THE CHARITABLE FOUNDATION PUBLISHING HOUSE "SPHERE" IS FOUNDED BY BOTH THE UKRAINIAN-AMERICAN BUREAU FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND THE INTERNATIONAL FOUNDATION "GENEVA INITIATIVE ON PSYCHIATRY" WITH THE PURPOSE OF PUBLISHING BOOKS AND BROCHURES WHICH CONTRIBUTE TO THE CREATION OF A CIVIL SOCIETY AND DEVELOPMENT OF SCIENCE IN UKRAINE ON A NONCOMMERCIAL BASIS

МІЖНАРОДНИЙ БЛАГОДІЙНИЙ ФОНД ЗАСНОВАНО УКРАЇНСЬКО-АМЕРИКАНСЬКИМ БЮРО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ І МІЖНАРОДНИМ ФОНДОМ "ЖЕНЕВСЬКА ІНІЦІАТИВА В ПСИХІАТРІЇ" З МЕТОЮ ВИДАННЯ І РОЗПОВСЮДЖЕННЯ МЕДИЧНОЇ ТА ГУМАНІТАРНОЇ ЛІТЕРАТУРИ НА НЕКОМЕРЦІЙНИХ ЗАСАДАХ

Видання цієї книги стало можливим завдяки гранту,
що був наданий
американським Національним Фондом
на підтримку демократії
(National Endowment for Democracy)

LAW, LEGISLATION AND LIBERTY

A new statement of the liberal principles of justice and political economy

Volume 1
RULES AND ORDER

Volume 2
THE MIRAGE OF SOCIAL JUSTICE

Volume 3
THE POLITICAL ORDER OF A FREE PEOPLE

F. A. Hayek

ROUTLEDG

Ф.А.Хайєк

ПРАВО, ЗАКОНОДАВСТВО ТА СВОБОДА

нове викладення широких принципів справедливості та політичної економії

ТОМ 1

ПРАВИЛА ТА ПОРЯДОК

ВИДАВНИЦТВО Сфера
КИЇВ 1999

ББК 67.0
Х15
УДК 340.1

Хайєк Ф.А.

Х15 Право, законодавство та свобода: Нове викладення широких принципів справедливості та політичної економії: В 3 т. / Пер. з англ. — К.: Сфера.

Т. 1.: Правила та порядок. — 1999. — 196 с.

ISBN 966–7267–65–2

ISBN 966–7267–50–4 (т. 1)

Це — головна праця Хайєка з політичної філософії. Відхиляючи ідеї Маркса, Фрейда, логічного позитивізму та політичного егалітаризму, Хайєк демонструє шкідливість і хибність наївного застосування наукових методів у культурі та освіті, що призвело не до панування розуму й культури, а до омани й забобонів.

У книзі «Право, законодавство та свобода» об'єднані всі три томи Хайєкова всебічного дослідження підставових принципів політичного устрою вільного суспільства. У томі «Правила та порядок» розглядаються основні концепції, необхідні для критичного аналізу найпоширеніших теорій справедливості та умов, яким має задовольняти конституція задля забезпечення індивідуальної свободи.

ББК 67.0

Переклала з англ. Н.Комарова

F.A.Hayek. Law, Legislation and Liberty.

A new statement of the liberal principles of justice and political economy

ISBN 0–415–09868–8

Наукове видання

ХАЙЄК Ф.А.

ПРАВО, ЗАКОНОДАВСТВО ТА СВОБОДА

Том 1. ПРАВИЛА ТА ПОРЯДОК

Редактор *Наталія Комарова*

Науковий редактор *Всеволод Речицький*

Художнє оформлення *Віктор Харик*

Комп'ютерна верстка *Оксана Хлопова*

Здано до набору 26.04.99. Підписано до друку 10.08.99. Формат 84x108/32.
Папір офсетний. Гарнітура Антіква. Друк офсетний. Ум друк, арк. 10,1.
Ум фарб.-від 10.29. Обл.-вид. арк. 9,6. Тираж 1000 пр

РОЗПОВСЮДЖУЄТЬСЯ БЕЗКОШТОВНО

Міжнародний Благодійний Фонд «Видавництво СФЕРА»
Україна, 254107. Київ-107, Делегатський провулок. 3

ISBN 966 – 7267 – 65 – 2
ISBN 966 – 7267 – 50 – 4 (т. 1)

© F.A.Hayek 1973,1976,1979,1982
© Видавництво «Сфера», переклад, оформлення, 1999

Зміст

ЗАГАЛЬНА ПЕРЕДМОВА
ДО ЗВЕДЕННОГО ОДНОТОМНОГО ВИДАННЯ 8

ТОМ 1. ПРАВИЛА ТА ПОРЯДОК 15

ВСТУП 17

I. РОЗУМ ТА ЕВОЛЮЦІЯ 25
Побудова та еволюція 25
Догмати картезіанського раціоналізму 27
Перманентна обмеженість наших фактуальних знань 30
Фактуальні знання та наука 34
Одночасна еволюція розуму та суспільства: роль правил 37
Облудний поділ на «природне» та «штучне» 41
Виникнення еволюційного підходу 44
Інерція конструктивізму в сучасній думці 49
Наша антропоморфічна мова 51
Розум і відстороненість 54
Чому екстремні форми конструктивістського раціоналізму закономірно ведуть до бунту проти розуму 57

II. КОСМОС І ТАКСИС 60
Поняття порядку 60
Два джерела порядку 63
Визначальні властивості спонтанних порядків 65
Спонтанні порядки в природі 67
У суспільстві покладання на спонтанний порядок водночас збільшує й обмежує наші можливості контролю 68
Спонтанні порядки є наслідком підкорення їх елементів певним правилам поведінки 70
Спонтанний порядок суспільства складається з окремих людей та організацій 73

Правила спонтанних порядків і правила організації 76
Терміни «організм» та «організація» 81

III. ПРИНЦИПИ ТА ПРАКТИЧНА ДОЦІЛЬНІСТЬ 85
Індивідуальні цілі й колективні вигоди 85
Лише дотримання принципів зберігає свободу: піклування про практичну доцільність її знищує 87
«Необхідності» політики зазвичай є наслідками попередніх заходів 90
Небезпечність надання передбачуваним наслідкам наших дій більшого значення, аніж просто можливим 92
Фальшивий реалізм і сміливість, необхідна для визнання утопії 94
Роль правника в політичній еволюції 97
Неабиякий вплив облудної економічної науки на сучасний розвиток права 99

IV. МІНЛИВЕ ПОНЯТТЯ ПРАВА 105
Право є старшим за законодавство 105
Уроки етології та культурної антропології 108
Процес формулювання усталених звичаїв 112
Фактуальні та нормативні правила 114
Стародавнє право 117
Класична та середньовічна традиції 118
Відмітні властивості права, що походить від звичаю, й права, що виникає з прецеденту 123
Чому право, яке виникло внаслідок розвитку, потребує виправлення за домогою законодавства 127
Походження законодавчих органів 129
Лояльність і суверенітет 130

V. НОМОС: ЗАКОН СВОБОДИ 134
Функції судді 134
Чим завдання судді відрізняється від завдання керівника організації 138

Мета здійснення правосуддя —
підтримання неперервного порядку дій 139
«Дії по відношенню до інших» і захист сподівань 142
У динамічному порядку дій можливий захист
лише деяких сподівань 144
Максимальний збіг сподівань досягається
визначенням меж захищених сфер 150
Загальна проблема впливу цінностей на факти 154
«Ціль» права 156
Чітке формулювання правових норм і можливість
завбачення судових рішень 159
Функції судді обмежені спонтанним порядком 163
Висновки 167

VI. ТЕЗИС: ЗАКОНОДАВЧЕ ПРАВО 169
Витоки законотворчої діяльності пов'язані
з нагальною потребою в запровадженні
правил організації 169
Закон і статут: застосування права
й виконання наказів 172
Законодавство та теорія поділу влад 175
Урядові функції представницьких зборів 177
Приватне та публічне право 180
Конституційне право 184
Фінансове законодавство 186
Адміністративне право та поліцейська влада 187
Політичні «заходи» 190
Перетворення приватного права на публічне
за допомогою «соціального» законодавства 192
Менталітет законодавчого органу, заклопотаного
державним урядуванням 195

Загальна передмова до зведенного однотомного видання*

Нарешті ця праця може побачити світ у тому вигляді, як це планувалося, коли я розпочав її двадцять років тому. На середині цього шляху, коли було майже завершено першу редакцію, послаблення моїх сил (яке, на щастя, виявилося тимчасовим) призвело мене до сумніву в спроможності коли-небудь завершити цю працю й спонукало опублікувати в 1973 р. одну з цілком завершених частин того, що мало стати трьома окремими томами. Коли за рік я відчув поліпшення свого фізичного стану, то виявив, що через різні обставини виникла необхідність в істотному перегляді решти написаних розділів — навіть тих, які я вважав цілком завершеними. Як я пояснив у передмові до другого тому, виданого 1976 р., головною причиною було моє незадоволення центральним розділом, від якого цей том отримав свій підзаголовок «Міраж соціальної справедливості». Я гадаю, буде доречно повторити тут це пояснення:

«Цій темі я присвятив величезний розділ, в якому спробував показати на численних прикладах: те, що намагалися подати як вимоги «соціальної справедливості», не могло бути справедливістю, бо підставове міркування (навряд чи його можна назвати принципом) було непридатне для загального застосування. Засада, яку я тоді передусім прагнув довести, полягала в тому, що люди ніколи не зможуть погодитися з тим, чого вимагає «соціальна справедливість», і що будь-яка спроба встановити винагороди згідно з гаданими вимогами справедливості зробила б ринок непридатним для роботи. Однак тепер я переконався, що люди, які звично користуються цією формулою, не усвідомлюють її значення і просто вживають як підтвердження виправданості певної претензії, не дбаючи про її обґрунтування.

У своїх перших спробах критики цього поняття я весь час відчував, що мої удари влучають у якусь порожнечу, і врешті-решт вдався до того, що в таких випадках слід робити в першу чергу: до побудови якомога переконливішої аргументації на

---

* У перекладі на українську мову це видання вийде трьома окремими томами — *Прим, видавництва.*

підтримку ідеалу «соціальної справедливості». Лише тоді я збагнув, що король, власне кажучи, голий, тобто що термін «соціальна справедливість» — цілком порожній і безглуздий. Як хлопчик у казці Андерсена, я «не міг нічого побачити, бо не було на що дивитися». Що більше я намагався надати цьому терміну точного значення, то більше він розпадався на частини; виявилося, що інтуїтивне обурення, яке ми, безперечно, часто відчуваємо в окремих випадках, неможливо обґрунтувати якимось загальним правилом, що його вимагає концепція справедливості. Однак довести, що в універсальній формулі, яка для багатьох стала втіленням майже релігійної віри, взагалі немає змісту й вона лише натякає на необхідність нашого погодження з вимогою якоїсь окремої групи, набагато важче, ніж довести хибність тієї чи іншої концепції.

За таких обставин я не міг задовольнитися демонстрацією неспроможності окремих спроб досягти «соціальної справедливості», а мав роз'яснити, що цей вислів взагалі нічого не означає й що вживання його диктується чи то нерозважливістю, чи то свідомим обманом. Не дуже приємно спростовувати забобон, за який міцно тримаються чоловіки та жінки, в тому числі ті, що вважаються в нашому суспільстві за кращих; спростовувати віру, яка стала майже новою релігією нашого часу (і притулком для багатьох служителів старої релігії), а також загальновизнаною прикметою доброї людини. Однак нинішня загальність цієї віри є не кращим доказом реальності її об'єкту, ніж ним була загальна віра у відьом чи філософський камінь. Тривала історія концепції розподільної справедливості, яка вважалася одним із атрибутів людської поведінки (і яка сьогодні нерідко трактується як синонім «соціальної справедливості») також не доводить її доречності щодо позицій, які є наслідком ринкових процесів. Я насправді гадаю, що все ж таки найбільшу послугу людству я б зробив, спромігшися прищепити йому сором за дальше вживання цього пустопорожнього заклинання. Я вважав за свій обов'язок принаймні спробувати звільнити людей від цього демона, який сьогодні перетворює шляхетні почуття на знаряддя руйнування всіх цінностей вільної цивілізації, — спробувати навіть за ризику завдати тяжкої образи багатьом людям, чиї моральні почуття я поважаю.

Внаслідок усього цього теперішня версія центрального розділу даного тому в деяких відношеннях трохи відрізняється за характером від решти розділів, які в основному було завершено шість чи сім років тому. З одного боку, я нічого не міг достеменно довести, але моїм завданням було покласти тягар

доведення безпосередньо на тих, хто користується терміном «соціальна справедливість». З іншого боку, перероблюючи цей розділ, я вже не мав можливості так легко користуватися бібліотечними фондами, як під час підготовки першої редакції цього тому, а відтак не міг систематично стежити за останньою літературою з цієї теми і враховувати її у цьому розділі, як намагався робити в решті розділів другого тому. В одному випадку відчуття, що мені варто обґрунтувати свою позицію стосовно однієї з найвизначніших нових праць, також сприяло зволіканню з завершенням тому. Однак після ретельного обміркування я дійшов висновку, що мої висловлювання про «Теорію справедливості» Джона Роулза (John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972) не допоможуть у досягненні моєї безпосередньої мети, оскільки відмінність наших позицій полягала більше в словах, ніж у суті. Хоча перше враження читачів може бути іншим, мені здавалося, що викладення Роулза (яке я цитую далі в цьому томі) доводить нашу узгодженість в найважливішому для мене пункті. Мені насправді здається, як я зауважую в примітці до тієї цитати, що позиція Роулза з цього центрального питання значною мірою зазнала хибного тлумачення».

Передмова до третього тому, що вийшов друком у 1979 р., схожим чином пояснює подальший розвиток подій, і це пояснення також варто навести тут:

«За винятком того, що тепер становить останні два розділи, більша частина тому мала цілком завершений вигляд ще наприкінці 1969 р., коли погіршення самопочуття змусило мене відкласти роботу по його завершенню. Тоді я справді мав сумніви щодо того, чи вдасться мені це зробити, й тому вирішив опублікувати окремо, як том 1, першу третину того, що було замислено у вигляді єдиної книжки, бо вона мала цілком завершену форму. Коли я зміг повернутися до систематичної роботи, то виявив (як пояснив у передмові до тому 2), що принаймні один розділ початкової редакції цієї частини потребує цілковитого перероблення.

На момент тимчасового припинення роботи з останньої третини початкової редакції було не завершено лише те, що призначалося для останнього розділу (розділу 18). Проте хоча я вважаю, що тепер більш-менш здійснив свій початковий замір, за той тривалий час, що сплинув, мої ідеї продовжували розвиватися, й мені не хотілося публікувати цю системну працю, яка мала стати останньою в моєму житті, не зазначивши принаймні напрямку, в якому рухалися ці ідеї. Наслідком цього став не тільки останній розділ, який містить значну частку того, що,

сподіваюся, удосконалило нове викладення розвинутої мною раніше аргументації; я визнав також за потрібне додати епілог, в якому більш відверто висловлене моє загальне бачення моральної та політичної еволюції, що ним я керувався у здійсненні всього цього заміру. Я додав також (у вигляді розділу 16) стисле викладення своєї попередньої аргументації.

На зволікання із завершенням цього тому вплинули й інші причини. Поки я вагався, чи публікувати том 2 без урахування важливої праці Джона Роулза «Теорія справедливості» (Оксфорд, 1972), з'явилися ще дві поважні книжки на цю тему, які я, якби був молодше, вважав би за необхідне ретельно простудіювати, перш ніж завершити власний огляд того самого кола проблем: Robert Nozik, *Anarchy, State and Utopia* (New York, 1974) та Michael Oakeshott, *On Human Conduct* (Oxford, 1975). Так чи інакше, але врешті-решт я вирішив, що, наважившися зануритися в аргументацію цих авторів до завершення свого власного викладення, я ризикую ніколи його не завершити. Однак я вважаю за свій обов'язок сказати молодим читачам: вони не матимуть цілковитого уявлення про сучасний стан думок із цих проблем, якщо не зроблять зусилля, відкладеного мною до завершення викладення висновків, яких я дійшов ще до знайомства з цими працями.

Ще одним наслідком тривалої роботи над цією книжкою стало те, що я визнав за доцільне у деяких випадках внести зміни до термінології, про що мушу попередити читача. Розвиток кібернетики та пов'язаних з нею тем в інформаційних та системних науках значною мірою переконали мене в тому, що сучасному читачеві буде легше засвоїти матеріал, викладений іншою мовою, ніж та, до якої я звик. Хоча мені, як і раніше, подобається термін «спонтанний порядок» і я принагідно його вживаю, я згоден з тим, що «самоутворений порядок» чи «самоорганізовані структури» інколи є точнішими й менш двозначними, тому я часто вживаю ці терміни замість старого. Так само замість слова «порядок» я тепер час од часу користуюся, відповідно до сьогоденного переважного вжитку, словом «система». Там, де я раніше за звичкою говорив про «знання», тепер очевидна перевага віддається «інформації», оскільки старий термін, безперечно, мав на увазі знання конкретних фактів, а не теоретичне знання, до якого можна віднести і просто «знання». І нарешті, оскільки слово «конструктивістський» для деяких людей має позитивний відтінок, який пов'язується із прикметником «конструктивний», я визнав за доцільне, аби недвозначно виявити той несхвальний сенс, у якому я вживаю цей термін (символіч-

но, що він має російське походження), замінити його на, боюся, ще більш незграбне слово «конструктивістичний». Треба, мабуть, додати, що я відчуваю певний жаль через те, що не наважився послідовно вживати деякі з інших неологізмів, такі як «космос», «таксис», «номос», «тезис», «каталаксія» та «демархія». Але якщо через це моє викладення дещо програло в точності, воно, можливо, виграло в зрозумілості.

Мабуть, варто ще раз нагадати читачеві, що ця праця не претендує на вичерпне чи всеосяжне викладення головних принципів збереження суспільства вільних людей; вона радше покликана заповнити прогалини, виявлені мною після того, як у своїй «Конституції свободи» я запропонував сучасному читачеві нове викладення традиційних доктрин класичного лібералізму у формі, пристосованій до сьогоденних проблем і напряму думок. Тому вона значно менш досконала, набагато складніша й особистіша, але, сподіваюся, також оригінальніша, ніж «Конституція свободи». Водночас вона аж ніяк не замінює, а, безперечно, лише доповнює її, тож я порадив би читачеві-нефахівцю прочитати «Конституцію свободи», перш ніж вдаватися до детальнішого обговорення чи конкретного розгляду проблем, способи розв'язання яких я пропоную в цих томах. Однак їх призначення — пояснити, чому я продовжую вважати те, що вже давно трактується як архаїчні вірування, значно вищим за будь-які альтернативні доктрини, що останнім часом користуються прихильністю публіки.

