на совершенно иную сторону их «природы». Они не являются естественными фактами, физиологическое либо психологическое протекание которых проходит согласно определенным естественным закономерностям, но *культурным положением дел*: комплексом происшествий в мире культуры, человеческом мире «морального бытия»: «*entia moralia*». В чем же заключается эта сторона «природы»?

3. *Вопрос о фактических закономерностях жизненного положения дел в качестве культурного положения дел (entia moralia) как «вечная тема».*

Вопрос о «моральном естестве» жизненного положения дел, взятого как культурное положение дел, представляет для нас ключевую проблему всякого мышления из естества дела. Ведь это не только проблема философии права – ответить на него, тем самым решив *вопрос нашей эпохи: естественное право либо правовой позитивизм?* Здесь мы сталкиваемся с «вечной темой» философии и теологии. Не спрашиваем ли мы при этом о «вещи в себе» в практической философии, о вопросе, предвещающем все исследование материальной этики ценностей, а тем самым – об основополагающей проблеме старого спора об универсалиях: являются ли добро и зло теми модусами, которые живут внутри вещей, «вложенные» туда божественным разумом либо свободной волей Господа, либо же, как утверждает позднейшее естественное право, «вложены» туда посредством разума человека либо его свободной воли.

Подобное рассмотрение неимоверной значимости данного вопроса уберезит нас от поспешного ожидания – прийти к этой «вечной теме», исходя из рамок вводных предпосылок, очерчивающих современное состояние этого вопроса иначе, нежели из прояснения пути, ведущего к ответу, из философии нашего времени. Итак, примем за дело.

III. «Моральное бытие» культурного положения дел как структура фактических закономерностей социальных жизненных ролей и жизненных положений

Вопрос, который является ключевым для нас, звучит так: в чем заключается бытие («естество») того необозримого многообразия жизненных отношений, которые встречаются нам в человеческом мире культуры как купля-продажа либо наем, но также и как кража либо обман? Чем вырабатывается их «моральное бытие» культурного положения дел: их бытие в измерении *entia moralia*, а тем самым смысла и ценности?

На первый взгляд, самое простое – помыслить подобное естество дела как культурное положение дел согласно старой схеме субстанции и акциденции: как состояние дел, сравнимое с онтическими свойствами субстанции, живущей внутри вещей, и состояниями, присущими этой субстанции в качестве акциденции, такими как твердость либо цвет. Следуя подобным путем, мы в состоянии постичь состояние купли-продажи как *дела*, однако то, что представляет собой *купля-продажа как положение дел в мире морали*, остается для нас сокрыто. Напротив, все подобные онтические данные ведут

нас к тому, чтобы воспринять нечто совершенно иное, нежели «сами дела», а именно то их «естество», о котором здесь идет речь. С первого взгляда на подобный «комплекс происшествий», которые встречаются нам как правовые феномены собственности и купли-продажи, либо же кражи и обмана, нам становится ясным, что всякая подобная попытка – охватить «моральное бытие» этого жизненного положения дел как субстанцию и акциденцию некоего объекта, должна провалиться. Подобное *жизненное положение дел как комплекс происшествий между субъективностью (человек) и объективностью (мир)* не обладает, как видел еще Ницше, никаким бытием наподобие изолированной в субъекте либо объекте субстанции.⁵¹ Это бытие заключено в том, что сбывается между двумя полюсами происшествия, в том процессе «снятия» субъективности в объективности и наоборот, *экзистенции кого-то (человека) в чем-то (мире)*. Те «объективации»,⁵² которые исполняются во всех подобных способах поведения человека в отношении мира, создают комплекс тех происшествий, синтезы которых могут быть разрушены в анализе субъект-объектного состава, а тем самым равно разъединятся целостная связь бытия и смысла происшествия.

Если мы взглянем более пристально в такое жизненное положение дел, как купля-продажа, то нам ближайшим образом станет ясно, что как вопрос о «субстанции купли-продажи», так и вопрос о ее «сущности» по сути является бессмысленным, поскольку речь здесь идет не о какой-то «вещи» купли-продажи, но о «положении дел»: о *способе коэкзистенции*, об отношении *бытия-покупателем и бытия-продавцом как определенном способе встречи людей в мире повседневности*.

С кажущейся банальной интерпретации этого происшествия не как *реальной вещи*, но *экзистенциального положения дел*, нам неожиданно открывается путь к ответу на ведущий нас вопрос о бытии такого положения дел, как культурного. Во всех подобных *культурных положениях дел* мы сталкиваемся с определенными «свойствами» людей: как покупателя и продавца, арендатора и арендодателя, врача и пациента, ученика и учителя, собственника, обладателя, отца, матери, крестьянина, гражданина, ..., свойствами, которые уже не понимаются как отыскиваемые в изолированном субъекте «состояния», наподобие протяженности либо сопротивляемости, но выявляющиеся как средоточие того смысла жизненного положения дел, о котором идет речь: «естество этого дела». Подобные свойства, которые следуют не из *субстанции*, но из *экзистенции*, можно назвать *обстоятельствами*.⁵³

Как мы утверждаем, моральное бытие того культурного положения дел, которое служит предметом рассмотрения (*entia moralia*), отнюдь не заключено в их субстанции либо же присущих ей онтических свойствах, но основано в тех обстоятельствах, кото-

⁵¹ Ф. Ницше: «Протяженность, самождественность, бытие не присущи ни тому, что зовется субъектом, ни тому, что зовется объектом: это комплексы происшествий». См. к этому: Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 30 и далее, S. 41 и далее.

⁵² О феномене «объективации»: Maihofer, Recht und Sein, S. 103 и далее.

⁵³ Об этом весьма обстоятельно: Heidegger, Sein und Zeit, 1927, S. 83 и далее. К объяснению «обстоятельств» как «характера» бытия-как: Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, S. 65.

рые следуют из экзистенции человека в мире. Но что здесь зовется *моральным бытием*? А *экзистенцией*? И прежде всего, в чем основаны эти странные обстоятельства и что следует из них? Это те вопросы, к которым мы хотим подступиться.

Все рассматриваемые нами культурные положения дел суть комплексы происшествий между человеком и миром: способы бытия-в-мире человека, модусы бытия его экзистенции. Их бытие и смысл заключены в определенных *жизненных образах: социальных позициях*, таких как покупатель, отец либо гражданин, а также в тех *жизненных положениях*, которые встречаются этим людям: *социальные ситуации*, такие как необходимая оборона либо же крайняя необходимость. Эти жизненные образы и положения являются тем персональным и реальным пространством, в котором исполняется индивидуальное проявление отдельного человека в мире Других, как «*вечное возвращение того же самого*»,⁵⁴ а также представляют собой основание мира «*объективного духа*».

В этих жизненных образах человек выступает из субъективности в объективность сверхиндивидуальной бытийной и смысловой взаимосвязи того мира в целом, экзистируя в котором он в подлиннейшем смысле слова может «*состояться*».⁵⁵ Тем самым из тех жизненных ролей, в которых он объективируется, человеку, как увидел уже Пуфендорф, приписывается «*моральное качество*» как его «*статус*»,⁵⁶ которым он обладает в мире Других. Это бытие в определенном социальном образе либо положении не придано ему извне, он привносит его с собой, приходит в это состояние «*изнутри*», как в ту роль или на то место,⁵⁷ которые локализуют его в устройстве порядков мира культуры.

Если мы пытаемся более четко постичь фактические закономерности структуры этих образов либо ролей, то мы узнаем, что все они в своих очертаниях обладают таким устройством, из которого даны не только их «*бытие*» либо «*смысл данности в бытийном аспекте*»,⁵⁸ но также и их «*характер*» как «*выявляющейся в действительности ценности*», а тем самым – «*осуществляемого в бытии Должного*».⁵⁹

1. *Бытийная структура социальных жизненных ролей и положений: отсылка и соответствие.*

Базисом структуры бытия этих жизненных образов являются определенные отсылки сущего в отношении друг друга, и эти отсылки имеют своими полюсами получение⁶⁰

⁵⁴ О «метафизическом» оправдании всякого существующего порядка из мысли о «вечном возвращении» (бытия-как): Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 78 и далее, прим. 68.

⁵⁵ Об объективации этих жизненных образов (*paradeigmata*) бытия Самости в бытии-как – социальных образов, в которых осуществляется индивидуальное развертывание в «мире Других»: в частности, Maihofer, *Recht und Sein*, S. 101 и далее, S. 112 и далее, в особенности примечание 111, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 47 и далее, S. 57 и далее, S. 64 и далее.

⁵⁶ К вопросу «первичного» и «вторичного» статуса: Maihofer, *Recht und Sein*, S. 97 и далее, S. 117 и далее. А также *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 71.

⁵⁷ Об осмыслении порядка (*Ordnung*) как локализации (*Ortung*): Maihofer, *Recht und Sein*, S. 105 и далее, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 52, S. 70 и далее.

⁵⁸ См. Radbruch, *Vorschule*, S. 21.

⁵⁹ Radbruch, *Natur der Sache*, S. 172.

⁶⁰ «Основание» всякого «*infirmitas*» («бессилие» – лат., прим. пер.) (Гроций) или «*imbecillitas*» (слабость, немощь – лат., прим. пер.) (Пуфендорф) людей. См. к этому: Maihofer, *Recht und Sein*, S. 86 и далее.

и предрасположенность⁶¹ (от кого-то кем-то, кого-то к кому-то), в каковых всякие потребности и употребления имеют свое онтологическое основание.⁶²

Так что покупатель и продавец, врач и пациент, учитель и ученик изменчивым образом отсылают друг к другу.

Эти отсылки создают соответствие сущего в отношении друг друга,⁶³ на котором (соответствии. – А. С.) покоится фундамент строя порядка всего мира культуры.⁶⁴ Этот мир обладает двумя уровнями – соподчинения чего-то чему-то (врач и пациент) и координации (пациента с пациентом), в которых всякое равенство и неравенство имеет свое онтологическое основание.⁶⁵ Тем самым покупатель и продавец, учитель и ученик, но также и покупатель и покупатель, учитель и учитель пребывают в отношении друг друга в определенных способах как «равно» либо «неравно» «соответствующие» друг другу образы порядка в устройстве человеческого: правового, нравственного либо же экономического порядков.

2. *Смысловая структура социальных жизненных ролей и положений: обстоятельство и значение.*

Всякие подобные соответствия создают обстоятельства сущего по отношению друг к другу,⁶⁶ или более точно: обстоятельства чего-то как чего-то для чего-то. Например, одного как продавца для другого как покупателя, одного как учителя для другого как ученика. Такие обстоятельства являются онтологическим основанием всякого отношения друг к другу либо же имени-дела друг с другом как таковых. Эти обстоятельства более уже не имеют своего основания в бытии отдельного взятого сущего, но в том,

⁶¹ Не только социологическое либо психологическое, но и онтологическое «основание» всяческого «*appetitus societatis*» («стремление общности» – лат., прим. пер.) (Гроций), а также всякого «*socialitas*» («общества» – лат., прим. пер.) (Пуфендорф) людей.

⁶² См. Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 64 и далее.

⁶³ О «бытии порядка» как «соответствия» см. Maihofer, *Recht und Sein*, S. 85 и *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 64 и далее.

⁶⁴ Уже Фома Аквинский и Аристотель усматривают в этом соответствии одного другому: *der «adaequatio»* (соответствия) или «*commensuratio*» (соразмерности), мужа – жене, родителей – ребенку, хозяина – слуге, «основание» всякой связи с Другими, а тем самым «меру» всякой справедливости как таковой: мужа в отношении («*comparatio*») жены, родителей – к ребенку, хозяина – к слуге, также как и наоборот (см. Thomas, *Summa Theologica*, II–II, 57, 2–4, ук. соч., S. 8, 11, 14 и далее, а также Aristotle, *Nikomachische Ethik*, I, 5 и далее, V, 4 и далее). Ни на чем другом не строятся и представления Лейбница о «предустановленной гармонии» космоса природы, как универсума культуры, на котором основана связь с миром монад (бытия Самости) в их соответствии бытию-как, когда всякие монады раскрыты одновременно как «окна» во взгляде на мир (как *ens percipiens* («вещь воспринимающая» – лат., прим. пер.)) и «двери» становления мира (как *ens appetens* («вещь вождедеющая» – лат., прим. пер.)) (см. к этому Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 62 и S. 65 и далее, примеч. 54).