Читач, мабуть, зрозуміє, що до написання цієї книжки мене спонукало дедалі більше усвідомлення тенденції розвитку політичного устрою країн, які прийнято вважати за найрозвиненіші. Дедалі більше переконання (для якого ця книжка дає підстави) в тому, що ця небезпечна еволюція в напрямку тоталітарної держави стає неминучою завдяки певним глибоко вкоріненим конструктивним вадам загальновизнаного типу «демократичного» врядування, змусило мене до кінця продумати альтернативні способи впорядкування. Я хотів би ще раз тут повторити: я глибоко вірю в підставові принципи демократії як єдиний ефективний з винайдених нами способів мирного запровадження змін і тому дуже занепокоєний очевидним зростанням розчарування в ньому як одному з бажаних *методів* державного врядування (розчарування, якому дуже сприяє дедалі більше зловживання словом «методи» для позначення гаданих *цілей* цього врядування); однак я знову й знову переконуюся в тому, що ми рухаємося до глухого куту, і визволити нас із нього політичні лідери пропонуватимуть за допомогою відчайдушних засобів.

Цей том поступово підводить нас до плану засадничої зміни структури демократичного врядування, який сьогодні більшості людей, мабуть, здасться цілком нездійсненним, але призначення цього плану — забезпечити щось на зразок інтелектуального резервного приладдя, розрахованого на не такі вже далекі часи, коли розвал існуючих інститутів стане очевидним. Тоді, я сподіваюся, він буде здатний показати вихід; він дозволить нам зберегти все дійсно цінне в демократії і водночас позбутися її неприйнятних властивостей, з якими більшість людей продовжують миритися лише тому, що вважають їх неминучими. Я запропонував аналогічну резервну схему позбавлення держави її монопольних повноважень на контроль за грошовими ресурсами — схему так само необхідну, якщо ми хочемо уникнути кошмару дедалі більшої тоталітаризації влади, нещодавно змальованого мною в іншій книжці — «Денаціоналізація грошей» *(Denationalisation of Money*, 2nd ed., Institute of Economic Affairs, London, 1978); разом із цією схемою мій план пропонує один із можливих способів урятуватися від долі, яка нам загрожує. Я буду задоволений, якщо мені вдасться переконати деяких людей: першому здійсненому нами за нових часів експерименту свободи судилося зазнати невдачі не тому, що свобода є недосяжним ідеалом, а тому, що в цьому експерименті було вжито хибних методів.

Я сподіваюся, що читач пробачить мені певний брак системності й деякі зайві повторення у викладенні, адже книжка писалася й переписувалася протягом п'ятнадцяти років, до того ж із тривалою перервою через погане самопочуття. Я дуже добре усвідомлюю ці недоліки, але якби в свої 80 років я спробував переробити всю книгу, то, можливо, вже не встиг би завершити це завдання».

Епілог, доданий мною до цієї книжки перед її публікацією, свідчить про те, що навіть протягом періоду обмеженої активності мої ідеї продовжували непомітно розвиватися — більше, ніж я усвідомлював, коли в одній публічній лекції спробував дати стисле викладення свого теперішнього бачення загального становища. Як я написав наприкінці книжки, мені стало зрозуміло, що сказане мною в цьому епілозі є не епілогом, а новим початком. Я радий можливості підтвердити, що так воно й сталося: цей епілог став начерком нової книжки, першу редакцію якої я щойно завершив.

Том 1

ПРАВИЛА ТА ПОРЯДОК

Розумні істоти можуть мати закони, встановлені ними самими; але вони мають і такі, яких ніколи не встановлювали.

(Монтеск'є, «Про дух законів», I, с.1)

ВСТУП

Здається, існує лише один спосіб розв'язання проблеми: еліта людства має усвідомити обмеженість людського розуму, водночас простого й досить глибокого, покірливого й досить величного, аби західна цивілізація примирилася зі своїми неминучими вадами.

Г.Ферреро*

Коли Монтеск'є та творці американської конституції сформулювали концепцію обмежувальної конституції**, яка виникла в Англії, вони таким чином започаткували модель, що її відтоді завжди дотримувався ліберальний конституціоналізм, їхньою головною метою було забезпечення інституційних гарантій індивідуальної свободи, і механізмом, на який вони в цьому поклалися, був поділ влад. Цей поділ владних функцій у відомому нам вигляді — між законодавчими, судовими та адміністративними органами — не досяг того, чого від нього сподівалися. Повсюдно уряди конституційним шляхом отримали повноваження, яких, за задумом цих людей, їх треба було б позбавити. Перша спроба забезпечити індивідуальну свободу за допомогою конституцій зазнала явної поразки.

Під конституціоналізмом мається на увазі обмеження державної влади***. Однак тлумачення традиційних формул кон-

---

* Guglielmo Ferrero, *The Principles of Power* (New York, 1942), p. 318. Абзац, із якого взято цю цитату, починається так: «Порядок — це виснажлива сізіфова робота людства, щодо якої людство завжди перебуває в стані потенційного конфлікту...».

** У XVIII—XIX ст. широко вживався освячений часом вислів «обмежена конституція», але й «обмежувальна конституція» інколи зустрічається в ранніх джерелах.

*** Див K.C.Wheare, *Modern Constitutions* (Oxford, 1960), p.202: «Первісна ідея [що стоїть за конституціями] полягає в обмеженні державної влади й у вимозі підкорення тих, хто керує державою, законам і нормам»; див. також C.H.McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*

ституціоналізму дозволило узгодити їх із концепцією демократії як форми правління, в якій воля більшості з будь-якого конкретного питання є необмеженою*. Внаслідок цього вже робилися цілком серйозні припущення, нібито конституції — це пережиток минулого, недоречний у сучасній концепції держави**. І справді, яку функцію виконує конституція, що уможливлює всемогутність державної влади? Чи полягає ця функція лише в тому, аби державні органи, незалежно від їх цілей, працювали злагоджено й ефективно?

За таких обставин цілком доречно запитати, що б робили сьогодні творці ліберального конституціоналізму, якби у прагненні до своїх цілей мали в своєму розпорядженні весь досвід, набутий нами від того часу. З історії останніх двох століть ми навчилися багато такого, чого ці люди, попри всю їхню мудрість, не могли знати. Мені їхні цілі здаються так само переконливими, як і раніше. Однак ужиті ними засоби виявилися неадекватними, й тому виникла потреба в нових інституційних винаходах.

В іншій книжці я спробував заново сформулювати (і, сподіваюся, спромігся певною мірою прояснити) традиційну доктрину ліберального конституціоналізму***. Однак лише після завершення тієї праці мені стало цілком зрозуміло, чому ці ідеали не дістали підтримки з боку тих ідеалістів, що їм завдячують своїм існуванням усі великі політичні рухи; я зрозумів також, які з головних переконань сьогодення виявилися несумісними з цими ідеалами. Тепер мені здається, що причинами такого розвитку подій були передусім такі: втрата віри у справедливість,

---

(Ithaca, N.Y., 1958), p.21: «Будь-яка конституційна форма правління є за визначенням обмеженою... Конституціоналізм має одну суттєву властивість: правове обмеження державної влади; він є протилежністю свавільного правління; йому протистоїть деспотична вольова форма правління», та C.J.Friedrich, *Constitutional Government and Democracy* (Boston, 1941), зокрема p. 131, де конституція визначається як «спосіб ефективного обмеження діяльності органів державної влади».

* Див. Richard Wollheim, «A Paradox in the theory of democracy», in Peter Laslett and W.G.Runciman (eds): *Philosophy, Politics and Society,* (Oxford, 1962), p.72: «Сучасна концепція Демократії — це концепція форми правління, в якій на керівний орган не накладається жодного обмеження».

** Див. George Burdeau, «Une Survivance: la notion de constitution», in *L 'Evolution du droitpublique, etudes offertes a Achille Mestre* (Paris, 1956).

*** Див. F A.Hayek, *The Constitution of Liberty* (London/Chicago, 1960).

незалежну від особистих інтересів; як наслідок, використання законодавства для санкціонування примусу — не лише заради запобігання неправомірним діям, а й заради досягнення конкретних результатів для цілком визначених осіб чи груп; змішування в одних і тих самих представницьких зібраннях двох різних завдань: формулювання норм гідної поведінки та керування державою.

До написання ще однієї книжки на ту саму загальну тему, що й попередня, мене спонукало усвідомлення того, що збереження суспільства вільних людей залежить від здатності осягнути три підставові моменти, які ніколи не було належним чином розвинуто й яким присвячені три основні розділи цієї книжки. Перше — це те, що самостворений, або спонтанний, порядок і організація — різні речі, й відмінність між ними пов'язана з двома різними типами правил чи норм, які в них переважають. Другий момент: те, що сьогодні повсюдно вважається за «соціальну», тобто розподільну, справедливість, має сенс лише в другому з цих двох типів порядку — організації, але є безглуздим і цілком несумісним із тим спонтанним порядком який Адам Сміт називав «великим суспільством», а Карл Поппер — «відкритим суспільством». Третій момент полягає в тому, що поширена модель ліберальних демократичних інститутів, у якій один і той самий представницький орган установлює норми гідної поведінки й керує державою, неодмінно матиме наслідком поступове перетворення спонтанного порядку вільного суспільства на тоталітарну систему, поставлену на службу певній коаліції організованих інтересів.

Цей хід подій, як я сподіваюся показати, є не якимось неминучим наслідком демократії, а лише результатом тієї конкретної форми необмеженої державної влади, з яким почали ототожнювати демократію. Якщо я правий, то ця конкретна форма репрезентативного правління, яка тепер домінує в західному світі й яку багато хто вважає своїм обов'язком захищати (бо помилково розглядає як єдину можливу форму демократії), очевидно, насправді має природжену тенденцію уводити нас від ідеалів, яким вона була покликана слугувати. Навряд чи можна заперечувати проти того, що з початком визнання цього типу демократії ми віддаляємося від ідеалу індивідуальної свободи, найнадійнішим гарантом якого він уважався, і тепер дрейфуємо в бік системи, якої ніхто не бажав.

Однак є досить ознак того, що необмежена демократія — нерозважливий їздець, а її падіння супроводжуватиметься не гучним галасом, а скигленням. Уже стає зрозуміло, що викли-

кані нею численні сподівання можна справдити, лише відібравши повноваження на ухвалення рішень у демократичних зібрань і передавши їх визнаним коаліціям організованих інтересів і їх найманим фахівцям. Адже функцією представницьких органів, як ми вже зазначали, стала «мобілізація згоди»*, тобто не висловлювання думки тих, кого вони представляють, а маніпулювання нею. Рано чи пізно люди виявлять не лише те, що знаходяться у владі нових монополій, а й те, що політичний апарат парадержавної влади, який виник як логічний наслідок державипостачальниці, створює безвихідь, не дозволяючи суспільству зробити ті пристосування, які необхідні в мінливому світі для збереження існуючого життєвого рівня, не кажучи вже про його підвищення. Мабуть, мине деякий час, перш ніж люди визнають, що створені ними інститути завели їх у такий глухий кут. Однак почати обмислювати вихід із нього, мабуть, не зарано. А впевненість у тому, що це вимагатиме певного докорінного перегляду поширених нині переконань, змушує мене наважитися тут на певну інституційну винахідливість.

Якби я знав, публікуючи книжку «Конституція свободи», що мені доведеться вирішувати завдання, яке я поставив перед собою в теперішній праці, я би приберіг цю назву для неї. Тоді я вживав термін «конституція» в широкому сенсі — як ми його вживаємо для характеристики стану здоров'я людини. І лише в теперішній книжці я звертаюся до питання, які конституційні (в юридичному сенсі) заходи могли б виявитися найсприятливішими для індивідуальної свободи. У попередній праці я обмежився (за винятком одного-єдиного натяку, поміченого, мабуть, небагатьма читачами**) викладенням принципів, яких мали б дотримуватися держави існуючих типів, якби бажали зберегти свободу. Дедалі більше усвідомлення того, що загальноприйняті інститути роблять це неможливим, змусило мене ще більше зосередитися на ідеї, яка спочатку здавалася привабливою, але нездійсненною, — аж поки ця утопія не втратила своєї незвичності і я не почав розглядати її як єдиний спосіб розв'язання проблеми, що виявилася нерозв'язною для творців ліберального конституціоналізму.

---

* Див. Samuel H.Beer, «The British legislature and the problem of mobilizing consent», in Elke Frank (ed), *Lawmakers in a Changing World* (Englewood Cliffs, N.J., 1966); передруковано в B.Crick (ed), *Essays on Reform* (Oxford, 1967).

** Див. F.A.Hayek, op. cit., p.207 and note 12.

Однак до цієї ідеї — ідеї конституційного заміру — я звертаюся лише в 3-му томі даної праці. Аби зробити пропозицію радикального відступу від усталеної традиції хоч скільки-небудь правдоподібною, треба було піддати критичному перегляду не лише актуальні переконання, а й реальне значення деяких фундаментальних концепцій, які ми продовжуємо підтримувати лише на словах. Мені досить швидко стало зрозуміло, що для виконання цього завдання фактично доведеться зробити для XX сторіччя не менше того, що зробив Монтеск'є для XVIII-го. Гадаю, читач повірить мені, якщо я зізнаюся, що впродовж роботи над цією книжкою я неодноразово зневірявся в своїй здатності хоча б наблизитися до поставленої перед собою мети. Я не маю при цьому на увазі, що Монтеск'є був також великим літературним генієм, змагатися з яким просто науковцю безнадійно. Я говорю про суто інтелектуальну проблему, яка випливає з тієї обставини, що для Монтеск'є ця царина дослідження ще не була розколотою на численні спеціальні галузі, тимчасом як відтоді для будь-кого стало неможливо подужати навіть найзначніші праці на цю тему. І все ж таки, незважаючи на те, що сьогодні проблема належного суспільного ладу вивчається з різних точок зору: економіки, правознавства, політології, соціології та етики, — цю проблему можна успішно розв'язувати лише як одне ціле. Це означає, що жоден з тих, хто сьогодні візьметься за таке завдання, не може претендувати на професійну компетентність у всіх сферах, з якими йому доведеться мати справу, або на обізнаність зі спеціальною літературою по всіх питаннях, що виникатимуть.

Згубні наслідки вузької спеціалізації ніде так не очевидні, як у двох найстаріших із цих дисциплін: політичній економії та праві. Філософи XVIII ст., яким ми завдячуємо підставовими концепціями ліберального конституціоналізму, — Девід Г'юм та Адам Сміт — не менше за Монтеск'є турбувалися про те, що дехто з них називав «мистецтвом законодавства», тобто про принципи політики в найширшому значенні цього слова. Однією з головних тем цієї книжки буде те що норми гідної поведінки, досліджувані правознавцями, слугують тому чи іншому типу порядку, природа якого цим фахівцям значною мірою невідома, а цей порядок досліджується здебільшого економістами, які, в свою чергу, так само не уявляють природи норм поведінки, на яких ґрунтується досліджуваний ними порядок.

Однак найповажнішим наслідком розпаду колись спільного терену досліджень на окремі спеціальні галузі стало те, що після нього лишилася якась «нейтральна зона», розпливчастий

предмет, який іноді називають «соціальною філософією». Деякі з основних суперечок, що точаться всередині цих спеціальних дисциплін, фактично пов'язані з розходженнями щодо питань, які не притаманні жодній з них, жодною з них не вивчаються систематично й на цій підставі вважаються «філософськими». Цим часто користуються для виправдання мовчазної позиції, яка, вважається, ані потребує раціонального обґрунтування, ані піддається йому. Однак відповіді на ці критичні питання, від яких цілковито залежать не лише тлумачення фактів, а й політичні позиції, можуть і повинні даватися на підставі фактів і логіки. Ці питання є «філософськими» лише в тому сенсі, що деякі поширені, але хибні переконання виникли під впливом філософської традиції, яка постулює неправильну відповідь на питання, що піддаються точній науковій трактовці.

У першому розділі я намагаюся довести, що певні поширені наукові та політичні погляди залежать від конкретної концепції формування соціальних інститутів, яку я назвав «конструктивістським раціоналізмом», — концепції, згідно з якою всі соціальні інститути є й мають бути продуктом свідомого заміру. Можна довести хибність як фактичних, так і нормативних висновків цієї інтелектуальної традиції, адже не всі існуючі соціальні інститути є продуктом заміру, і було б неможливо поставити соціальний лад у цілковиту залежність від заміру без одночасного значного обмеження застосування наявних знань. Цей помилковий погляд тісно пов'язаний із так само хибним уявленням про людський розум як про річ, що стоїть поза природним і суспільним всесвітом, а не є продуктом того самого процесу еволюції, якому завдячують своїм існуванням інститути суспільства.

У мене насправді виникло переконання, що не лише деякі наукові, а й найважливіші політичні (або «ідеологічні») новочасні розходження зрештою ґрунтуються на певних засадничих розбіжностях між двома філософськими напрямками, і помилковість одного з них можна довести. Зазвичай обидва ці напрямки відносять до раціоналізму, але я зробив би між ними розрізнення, назвавши один із них еволюційним (або, як у Карла Поппера, «критичним») раціоналізмом, а інший — помилково-конструктивістським (за Поппером — «наївним»). Якщо довести, що конструктивістський раціоналізм ґрунтується на фактуально хибних припущеннях, то помилковою виявиться також ціла родина як наукових, так і політичних філософських шкіл. У теоретичній сфері від цієї помилки особливо залежать правовий позитивізм і пов'язане з ним переконання в необхідності

необмеженої «суверенної» влади. Те саме стосується утилітаризму, принаймні його специфічного, «вчинкового» варіанту. Підозрюю також, що досить значна частка того, що називають «соціологією», є безпосереднім породженням конструктивізму, адже він подає свої цілі як «створення майбутнього людства»* або, як написав один із авторів, заявляє, «що соціалізм — логічний і неминучий наслідок соціології»**. Сюди фактично можна віднести всі тоталітарні доктрини, з-поміж яких соціалізм є просто найшляхетнішою та найвпливовішою. Причиною їх хибності є не цінності, на яких вони ґрунтуються, а неправильне уявлення про ті сили, що уможливили виникнення «великого суспільства» та цивілізації. Демонстрація того, що розходження між соціалістами та несоціалістами ґрунтуються зрештою не на різних ціннісних судженнях, а на суто інтелектуальних проблемах, що піддаються науковому розв'язанню, здається мені одним із найважливіших наслідків того ходу думок, якого я дотримуюся в цій книжці.