⁶⁵ Maihofer, ук. соч., S. 68 и далее.

⁶⁶ Нечто подобное в бытии сущего: обстоятельства, в которых основана подручность вещи как определенного средства, присутствие лица как определенного кого-то уже Гегель понимал как «подлиннейшую субстанциональность» сущего (см. Maihofer, *Recht und Sein*, S. 87 и *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 65).

что мы назвали бытием-как (Alsein),⁶⁷ вокруг которого, как средоточия своего смысла, вращается всякий человеческий порядок.

Эти обстоятельства, посредством обратной отсылки к бытию того сущего, которое указывает друг на друга и тем самым соответствует друг другу, придают такому сущему определенные значения в отношении друг друга.⁶⁸ Значения как чего-то для чего-то: покупателя для продавца, отца для сына, учителя для ученика «как таковых».

Данные значения являются онтологическим основанием для того особого «веса», который мы приобретаем в отношении Других, а они – для нас в мире повседневности: выражение зависимости или независимости сущего по отношению друг к другу: основание того, что нам чего-то не хватает, когда мы теряем Другого как такового.⁶⁹ Но почему нам не хватает Другого как такового?

3. *Ценностная структура социальных жизненных ролей и положений: ожидание и интерес.*

Нам не хватает Другого, поскольку всякие значения, определяющие Других как таковых, основаны в естестве дела: жизненных образах, в которых заключены ожидания в отношении друг друга – ожидания в отношении кого-то как кого-то:⁷⁰ отца в отношении сына, учителя в отношении ученика как таковых. Эти ожидания суть онтологическое основание для того интереса, что выявляется из естества дела и обозначается как «естественный» либо «разумный» и каковым мы обладаем в отношении бытия и поведения Других как таковых, а также большой либо малой ценности этого поведения Других как таковых в отношении нас. Но необходим ли он для нас при исполнении нашего собственного бытия как такового? Ведь учитель нужен ученику точно также, как и ученик учителю, одного «не существует» без другого как такового. То, что подобные «естественные» либо «разумные» ожидания меняются с ходом времени, не исключает того, что их характер «связан» с правом. Право, которое никто «не принимает во внимание», есть «ничейное право» (ein Niemandrecht); «удовлетворять» те ожидания, которых никто «не имеет», как судье, так и законодателю должно показаться бессмысленным трудом, не имеющим никакой ценности. Однако может ли их «правовая задача» состоять единственно в том, чтобы «исполнять» те ожидания, которые обращены разумным покупателем или продавцом, врачом либо пациентом, работодателем либо работником к Другому в соответствии с его ролью и соразмерно

⁶⁷ Maihofer, *Recht und Sein*, S. 33 и далее, S. 114 и далее, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 47 и далее.

⁶⁸ См. к этому Хайдеггерское «естественное понятие мира» как «целостности отсылок» «значимости» (*Sein und Zeit*, S. 83 и далее) для объяснения «характера бытия-как»: Maihofer, *Recht und Sein*, S. 84 и далее, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 65.

⁶⁹ См. к этому основополагающий Хайдеггерский анализ «модуса выпадения» (*Sein und Zeit*, S. 72 и далее), а также Maihofer, там же.

⁷⁰ Об этих «типических ожиданиях» как из «естества дела» следующем основании всех «типичных интересов» фактически говорит уже Веберовское понятие социального деяния в: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 3 изд., 1947, S. 11 и далее, а из современников – Coing, *Rechtsphilosophie*, S. 121.

его поведению? Всякое право помыслено и «содеяно» из горизонта ожиданий постольку, поскольку оно посредством «по праву» заданного масштаба этих (позитивных либо негативных) «ожиданий» предписывает всем Другим границы как Должного, так и Недолжного, в то время как исполнение этих ожиданий гарантируется и необходимым образом устанавливается посредством правового принуждения.⁷¹

Но тем самым мы оказываемся около пункта, ключевого для нашего разыскания, однако наиболее смутного для нашего человеческого опыта. Мы в состоянии признать в качестве само собой разумеющегося, непосредственно охватывая это духовным взором, то, что бытие рассмотренного жизненного отношения как экзистенциального положения дел состоит из *отсылок* и *соответствий*, а смысл его заключен в *обстоятельствах* и *значении*. Вероятно, мы также в состоянии усмотреть, что из этих значений даны определенные *ожидания*, каковые на языке повседневности характеризуются как «естественные» либо «разумные» и исполнение которых имеет ключевое значение для ценности или ничтожности бытия и поступков Других. Но каким образом мы должны из этого, исполненного смысла и ценности бытия, перейти через ранее упомянутую пропасть к Должному: должному поведению? Мы верим, что здесь существует мост – путь, который можно пройти строго научным образом. Как мы полагаем, он ведет от *ожиданий* и *интересов*, данных из естества жизненных образов и положений, к выводимым из них требованиям к встречным Другим как таковым, к их поведению, которое со своей стороны соответствовало бы естеству их ролей и положений.

4. Структура Должного социальных жизненных ролей и положений: требование и долг.

То, что путь через «мост» «от бытия к Должному» возможно пройти, является само собой разумеющимся для донаучного опыта права. Дилетант, который обитает в правовом мире повседневности, «экзистирует» (в подлиннейшем смысле этого слова) из понимания смысла того, что принадлежит к отдельным жизненным образам и положениям, тем самым «принадлежит» ему как таковому. Он обитает в той *донаучной достоверности*, что из упомянутых ожиданий в отношении Других как таковых, описанных как «естественные» либо «разумные», даны само собой разумеющиеся требования того, что «соответствует» Другим как таковым, как принадлежащее к их роли либо положению, а потому (как это хорошо слышится в языке), им как таковым принадлежащему (*gehorende*) либо «подобающему» (*gehorige*) поведению. Но мы обладаем также и *научной достоверностью* того, что на самом деле здесь имеется нечто, что «не обусловлено» образом и положением, а следует из самого заключенного в этом естества дела, задавая те «соответствующие» естеству дела «подлинные» требования,⁷²

⁷¹ Исходный пункт, из которого Штратенверт отстаивал «относительность» этих «ожиданий» (ук. соч., S. 21 и далее), не находится «в жизни»: но в праве, переживаемом дилетантами на основе «естественных» либо «разумных» ожиданий (а не исходя из предписаний закона) в мире права повседневности не где угодно и когда угодно, но здесь и сейчас.

⁷² На самом деле мы согласны с Ясперсом, который в отношении этих образов бытия-с, посредством «участия» в которых для индивида становится возможным «исполнять бытие в объективности общества», утверждает: «из этих образов вытекают осмысленные требования,

которые создают *онтологические основания* для всех тех *естественных* либо *разумных* обязанностей, что встречаются нам как таковым в нашем бытии и поведении, и выполнение каковых имеет решающее значение для определения подобающего либо неподобающего характера нашего поведения по отношению к Другим. Такие «обязанности» или «*требования дня*», как именует их Гете наряду с Эпиктетом,⁷³ как заключенное в объективности этих образов и положений требование к нам, являются той мерой поведения, согласно которой «направляются» люди в их встречаемости друг другу в мире права повседневности в двояком смысле «дике»: набрасывая-себя и отбрасывая-себя (*des Sich-Ent-werfens und des Ver-werfens*). Они представляют собой то, что причитается каждому согласно его бытию, и что послужило истоком для греческого мышления права.⁷⁴ «Право», «причитающееся» каждому согласно тому, «что» он «есть» в устройстве этого порядка, – в целостном смысле этого общеупотребительного, но, тем не менее, непостижимого слова: того, что ему «учинено» (теμισ),⁷⁵ и что ему тем самым согласно его месту (топосу) и положению (статусу) подобает, как мы обычно говорим, «по чину и праву». В научном опыте подобное, данное из естества дела Должное, ставится под вопрос посредством раскладываемой на два шага мыслительной постановки вопроса.

Мы должны себя ближайшим образом поместить в роль или положение Других, спросив себя, что мы как таковые ожидаем от Других как таковых и можем правомочно требовать. Так мыслится всякое право, из роли и положения Других. Тем самым мы, как преподаватели, врачи, покупатели должны поместить себя в роли учеников, пациентов, продавцов и наоборот, спрашивая, что мы как таковые «естественным», а потому «правомочным» образом должны ожидать от «разумного» учителя, врача,

которые на этом, исторически сложившемся месте и для этого рода занятий безусловны и тем самым подлинны» (Jaspers, Philosophie, 2 изд., 1948, S. 621). Даже если Ясперс затем говорит об обезценивании подобной объективной коммуникации в сравнении с единственно «подлинной» для него, «объективной» и «истинной» «экзистенциальной коммуникацией»: от «Самости к Самости», в которой более «невозможна никакая заменимость», и каковая более не может соответствовать изначальному «характеру» этих «ролей» *как жизненных образов бытия Самости в бытии-как*.

⁷³ Целиком в духе Эпиктета пишет Гете в его размышлениях о «человеке и мире»: «как можно познать самого себя? Не посредством созерцания, но лишь через поступок. Пытайся исполнить свой долг, и ты поймешь, что в тебе есть. Но каков твой долг? Требования дня». Да и для Эпиктета человеческое существование не заключено ни в чем другом, как в том, чтобы жить в отношении других людей соразмерно своему месту, обретенному по природе либо по своей воле: отца, сына, брата, гражданина, мужа, жены, соседа, друга, повелителя или подданного. Мы соответствуем этому месту, когда «исполняем долг» соседа, гражданина, должностного лица, который мы «познаем», когда «приучаемся» «внимательно рассматривать эти жизненные положения». См. об этом: Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, S. 53 и далее, в особенности S. 62 и далее.

⁷⁴ Подобное «дике» уже у Гомера понималось не только как «притязание и право на то, что подобает всякому согласно его собственной сути», но равносходно как «уделение того, что подобает, посредством решения, которое присуждает» (E. Wolf, Griechisches Rechtsdenken, T. 1, Vorsokratiker und fruehe Dichter; см. к этому также: W. Maihofer, Recht und Sein, S. 32).

⁷⁵ О мышлении «themis» см.: E. Wolf, ук. соч., S. 76 и далее (у Гомера) и Maihofer, ук. соч.

продавца и т. п. Это и есть изначальный смысл того исконного опыта правила: *золотого правила, основного правила* всякого «подлинного» порядка.⁷⁶ Также и позитивное право отсылает нас к этому исходному пункту – разумного лица, когда закон должен передать судье материальное исполнение своих предписаний.

Эти «*правомочные*» ожидания мы можем возвести для себя в ранг «оправданных требований» и присущих Другим «оправданных обязательств» в том случае, когда мы в состоянии «*сделать значимым*» установленное Должное поведения, тщательно проверяя его пригодность, как следующего из естества дела *всеобщего закона поведения*, для всех Других в подобной роли или положении. В этом и состоит *изначальный смысл* открытого Кантом *категорического императива, основного закона* всякого «*всеобщего*» порядка.⁷⁷ Всякое право помыслено и «сотворено» как обобщение того *должного поведения*, которое возведено в ранг *закона поведения* и дано из естества дела определенных, изотопных, возобновляющихся в мире повседневности ролей и положений.

Этот закон поведения значим не для каждого «*езде и всюду*», но *обязывает*, поскольку на деле правомочен, для *всякого в подобной роли или положении*.

Подобная дедукция закона поведения из структуры Должного социальных ролей и положений посредством золотого правила и категорического императива двояким образом ограждает выведение требуемого сознанием Должного из Должного, осуществляемого в бытии, от опасности голого субъективного мнения и произвола.