Мені видається також, що та сама фактуальна помилка тривалий час вважалася причиною нерозв'язності найкритичнішої проблеми політичної організації: як обмежити «волю народу», не ставлячи над нею іншої «волі». Визнавши, що основний устрій «великого суспільства» не може цілковито ґрунтуватися на замірі й тому не може прагнути до конкретних передбачуваних результатів, ми одразу зрозуміємо, що вимога підкорення загальним принципам, схваленим громадською думкою, як умова законності будь-якої влади цілком здатна ефективно обмежувати конкретну волю будь-якої влади, в тому числі влади більшості на даний момент.

Щодо цих питань, які становитимуть головний об'єкт моїх досліджень, філософська думка, здається, не дуже просунулася вперед із часів Девіда Г'юма та Іммануїла Канта, і в деяких аспектах наш аналіз продовжуватиметься з того місця, на якому вони зупинилися. Ці філософи ближче за будь-кого з наступних дослідників підійшли до чіткого визначення статусу цінностей як незалежних і провідних умов будь-якого розумного будівництва. Зрештою, те, чому я присвятив цю книжку (хоча здатний розглянути лише один невеличкий аспект цієї

---

* Torgny T.Segerstedt, «Wandel der Gesellschaft», *Bild der Wissenschaft*, vol.VI, May 1969, p.441.

** Enrico Ferri, *Annales de l'Institut Internationale de Sociologie*, vol.1, 1895, p. 166: «Le socialisme est le point d'arrivée logique et inévitable de la sociologie».

проблеми), — це зруйнування цінностей через наукову оману, яке дедалі більше здається мені великою трагедією нашого часу; трагедією тому, що цінності, розвінчання яких стане наслідком цієї наукової омани, становлять необхідне підложжя всієї нашої цивілізації, включно з тими самими науковими зусиллями, що було повернуто проти них. Тенденція конструктивізму подавати ці цінності, що їх він не здатний пояснити, як визначені довільними людськими рішеннями, актами волі чи просто емоціями, а не як необхідні фактичні умови, що вважаються їхніми тлумачами за самозрозумілі, дуже сприяла розхитуванню основ цивілізації і самої науки, яка також ґрунтується на системі цінностей, що не піддаються науковому доведенню.

I

РОЗУМ ТА ЕВОЛЮЦІЯ

Розповісти, ким і в зв'язку з чим було виявлено справжній закон утворення вільних держав і як це відкриття, близько споріднене з тими, що під назвами розвитку, еволюції та неперервності надали нової, глибшої системності іншим наукам, розв'язало давню проблему стабільності та змін і зумовило владу традиції над прогресом думки.

Лорд Ектон *

ПОБУДОВА ТА ЕВОЛЮЦІЯ

Існують два погляди на модель людської діяльності, що призводять до дуже відмінних висновків стосовно її пояснення та можливостей її свідомої зміни. Один із них ґрунтується на уявленнях, хибність яких очевидна, але вони так тішать людське марнославство, що набули великого впливу й постійно використовуються навіть людьми, які знають, що вони ґрунтуються на фікції, але переконані в нешкідливості цієї фікції. Інший погляд — попри те, що мало хто піддає сумніву його головні позиції у вигляді абстрактних формулювань, — в деяких відношеннях призводить до таких неприємних висновків, що мало в кого виникає бажання дотримуватися його до кінця.

Перший підхід викликає в нас відчуття необмеженої можливості здійснювати свої бажання, тимчасом як другий спри-

* Lord Acton, *The History of Freedom and Other Essays* (London, 1907), p.58. Більшість проблем, які обговорюватимуться в цьому вступному розділі, дещо детальніше розглядалися мною в серії попередніх розвідок, здебільшого передрукованих у F A.Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (London/Chicago, 1967, у подальших посиланнях — S.P.P.E.): див., зокрема, розд. 2-6 цієї книги, а також мою лекцію, присвячену Бернарду Мандевілю, в *Proceedings of the British Academy,* LII, та *The Confusion of Language in Political Theory* (London, 1968).

чиняє розуміння того, що наші свідомі дії та їх наслідки мають певні обмеження й деякі з наших теперішніх сподівань є нездійсненними. Однак результатом того, що ми піддаємося ілюзіям, пов'язаним із першим підходом, завжди було фактичне обмеження людиною сфери своїх можливих досягнень. Адже саме визнання меж можливого завжди давало людині змогу скористатися з усіх своїх можливостей*.

Згідно з першим поглядом, створені людиною інститути слугуватимуть людським намірам лише в тому випадку, якщо їх було спеціально призначено для цієї мети; нерідко вважається також, що факт існування якогось інституту є свідченням того, що його було створено з певною метою; і завжди вважається, що ми маємо перепланувати суспільство та його інститути таким чином, аби в усіх своїх діях цілковито керуватися відомими цілями. Більшості людей здається, що ці пропозиції майже самоочевидні й являють собою єдину гідну мислячої істоти настанову. Однак переконання, яке лежить у їх основі, — нібито всіма корисними інститутами ми зобов'язані плануванню й що лише таке планування зробило або може зробити їх корисними для наших замірів, — значною мірою хибне.

Цей погляд первісно походить від глибоко вкоріненої схильності примітивного мислення тлумачити будь-яку упорядкованість спостеріганих явищ антропоморфно — як наслідок заміру якогось мислячого розуму. Однак саме тоді, коли людина вже почала звільнятися від цього наївного уявлення, воно відродилося завдяки підтримці переконливої філософії, з якою почали тісно пов'язувати мету звільнення людського розуму від хибних упереджень і яка стала домінуючою концепцією доби Розуму.

Інший погляд, який повільно та поступово розвивався з часів античності, але протягом якогось періоду був майже цілковито переможений більш принадним конструктивістським підходом, полягав у тому, що упорядкованість суспільства, яка набагато

---

* Сьогодні модно глузувати з будь-якого твердження про неможливість чогось і вказувати на численні випадки, коли можливим виявлялося те, що навіть учені вважали за неможливе. І все ж таки будь-який прогрес науковогознання зрештою полягає в осягненні неможливості певних подій. Едмунд Віттекер, спеціаліст із математичної фізики, характеризував це як «принцип безсилля», а Карл Поппер методично розвивав ідею, що всі наукові закони по суті становлять заборони, тобто твердження про неможливість того чи іншого явища; див., зокрема, Karl Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (London, 1954).

підвищує ефективність індивідуальної діяльності, пояснюється не лише існуванням інститутів і звичаїв, винайдених чи задуманих із цією метою, а й великою мірою — процесом, який спочатку називався «розвитком», а потім «еволюцією»: процесом, в якому звичаї, спершу засвоєні з інших причин або навіть суто випадково, зберігалися завдяки тому, що дозволяли групі, в якій вони виникали, домінувати над іншими. Відтоді як цей погляд у XVIII ст. зазнав першого систематичного розвитку, йому доводилося боротися не лише з антропоморфізмом або примітивним мисленням, а й — навіть ще більше — з підкріпленням, яке ці наївні підходи отримали з боку нової філософії раціоналізму. Саме виклик, кинутий цією філософією, призвів до чіткого формулювання еволюційної точки зору*.

ДОГМАТИ КАРТЕЗІАНСЬКОГО РАЦІОНАЛІЗМУ

Великим мислителем, який найповніше висловив головні ідеї того, що ми можемо назвати конструктивістським раціоналізмом, був Рене Декарт. Однак оскільки він утримався зробити з них висновки для дискусій на соціальні й моральні теми**,

---

* Про роль, яку відіграв у цьому Бернард Мандевіль, див. мою лекцію, присвячену йому, яка цитується в примітці на початку розділу.

** Прихований сенс принаймні найпоширенішого тлумачення картезіанського підходу до всіх моральних і політичних проблем добре висвітлений у праці Alfred Espinas, *Descartes et la morale,* 2 vols (Paris, 1925), особливо на початку 2-го тому. Щодо домінування смолоскипу картезіанського раціоналізму над усім французьким Просвітництвом див. G. de Rugiero, *History of European Liberalism,* trans. R.G.Collingwood (London, 1927), p.21 et seq.: «До картезіанської школи належать майже всі представники вищої та середньої культури XVIII ст.: науковці, ...соціальні реформатори, які висувають свої обвинувачення проти історії як зібрання нерозумних вживань і зловживань і намагаються реконструювати всю соціальну систему; юристи, з погляду яких право є й має бути системою, що її можна вивести з кількох універсальних і самоочевидних принципів».

Див. також H.J.Laski, *Studiesin Law and Politics* (London/New Haven, 1922), p.20: «Що таке раціоналізм (з огляду на Вольтера, Монтеск'є та ін.)? По суті це спроба застосувати принципи картезіанства до людських справ. Візьміть за постулати невідворотну очевидність міцного здорового глузду і шляхом логічних міркувань зробіть із них висновки, які в них приховані. Цей здоровий глузд, за переконанням усіх філософів, скрізь дасть один і той самий результат: те, що він становить для фернейського мудреця, він становитиме й у Пекіні чи лісах Америки».

ці ідеї були здебільшого розвинуті його трохи старшим (але набагато довговічнішим) сучасником Томасом Гоббсом. Хоча безпосереднім предметом інтересу Декарта було встановлення критеріїв істинності тверджень, ці критерії неминуче застосовувалися його послідовниками також для судження про доречність і виправданість дій. «Радикальний сумнів», який змусив його відмовитися від визнання істинності всього, що не можна логічно вивести з недвозначних, «чітких і виразних», а отже, позасумнівних засновків, позбавляв чинності ті норми поведінки, які не можна було обґрунтувати в такий спосіб. Хоча сам Декарт міг уникнути цих наслідків, приписавши такі норми поведінки замірові якогось всевідаючого божества, ті з його послідовників, хто вже не вважав це прийнятним поясненням, розглядали погодження з усім, що ґрунтувалося лише на традиції і не зовсім піддавалося раціональному виправданню, як нерозумне марновірство. Головною ознакою започаткованого Декартом напрямку стало відкидання як «просто гадки» всього, що неможливо було піддати перевірці на істинність за допомогою Декартових критеріїв.

Оскільки для Декарта розум визначався як логічна дедукція з недвозначних засновків, розумна діяльність стала також означати лише таку діяльність, яка цілком зумовлюється відомою та довідною істиною. Звідси майже неминуче випливає, нібито лише те, що є істинним у цьому сенсі, може забезпечити успішну діяльність і тому все, чому людина завдячує своїми досягненнями, є продуктом її міркувань у такому розумінні. Інститути й усталені звичаї, які замислювалися в інший спосіб, можуть бути корисними лише принагідно. Такою стала типова позиція картезіанського конструктивізму з її зневагою до традиції, звичаю та історії взагалі. У створенні нового суспільства Декартові мав допомагати один лише людський розум*.

---

* Декарт сам сформулював цю позицію, коли писав у своєму *Discours de la méthode* (початок 2-ї частини): «Велич Спарти пояснювалася не перевагою кожного з її законів окремо, ... а тією обставиною, що, створені єдиною людиною, всі вони вели до єдиної мети». Характерним прикладом застосуванняцієї ідеї одним із правителів XVIII ст. є висловлювання короля Прусії Фридриха II, процитоване в G.Küntzel, *Die politischen Testamente der Hohenzollern* (Leipzig, 1920), vol.2, p.64, де він стверджує, що як Ньютон навряд чи створив би свою систему всесвітнього тяжіння, якби мав працювати разом із Лейбніцем і Декартом, так і створення та підтримання політичної системи були б неможливі, якби вона не була породженням одного-єдиного розуму.

Однак цей «раціоналістичний» підхід фактично означав повернення до колишніх — антропоморфічних — способів мислення. Його наслідком стало відновлення схильності приписувати походження всіх культурних інститутів і звичаїв винаходу та свідомому заміру. Вважалося, що моральні засади, релігія та право, мова й письменність, гроші та ринок були кимось свідомо створені або принаймні завдячували такому свідомому замірові всією своєю досконалістю. Це інтенціоналістське, або прагматичне*, пояснення історії найповніше віддзеркалилося в концепції формування суспільства через суспільну угоду — спочатку в Гоббса, потім у Руссо, який у багатьох відношеннях був прямим послідовником Декарта**. Незважаючи на те, що їхня теорія не завжди мала на увазі історичне пояснення реальних подій, вона завжди мала намір забезпечити керівні принципи прийняття рішень щодо схвалення чи несхвалення існуючих інститутів як розумних.

Саме цією філософською концепцією пояснюється рішуча перевага, яка ще й сьогодні віддається всьому, що робиться «свідомо» або «обдумано», й саме від неї терміни «ірраціональний» та «нераціональний» успадкували те зневажливе значення, яке вони мають нині. Через це колишня презумпція на користь традиційних, усталених інститутів і звичаїв стала презумпцією проти них, і «гадка» почала вважатися «лише» гадкою — чимось, що не можна довести чи розв'язати шляхом міркувань і тому не можна визнати за чинну підставу для прийняття рішень.

Однак головне припущення, що лежить в основі переконання, нібито людина досягла панування над своїм оточенням пе-

---

* «Прагматичний» — старий термін, який вживався в цьому зв'язку здебільшого Карлом Менгером (Carl Menger, *Untersuchungen über die Methoden der Sozialwissenschaften,* Leipzig, 1882). Його книжку було перекладено під назвою *Problems of Economics and Sociology* зі вступом Louis Schneider (Urbana, III., 1963), в якому міститься й досі найкраще з ранніх трактувань цих проблем.

** Щодо вирішального впливу Декарта на Руссо див. H.Michel, *L 'Idée de l'état* (Paris, 1896), p.66 (із посиланнями на попередніх авторів); A.Schatz, *L'Individualisme économique et sociale* (Paris, 1907), p.40 et seq.; R.Derathé, *Le Rationalisme de Jean-Jacques Rousseau* (Paris, 1948), а також проникливе спостереження R.A.Palmer, *The Age of Democratic Revolution* (Princeton, 1959 and 1964), vol.1, p.114, що для Руссо «навіть не існувало законів окрім тих, яких бажали живі люди, — це було його найбільшою єресю з багатьох точок зору, у тому числі з християнської; це було також його найзначнішим твердженням у політичній теорії».

редусім завдяки своїй здатності робити логічні висновки з недвозначних засновків, є фактично хибним, і будь-яка спроба обмежити її діяльність лише тими вчинками, які можна виправдати в такий спосіб, позбавила б людину багатьох із найефективніших засобів досягнення успіху, що їх вона має в своєму розпорядженні. Те, що ефективність наших дій залежить єдино чи головним чином від знань, які ми можемо викласти словами й які можуть завдяки цьому складати чітко сформульовані засновки якогось силогізму, просто не відповідає дійсності. Численні інститути суспільства, що являють собою необхідні умови успіху в прагненні до наших свідомих цілей, насправді є породженням звичаїв, звичок або усталеної практики, ані створення, ані дотримання яких не пов'язані з таким заміром. Ми живемо в суспільстві, в якому здатні успішно орієнтуватися і в якому наші дії мають добрі шанси досягти своєї мети не лише тому, що наші співгромадяни керуються відомими цілями чи відомими зв'язками між засобами та цілями, а й тому, що вони також обмежені правилами, призначення чи походження яких нам часто невідомі й само існування яких нерідко залишається поза нашою свідомістю.

Людина — істота, однаково схильна дотримуватися правил і прагнути своїх цілей*. І вона досягає успіху не тому, що знає, для чого їй треба дотримуватися цих правил, і навіть не тому, що здатна викласти всі ці правила словами, а тому, що її думки й дії керуються нормами, які поступово, шляхом добору еволюціонували в суспільстві, в якому вона живе, а отже, становлять продукт досвіду багатьох поколінь.

ПЕРМАНЕНТНА ОБМЕЖЕНІСТЬ НАШИХ ФАКТУАЛЬНИХ ЗНАНЬ

Конструктивістський підхід веде до хибних висновків через те, що успіх діяльності людини (причому не лише на первісному етапі, а й навіть ще більше — на цивілізованому) значною

---

* Див. R.S.Peters, *The Concept of Motivation* (London, 1959), p.5: *«Людина — істота, схильна дотримуватися правил.* її дії не просто спрямовуються на якісь цілі; вони також узгоджуються із суспільними стандартами та звичаями, і на відміну від обчислювальної машини людина діє внаслідок свого усвідомлення правил і цілей. Наприклад, ми приписуємо людям такі *риси* характеру, як чесність, пунктуальність, уважливість і скнарість. Ці терміни, на відміну від таких понять, як честолюбство, голод або товариськість, вказують не на категорію цілей, до яких прагне людина, а на тип правил, яким вона підкоряє свою поведінку незалежно від своїх цілей».

мірою залежить від пристосування її дій як до конкретних, відомих їй фактів, так і до безлічі інших фактів, про які вона не знає й не може знати. І це пристосування людини до загальних обставин свого оточення зумовлюється тим, що вона дотримується правил, які замислювалися не нею і про які вона часто навіть не має чіткого уявлення, хоча здатна виконувати ці правила у своїй діяльності. Або ж, в іншому формулюванні: наше пристосування до свого оточення полягає не лише (і, можливо, навіть не головним чином) в осягненні зв'язку між причиною й наслідком, а й у наших діях, керованих правилами, що пристосовані до того світу, в якому ми живемо, тобто до обставин, яких ми не усвідомлюємо і які все ж таки визначають стиль наших успішних дій.