С постановкой вопроса золотого правила об естественных либо разумных ожиданиях Других в отношении меня как такового, я в мышлении выступаю из субъективности моей собственной позиции и ситуации в то, что противостоит ей с другой сто-

⁷⁶ Это *основное правило всякой социальной этики*, как восточной, так и западной, а в узком смысле является христианским. Его можно отыскать уже у Конфуция: «существует центральный принцип, который пронизывает все мое учение, принцип противоположностей». «*Не делай другому того, чего не хотел бы, чтобы он сделал тебе*». (См. об этом: Kungfutse, *Gespraechе*, [Lun Yue], 1955, V, 11; XII, 2; XV, 23, а также Fechner, *Rechtsphilosophie*, 1956, S. 102 и далее, прим. 31). То же самое и в изречениях «семи мудрецов» греческой античности (Питака из Лесбоса): «*избегай делать то, что возмущает тебя в ближних*» (См. W. Kranz, *Vorsokratische Denker*, 2. Auflage, 1949, S. 32 и далее). Также и в Ветхом Завете: «*чего ты не можешь стерпеть, когда это исходит в отношении тебя от другого, того и ты никому другому не делай*» (Tobias 4, 15), на чем базируется известное определение: «*чего не желаешь, чтобы делали тебе, того и другому не причиняй*». Аналогичным образом и в Новом Завете Иисус говорит в Нагорной проповеди: «*все, чего следует вам желать, чтобы люди должны были делать вам то, что вы делаете им. Это закон и пророчество*» (Math. 7, 12). О «золотом правиле» в общем см. H. Reiner, *Die Goldene Regel*, in: *Zeitschrift fuer Phil. Forschung*, 1948, S. 74 и далее. О его объяснении как «правой меры нашего поведения» при «набрасывании нашего бытия в устройство порядка соответствия бытия-как» см.: Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, Vorwort, S. 81 и далее, в особенности S. 86.

⁷⁷ Об объяснении категорического императива как основного закона «*всеобщего*» порядка см.: Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 17 и далее. О «*космическом*» оправдании «*всеобщего*» порядка в «*царстве культуры*» (согласно всеобщему культурному закону) по аналогии со «*всеобщим порядком в царстве природы*» (согласно всеобщему естественному закону), ук. соч., S. 79, прим. 69.

роны. Тем самым для меня не только возможно полагать себя в *объективности ролей и положений соответствующих Других*, «задающих меру» моего должного поведения, но, оставляя собственный исходный пункт в пользу местопребывания Других, «снять» свою личную задетость, предрешенную вчувствованием в личную задетость Других. Поведение, которое с этой точки зрения «соответствует» моей роли или положению и выявляется в качестве «подобающего» мне как таковому, равно вычитывается перед лицом моей объективности извне, уже более не исполняясь изнутри, из «персонального исходного пункта» изначальной самости.

Отнюдь не случайно то, что мы в поисках объективного «горизонта блага», а именно исходного пункта справедливости,⁷⁸ выступающего за пределы личной, ограниченной отправной точки, в предрешении нашей повседневности инстинктивно наталкиваемся на постановку вопроса, согласно которой осознаем *золотое правило как основополагающее для всякого «истинного» порядка*. Всецело из самих себя мы вопрошаем и «направляем» себя в нашем повседневном поведении на то, чего «соответствующий» Другой в его роли и положении разумно, а потому правомочно ожидает от нас, тем самым требуя этого от нас как справедливого и подходящего ему.

Не иначе дело обстоит и с постановкой вопроса *категорическим императивом*, который отсылает нас к заданному делом, второму из ранее отмеченных, сверхперсональному исходному пункту, расширяющему горизонтальное усмотрение, из которого мы, сверяясь с усмотрением вертикальным, удостоверяем объективность должного поведения, исходя из собственной роли и положения.

Ни на что другое не нацелена и рекомендованная Кантом проверка пригодности фундированного должного поведения законом поведения, общим для каждого в моей роли и положении⁷⁹ – врача либо учителя, супруга или брата. Если я могу пожелать, чтобы фундированная максима поведения как поведенческий закон должна быть действительна для всякого «подобного мне», то здесь мое желание отрывается от субъективного основания произвола и превращается в «подлинную волю» разумного лица в этой позиции и ситуации.

И эта же постановка вопроса, которая дает нам осознать *категорический императив* как *основополагающий для всякого «всеобщего» порядка*, инстинктивно направляет нас в повседневных решениях, когда мы испытующе спрашиваем себя, что бы произошло, если бы всякий Другой, «подобный нам»: в нашей роли и положении, вел себя также, как поступаем либо же хотим поступить мы. Но если мы желаем и посредством нашей второй попытки подтвердить *безусловную действительность* фундированного закона поведения, используя в качестве краеугольного камня категорический императив, то мы не сможем отрицать безусловной значимости для нас упомянутого закона Долж-

⁷⁸ Который уже Ницше определил как «функцию всеобозрительной силы, которая... обладает более широким горизонтом блага, обладая видением чего-то, что есть нечто большее, нежели то либо иное отдельное лицо» (см. об этом Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, S. 73).

⁷⁹ См. в частности об этом: Maihofer, ук. соч., S. 17 и далее, S. 86 и далее.

ного как «объективного»: равно «подлинного» и «всеобщего», независимо от того, соответствует ли нашим личным склонностям и желаниям, или же нет – направлять себя согласно ему и давать направить себя, как и всякий «разумный Другой» в подобной роли и положении. Желать избавиться от его действительности означает здесь вступить в противоречие с самим собой как таковым.

То, что практический взгляд на культурные закономерности возобновляющихся ролей и положений объективен, что подобное повседневное понимание смысла объективно приличествующего и справедливого не просто дано, но из них следует весь наш целостный универсум культуры,⁸⁰ не может отрицать даже теоретик позитивизма либо нигилизма, сам на практике опровергая это. Ведь если его не будет вести понимание смысла этих ролей и положений как живущих внутри «естества этого дела» «естественных» обстоятельств и значений, без определяющего усмотрения следующих из них «разумных» ожиданий и интересов, требований и обязанностей, он не сможет отыскать того единственного, объективно правильного решения в необозримом многообразии ролей и положений, в которых мы, повседневно объективируясь, «приводим в положение» наше существование.