Цілковита раціональність у картезіанському сенсі вимагає цілковитого знання всіх відповідних фактів. Конструкторові чи інженерові, які займаються організацією матеріальних об'єктів із метою досягти запланованого результату, потрібна вся інформація та всі повноваження по її застосуванню. Однак успіх діяльності в суспільстві залежить від більшої кількості конкретних фактів, аніж може бути відомо будь-кому. Внаслідок цього вся наша цивілізація ґрунтується й має ґрунтуватися на нашій *вірі* в безліч речей, про істинність яких у картезіанському сенсі ми не можемо *знати.*

Отож ми мусимо просити читача впродовж усієї цієї книжки пам'ятати про обставину неминучої та безнадійної загальної необізнаності з більшістю конкретних фактів, які визначають дії кожного окремого члена людської спільноти. Спочатку може здатися, що ця обставина така очевидна й незаперечна, що навряд чи заслуговує на згадування, тим більше — потребує доведення. Однак якщо на ній постійно на наголошувати, то про неї надто легко забуватимуть — головним чином через те, що це дуже незручна обставина, яка набагато ускладнює наші спроби розкрити причини суспільних процесів і розумно на них впливати; вона накладає суворі обмеження на те, що ми можемо говорити про них або робити з ними. Тому існує велика спокуса почати з припущення, нібито ми знаємо все, що потрібно для повного роз'яснення чи контролю. Часто вважається, що це тимчасове припущення не має великого значення і його потім можна відкинути без особливих наслідків для висновків. Однак ця неминуча необізнаність із більшістю окремих часток, із яких складається устрій «великої спільноти», є джерелом головної проблеми будь-якого суспільного устрою: від хибного припущення, яке дозволяє тимчасово залиши-

ти її осторонь, здебільшого ніколи відверто не відмовляються, а лише «зручно» забувають про нього, продовжуючи аргументацію так, немовби ця необізнаність не має значення. Проте факт нашої невиправної необізнаності з більшістю окремих обставин, зумовлюючих суспільні процеси, є причиною того, що більшість соціальних інститутів набула тієї форми, яку вони зараз мають. Говорити про суспільство, всіх конкретних фактів якого не знають ані зовнішній спостерігач, ані жодний член суспільства, — це значить говорити про щось цілковито відмінне від усього, що колись існувало: про суспільство, в якому те, що ми виявляємо в своєму суспільстві, здебільшого не могло б існувати або принаймні мало б такі властивості, яких ми навіть не можемо уявити.

Важливість нашої неминучої необізнаності з конкретними фактами я досить детально розглянув в одній із своїх попередніх книжок*, а тут хочу лише наголосити на центральному значенні цієї теми, почавши з неї усе своє викладення. Проте є кілька пунктів, які потребують нового формулювання або уточнення. У першу чергу, невиправна загальна необізнаність, про яку я говорю, — це незнання окремих фактів, які стають чи можуть стати відомі комусь і таким чином впливають на всю структуру суспільства. Ця структура людської діяльності пристосовується (і функціонує через це пристосування) до мільйонів фактів, уся сукупність яких невідома нікому. Значення цього процесу найочевидніше виявляється в економічній сфері, де воно з самого початку підкреслювалося. Як зазначалося, «економічне життя несоціалістичного суспільства складається з мільйонів стосунків чи потоків між окремими фірмами та хазяйствами. Ми можемо встановити щодо них певні теореми, але спостерігати їх усі не зможемо ніколи»**. Осягнення важливості нашої елементарної необізнаності в економічній сфері, а також методів, за допомогою яких ми навчилися долати цю перешкоду, фактично було вихідним пунктом*** тих ідей, які в цій книжці методично застосовуються до набагато ширшої сфери. Однією з головних позицій нашої аргументації буде те,

---

* Див. F.A.Hayek, *The Constitution of Liberty* (London/Chicago, 1960), особливо розд. 2.

** J.A.Schumpeter, *History of Economic Analysis* (New York, 1954), p.241.

*** Див. мої лекції на теми «Економіка та знання» (1936) і «Застосування знань у суспільстві» (1945), передруковані в F.A.Hayek, *Individualism and Economic Order* (London/Chicago, 1948).

що більшість правил поведінки, які керують нашими діями, та більшість інститутів, які виникають із цієї упорядкованості, являють собою пристосування до неможливості загального свідомого врахування всіх окремих фактів, з яких складається суспільний лад. Ми побачимо, зокрема, що можливість справедливості грунтується на цій неминучій обмеженості наших фактичних знань і що завдяки цьому осягнення природи справедливості недоступне всім тим конструктивістам, які звично будують свою аргументацію на припущенні всевідання.

Ще одним наслідком цього підставового факту, на якому треба тут наголосити, є те, що лише в невеличких групах примітивних суспільств співробітництво між їх членами може ґрунтуватися значною мірою на тій обставині, що в будь-який окремий момент їм будуть більш-менш відомі одні й ті самі конкретні обставини. Окремі розумні люди можуть краще тлумачити безпосередньо усвідомлені обставини або пам'ятати про якісь речі в віддалених місцях, невідомих іншим. Однак конкретні події, з якими стикаються окремі люди в своїх повсякденних зайняттях, будуть дуже великою мірою однаковими для всіх, і вони діятимуть разом, тому що події, які їм відомі, та цілі, до яких вони прагнуть, більш-менш однакові.

Зовсім інша ситуація у «великому»* або «відкритому» суспільстві, де мільйони людей взаємодіють між собою й де розвинулася відома нам цивілізація. Економісти тривалий час наголошували на «розподілі ***праці»,*** з яким пов'язана така ситуація. Набагато менше наголошувалося на дробленні ***знань,*** на тому факті, що кожний член суспільства здатний мати лише невеличку частку знань, якими володіє вся спільнота, й тому не знає більшості фактів, на яких ґрунтується діяльність суспільства. Однак визначальну прикмету всіх розвинутих цивілізацій становить саме використання значно більших знань, аніж ті, якими володіє кожна окрема людина, тобто той факт, що кожен діє всередині логічно послідовної структури, більшість вирішальних чинників якої йому невідома.

---

* Термін «велике суспільство», який ми часто вживатимемо в тому самому сенсі, що й «відкрите суспільство» Карла Поппера, був, безперечно,відомий уже у XVIII ст. (див., наприклад, Richard Cumberland, *A Treatise on the Law of Nature* (London, 1727), ch.8, section 9, а також в Адама Сміта й Руссо) і відновлений за нових часів Гремом Воллесом у назві однієї з його книжок (Graham Wallas, *The Great Society,* London/New York, 1920). Цей термін, мабуть, не втратив своєї доречності через те, що вживався як політичне гасло американською адміністрацією останнього часу.

У цивілізованому суспільстві спроможність окремої людини не лише задовольняти свої найнагальніші фізичні потреби, а й ставити перед собою безмежно широке коло цілей насправді залежить не так від кількості доступних їй знань, як від кількості вигід, які вона отримує від знань інших людей. Дійсно, «цивілізована» людина може бути зовсім неосвіченою, знати менше за багатьох дикунів і все ж таки здобувати велику користь від цивілізації, в якій вона живе.

Типова помилка конструктивістів-раціоналістів стосовно цього полягає в тому, що вони схильні ґрунтувати свою аргументацію на так званій *синоптичній ілюзії*, тобто на вигадці, нібито всі відповідні факти відомі якомусь одному розумові і з цього знання окремих часток можна побудувати бажаний суспільний устрій. Інколи цю ілюзію зі зворушливою наївністю висловлюють ентузіасти свідомо спланованого суспільства; один із них, наприклад, мріє про розвиток «мистецтва одночасного мислення, тобто здатності займатися великим розмаїттям споріднених явищ водночас, і складання в одну картину кількісних і якісних ознак цих явищ»*. Вони, здається, зовсім не усвідомлюють, що ця мрія просто ґрунтується на нехтуванні головною проблемою, пов'язаною з будь-якою спробою зрозуміти чи сформувати суспільний лад: нашою неспроможністю зібрати в одне оглядне ціле всі дані, з яких складається цей лад. Однак усі ті, хто в захопленні від красивих планів, що є наслідком такого підходу, бо вони «такі методичні, такі очевидні, такі легкі для розуміння»**, стають жертвами цієї синоптичної ілюзії і забувають, що гадана чіткість цих планів пояснюється тим, що їх автори знехтували всіма невідомими їм фактами.

ФАКТУАЛЬНІ ЗНАННЯ ТА НАУКА

Безмежна віра сучасної людини в можливості науки — головна причина її небажання визнати, що елементарна обмеженість наших знань становить постійну перешкоду для мож-

---

* Lewis Mumlord у вступі до книжки F.Mackenzie (ed), *Planned Society* (New York, 1937), p.VII: «Нам усе ще доводиться розвивати те, що Patrick Geddes інколи називав мистецтвом одночасного мислення, тобто здатності займатися великим розмаїттям споріднених явищ водночас, і складання в одну картину кількісних і якіснихознак цих явищ».

** Jane Jacobs, *The Death and Life of Great American Cities* (New York, 1961).

ливості раціональної побудови всього суспільства. Ми так багато чуємо про швидкий поступ наукових знань, що стали вважати близьким і неминучим зникнення будь-якої обмеженості знань. Однак ця віра ґрунтується на хибному уявленні про завдання й можливості науки, тобто на помилковому переконанні, нібито наука — це спосіб виявлення окремих фактів і прогрес її методів дозволить нам виявити всі окремі факти й маніпулювати ними за своїм бажанням.

З одного боку, сказати, що наша цивілізація ґрунтується на перемозі над неуцтвом, — це, звичайно, банальність. Однак саме завдяки загальновідомості цієї істини з нашої уваги може випасти найважливіше в ній: основою цивілізації є той факт, що всі ми здобуваємо користь із знань, якими *не* володіємо. І один із способів, в які цивілізація допомагає нам подолати цю обмеженість індивідуальних знань, полягає в перемозі над неуцтвом не через набуття більших знань, а через використання тих знань, що вже існують і залишаються широко розпорошеними поміж окремими людьми. Тому обмеженість знань, яка нас турбує, — це не та обмеженість, яку може подолати наука. Всупереч поширеному переконанню, наука полягає не в знанні окремих фактів, і у випадку дуже складних явищ можливості науки також обмежені практичною неспроможністю виявити всі окремі факти, які ми мали б знати, якби наукові теорії дозволяли нам передбачати конкретні події. Дослідження порівняно простих явищ фізичного світу, де виявилося можливим констатувати визначальні стосунки як функції кількох змінних, що їх можна легко виявити в окремих випадках, і де внаслідок цього став можливим вражаючий прогрес пов'язаних з ними галузей науки, створило ілюзію, нібито незабаром те саме стосуватиметься й більш складних явищ. Однак ані наука, ані будь-який з відомих методів* не дозволяють нам переступити через ту обставину, що жодний інтелект (а тому й жодна свідомо спрямована дія) не здатний врахувати всіх окремих фактів, відомих певним людям, але назагал не відомих жодній окремій людині.

Дійсно, в своєму намаганні пояснити й передбачити окремі події, що так добре вдається вченим стосовно порівняно простих явищ (принаймні там, де вони можуть приблизно виокре-

---

* У зв'язку з нинішнім некритичним захопленням комп'ютерами, мабуть, доцільно нагадати, що попри їх великі можливості по засвоєнню введених до них фактів, вони не допомагають нам у виявленні цих фактів.

мити порівняно прості «замкнені системи»), наука стикається з такою самою перешкодою фактуальної необізнаності, коли починає застосовувати свої теорії до надзвичайно складних явищ. У деяких сферах вона розвинула важливі теорії, які дозволяють нам глибоко проникнути в загальну природу певних явищ, але їй ніколи не вдасться передректи чи цілком пояснити окремі події — просто тому, що неможливо довідатися про всі окремі факти, які, згідно з цими теоріями, ми мали б знати, аби дійти таких конкретних висновків. Найкращу ілюстрацію становить дарвіністська (або неодарвіністська) теорія еволюції живих організмів. Якби було можливо виявити конкретні факти минулого, що впливали на добір окремих виникаючих форм, то це забезпечило б цілковите пояснення структури існуючих організмів; і так само, якби було можливо виявити всі конкретні факти, які впливатимуть на них протягом певного періоду в майбутньому, це дозволило б нам завбачити майбутній розвиток. Однак ми, безперечно, ніколи не зможемо зробити ані першого, ані другого, бо наука не має способів виявлення всіх конкретних фактів, необхідних їй для здійснення такого подвигу.

Тут варто нагадати ще одне споріднене з цим непорозуміння щодо мети й можливостей науки: переконання, нібито наука займається виняткова тим, що є, а не тим, що могло би бути. Однак цінність науки значною мірою полягає в тому, що вона розповідає нам, що сталося б, якби деякі обставини були іншими, ніж вони є. Усі формулювання теоретичної науки мають вигляд формул «якби..., то...», і їхня цікавість залежить передусім від того, наскільки відрізняються умови, підставлені нами до пункту «якби», від тих, що існують насправді.

Мабуть, ніде це непорозуміння не набуло такого значення, як у політології, де воно, здається, стало перешкодою для серйозного розгляду дійсно важливих проблем. Тут хибна ідея, нібито наука — це просто зібрання спостережених фактів, мала наслідком обмеження досліджень виявленням того, що є, тимчасом як головна цінність *будь-якої* науки полягає в повідомленні наслідків гіпотетичної зміни існуючих умов.

Той факт, що дедалі більше соціологів обмежуються вивченням того, що існує в якійсь частині соціальної системи, робить їхні висновки не реалістичнішими, а лише мало доречними для прийняття рішень стосовно майбутнього. Плідність соціології дуже значною мірою залежить від дослідження того, чого *немає,* від побудови гіпотетичних моделей можливих світів, які могли б існувати, якби деякі зі змінних умов стали іншими.

Та чи інша наукова теорія потрібна нам передусім для того, аби усвідомити, якими будуть наслідки, якщо виникнуть обставини, яких досі ще не було. Будь-яке наукове знання — це знання не окремих фактів, а гіпотез, що досі витримували систематичні спроби спростування.

ОДНОЧАСНА ЕВОЛЮЦІЯ ДУХУ ТА СУСПІЛЬСТВА: РОЛЬ ПРАВИЛ

Помилки конструктивістського раціоналізму тісно пов'язані з картезіанським дуалізмом, тобто з концепцією незалежно існуючої духовної субстанції, яка перебуває поза космосом природи й яка дозволила людині, наділеній таким духом од самого початку, створити інститути того суспільства й тієї культури, серед яких вона живе. Звичайно, цей дух є пристосуванням до природного та соціального оточення людини й розвивається в постійній взаємодії з інститутами, що визначають структуру суспільства. Дух є водночас продуктом соціального оточення, в якому він зростав і якого не створював, і чимось, що в свою чергу впливало на ці інститути та змінювало їх. Саме внаслідок того, що людина розвивалася в суспільстві й набирала його звичок і звичаїв, збільшувалися шанси на продовження існування групи, в якій вона жила. Концепція якогось вже цілком розвиненого духу, який створив інститути, що уможливили життя в суспільстві, суперечить усьому, що нам відомо про еволюцію людини.

Культурна спадщина, в умовах якої народжується людина, складається з комплексу звичаїв або норм поведінки; вони поширювалися, тому що забезпечили успіх якійсь групі людей, але засвоювалися не завдяки усвідомленню того, що спричинять жадані наслідки. Людина діяла, перш ніж подумати, й не тямила, перш ніж починала діяти. Те, що ми називаємо кмітливістю, є, зрештою, просто здатністю людини реагувати на своє оточення за допомогою такої схеми дій, яка допоможе їй вижити. Таким є мінімум істини в біхевіоризмі та прагматизмі — доктринах, які, однак, піддали такому грубому й надмірному спрощенню визначальні зв'язки, що стали більше заважати, ніж допомагати їх правильній оцінці.

«Навчання з досвіду» — серед людей не менше, ніж серед тварин, — це процес передусім не міркування, а спостереження, поширення, передачі й розвитку усталених звичаїв, які набули визнання завдяки тому, що були успішними — нерідко не тому, що приносили якусь відчутну користь людині в її діях, а тому, що збільшували шанси на виживання групи, до якої вона

належала*. Результатом цього розвитку в першу чергу буде не чітко сформульоване знання, а знання, яке (хоча його й можливо описати мовою правил) людина не може сформулювати словами, а здатна лише дотримуватися його на практиці. Розум не стільки створює правила, скільки складається з правил

---

* Див. A.M.Carr-Saunders, *The Population Problem: A Study in Human Evolution* (Oxford, 1922), p.223: «Люди й групи людей зазнають природного добору на підставі звичаїв, які вони застосовують на практиці, так само, як і на підставі своїх психічних та фізичних властивостей. Групи, які застосовують найкорисніші звичаї, в постійній боротьбі між сусідніми групами матимуть перевагу над тими, що дотримуються менш корисних звичаїв. Мало які звичаї можуть бути корисніші за ті, що обмежують склад групи бажаною чисельністю, і неважко зрозуміти, в який спосіб: варто було виникнути будь-якому з цих трьох звичаїв [аборт, дітовбивство, утримання від статевих стосунків], як у процесі природного добору він починав практикуватися так, аби мати наслідком наближення до бажаної чисельності».

Дуже примітне викладення цієї підставової ідеї можна знайти в двох студіях В.К.Кліффорда: «On the scientific basis of morals» (1873) та «Right and wrong: the scientific ground of their distinction» (1875), обидві перевидані в W.K.Clifford, *Lectures and Essays* (London, 1879), vol.2, зокрема p.112-121 та 169-172, звідки процитуємо тут лише деякі з найдоречніших уривків:

«Пристосування засобів до цілей можна здійснити двома відомими нам нині способами: у процесі природного добору та за допомогою інтелекту, в якому образ чи ідея цілі передують застосуванню цих засобів. В обох випадках існування пристосування пояснюється необхідністю чи корисністю цілі. Мені здається доречним для обох цих випадків (але для жодних інших, що можуть стати відомі в майбутньому) вживання слова *призначення* для загального позначення цілі, до якої пристосовуються певні засоби, за умови, що це пристосування пояснюється необхідністю цілі. Нібито нема чого заперечити також проти вживання вислову «кінцева мета» в цьому широкому сенсі, якщо його взагалі дотримуватися. Тоді слово «замір» можна залишити для особливого випадку пристосування за допомогою інтелекту, й ми можемо сказати, що відтоді як було осягнуто процес природного добору, *призначення* вже не означало для обізнаних людей *заміру,* за винятком випадків імовірної незалежної діяльності людей [p.117]. Зрештою вижили ті племена, в яких сумління схвалювало дії, що могли сприяти розвиткові громадянських властивостей людей, а отже — виживанню племені. Звідси випливає, що моральна свідомість окремої людини, хоча й грунтується на досвіді племені, є суто інтуїтивною, бо сумління не наводить аргументів (p.119|. *Наше відчуття правильного й неправильного походить від того порядку, який ми маємо можливість спостерігати»* [p. 121; курсив мій — *Ф.Х.].*

поведінки, тобто з комплексу правил, яких він не створював, але які починають керувати діями людей, тому що дії, узгоджені з ними, виявилися успішнішими, ніж дії супротивних людей чи груп*.

На початку не існує різниці між звичаями, яких людина мусить дотримуватися, аби досягти конкретного результату, та звичаями, яких їй слід дотримуватися. Існує лише один установлений спосіб щось робити, а знання причин і наслідків не відрізняється від знання доречної чи дозволеної форми дій. Знання світу — це знання того, що повинна, а чого не повинна робити людина за певних обставин. Для уникнення небезпеки так само важливо знати, чого ніколи не можна робити, як і знати, що треба робити, — для досягнення того чи іншого результату.

Отже, ці правила поведінки не розвинулися як визнані умови досягнення відомої цілі, а еволюціонували завдяки тому, що групи, які їх дотримувалися, виявилися успішнішими й витіснили інші групи. Це були правила, які у відповідному реальному оточенні гарантували виживання більшої кількості груп чи окремих людей, що застосовували їх на практиці. Таким чином, проблема успішного поводження в світі, лише частково відомому людині, розв'язувалася шляхом ретельного додержування правил, які добре їй слугували, хоча істинність цих правил не була й не могла бути їй *відома* в картезіанському сенсі.

Отож у цих правил, які керують людською поведінкою й надають їй розумного вигляду, існують дві ознаки, які ми постійно підкреслюватимемо, бо в конструктивістському підході приховане заперечення розумності дотримання таких правил. Звичайно, в розвинутому суспільстві до цього типу належати-

* Див. A.M.Carr-Saunders, op. cit., p.302: «Розумові властивості пристосовуються до всієї сукупності традиційного [на відміну від фізичного] оточення. Людей починають добирати згідно з потребами суспільної організації, а в міру того як кількість традицій зростає, — також згідно зі здатністю вбирати традиції». Див. також Peter Farb, *Man's Rise to Civilization* (New York, 1968), p. 13: «Те, що суспільства приходять до різних способів життя, є наслідком не так свідомого вибору, як несвідомого пристосування. Не всі суспільства поставлені в однакові зовнішні умови й не всі одночасно отримують можливість такого вибору. З різних причин деякі суспільства пристосовуються до обставин в один спосіб, деякі — в інший, а деякі не пристосовуються взагалі. Пристосування — це не свідомий вибір, і люди, з яких складається суспільство, зовсім не розуміють, що вони роблять; вони знають лише, що та чи інша альтернатива виявляється дійовою, навіть якщо стороннім вона здається дивною». Див. також Alexander Alland, Jr. *Evolution and Human Behavior* (New York. 1967).

муть лише окремі правила, але ми хочемо зробити особливий наголос на тому, що навіть такі високорозвинені суспільства завдячують своїм порядком деяким із таких правил.

Перша з двох ознак, які первісно характеризували більшість правил поведінки, полягає в тому, що цих правил дотримують у вчинках, хоча вони не відомі людині у сформульованому («вербалізованому», чітко висловленому) вигляді. Вони виявляються в упорядкованості дій, які можна точно описати, але ця упорядкованість не є наслідком здатності людини формулювати ці правила. Друга ознака — те, що таких правил починають дотримуватися тому, що вони надають групі, в якій вживаються, реальних переваг, а не тому, що цей наслідок відомий людям, які керуються даними правилами. Хоча такі правила починають користуватися загальним визнанням завдяки тому, що їх виконання призводить до певних наслідків, люди виконують їх без наміру викликати ці наслідки, бо можуть не завжди про них знати.

Ми не можемо розглянути тут складне питання щодо того, як люди можуть навчатися один від одного таких правил поведінки, часто цілком абстрактних, шляхом наслідування прикладу та імітації (тобто «за аналогією»), причому ані ті, хто подає приклад, ані ті, хто його наслідує, можуть не усвідомлювати існування цих правил і все ж таки суворо дотримуватися їх. Найвідоміший нам приклад цієї проблеми — вивчення мови дітьми, здатними правильно відтворювати найскладніші вислови, яких вони раніше ніколи не чули*; однак це трапляється й у сферах, які стосуються етикету, обичайності та права, а також більшості професійних навичок, де ми керуємося правилами, яких не можемо сформулювати, хоча знаємо, як їх виконувати.

Важливим моментом є те, що кожна людина, яка зростає в умовах певної культури, може знайти правила в собі або виявити, що діє згідно з правилами, аналогічним чином розглядаючи вчинки інших як відповідні чи не відповідні різним прави-

* Це переконливе спостереження, на якому за нових часів першим наголосив Отто Єсперсен у книжці *Language, Its Nature, Development and Origin* (London, 1922), p. 130, згадував ще Адам Фергюсон у *Principles of Moral and Political Science* (Edinburgh, 1792), vol.1, p. 7: «Бездоганна аналогія мовних зворотів, на якій грунтуються правила граматики, відповідає духу людини. Вона нерідко вводить в оману дітей, які дотримуються принципу аналогії там, де усталена практика насправді від нього відхиляється. Так, один маленький хлопчик на запитання, звідки в нього іграшка, відповів, що йому *покупував* її батько».

лам. Це, звичайно, не доводить, що правила є постійною та незмінною часткою «людської натури», тобто є природженими, а доводить лише те, що вони — частка культурної спадщини, яка є, ймовірно, досить сталою, особливо за умови, що ці правила не формулюються словами й тому не підлягають обговоренню чи свідомому дослідженню.

ОБЛУДНИЙ ПОДІЛ НА «ПРИРОДНЕ» ТА «ШТУЧНЕ»

Обговоренню проблем, які нас цікавлять, тривалий час заважало загальне схвалення оманливого розмежування, запровадженого давніми греками. Від впливу пов'язаної з ним плутанини ми ще й досі не зовсім звільнилися. Йдеться про поділ явищ на «природні» та «штучні» (за сучасною термінологією). Первинними грецькими термінами, запровадженими, здається, софістами V ст. до нашої доби, були *physei,* що значить «за природою», і, на протилежність, — *nomo* (найкраще перекладається як «за звичаєм») або *thesei,* що приблизно означає «за свідомим рішенням»*. Вживання двох термінів з дещо різним значенням для висловлення другої частини дихотомії свідчить про заплутаність, що відтоді була пов'язана з дискусіями на ці теми. Гадане розмежування можливе чи то між речами, які існували самостійно, та речами, що виникли внаслідок людської *діяльності,* чи то між речами, що виникли незалежно від людського *заміру,* та речами, які постали внаслідок нього. Неспроможність виявити різницю між цими двома значеннями призвела до ситуації, коли один автор міг називати те чи інше явище штучним, бо воно було результатом людських дій, а інший описував те саме явище як природне, бо воно вочевидь не було результатом людського заміру. Лише у XVIII ст. такі філософи, як Бернард Мандевіль і Девід Г'юм, з'ясували, що існує певна категорія явищ, яку, в залежності від того, якій із двох дефініцій віддається перевага, можна віднести чи то до однієї, чи то до іншої з двох категорій, а тому слід зарахувати її до окремого — третього — класу явищ, який Адам Фергюсон пізніше схарактеризував як «результат людської діяльності, але не людського заміру»*. Це були явища, пояснення яких потре-

* Див. F.Heinimann, *Nomos and Physis* (Basel, 1945); John Burnet, «Law and nature in Greek Ethics», *International Journal of Ethics,* VII, 1893, та *Early Greek Philosophy,* 4th ed. (London, 1930), p.9; а особливо — Karl R. Popper, *The Open Society and Its Enemies* (London and Princeton, 1945 and later), зокрема розд. 5.

бувало іншої теоретичної системи, й вони поступово ставали темою теоретичної соціології.

Однак більш ніж за два тисячоліття, протягом яких запроваджене давніми греками розмежування майже беззастережно панувало у філософії, воно пустило глибокі коріння в ідеях і мові. У II ст. нашої доби латинський граматист Авл Геллій переклав грецькі терміни *physei* і *thesei* як *naturalis* і *positivus,* звідки більшість європейських мов успадкувала терміни для характеристики двох видів права**.

Пізніше обговорення цих питань знайшло багатообіцяючий розвиток у дискусіях середньовічних схоластів, які наблизилися до визнання проміжної категорії явищ — «результату людської діяльності, але не людського заміру». У XII ст. дехто з цих авторів почав зараховувати до *naturalis* усе, що не було наслідком людського винаходу чи свідомого створення***; із плином часу стало дедалі більше визнаватися, що до цієї категорії належать численні соціальні явища. В обговоренні проблем суспільства останніми з цих схоластів, іспанськими єзуїтами XVI ст., *naturalis* стало технічним терміном для соціальних явищ, не створених свідомим зусиллям людської волі. У праці одного з них, Луїса Моліни, пояснюється, наприклад, що «природна ціна» отримала таку назву тому, що «вона виникає зі самої речі, безвідносно до людських законів і указів, але залежить від багатьох обставин,

---

* Adam Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society* (London, 1767), p. 187: «Народи наражаються на істеблішменти, які дійсно є результатом людської діяльності, але не виконанням будь-якого людського заміру». У вступі до останнього видання цієї праці (Edinburgh, 1966), p.XXIV, Дункан Форбс зазначає:

«Фергюсон, як і Сміт, Міллар та інші (але не Г'юм [?]), обійшовся без «Законодавців і Засновників держав» — забобону, який, на думку Дюркгейма, заважав розвиткові соціології більше за будь-що і який можна знайти навіть у Монтеск'е. ... Міф про Законодавця розквітнув у XVIII ст. з різноманітних причин, і його зруйнування було, можливо, найоригінальнішим і найсміливішим успіхом соціології шотландського Просвітництва».

** Див. Sten Gagnèr, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Uppsala, 1960), pp.208, 242. Отже, вся плутанина, пов'язана зі суперечкою між правовим позитивізмом і теоріями природного права, мабуть, бере свій початок безпосередньо в облудній дихотомії, яку ми тут обговорюємо.

*** Ibid., p.231, про Guillaume de Conches та, зокрема, його твердження: «Et est positiva que est ab hominibus inventa ut suspensio latronis. Naturalis vero que non est homine inventa».

які її змінюють: від настроїв людей, їхньої оцінки та порівняння різних способів використання, іноді від розсуду та свавілля однієї людини»*. Адже, ці наші прабатьки думали й «діяли під сильним враженням від неосвіченості людства та його схильності до помилок»**, стверджуючи, наприклад, що точна «математична ціна», за яку було б справедливо продавати той чи інший товар, відома лише Богові, бо залежить від більшої кількості обставин, аніж може знати будь-яка людина, й тому визначення «справедливої ціни» треба полишити ринку***.

Однак ці початки еволюційного підходу в XVI-XVII ст. було придушено з виникненням конструктивістського раціоналізму, внаслідок чого і термін «розум», і термін «природне право» цілком змінили своє значення. «Розум», з яким пов'язувалася, між іншим, здатність душі відрізняти добро від зла, тобто те, що узгоджувалося зі встановленими правилами, від того, що їм не відповідало****, почав означати здатність створювати такі правила, виводячи їх із чітко сформульованих засновків. Через це концепція природного права перетворилася на концепцію «закону розуму», тобто майже на протилежність того, що малося на увазі. Це нове раціоналістичне природне право Гроція та його послідовників+ насправді мало спільну з опонентами-позитивістами концепцію, згідно з якою будь-яке право ство-

---

* Luis de Molina, *Dejustitiaetjure* (Cologne, 1596-1600), tom. II, disp. 347, no. 3. Щодо Моліни див. Wilhelm Weber, *Wirtschaftsethikam Vorabend des Liberalismus* (Münster, 1959) і W.S.Joyce, «The economics of Louis Molina» (1948), unpublished Ph.D. thesis, Harvard University.
** Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, in *Works* (London, 1808), vol.5, p.437.

*** Johannes de Lugo, *Disputationum dejustitia etjure tomus secundus* (Lyon, 1642), disp. 26, section 4, No. 40: «Incertitudo ergo nostra circa pretium justum Mathematicum ... provenit ex Deo, quod non sciamus determinare»; див. також Joseph Höffner, *Wirtschaftsethik und Monopole im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert* (Jena, 1941), pp.114-115.

**** У розумінні Джона Локка. Див. його *Essays on the Law of Nature* (1676): «За допомогою розуму... Я думаю, що тут мається на увазі не спроможність розуміння, яка формує хід думок і логічно виводить докази, а певні визначені принципи дій, від яких походять усі чесноти й усе, що потрібно для належного формування моральних засад... Розум скоріше шукає і виявляє цей закон природи, ніж установлює та проголошує його. ... Він не стільки творець цього закону, скільки його тлумач».

+ Див. Joseph Kohler, «Die spanische Naturrechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts», *Archiv fur Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, X,

рюється розумом або принаймні може бути за його допомогою цілком обгрунтоване; єдина розбіжність полягала в тому, що раціоналісти припускали можливість логічного виведення права з апріорних засновків, а позитивісти розглядали його як зважене тлумачення на підставі емпіричних знань про його вплив на досягнення жаданих людиною цілей.

ВИНИКНЕННЯ ЕВОЛЮЦІЙНОГО ПІДХОДУ

Після картезіанського рецидиву антропоморфічного мислення щодо цих питань Бернард Мандевіль і Девід Г'юм вдалися до нової спроби їхнього розгляду. Можливо, більше за природне право їх надихала традиція англійського загального права, особливо у викладенні Метью Гейла*. Ставало дедалі зрозуміліше, що формування впорядкованих норм людських стосунків, які не були свідомою метою людської діяльності, порушувало проблему, розв'язання якої потребувало розробки певної системної соціальної теорії. В економічній галузі ця потреба була задоволена в другій половині XVIII ст. шотландськими філософами-моралістами на чолі з Адамом Смітом і Адамом Фергюсоном, а необхідні висновки для політичної теорії блискуче сформулював великий провидець Едмунд Берк, хоча в його працях ми марно шукатимемо якоїсь системної теорії. В Англії цей рух зазнав нової невдачі внаслідок втручання конструктивізму у формі Бентамового утилітаризму**, але на континенті йому надали нової життєвої сили «історичні шко-

---

1916-1917, особливо p.235, а також A.P.D'Entreves, *Natural Law* (London, 1951), pp.51 et seq., та зауваження на p.56 про те, «як несподівано стикаємося ми з доктриною, що має цілеспрямований намір тлумачити громадянське суспільство як наслідок свідомого акту волі з боку тих, хто його складає». Див. також John C.H. Wu, «Natural law and our common law», *Fordham Law Review,* XXIII, 1954, 21-22: «Сучасні спекулятивні, раціоналістичні філософії «природного права» — це відхилення від головного шляху схоластичної традиції... Вони діють *більш геометрично».*

* Щодо Метью Гейла див., зокрема, J.G.A.Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law* (Cambridge, 1957), Ch.7.

** Див. цікаве спостереження J.M.Guyau, *La Morale anglaise contemporaine* (Paris, 1879), p.5: «Послідовники Бентама порівнюють свого вчителя з Декартом. «Дайте мені матерію та рух, — говорив Декарт, — і я створю світ»; але Декарт говорив лише про фізичний світ — витвір інертний і нечутливий... «Дайте мені, — може сказати в свою чергу Бентам, — людські почуття: радість і біль, страждання

ли» мовознавства та права*. Слідом за першими кроками, зробленими шотландськими філософами, систематичний розвиток еволюційного підходу до суспільних явищ відбувся передусім у Німеччині — завдяки зусиллям Вільгельма фон Гумбольдта та Ф.К. фон Савіньї. Ми не можемо тут розглянути цей розвиток у галузі лінгвістики, хоча тривалий час вона була єдиною позаекономічною сферою, в якій було досягнуто послідовної теорії, а те, якою мірою теорія права з римських часів збагачувалася концепціями, запозиченими у граматистів, заслуговує на краще усвідомлення, ніж існує тепер**. У суспільних науках еволюційний підхід повернувся до англійської традиції завдяки послідовникові Савіньї Генрі Мейну***. А на континенті найповнішим підтвердженням чільного місця, яке в усіх суспільних науках займає проблема спонтанного формування інститутів, та її генетичного характеру став великий огляд суспільнонаукових методів, зроблений у 1883 р. засновником австрійської економічної школи Карлом Менгером. Останнім часом надзвичайно плідним виявився вплив на розвиток цієї традиції культурної антропології — принаймні дехто з її провідних представників цілком усвідомлює її походження****.

й задоволення, — і я створю моральний світ. Я створю не лише справедливість, а й великодушність, патріотизм, філантропію та всі чесноти, приємні чи величні в своїй чистоті та піднесеності».

* Щодо опосередкованого впливу Едмунда Берка на німецьку історичну школу через гановерських учених Ернста Брандеса та А.В.Рерберга див. H.Ahrens, *Die Rechtsphilosophie oder das Naturrecht,* 4th ed. (Vienna, 1852), p.64, а також більш нові дослідження: Gunnar Rexius, «Studien zur Staatslehre der historischen Schule», *Historische Zeitschrift,* CVII, 1911; Frieda Braun, *Edmund Burke in Deutschland* (Heidelberg, 1917); Klaus Epstein, *The Genesis of German Conservatism* (Princeton, 1966).

** Див. Peter Stein, *Regulae Juris* (Edinburgh, 1966), ch.3.

*** Див. Paul Vinogradov, *The Teaching of Sir Henry Maine* (London, 1904), p.8: «Він [Мейн] розробляв свій підхід до дослідження права здебільшого під проводом німецької школи історичного правознавства, яка сформувалася навколо Савіньї та Ейхгорна. Спеціальні розвідки, присвячені в його праці *Ancient Law* заповіту, договору, володінню тощо, не залишають сумнівів щодо сильного впливу на нього творчості Савіньї та Пухти».

**** Щодо походження соціальної антропології від соціальної та правової філософії XVIII—XIX ст. див. E.E.Evans-Pritchard, *Social Anthropology* (London, 1915), p.23, та Max Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society* (New York, 1965), p. 17.