Таким образом, хотя теоретически мы можем самоуверенно отрицать естественное право, однако практически мы, как дилетанты, так и юристы, «живем» не по *должным установлениям позитивного права*, как это охотно изображает позитивизм, но направляемся теми установлениями *Должного внепозитивного права*, которые отрицаемы в качестве права естественного и «основаны» в «естестве дела»: *правомочных ожиданиях и интересах, справедливых требованиях и обязанностях*, которые обладают значимостью и действительностью для нас как таковых – в определенной роли и определенном положении. Эти *естественные интересы и обязанности* являются «основанием» тех *правовых благ и правовых норм*, посредством которых наш абстрактный правопорядок основан в конкретном жизненном порядке в той мере, в какой правопорядок не желает быть лишь формальным порядком ради порядка, безотносительно своего содержания, но *материальным порядком*, желая предписывать *фактическую правильность и человеческую справедливость*, обеспечивая и устанавливая таковые.

То, что подобные естественные интересы и обязанности в определенных, социально локализованных и социально типологизированных ролях и положениях, изменчивы в пространстве и во времени, не отрицает их «*исторической*» *безусловности*: их конкретной действительности и значимости здесь и сейчас, в этой роли и этом положении. И это соответствует исторической «*изначальности*» самого бытия.

Это не та историчность субъективности бытия Самости в изначальности ее бытия-в-мире, которая постулировалась предыдущей экзистенц-философией, но совершенно иная историчность – мира «вечного возвращения того же самого» (Ницше), мира

⁸⁰ Подобно тому, как космос природы проявляет себя из естественных закономерностей. Об этой аналогии закона Должного в царстве культуры и закона бытия в царстве природы еще у Канта см.: Maihofer, ук. соч., S. 79, прим. 69.

«объективного духа» (Гегель), другими словами: *историчность объективности бытия-как, изначальность бытия-как* отца либо брата, супруга или сына, судьбы или врача, однако не где угодно и когда угодно, но здесь и теперь.

В этой историчности изначальности бытия-как заключена проблема *историчности естественного права*,⁸¹ та история бытия и смысла объективности, которая исполняется не в онтической истории социологической смены свойств и качеств этих ролей и положений, но представляет собой онтологическую историю обстоятельств и значений: историю *естества дела как изначальности бытия-как*.

IV. Следствия: четыре тезиса о значении «естества дела» для правовой науки и философии права

В заключение из «предваряющих» положений нашего разыскания мы очертим ответы на те вопросы, которые Радбрух оставил свободно парить.

1. Теоретико-правовое значение «естества дела» как источника права.

Основополагающее «да» в отношении вопроса о выведении Должного из бытия,⁸² превращает «естество дела» во внепозитивный источник права, стоящий рядом с законом.⁸³

Является ли все же всякое абстрактное правовое положение закона ничем иным, как попыткой предложить решение для фактически правильной и человечески справедливой оценки конкретного правового положения дел, будучи «обязательным» лишь постольку, поскольку оно здесь и сейчас касается «дела»? Тем самым его «*гипотетическое суждение*» наряду с «законом и правом», явным образом обязывающими судью, подчинено *условию согласования* того Должного, которое предписано абстрактным правовым положением, с тем Должным, которое требуется в конкретном правовом положении дел самим «естеством дела» (социальных ролей и положений).

Подобное теоретико-правовое объяснение «естества дела» делает неизбежной перестройку унаследованного позитивистского учения об источниках права, основанного на «правотворческой монополии законов государства» и «превосходстве закона».⁸⁴

⁸¹ См. как антипод подход А. Кауфманна, основанный на неотомизме: A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957, в особенности S. 30, прим. 50.

⁸² Имеет ли это место в отношении *фактически закономерной структуры* всеобщего базового положения дел на проторенном еще Радбрухом пути «юридической конструкции» (см. выше I. 1. и прим. 43), или же «*по естеству дела*» отдельно взятого правового положения дел, посредством анализа естественных ожиданий и интересов, требований и обязанностей в социальных ролях и положениях, конституирующих конкретное жизненное положение дел.

⁸³ О проблематике современных учений об источниках права см. прежде всего Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, в особенности S. 132 и далее, а также Wieacker, *Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der Aussergesetzlichen Rechtsordnung*, 1958.

⁸⁴ Wieacker, *ук. соч.*, S. 15 и далее.

2. Философско-правовое объяснение «естества дела» как конкретного масштаба материальной справедливости.

Тем самым «естество дела» превращается во внепозитивный масштаб фактической правильности и человеческой справедливости для всякого материального позитивно-го права, равно обязывая как законодателя, так и судью.

Если вследствие этого «естество дела» входит в явное противоречие с так называемым «духом законов», то можно сказать, что при интерпретации и обобщении закона «естество дела» заступает на его (духа законов. – А. С.) место. Лишь так мы сможем не допустить того, чтобы закон, как предписание, обеспечение и установление осмысленного и ценностно соразмерного должного поведения, требуемого из естества жизненных отношений, из смысла превратился в бессмыслицу, из благодеяния – в наказание.

Возможные здесь отдельные ошибки ученого или судьи не так трагичны, их возможно «снять», нежели те, что угрожают нам посредством плохого закона, принятого бездарным, аморальным либо бесчеловечным законодателем. Лишь в подобной великой свободе *от закона* мы достигаем великой свободы *для справедливости*.

Ни с чем иным мы не сталкиваемся и при споре «естества дела» с т. н. «идеей права», когда «естество дела» равнозначно во всех тех случаях, где речь идет об осмысленном и ценностно соразмерном материальном, а не просто формальном порядке, содержание которого предшествует всяким иным требованиям, данным из «идеи права». Эти следствия были явными уже для Радбруха. Не существует ли для всякого, кто отстаивает истину права – справедливость и ее конкретный материальный масштаб: «естество дела», по меньшей мере, в отношении материальной области нашего правопорядка, над которым стоит правовая определенность – никаких иных основополагающих выводов, несмотря на те многочисленные вопросы, которые ставятся здесь в отдельной правовой сфере.

3. Отыскание права из «естества дела» как конкретное естественно-правовое мышление.

Естественное право и позитивное право в ходе подобного объяснения не оказываются явлениями, стоящими рядом безо всякой связи и опосредования. Уже согласно современному позитивному праву, они разнообразно воздействуют и дополняют друг друга, будь это сокрыто под покровом таких специфических правовых понятий, как «параллельная ценность в сфере дилетантов» либо же «сознание неправа» (основополагающее сегодня для уголовно-правовой вины или невиновности), либо всецело открыто имеет место в генеральных клаузулах любой области права, как, например, «добросовестность и честность» в гражданском праве⁸⁵ либо «социальная адекватность» в уголовном праве.⁸⁶ Такая ситуация представляет собой не что иное как дверь,

⁸⁵ Wieacker, ук. соч., S. 13, а также в: Zur rechtstheoretischen Praeisierung des paragraphe 242 BGB, 1957, в особенности S. 18 и далее, о «золотом правиле» см. также S. 31 и далее.

⁸⁶ Которое также стоит ни на чем ином, как на том, чего можно *ожидать* «естественным образом» от «разумного лица» в роли и положении того, кто совершил деяние, а тем самым «правомочно» требуя от него должного поведения. См. об этом: Maihofer, Der Unrechtsvorwurf in: Rittler-Festschrift, 1957, S. 141 и далее, в особенности S. 156 и далее.

широко распахнутую современным позитивным правом конкретному правовому мышлению из естества дела.

Подобное «естество дела», исправляющее и дополняющее позитивное право, основано не в некоем «Нечто», потустороннем в отношении позитивного права, но по эту сторону права, в жизни: в том праве дилетантов, которое в повседневном мире права переживается не из закона, но из «естества дела». Где так называемое *право юристов* противоречит этому праву дилетантов, юрист должен ставить «здравый смысл» (*common sense*) «разумного лица»⁸⁷ превыше ученого правопонимания юристов. Лишь так он служит тому, вокруг осмысленного и ценностно соразмерного исполнения чего вращается, в конечном итоге, всякое право и мораль: жизни.

4. *Философия права из «естества дела» как конкретное естественное право.*

Исходя из подобного объяснения «естества дела», равно как и из призыва современной философии «к сути дела» (*zu den Sachen selbst!*), для философии права следует новая, и вместе с тем старая задача: разработать *tertium comparationis* (третий член сравнения – лат., прим. пер.) всякой подлинной правовой науки, будь это история права или сравнительное правоведение, в виде учения о фактических правовых закономерностях, которое соединяло бы в себе подходы как философской антропологии и социологии права, так и «априорного учения о праве».

Подобно тому, как отдельная, отраслевая правовая наука не может оставаться простым отражением закона, но должна превратиться в изложение *фактических закономерностей этого региона правового положения дел*, так и философия права должна вновь стать отражением *тех основных черт права, которые заключены в «естестве дела»: конкретным естественным правом.*

© Вернер Майхофер, 2019

Bibliography

Aristotle. *Nikomachische Ethik*.

Berqbohm, Karl. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892.

Coing, Helmut. *Grundzuege der Rechtsphilosophie*. Berlin, 1950.

Dernburg, Heinrich. *Pandekten*, I. 5 Aufl. Berlin, 1896.

Esser, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: Mohr, 1956.

Fechner, Erich. *Rechtsphilosophie*. Tübingen, 1956.

Geny, François. *Science et technique en droit prive positif*, I. Paris, 1922; II. Paris, 1915.

Heidegger, Martin. *Sein und Zeit*. 1927.

Huber, Eugen. “Ueber die Realien der Gesetzgebung.” In *Zeitschrift fuer die Rechtsphilosophie*, 39–94. Leipzig, 1914.

Jaspers, Karl. *Philosophie*. 2 Aufl. Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1948.

⁸⁷ Некое «*ius commune*» («общее право» – лат. прим. пер.) несущее «согласие», которое, как говорит Виакер, если даже и «чистый *vox populi*» («глас народа» – лат., прим. пер.), все же остается и «*vox Dei*» («глас Бога» – лат., прим. пер.) в старом, основном смысле как голос сверхличностного истока и усредненного правила» (*Gesetz und Richterkunst*, S. 15).

- Jhering, Rudolf von. *Geist des Roemischen Rechts*. 3 Aufl. 1872.
- Kaufmann, Arthur. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*. J. B. C. Mohr, 1957.
- Kranz, Walther. *Vorsokratische Denker*. 2 Aufl. Berlin, 1949.
- Kungfutse. *Gespraechе [Lun Yue]*. Düsseldorf/Köln, 1955.
- Leist, Burkard Wilhelm. *Die Realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts*. Jena, 1877.
- Luno Pena, Enrique. *Historia de la filosofia del derecho*. T. 2. Barcelona, 1954.
- Maihofer, Werner. "Der Unrechtsvorwurf." In *Rittler-Festschrift*. Aaalen, 1957.
- Maihofer, Werner. *Recht und Sein*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1954.
- Maihofer, Werner. *Vom Sinn menschlicher Ordnung*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1956.
- Pufendorf, Samuel von. *De iure naturae et gentium*.
- Radbruch, Gustav. "Die Natur der Sache als juristische Denkform." In *Festschrift für Rudolf Laun*, 157–76. Hamburg: Toth, 1948.
- Radbruch, Gustav. "La natura della cosa come forma giuridica di pensiero." *Rivista int. d. Filosofia d. Diritto* (1941).
- Radbruch, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 5 Aufl. Stuttgart, 1956.
- Radbruch, Gustav. "Rechtsidee und Rechtsstoff." *Kant-Festschrift des Archiv fuer Rechts und Wirtschaftsphilosophie* Bd. 17 (1924): 343–50.
- Radbruch, Gustav. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Heidelberg, 1948.
- Reinach, Adolf. *Zur Phaenomenologie des Rechts, Neuauflage der Apriorischen Grundlagen des Buergerlichen Rechts*. Munich, Kösel-Verlag, 1953.
- Reiner, Hans. "Die Goldene Regel." *Zeitschrift fuer Phil. Forschung* 3 (1) (1948): 74–105.
- Savigny, Friedrich Carl von. *System des heutigen roemischen Rechts, I*. Berlin, 1840.
- Savigny, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Freiburg, 1892.
- Stratenwerth, Günter. *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*. J. B. C. Mohr, 1957.
- Thomas Aquinas. "Summa Theologica." In *Die Deutsche Thomas-Ausgabe: Band 18*. Heidelberg-München: F. H. Kerle, 1953.
- Voggensperger, Rene. *Der Begriff des "jus naturale" im Roemischen Recht*. Basel, 1952.
- Weber, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 3 Aufl. Tübingen: Mohr, 1947.
- Weisedel, Wilhelm. *Recht und Ethik*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1956.
- Welzel, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. 2 Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1955.
- Wieacker, Franz. *Gesetz und Richterkunst*. Karlsruhe, 1958.
- Wieacker, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952.
- Wieacker, Franz. *Zur rechtstheoretischen Praezisierung des paragraphе 242 BGB*. 1957.
- Wolf, Erik. *Das Problem des Naturrechtslehre. Versuch eine Orientierung*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1955.
- Wolf, Erik. *Griechisches Rechtsdenken. Bd.II: Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik*. Frankfurt, 1952.
- Wolf, Erik. *Grosse Rechtsdenker*. 3 Aufl. Tübingen, 1951.