Оскільки концепція еволюції відіграватиме головну роль у всій нашій дискусії, важливо з'ясувати деякі непорозуміння, що останнім часом знеохотили дослідників суспільства користуватися цією концепцією. Першим із них є хибна думка, нібито суспільні науки запозичили цю концепцію в біології. Насправді було навпаки, і якщо Чарльзові Дарвіну вдалося успішно застосувати до біології поняття, яким він значною мірою зобов'язаний суспільним наукам, воно через це не втрачає свого значення для сфери, з якої походить. Саме в дискусіях навколо таких соціальних утворень, як мова та обичайність, право та гроші, у XVIII ст. було нарешті чітко сформульовано споріднені концепції еволюції та стихійного формування порядку, й вони стали тим інтелектуальним знаряддям, яке Дарвін і його сучасники спромоглися застосувати до біологічної еволюції. Для цих філософів моралі та історичних шкіл права й мови XVIII ст. цілком доречна характеристика, яку дехто з теоретиків мови XIX ст. дав собі насправді: додарвінови дарвіністи*.

---

* На додаток до таких нових розвідок, як J.W.Burrow, *Evolution and Society: A Study in Victorian Social Theory* (Cambridge, 1966), Bentley Glass (ed), *Forerunners of Darwin* (Baltimore, 1959), M.Banton (ed), *Darwinism and the Study of Society* (London, 1961), Betty J.Meggers (editor for the Anthropological Society of Washington), *Evolution and Anthropology: A Centennial Appraisal* (Washington, 1959) та C.C.Gillispie, *Genesis and Geology* (Cambridge, Mass., 1951), див., зокрема, про вплив Девіда Г'юма на діда Чарльза Дарвіна, Еразма Дарвіна: H.F.Osbom, *From the Greeks to Darwin,* 2d ed. (New York, 1929), p.217; F.C.Haber in Bentley Glass (ed), op. cit., p.251; про той факт, що всі три незалежні дослідники теорії еволюції (Чарльз Дарвін, Альфред Рассел Воллес і Герберт Спенсер) перейняли цю ідею в соціальної теорії, див. J. Arthur Thompson, «Darwin's predecessors» in A.C.Seward (ed), *Darwin and Modern Science* (Cambridge, 1909), p.19; окремо про Дарвіна див. E.Radl, *Geschichte der biologischen Theorien,* II (Leipzig, 1909), p.121.

Див. також C.S.Peirce, «Evolutionary love» (1893), передрук у *Collected Papers,* ed. by C.Hartshorn, P.Weiss (Cambridge, Mass., 1935), vol.6, p.293: «Походження видів» Дарвіна лише поширює прогресивні політико-економічні погляди на всю царину тваринного й рослинного життя». Ця позиція загалом вдало підсумована в праці Simon N.Patten, *The Development of English Thought* (New York, 1899), p.XXIII: «Як Адам Сміт був останнім із моралістів і першим із економістів, так Дарвін був останнім із економістів і першим із біологів». Варто також відтворити два добре відомих висловлювання Фредерика Поллока; перше — з *Oxford Lectures and Other Discourses* (London, 1890), p.41:

«Доктрина еволюції — це не що інше, як історичний метод, застосований до фактів природи, а історичний метод — не що інше, як

Соціальні теоретики XIX ст., яким Дарвін був потрібний, аби навчитися в нього ідеї еволюції, були нікчемами. На жаль, дехто з них виклав і опублікував погляди, які під назвою «соціального дарвінізму» відтоді стали відповідальними за недовіру суспільствознавців до поняття еволюції. Звичайно, існують значні відмінності між способом, в який процес добору діє в передачі культури, внаслідок чого утворюються соціальні інститути, та способом його дії у доборі природжених, а не переданих культурним шляхом здібностей людей. Однак попри те, що схема дарвінової теорії має лише обмежене застосування до другого способу й її буквальне використання призводить до серйозних викривлень, підставова концепція еволюції залишається однаковою для обох сфер.

Другим великим непорозумінням, яке мало наслідком дискредитацію теорії соціальної еволюції, є переконання, що теорія еволюції складається із «законів еволюції». Це справедливо щонайбільше в певному особливому значенні слова «закон», але, безперечно, не має відношення (як часто вважається) до констатації необхідної послідовності окремих етапів чи фаз, яку має пройти процес еволюції і з якої можна методом екстраполяції вивести прогнози її майбутнього перебігу. Теорія еволюції у власному розумінні цього слова дає лише пояснення певного процесу, результат якого може залежати від дуже ве-

---

доктрина еволюції, застосована до людських суспільств та інститутів. Коли Чарльз Дарвін створював філософію природної історії (бо на менш гучну назву не заслуговує ідея, що перетворила знання органічної природи з безлічі частковостей на послідовне ціле), він працював у тому самому дусі й заради тієї самої мети, що й великі публіцисти, які зважали на його галузь не більше, ніж він на їхню, але своїм терплячим дослідженням історичних фактів заклали основу міцної та раціональної філософії політики й права. Савіньї, якого ми поки що недостатньо знаємо й шануємо, або наш власний Берк, якого ми знаємо й шануємо, але не можемо вшанувати достатньо, були дарвіністами ще до Дарвіна. Певною мірою те саме можна сказати про великого француза Монтеск'є, чий нерівноцінний,але повчальний геній було загублено в поколінні формалістів».

Друге висловлювання взято з *Essays in the Law* (London, 1922), p. 11: «Давнє право» та «Походження видів» були насправді наслідком — у різних галузях — одного й того самого інтелектуального руху — того, який ми пов'язуємо зі словом «еволюція».

Претензію йменуватися додарвіновими дарвіністами висловили лінгвісти August Schleicher, *Die Darwinsche Theorie und die Sprachwissenschaft* (Weimar, 1867) та Max Müller, «Darwin's Philosophy of Language», *Fraser 's Magazine,* VII, 1873, 662.

ликої кількості конкретних обставин — надто великої, аби ми могли знати їх загалом, — і тому не дозволяє прогнозувати майбутнє. Внаслідок цього ми обмежуємося «поясненнями принципу», тобто прогнозуванням лише абстрактної схеми, якої може дотримуватися цей процес*.

Гадані закони всеосяжної еволюції, нібито виведені зі спостережень, насправді не мають нічого спільного з обґрунтованою теорією еволюції, яка пояснює цей процес. Вони походять від зовсім інших концепцій — історицизму Конта, Гегеля та Маркса з їхнім голістичним підходом — і стверджують суто містичну доконечність, з якою еволюція має відбуватися в певний визначений наперед спосіб. Хоча треба визнати, що первісне значення терміну «еволюція» пов'язане з «розгортанням» потенційних можливостей, закладених у зародку, процес, яким біологічна та соціальна теорії еволюції пояснюють виникнення різних складних структур, не передбачає такої послідовності окремих кроків. Тому ті, для кого поняття еволюції пов'язане з доконечними послідовностями визначених наперед «етапів» чи «фаз», які обов'язково має пройти в своєму розвиткові кожний організм або інститут, мають підстави відхиляти таку концепцію еволюції, яка не має наукового підтвердження.

У цьому місці ми лише коротко нагадаємо, що часті спроби використати концепцію еволюції не лише як пояснення виникнення правил поведінки, а й як підставу для директивної науки етики, також не ґрунтуються на загальновизнаній теорії еволюції, а належать до тих екстраполяцій видимих тенденцій як «законів еволюції», що не піддаються обґрунтуванню. Про це треба сказати, бо дехто з визначних біологів, які, безсумнівно, розуміються на теорії еволюції у власному значенні цього слова, спокушався на такі твердження**. Однак тут наша мета

---

* Існує реальна небезпека, що в соціальній антропології дехто з найзавзятіших прихильників еволюціонізму (наприклад, послідовники Леслі А. Вайта) можуть ще раз дискредитувати відновлений еволюційний підхід, сполучивши обґрунтовану «конкретну» еволюцію з тим, що вони називають «загальною» еволюцією вищезгаданого типу. Див., зокрема,M.D.Sahlins, E R.Service, *Evolution and Culture* (Ann Arbor, Mich., 1960).

** Див. C.H.Waddington, *The Ethical Animal* (London, 1960); T.H.Huxley, Julian Huxley, *Evolution and Ethics 1893-1943* (London, 1947); J.Needham, *Time: The Refreshing River* (London, 1943); A.G.N.Flew, *Evolutionary Ethics* (London, 1967).

полягає лише в демонстрації того, що зловживання поняттям еволюції у таких сферах, як антропологія, етика, а також право, що на якийсь час дискредитували це поняття, грунтувалися на хибному уявленні про природу теорії еволюції: якщо сприймати поняття еволюції у його правильному значенні, то все ж таки складні, спонтанно сформовані структури, з якими має справу соціальна теорія, можна зрозуміти лише як наслідок процесу еволюції, і тому тут «генетичний елемент невід'ємний від ідеї теоретичних наук»*.

ІНЕРЦІЯ КОНСТРУКТИВІЗМУ В СУЧАСНІЙ ДУМЦІ

Важко точно визначити міру, якою конструктивістська омана протягом останніх трьохсот років визначала позиції багатьох із найбільш незалежних і сміливих мислителів. Відхилення пояснень, які давала релігія щодо джерел виникнення й підстав чинності традиційних норм моралі та права, призвело до відхилення самих цих норм, якщо їх не можна було розумно обґрунтувати. Саме досягненням у такому «звільненні» людського розуму завдячує своєю відомістю багато хто зі славнозвісних філософів цього періоду. Для ілюстрації ми оберемо майже навмання лише кілька характерних прикладів**.

Одним із найвідоміших є, звичайно, Вольтер, чиї погляди на проблему, якою ми переважно займатимемося, знайшли віддзеркалення в заклику: «Ви хочете добрих законів? То спаліть ті, що маєте, й зробіть нові»***.

Ще більший вплив мав Руссо, про якого було добре сказано: «Для нього навіть не існувало законів окрім тих, яких бажали живі люди — це було його найбільшою єрессю з багатьох точок зору, у тому числі з християнської; це було також найзначнішим його твердженням у політичній теорії... Те, що він робив (а це було досить революційно), мало підірвати віру багатьох людей у справедливість суспільства, в якому вони

---

* Carl Menger, *Problems of Economics and Sociology,* ed. by Louis Schneider (Urbana, Ш., 1963), p.94.

** На чолі цієї традиції треба, мабуть, поставити Б.Спінозу та його часто цитоване висловлювання з «Етики»: «Вільною людиною є той, хто живе згідно з настановами одного лише розуму».

*** Voltaire, *Dictionnaire Philosophique,* s.v. «Loi», in *Oeuvres completes de Voltaire,* ed. by Hachette, torn. XVIII, p.432: «Voulez-vous de bonnes lois? Brulez les votres et faites nouvelles»

жили»*. І він робив це, вимагаючи від «суспільства» справедливості, немовби воно було мислячою істотою.

Відмова визнавати обов'язковими будь-які правила поведінки, підставність яких не було розумно доведено або «зроблено зрозумілою й незаперечною для кожного громадянина»**, в XIX ст. стає постійною темою обговорення. Два приклади проілюструють цю позицію. На початку XIX ст. Олександр Герцен висловив таку думку: «Ви хочете вказівок, а мені здається, що в певному віці соромно читати зі вказівками. (Адже] насправді вільна людина створює свою власну мораль»***. І в такому самому стилі один видатний сучасний філософ-позитивіст стверджує, нібито «силу розуму треба шукати не в правилах, які цей розум диктує нашій уяві, а в здатності звільнятися від будь-яких правил, зумовлених нашим досвідом і традицією»****.

З-поміж типових представників філософії наших днів найкращий опис цього стану думок належить лордові Кейнсу — в лекції під назвою «Мої перші переконання»+. Розповідаючи в 1938 р. про часи за тридцять п'ять років до того, коли йому було двадцять, він говорить про себе й своїх друзів: «Ми цілковито відмовлялися визнавати свій особистий обов'язок підкорятися загальним правилам. Ми претендували на право оцінювати кожну окрему річ за її суттю, а також на достатні для цього розважливість, досвід і самоконтроль. Це був дуже важливий складник нашої віри, яку ми обстоювали запекло й агресивно, і для зовнішнього оточення він був нашою найочевиднішою та найнебезпечнішою ознакою. Ми цілковито відкидали звичаєву мораль, умовності й мудрість традицій. Ми були, так би мовити, аморальними людьми в строгому значенні цього слова... Ми не визнавали необхідності підлягати чи підкорятися будь-якому моральному обов'язку або внутрішньому схваленню. Перед Богом ми претендували бути суддями в своїх власних справах». До цього Кейнс додав: «Що стосується мене,

---

* R. A.Palmer, *The Age of Democratic Revolution,* vol.1 (Princeton, 1959), p.114.

** Edmund Burke, «A Vindication of natural society», Preface in *Works* (London, 1808), p.7.

*** Alexander Herzen, *From the Other Shore,* ed. by I.Berlin (London, 1956), pp.28, 141.

**** Hans Reichenbach, *The Rise of Scientific Philosophy* (Berkeley, Calif., 1951), p 141

+ Наведено в John Maynard Keynes, *Two Memoirs* (London, 1949), p.97.

то вже занадто пізно змінюватися. Я залишаюся тепер і назавжди аморальною людиною».

Для кожного, хто зростав напередодні першої світової війни, очевидно, що то було не притаманне «блумсберійській групі» ставлення, а дуже поширена позиція, яку поділяла більшість найактивніших і найнезалежніших умів тієї доби.

НАША АНТРОПОМОРФІЧНА МОВА

Те, як глибоко хибне конструктивістське чи інтенціоналістське тлумачення проймає наші роздуми про суспільні явища, стає видно, коли ми розглядаємо значення багатьох із тих термінів, якими маємо користуватися, говорячи про ці явища. Адже більшість помилок, проти яких ми висуватимемо аргументи впродовж усієї цієї книжки, так глибоко вкоренилися в нашій мові, що необачне вживання загальновизнаних термінів майже неминуче призводить до хибних висновків. Мова, якою нам доводиться користуватися, розвивалася протягом тисячоліть, коли будь-який порядок людина могла збагнути лише як наслідок плану, а виявлену нею в різних явищах систему вважала доказом діяльності якогось уособленого планувальника. Внаслідок цього практично всі терміни, які ми маємо в своєму розпорядженні для опису таких упорядкованих структур чи їх функціонування, несуть у собі припущення, нібито ці структури створені якоюсь персоніфікованою рушійною силою. Через це вони регулярно спричиняються до хибних висновків.

Певною мірою це стосується всієї наукової термінології. Фізичні науки мають справу з термінами антропоморфного походження не менше, ніж біологія чи соціальна теорія. Однак фізик, який говорить про «силу», «інерцію» чи «дію» одного тіла на інше, вживає ці терміни в загальнозрозумілому технічному сенсі, який навряд чи може ввести в оману. Коли ж говорять про суспільство, що воно «діє», це одразу викликає дуже оманливі асоціації.

Взагалі ми можемо назвати цю тенденцію «антропоморфізмом», хоча це не зовсім точний термін. Для більшої точності нам слід було б зробити розрізнення між примітивнішим ставленням, яке *персоніфікує* такі об'єкти, як суспільство, приписуючи їм існування розуму, й яке правильно характеризувати як *антропоморфізм* чи *анімізм,* та трохи складнішим тлумаченням, яке приписує впорядкованість і функціонування цих об'єктів *замірові* певної особливої сили й яке краще визначати

як *інтенціоналізм, артифіціалізм** або (як ми робимо тут) *конструктивізм.* Проте ці дві тенденції переходять одна в одну більш-менш непомітно, і для своїх цілей ми, як правило, вживатимемо термін «антропоморфізм», не вдаючись до детальнішого розрізнення.

Оскільки практично вся наявна термінологія для обговорення спонтанних порядків, які становитимуть предмет нашого інтересу, має такі оманливі співзначення, ми змушені певною мірою довільно вирішувати, які слова вживати в строго неантропоморфічному сенсі, а які — для позначення заміру чи плану. Однак заради зрозумілості багатьох термінів важливо, аби ми вживали їх для позначення лише результатів свідомого вивершення або лише результатів спонтанного утворення, не сплутуючи одне з одним. Проте інколи — наприклад, у випадку зі словом «порядок» — може виникнути необхідність вжити його в нейтральному сенсі, який охоплює як спонтанний устрій, так і «організацію» чи «впорядкування». Останні два слоза, які ми застосовуватимемо лише до результатів заміру, свідчать про те, що терміни, які завжди означають замір, і терміни, які не мають його на увазі, знайти однаково важко. Біолог, як правило, не вагаючись говорить про «організацію», не маючи на увазі заміру, але було б дивно почути від нього, що якийсь організм не просто має певну організацію, а й сам є нею або що його було організовано. Нам здається, що роль, яку відігравав термін «організація» в розвитку сучасної політичної думки, та значення, якого надає йому сучасна «організаційна теорія», в даному контексті виправдовують обмеження його застосування лише результатами заміру.

Визначення відмінності між створеним порядком і порядком, який утворюється сам, внаслідок повторюваності дій своїх складників, буде головною темою наступного розділу, тому тут ми більше не зупинятимемося на цьому. А в другому томі на нас чекає досить детальний розгляд майже завжди заплутаного характеру слівця «соціальний», яке завдяки своїй надзвичайно невловимій природі додає заплутаності майже кожному висловлюванню, де воно вживається.

Ми виявимо також, що коли суспільство «діє» або «поводиться» з людьми, «відплачує» їм чи «винагороджує» їх, «оці-

---

* Див. J.Piaget, *The Child's Conception of the World* (London, 1929), p.359: «Дитина починає з пошуку свідомого заміру скрізь, і лише в другу чергу її цікавить розподіл на заміри самих речей (анімізм) і заміри творців цих речей (артифіціалізм)».

нює», «володіє» чи «керує» речами чи послугами, коли воно за щось «відповідальне» або в чомусь «винне», має «потяг» чи «мету», може бути «справедливим» або «несправедливим», коли його економіка «розподіляє» чи «розміщує» ресурси, — всі ці поширені поняття пов'язані з хибним інтенціоналістським чи конструктивістським тлумаченням слів, які можуть уживатися і без такого співзначення, але майже неминуче ведуть того, хто ними користується, до неправомірних висновків. Ми побачимо, що така плутанина лежить в основі засадничих концепцій надзвичайно впливових філософських напрямів, які цілком піддалися переконанню, нібито всі правила чи закони були неодмінно кимось винайдені або відверто встановлені. Лише за хибної передумови свідомого створення кимось усіх норм правильної поведінки стають правдоподібними такі софізми, як те, що будь-яке право на встановлення законів має бути деспотичним або що завжди має існувати якесь абсолютне «суверенне» джерело влади, з якого походять усі закони. Наслідками цієї плутанини є численні головоломки політичної теорії, що нагромаджувалися сторіччями, та численні концепції, що глибоко вплинули на еволюцію політичних інститутів. Це особливо стосується тієї традиції у теорії права, яка більше за всяку іншу пишається цілковитим уникненням антропоморфічних концепцій, — правового позитивізму. Адже дослідження виявляє, що він грунтується виключно на тому, що ми назвали конструктивістською оманою. Це фактично одне з головних відгалужень того раціоналістичного конструктивізму, який, буквально сприйнявши вислів про «створення» людиною всієї своєї культури та інститутів, зрештою опинився перед вигадкою про те, що будь-яке право є продуктом чиєїсь волі.