Вернер Майхофер. Сутнісність справи

Анотація. У відповідь на руйнування в ХХ ст. класичних раціональних уявлень про світ та місце людини в ньому, включно з уявленнями про природне право та права людини,

у другій половині ХХ ст. правознавці та практичні юристи здійснили спробу реанімувати природно-правові погляди, розвиваючи їх на методологічній базі сучасних філософських вчень. Йдеться насамперед про феноменологічну філософію, філософію екзистенції, герменевтичну філософію, які стали фундаментом для розвитку правознавства. Прикладом намагання переосмислення права в розрізі людського буття – екзистенції – та буття взагалі стала книга відомого німецького філософа права Вернера Майхофера, яка отримала назву «Сутнісність справи». Полемізуючи з традиційними поглядами на природне право, коли останнє досягалося як виключно ціннісне утворення, Вернер Майхофер прагне зрозуміти право як буттєве явище, яке існує не в деонтологічному світі Належного, але у нашому повсякденному соціальному співіснуванні з іншими людьми. Аналогічним шляхом права індивіда трансформуються із суто інтелектуальної побудови на буттєві якості людини. Витоком такого екзистенційного права є не позитивна норма закону, прийнята офіційним органом, і не якісь «життєві» закономірності. Виключно людина, яка існує як відповідальна та поставлена перед ситуацією вільного вибору, має можливість вирішити, що таке природне право як право екзистенційне. В результаті цього замість авторитетного можновладця, наприклад, Бога, Космосу чи Суверена виступає людська істота, яка, однак, не тільки має свободу волі, але і має відповідати за свої вчинки, скоєні завдяки вільному вибору. У такому разі людина, яка бере участь у правовій події, виявляється сам-на-сам із світом, коли місія людини полягає у самореалізації та одночасній реалізації права. Відтак буттєві умови співіснування з іншими людьми є не апіорними координатами нашого існування на Землі, але виступають як справжнє природне право – право екзистенції.

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

Вернер Майхофер. Естество дела

Аннотация. В ответ на разрушение у ХХ в. классических рациональных представлений о мире и месте человека в нем, включая представления о естественном праве и правах человека, во второй половине ХХ в. правоведы и практикующие юристы осуществили попытки реанимации естественно-правовых взглядов, развивая их на методологической базе современных философских учений. Речь идет прежде всего о феноменологической философии, философии экзистенции, герменевтической философии. Данные течения стали фундаментом для развития правоведения. Примером попыток переосмысления права в разрезе человеческого бытия – экзистенции – а также бытия в целом, стала книга известного немецкого философа права Вернера Майхофера, которая получила название «Естество дела». Полемизируя с традиционными взглядами на естественное право, когда это последнее понималось как исключительно ценностное образование, Вернер Майхофер стремится понять право как бытийное явление, которое существует не в деонтологическом мире Должного, но в нашем повседневном социальном совместном бытии с другими людьми. Аналогичным путем права индивида трансформируются с чисто интеллектуальной конструкции в бытийные свойства человека. Истоком такого экзистенциального права является не позитивная норма закона, принятая официальным органом, и не какие-то «жизненные» закономерности. Исключительно тот человек, который существует как человек ответственный, может быть поставлен перед ситуацией свободного выбора и может решить, чем является естественное право как право экзистенциальное. В результате этого место авторитетного субъекта, наподобие Бога, Космоса или Суверена, занимает

человек, который, однако, не только имеет свободу воли, но и должен отвечать за свои поступки, совершенные благодаря свободному выбору. В таком случае человек, который принимает участие в правовом происшествии, оказывается один на один с миром, когда миссия человека состоит в самореализации и одновременно в реализации права. Таким образом, бытийные условия сосуществования с другими людьми являются не априорными координатами нашего существования на Земле, но выступают как подлинное естественное право – право экзистенции.

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

Werner Maihofer. Essence of Matters

Abstract. In the XX century, the classic rational representations about the world and the place of the human Being in such world, including the representations about the natural law and human rights, were destroyed. In response, the legal philosophers and practical lawyers in the second half of the XX century made an attempt to reanimate the ideas of natural law and the human rights by the way of its development on the methodological ground of the contemporary philosophical doctrines. We speak primarily about the phenomenological philosophy, existential philosophy, hermeneutical philosophy. The similar trends became the ground for the legal-philosophical researches. The example of the attempt to think law in the light of the human Being – existentia – and Being as such became the book of the famous German legal philosopher Werner Maihofer, which was received the title “Essence of Matters”. In polemics with the traditional point of view, when the natural law is considered as the value phenomenon only, Werner Maihofer tried to understand law as the ontological event, which is existed not in the deontic world of the Ought, but in our everyday social Being with one another. By the same way the individual rights transform itself from the pure intellectual construction in the being qualities of the human. The origin of the existential law is not the positive norm of law, which was approved by the official power. Also, it’s not the “living” circumstances. The one and only that man, who exists as the man responsible, can stand in front of the situation of the free choice. The one and only similar human being can decide, what natural law as existential law is. As the consequence of the similar decision human being replace the subject of authority, such as God, Natural reason or Sovereign. This human being has not the freedom of will only, but also has to response for his deeds, which were committed on the ground of the free choice. In this case, man, which is participated in the legal event, stands face-to-face with the world, when his mission is consisted in the self-realization and at the same time in the realization of law. Thus, the ontological conditions of the co-existence with another people are not the aprioristic coordinates of our existence on the Earth, but present itself as the true natural law – law of existence.

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

Одержано / Received 15.08.2019