Ще один термін, який треба тут коротко згадати, бо його двозначність внесла аналогічну плутанину до соціальної теорії, зокрема до деяких позитивістських теорій права, — це слово «функція». Воно є майже обов'язковим для обговорення тих побудованих на принципі самозбереження структур, що їх ми знаходимо як у біологічних організмах, так і в спонтанних соціальних устроях. Такі функції можуть виконуватися без усвідомлення діючою стороною призначення її дій. Однак типовий антропоморфізм позитивістської традиції призвів до цікавого викривлення: з відкриття, що той чи інший інститут слугує для виконання певної функції, було зроблено висновок, що людей, які виконують цю функцію, має спрямовувати на це воля інших людей. Так, правильний здогад, що інститут приватної власності виконує функцію, необхідну для збереження спонтанно-

го устрою суспільства, призвів до переконання, що для цієї мети потрібні керівні повноваження якоїсь влади, і цю думку було навіть виразно сформульовано в конституціях деяких країн, що складалися під впливом позитивізму.

РОЗУМ І ВІДСТОРОНЕНІСТЬ

Аспекти картезіанської традиції, схарактеризовані нами як конструктивізм, нерідко називають просто раціоналізмом, а це може спричинити певні непорозуміння. Наприклад, стало звичайним вважати його перших критиків, особливо Бернарда Мандевіля та Девіда Г'юма, «антираціоналістами»*, і через це склалося враження, нібито ці «антираціоналісти» були менш зацікавлені в найефективнішому використанні розуму, ніж ті, хто особливо претендував на звання раціоналістів. Насправді ж так звані антираціоналісти наполягали на тому, що для забезпечення якомога більшої ефективності розуму потрібне осягнення обмеженості можливостей свідомого розуму й допомоги, яку ми отримуємо від не усвідомлюваних нами процесів, — осягнення, якого бракує конструктивістському раціоналізму. Тож якщо бажання зробити розум якомога ефективнішим — це те, що розуміють під раціоналізмом, то я теж раціоналіст. Якщо ж цей термін означає, що кожна конкретна дія має визначатися свідомим розумом, то я не раціоналіст, і такий раціоналізм видається мені дуже нерозумним. Безперечно, одним із завдань інтелекту є визначення чи то сфери, яку він має контролювати, чи то необхідності покладатися на інші сили, які він не в змозі цілковито контролювати. Отже, в зв'язку з цим краще робити розрізнення не між «раціоналізмом» і «антираціоналізмом», а між конструктивістським і еволюційним, або — за термінологією Карла Поппера — наївним і критичним раціоналізмом.

З невизначеним сенсом терміну «раціоналізм» пов'язані загальноприйняті опінії щодо ставлення до типової для «раціоналізму» «відстороненості». Це слово часто навіть вживається для характеристики надмірної схильності до абстракцій. Проте характерна ознака конструктивістського раціоналізму полягає саме в тому, що він не задовольняється абстракціями, не визнає відсторонених понять як засобу подолання складності кон-

---

* Як у минулому робив і я, наслідуючи попередніх авторів. Щодо причин того, чому тепер цей вислів здається мені облудним, див. мою лекцію «Різновиди раціоналізму» в *S.P.P.E.*

кретної реальності, яку наш розум не здатний цілком опанувати. З іншого боку, еволюційний раціоналізм визнає абстракції як необхідний інтелектуальний засіб, що дозволяє розуму трактувати реальність, якої він не може всебічно збагнути. Це пов'язане з тим фактом, що з конструктивістського погляду «абстрактність» розуміється як властивість, притаманна лише свідомому мисленню чи поняттям; насправді ж це ознака будь-яких процесів, що зумовлюють дію задовго до того, як з'являться в свідомих думках чи будуть висловлені в мовленні. Цей засадничий зв'язок, що характеризується як «абстрактний», присутній завжди, коли якийсь *тип* ситуації викликає в людині *схильність* до певної *схеми* реагування. Немає сумніву, що особливі можливості центральної нервової системи зумовлюються саме тим фактом, що конкретні подразники викликають конкретні реакції не прямим чином, а дозволяють певним категоріям чи конфігураціям стимулів спричиняти певний нахил до тих чи інших типів дій, і що лише поєднання багатьох таких нахилів визначає конкретну дію, яка виникне внаслідок цього. Ця «першість абстракції», як я назвав це в іншому місці*, тут скрізь вважатиметься доведеною.

Відтак абстрактність розглядатиметься тут не лише як властивість, більшою чи меншою мірою притаманна всім розумовим процесам (свідомим чи позасвідомим), а й як підстава здатності людини успішно діяти в світі, який вона знає дуже недосконало, тобто її пристосування до необізнаності з більшістю конкретних фактів свого оточення. Головна мета нашого наголосу на правилах, які керують нашими діями, — виявити центральне значення абстрактного характеру всіх розумових процесів.

Під таким кутом зору абстракція — це не те, що розум логічним шляхом виводить із свого сприйняття дійсності, а радше певна властивість категорій, якими він оперує, — не продукт інтелекту, а те, з чого складається інтелект. Ми ніколи не діємо й не могли б діяти за цілковитого врахування всіх фактів конкретної ситуації; наші дії завжди ґрунтуються на виокремленні лише деяких з її аспектів як таких, що мають відношення до справи, — не через свідомий вибір, а за допомогою механізму, який ми не контролюємо свідомо.

Тепер, мабуть, стане зрозуміліше, що наш постійний наголос на нераціональному характері багатьох наших вчинків має за мету не принизити чи піддати критиці цей спосіб дій, а

---

* Див. мою статтю «The primacy of the abstract» in A.Koestler and J.R.Smithies (eds), *Beyond Reductionism* (London, 1969).

навпаки — виявити одну з причин його успіху; не переконати нас у необхідності спроб цілковито збагнути, чому ми робимо те, що робимо, а показати, що це неможливо, що ми маємо змогу користуватися таким великим досвідом не тому, що маємо цей досвід, а тому, що він без нашого відома стає часткою схем мислення, які нами керують.

Існує два можливих хибних розуміння обраної нами позиції, і ми мусимо спробувати запобігти їм. Одне пов'язане з тим фактом, що поведінка, скерована правилами, яких ми не усвідомлюємо, нерідко характеризується як «інстинктивна» чи «інтуїтивна». У цих словах немає великої шкоди, за винятком того, що обидва вони, особливо «інтуїтивний», стосуються сприйняття окремих і відносно конкретних речей, а нас цікавлять здібності, які визначають дуже загальні, тобто абстрактні, властивості поведінки. За звичайного вжитку термін «інтуїтивний» означає атрибут, відсутній в абстрактних правилах, яких ми дотримуємося в своїх діях, тому його краще уникати.

Інше можливе неправильне розуміння нашої позиції — це враження, що наголос, який ми ставимо на позасвідомому характері багатьох правил, що керують нашою поведінкою, пов'язаний із концепцією позасвідомого чи підсвідомого розуму, яка лежить в основі теорій психоаналізу чи «глибинної психології». Однак незважаючи на те, що певною мірою ці два погляди можуть мати за мету пояснення одного й того самого явища, фактично вони цілком відмінні. Ми не можемо застосовувати (і фактично вважаємо необґрунтованою й хибною) цілу концепцію позасвідомого розуму, який відрізняється від свідомого лише своєю позасвідомістю, а в усіх інших відношеннях діє в такий самий раціональний, цілеспрямований спосіб, що й свідомий розум. Нам нічого не дає постулювання такої містичної речі або приписування різним схильностям чи регулятивним принципам, що разом створюють той складний порядок, який ми звемо розумом, будь-якої з властивостей, що їх має цей остаточний порядок. З цього погляду психоаналіз, здається, лише створив ще одного привида, який, у свою чергу, нібито має керувати «привидом у машині»* картезіанського дуалізму.

---

* Див. Gilbert Ryle, *The Concept of Mind* (London, 1949).

ЧОМУ ЕКСТРЕМНІ ФОРМИ КОНСТРУКТИВІСТСЬКОГО РАЦІОНАЛІЗМУ ЗАКОНОМІРНО ВЕДУТЬ ДО БУНТУ ПРОТИ РОЗУМУ

На завершення цього вступного розділу буде доречно навести деякі зауваження щодо явища, яке виходить за рамці цієї книжки, але має неабияке значення для розуміння її безпосередньої теми. Ми маємо на увазі той факт, що конструктивістський раціоналізм, якому невідомі межі застосувань свідомого розуму, в минулому неодноразово спричинявся до певного бунту проти розуму. Такий розвиток подій, коли переоцінка можливостей розуму веде через утрату ілюзій до гострої негативної реакції на керівництво з боку відстороненого розуму й до вихваляння можливостей окремої волі, є не тільки не парадоксальним, а майже неминучим.

Ілюзія, яка закономірно приводить конструктивістів-раціоналістів до звеличування волі, полягає в переконанні, нібито розум може переступати межі сфери абстрактного та здатний самостійно визначати доцільність окремих вчинків. Однак розум може визначати необхідність тих чи інших дій лише в поєднанні з окремими нераціональними спонуками, і його функція по суті — стримувати емоції або спрямовувати дії, викликані іншими чинниками. Ілюзія, нібито розум сам підкаже нам, що робити, й тому всі розумні люди здатні об'єднатися в спробі досягти спільної мети як члени певної організації, швидко розвіюється, коли ми намагаємося запровадити її у практику. Однак бажання використати свій розум для перетворення всього суспільства на один раціонально керований механізм залишається, і заради його здійснення встановлюються спільні цілі для всього, чого не можна виправдати розумом і що не може бути чимось більшим за рішення окремих воль.

Бунт раціоналіста проти розуму, якщо його можна так назвати, зазвичай спрямований проти відстороненості мислення. Він не хоче визнавати, що будь-яке мислення має залишатися тією чи іншою мірою абстрактним і тому само по собі ніколи не може цілком зумовлювати окремих дій. Розум — це просто дисципліна, осягнення обмеженості можливостей успішної діяльності, і часто він лише вказує нам, чого не треба робити. Ця дисципліна необхідна саметому, що наш інтелект не здатний осягнути дійсність в усій її складності. Хоча застосування абстрактних понять виходить за межі явищ, які ми можемо опанувати інтелектом, воно водночас обмежує нашу здатність передбачати наслідки своїх дій, а отже — обмежує також певними

загальними прикметами нашу здатність формувати світ за своїм уподобанням. Тому лібералізм обмежує свідомий контроль над загальним устроєм суспільства наглядом за виконанням тих загальних норм, що необхідні для формування спонтанного устрою, деталі якого ми не можемо передбачити.

Мабуть, ніхто так добре не уявляв цього зв'язку між лібералізмом і осягненням обмежених можливостей абстрактного мислення, як той ультрараціоналіст, від якого походить більша частина сучасного ірраціоналізму й тоталітаризму, — Г.Гегель. Коли він написав, що «напрям, який чіпляється за абстракції, — це *лібералізм,* який завжди поступається перед конкретним і скрізь виявляє свою неспроможність перед ним»*, — він правильно схарактеризував той факт, що ми не досягли ще достатньої зрілості, аби протягом будь-якого часу підкорятися суворій дисципліні розуму, й дозволяємо своїм емоціям постійно прориватися через його обмеження.

Отож надія на абстрактне є наслідком не переоцінки нашого інтелекту, а скоріше осягнення його обмежених можливостей. Саме переоцінка можливостей розуму призводить до бунту проти підкорення абстрактним нормам. Конструктивістський раціоналізм не визнає вимог цієї інтелектуальної дисципліни, бо сам себе вводить в оману, вважаючи, що розум може безпосередньо опановувати всі частковості; внаслідок цього він віддає перевагу конкретному над абстрактним, частковому над загальним, бо його прихильники не усвідомлюють, наскільки вони обмежують цим обсяг справжнього розумового контролю. Інтелектуальну *зарозумілість* виявляє той, хто вважає, що може обійтися без абстракцій і досягти цілковитого опанування конкретного, а отже, може впевнено керувати соціальними процесами. Прагнення переробити суспільство на кшталт окремої людини, яке з часів Гоббса керувало політичною теорією раціоналістів і яке приписує «великому суспільству» властивості, що їх можуть мати лише окремі люди чи свідомо створені організації, призводить до намагання не просто бути, а й зробити все раціональним. Хоча ми маємо докладати зусиль, аби зробити суспільство добрим, тобто таким, в якому нам хотілося б жити, ми не можемо зробити його добрим у сенсі доброчесного поводження. Безглуздо застосовувати стандарти свідомої поведінки до тих непередбачених наслідків індивідуальної діяльності, що їх репрезентує все достеменно суспільне, — хіба що

* Див. G.W.F.Hegel, *Philosophie der Weltgeschichte* (Leipzig, 1930), p.317.

усунувши непередбачене, але це означало б усунути все, що ми називаємо культурою.

«Велике суспільство» та цивілізація, яку воно уможливило, є наслідком зростаючої здатності людини передавати абстрактні думки. І коли ми говоримо, що спільним для всіх людей є їхній розум, ми маємо на увазі їхню спільну здатність до абстрактного мислення. Те, що людина використовує цю здатність значною мірою без усвідомлення абстрактних принципів, які нею керують, і не розуміє всіх причин свого погодження з таким керівництвом, спричинило ситуацію, в якій саме переоцінка усвідомлюваних людиною можливостей інтелекту змусила її зневажати те, що зробило інтелект дійсно могутнім: його абстрактний характер. Саме невизнання того, що абстракції допомагають нашому розуму просунутися далі, ніж це було б можливо за спроб опанувати всі конкретні деталі, породило безліч філософських шкіл із ворожим ставленням до абстрактного розуму — філософій конкретного, філософій «життя» та «існування», які звеличують емоції, особисте та інстинктивне й дуже ладні підтримувати такі емоції як ознаки раси, нації та класу.

Отак у своєму прагненні піддати все раціональному контролю, у своїй прихильності до конкретного та відмові підкоритися дисципліні абстрактних норм конструктивістський раціоналізм об'єднується з ірраціоналізмом. Спорудження конструкцій можливе лише за служіння конкретним цілям, які в крайньому разі можуть бути й нераціональними й щодо яких жодний раціональний аргумент не допоможе дійти згоди, якщо її немає з самого початку.

II

КОСМОС І ТАКСИС

Людина системи... схоже, уявляє, що може розставити окремих членів великого суспільства з такою самою легкістю, з якою рука розставляє окремі фігури на шаховій дошці. Вона не враховує того, що фігури на шаховій дошці не мають іншого принципу руху окрім наданого їм рукою, тимчасом як на великій шаховій дошці людського суспільства кожна окрема фігура має свій власний принцип руху, цілком відмінний від того, який може надати їй законодавча влада за своїм рішенням. Якщо ці два принципи збігаються й діють в одному напрямку, гра людського суспільства продовжуватиметься легко й гармонійно, і дуже ймовірно, що вона буде щасливою та успішною. Якщо ж вони суперечать один одному чи відрізняються один від одного, продовження гри буде сумним, а людське суспільство за будь-яких часів неминуче зазнаватиме найвищу ступінь безладу.

Адам Сміт*

ПОНЯТТЯ ПОРЯДКУ

Центральне поняття, довкола якого томитиметься наша дискусія, — це поняття порядку і, перш за все, відмінність між двома типами порядку, які ми тимчасово назвемо «створеним»

---

* Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (London, 1759), Part 6, ch.2. Варто зауважити, що в цьому уривку містяться деякі з підставових понять і термінів, що вживатимуться в нашій книжці скрізь: це концепція спонтанного порядку «великого суспільства» як протилежність свідомого *упорядкування* елементів; розрізнення *збігу* та *протилежності* між правилами *(принципами руху),* притаманними цим елементам або встановленими для них законодавством; нарешті, тлумачення суспільного процесу як *гри,* котра щасливо продовжуватиметься, якщо обидва типи правил узгоджуються, і спричиниться до *безладу,* якщо вони суперечать один одному.

порядком і порядком «внаслідок розвитку». Порядок — необхідне поняття при обговоренні будь-яких складних явищ, де воно має відігравати майже ту саму роль, яку відіграє поняття закону в дослідженні простіших явищ*. Окрім слова «порядок», не існує іншого адекватного терміну для опису цього поняття, хоча принагідно можна застосовувати такі терміни, як «система», «структура» чи «модель». Термін «порядок» має, звичайно, давню традицію в суспільних науках**, але за останніх часів його, як правило, уникають — здебільшого через його двозначність і нерідке ототожнення з авторитарними поглядами. Однак ми без нього обійтися не зможемо, тому маємо запобігти хибному тлумаченню, чітко визначивши той загальний сенс, в якому ми вживатимемо цей термін, а також відмінність між двома різними способами, в які може виникати такий порядок.

Словом «порядок» ми обдумано позначаємо *стан речей, за якого певна множина різноманітних елементів так пов'язана між собою, що на підставі своєї обізнаності з якоюсь просторовою або часовою часткою цілого ми можемо навчитися формувати правильні сподівання щодо решти або принаймні такі сподівання, що мають добрі шанси виявитися правильними****. Цілком очевидно, що в цьому сенсі у кожному суспільстві має існувати якийсь порядок і що нерідко він існує, не бувши навмисно

---

* Див. мою розвідку «The theory of complex phenomena» у *S.P.P.E.* Застосувати непопулярне поняття «порядок» мене змусили передусім методологічні міркування; див. також F.A.Hayek, *The Counter-Revolution of Science* (Chicago, 1952), p.39: «Якби соціальні явища демонстрували наявність порядку лише настільки, наскільки вони свідомо сплановані, то для теоретичної науки про суспільство насправді не залишилося б місця, а існували б, як це часто стверджується, лише проблеми психології». У цій останній праці термін «система» часто вживається в тому самому сенсі, в якому я вживаю тут «порядок» — слово, якому я все ж таки віддаю перевагу.

** Традиція застосування поняття порядку простежується, схоже, до св. Августина. Див., зокрема, його діалог *Ordo* в J.P.Migne (ed) *Patrologiae cursus completussec. lat.* 32/47 (Paris, 1861-1862) та в німецькому перекладі *Die Ordnung,* trans. C.J.Peel (Paderborn, 1966).

*** Див. L.S.Stebbing, *A Modern Introduction to Logic* (London, 1933), p.228: «Коли ми знаємо, як упорядкована та чи інша сукупність елементів, ми маємо підставу для висновків» Див. також Immanuel Kant, *Werke* (Akademie Ausgabe), *Nachlass*, vol.6, p.669: «Порядок — це об'єднання за правилами».

створеним. Як висловився один видатний фахівець із соціальної антропології, «те, що в суспільному житті існують порядок, послідовність і сталість, очевидно. Якби їх не існувало, жоден із нас був би не здатний впоратися зі своїми справами чи задовольнити свої найелементарніші потреби»*.

Ми живемо як члени суспільства, і задоволення більшості наших потреб залежить від різних форм співпраці з іншими, тож цілком зрозуміло, що ефективне здійснення наших планів залежить від того, наскільки сподівання щодо дій інших людей, на яких ми будуємо наші плани, відповідають їхнім реальним діям. Ця узгодженість намірів і сподівань, що зумовлюють дії різних людей, є тою формою, в якій виявляє себе порядок у суспільному житті. І безпосередній інтерес становитиме для нас саме питання, яким чином виникає такий порядок. Перша відповідь, до якої нас майже неминуче підштовхує наше звичне антропоморфічне мислення: цей порядок має бути наслідком заміру якогось мислячого розуму**. І через те, що порядок зазвичай трактувався як таке свідоме, кимось здійснюване *упорядкування,* це поняття стало непопулярним серед більшості прихильників свободи й схвалювалося головним чином авторитаристами. Згідно з цим трактуванням порядок у суспільстві має ґрунтуватися на стосунках наказу й покори, тобто на ієрархічній структурі суспільства загалом, де дії кожної окремої людини визначаються волею начальників і зрештою — волею якоїсь єдиної вищої влади.

Однак це авторитарне співзначення ідеї порядку цілком походить від переконання, нібито порядок може створюватися лише зовнішніми, позасистемними силами (тобто «екзогенно»).

---

* Див. E.E.Evans-Pritchard, *Social Anthropology* (London, 1951), p.49; див. також ibid., p. 19: «Цілком очевидно, що в суспільному житті мають існувати одностайності та закономірності, що суспільство повинно мати якийсь тип порядку, інакше його члени не зможуть жити разом. Ми всі та кожний з нас окремо здатні займатися своїми справами лише завдяки тому, що люди знають, яка поведінка від них очікується і якої поведінки вони можуть очікувати від інших у різних життєвих ситуаціях, та координують свою діяльність, підкоряючись правилам і орієнтуючись на цінності. Вони можуть робити прогнози, випереджати події і провадити життя в гармонії зі своїми співбратами завдяки тому, що кожне суспільство має форму чи схему, яка дозволяє нам говорити про нього як про систему чи структуру, всередині якої і в злагоді з якою її члени живуть своїм життям».

** Див. L.S.Stebbing, op cit., p.229: «Порядок найбільш *очевидний* там, де попрацювала людина».

Воно не стосується рівноваги, яка встановлюється зсередини* («ендогенно»), — наприклад, тієї, яку намагається пояснити загальна теорія ринку. Спонтанний порядок цього типу в багатьох відношеннях має інші властивості, ніж створений порядок.

ДВА ДЖЕРЕЛА ПОРЯДКУ

Дослідження спонтанних порядків тривалий час було специфічним завданням економічної теорії, хоча, звичайно, біологія з самого початку займалася тим особливим видом спонтанного порядку, який ми називаємо організмом. Лише останнім часом у фізичних науках виникла — під назвою кібернетики — особлива дисципліна, яка теж займається так званими самоорганізованими чи самоутвореними системами**.

Для розуміння процесів, що відбуваються в суспільстві, а також для провадження будь-якої соціальної політики необхідно відрізняти цей тип порядку від порядку, створеного кимось, хто ставить на свої місця елементи тієї чи іншої сукупності або спрямовує їх рух. Для характеристики кожного типу ми маємо в своєму розпорядженні кілька термінів. Створений порядок, якому ми вже давали назву екзогенного порядку чи упорядкування, можна також схарактеризувати як побудову, штучний порядок або — там, де йдеться про керований суспільний порядок, — *організацію.* З іншого боку, порядок як наслідок розвитку, що його ми згадували як самоутворений або ендогенний порядок, англійською мовою найзручніше характеризується як *spontaneous order (спонтанний порядок).* Давнім грекам більше пощастило, бо вони мали окремі слова для позначення цих двох типів порядку, а саме *taxis* для створеного порядку (наприклад, бойового***) і *kosmos* для порядку, що поступово роз-

---

* Див. J.Ortega y Gasset, *Mirabeau o el politico* (1927) in *Obras Completas* (Madrid, 1947), vol.3, p.603: «Orden no es una presión que desde fuera se ejerce sobra la sociedad, sin un equilibrio que se suscita en su interior» [«Порядок — це не тиск на суспільство згори, а рівновага, яка встановлюється в його середині»].

** Див. H. von Foerster, G.W.Zopf (eds), *Principles of Self-Organization* (New York, 1962); щодо передбачення Адамом Смітом головних концепцій кібернетики див. G.Hardin, *Nature and Man's Fate* (New York, 1961), p.54, та Dorothy Emmet, *Function, Purpose and Powers* (London, 1958), p.90.

*** Див. H.Kuhn, «Ordnung im Werden und Zerfall», in H.Kuhn, F.Wiedmann (eds), *Das Problem der Ordnung* (Sechster Deutscher

винувся (первинне значення — «правильний устрій у державі чи спільноті»*). При нагоді ми будемо користуватися цими грецькими словами як термінами для опису двох згаданих видів порядку.

Не буде перебільшенням сказати, що соціальна теорія починається з відкриття (і лише завдяки цьому відкриттю має предмет досліджень) існування впорядкованих структур, які є продуктом діяльності багатьох людей, але не є наслідком людського заміру. У деяких сферах це нині повсюдно визнається. Хоча за певних часів люди вірили, що навіть мова та обичайність були «винайдені» якимось генієм в минулому, тепер усі визнають їх

Kongress für Philosophie, Munich, 1960, pub!. Meisenheim am Glan, 1962), зокрема p.17.

* Див. Werner Jaeger, *Paideia: The Ideals of Greek Culture,* trans. G.Highet, vol.1, 2d ed. (New York, 1945), p.110, про «Анаксимандра з Мілета, який переносив поняття *dike* зі суспільного життя поліса у сферу природи... Це — першоджерело філософської ідеї космосу, бо це слово спочатку означало *правильний порядок* у державі чи спільноті»; також ibid., p. 179: «Так космос фізиків став завдяки дивному зворотному ходу думок моделлю правління на підставах законності та справедливості в людському суспільстві». Див. також «Praise of law» того самого автора в P.Sayre (ed), *Interpretations of Modern Legal Philosophies: Essays in Honor of Roscoe Pound* (New York, 1947), зокрема, p.358: «Виправданий» у такий спосіб світ правильно було б назвати іншим терміном, перейнятим у суспільного порядку: словом «космос». Це слово вперше з'являється в мові іонійських філософів: зробивши цей крок і поширивши правило *dike* на всю дійсність, вони чітко виявили природу грецької правової думки й показали, що вона ґрунтувалася на стосунку справедливості до буття»; ibid., p.361: «Закон, на якому він [поліс] грунтувався, був не просто указом — це був *nomos,* за первинним значенням — загал того, що поважалося будь-яким існуючим звичаєм щодо правильного й неправильного»; ibid., p.365, йдеться про ту обставину, що навіть під час занепаду давньогрецької віри в закон «не скрізь піддавалася сумніву істинна спорідненість *nomos* із природою космосу». Характерно, що для Аристотеля, який пов'язує *nomos* більше з *taxis,* аніж із *kosmos* (див. «Політика», 1287a, 18, й особливо 1326a, 30: *ho te gar nomos taxis tis esti),* неприпустимо, аби порядок, який стає наслідком *nomos,* виходив за межі обзору упорядкувальника, «бо хто командуватиме його надмірними масами під час війни? або хто слугуватиме його глашатаєм, якщоне має легенів Стентора?». Створення порядку в таких численних масах є для нього завданням, яке здатні подужати лише боги. В іншому місці («Етика», IX, x, §3) він навіть стверджує, що держава (тобто впорядковане суспільство) зі стотисячним населенням неможлива.

за результат процесу еволюції, наслідки якого ніхто не передбачав і не планував. Однак в інших галузях багато хто все ще з підозрою ставиться до твердження, нібито схеми взаємодії багатьох людей можуть виявляти порядок, якого ніхто навмисно не створював; зокрема, в економічній сфері критики продовжують із нерозумінням і глузуванням ставитися до вислову Адама Сміта «невидима рука», яким він скористався, аби тогочасною мовою описати, як людину «ведуть до мети, що не входила до її намірів»*. Якщо обурені реформатори, як і досі, скаржаться на хаос в економічних справах і натякають на цілковиту відсутність порядку, то це частково пояснюється тим, що вони не здатні збагнути порядку, не створеного свідомо, а частково — тим, що для них порядок означає те, що має конкретну мету, а це, як ми побачимо, для спонтанного порядку неможливо.

Пізніше ми розглянемо (див. том 2, розд. 10), як відбувається той збіг сподівань і планів, що характеризує ринковий лад і природу вигід, які ми з нього здобуваємо. Зараз же нас цікавить лише факт існування порядку, не створеного людиною, та причини його теперішнього неохочого визнання. Головна причина полягає в тому, що такі порядки, як ринковий, не нав'язуються нашим відчуттям, а мають простежуватися нашим інтелектом. Ми не можемо розуміти або, інакше, інтуїтивно усвідомлювати цей порядок доцільних дій, а здатні лише подумки відтворити його, простеживши стосунки між окремими елементами. Ми схарактеризуємо цю ознаку, назвавши такий порядок абстрактним, а не конкретним.

ВИЗНАЧАЛЬНІ ВЛАСТИВОСТІ СПОНТАННИХ ПОРЯДКІВ

Одним із наслідків нашого звичного ототожнення порядку зі створеним порядком (*таксисом*) є тенденція приписувати будь-якому порядку певні властивості, що зазвичай (а деякі — обов'язково) притаманні свідомому упорядкуванню. Такі порядки відносно *прості* або принаймні доконечно задовольняються таким помірним ступенем складності, який здатні контролювати їх творці; вони зазвичай *конкретні* — в тому щойно згаданому сенсі, що їх існування можна інтуїтивно збагнути в процесі ретельного розгляду; і, нарешті, створені свідомо, вони незмінно *служать* (чи служили колись) *якійсь цілі* свого творця. Жодна з цих характеристик не стосується спонтанного по-

* Adam Smith, *Wealth of Nations,* ed. by E.Cannan, vol.1, p.421.

рядку *(космосу)*. Міра його складності не обмежується можливостями її опанування людським розумом. Його існування не обов'язково стає очевидним для наших почуттів — воно може ґрунтуватися на суто *абстрактних* зв'язках, які ми здатні відтворити лише подумки. А оскільки цей порядок не створений, то *немає підстав* стверджувати, нібито він *має якусь конкретну мету*, хоча наше усвідомлення його існування може бути надзвичайно важливим для успішного досягнення найрізноманітніших цілей.

Спонтанні порядки не обов'язково складні, але на відміну від свідомого людського упорядкування вони можуть досягати певної міри складності. Одна з наших головних позицій полягатиме в тому, що дуже складні порядки, які охоплюють більше окремих фактів, аніж здатний установити чи контролювати будь-який мозок, можуть спричинятися лише силами, що стимулюють формування спонтанних порядків.

Спонтанні порядки не обов'язково мають бути, за нашим визначенням, абстрактними, але нерідко вони складаються з певної системи абстрактних взаємозв'язків між елементами, що характеризуються також лише абстрактними властивостями, й тому їх можна інтуїтивно збагнути та розпізнати лише на підставі теорії, яка враховує їх характер. Значення абстрактного характеру таких порядків ґрунтується на тій обставині, що вони можуть залишатися сталими незалежно від будь-яких якісних і навіть кількісних змін, що відбуваються з усіма їх складниками. Для збереження такого абстрактного порядку необхідно лише підтримувати певну структуру взаємозв'язків або забезпечувати сталість певного зв'язку між елементами, однаковими за типом (але різними за кількістю).

Однак важливішим є стосунок спонтанного порядку до концепції цілі. Оскільки такий порядок не був створений якоюсь сторонньою силою, він як такий не може мати й цілі, хоча його існування може бути дуже корисним для окремих людей, що діють всередині такого порядку. Проте в іншому сенсі цілком можна сказати, що цей порядок ґрунтується на цілеспрямованій діяльності своїх складників, якщо під «ціллю» мається на увазі, звичайно, лише те, що їхні дії продиктовані турботою про гарантоване збереження чи відновлення цього порядку. Вжиток слова «цілеспрямований» у цьому сенсі — як певної «телеологічної стенографії», за характеристикою біологів, — не викликатиме заперечень, доки ми маємо на увазі не усвідомлення цілі з боку цих складників, а лише те, що їхня поведінка набула системності, яка сприяє підтриманню цього по-

рядку (можливо, тому, що ті, хто діяв у певний спосіб, мають у цьому кінцевому порядку кращі шанси на виживання, ніж інші). Однак взагалі в цьому зв'язку краще уникати терміну «ціль» і вживати замість нього слово «функція».

СПОНТАННІ ПОРЯДКИ В ПРИРОДІ

Буде доцільно коротко розглянути характер деяких спонтанних порядків, що їх ми виявляємо в природі, бо тут деякі їх характерні властивості вирізняються найчіткіше. У фізичному світі існує багато прикладів складних порядків, виникнення яких ми могли б спричинити, лише скориставшися відомими силами, що мають тенденцію до їх формування, й аж ніяк не через свідому розстановку всіх елементів по належних місцях. Ми ніколи не зможемо створити кристала чи якогось складного органічного сполучення, розташувавши окремі атоми таким чином, аби вони утворили кристалічну решітку чи систему бензолових кілець, але ми можемо забезпечити умови, за яких атоми самі вишикуються у відповідному порядку.

Що в цих прикладах зумовлює не лише загальний характер кристала чи сполучення, що утворюються, а й конкретне місце кожного поодинокого елементу в них? Важливим моментом є те, що закономірність поведінки елементів визначатиме загальний характер кінцевого порядку, але не всі деталі його конкретного вияву. Конкретний спосіб, в який виявлятиметься цей кінцевий абстрактний порядок, залежить не лише від правил, що керують діями елементів, а й від їх початкової позиції та від усіх конкретних обставин безпосереднього оточення, на які кожен з них реагуватиме в процесі формування цього порядку. Інакше кажучи, цей порядок завжди являтиме собою пристосування до великої кількості окремих фактів, у повному обсязі не відомих нікому.

Треба зазначити, що правильна схема утворюватиметься таким чином не лише тоді, коли всі елементи підкорюються одним і тим самим правилам, а їх неоднакові дії зумовлюються лише неоднаковими позиціями кількох людей стосовно один одного, але й — як у прикладі з хімічною сполукою — коли різні типи елементів діють частково за різними правилами. У будь-якому разі ми здатні визначити наперед лише загальний характер того порядку, що утвориться, а не конкретні позиції кожного окремого елементу стосовно кожного іншого.

Інший приклад — із фізики — є в певному сенсі навіть ще більш наочним. Коли у відомому шкільному експерименті залізні

ошурки на аркуші паперу змушують розташовуватися вздовж силових ліній магніту, який знаходиться під аркушем, ми можемо заздалегідь визначити загальну форму ланцюжків, що їх утворять зчеплені між собою ошурки, однак ми не в змозі передбачити, вздовж яких саме з безлічі кривих, що визначають магнітне поле, розташуються ці ланцюжки. Це залежить від позиції, напрямку, ваги, шорсткості чи гладкості кожного із залізних ошурків, а також від нерівностей поверхні паперу. Отже, взаємодія сил, породжених магнітом і кожним із ошурків, із оточенням матиме наслідком унікальний зразок певної загальної схеми, загальний характер якої зумовлюватиметься відомими законами, але конкретний вигляд залежатиме від окремих обставин, які ми не маємо змоги цілком з'ясувати.

У СУСПІЛЬСТВІ НАДІЯ НА СПОНТАННИЙ ПОРЯДОК ВОДНОЧАС ЗБІЛЬШУЄ Й ОБМЕЖУЄ НАШІ МОЖЛИВОСТІ КОНТРОЛЮ

Оскільки спонтанний порядок є наслідком пристосування окремих елементів до обставин, що безпосередньо впливають лише на деякі з них і в повному обсязі не завжди відомі кожному, він може поширюватися на обставини такі складні, що осягнути їх загалом не здатний жодний розум. Логічно, що це поняття стає особливо важливим, коли ми звертаємося від механічних до «більш високоорганізованих», складних за суттю явищ, що зустрічаються в сферах життя, духу та суспільства. Тут ми маємо справу зі структурами, «утвореними внаслідок розвитку», що відзначаються таким ступенем складності, якого вони змогли набути лише завдяки тому, що були породжені спонтанними силами впорядкування. Внаслідок цього наші зусилля пояснити ці структури, а також будь-які спроби вплинути на їх характер пов'язані зі специфічними труднощами. Оскільки ми можемо знати щонайбільше правила, дотримувані різноманітними елементами, з яких складаються ці структури, але не можемо знати всіх конкретних елементів і тим більше — всіх конкретних обставин, в яких знаходиться кожний із них, то будемо здатні усвідомити хіба що загальний характер порядку, що утворюватиметься. 1 навіть там, де ми спроможні змінювати принаймні деякі з правил поведінки, дотримуваних елементами структури (як це є в суспільстві людських істот), ми здатні впливати таким чином лише на загальний характер, а не на деталі остаточного порядку.

Це означає, що хоча використання спонтанних сил упорядкування дозволяє нам спонукати утворення порядку такого

ступеню складності (за кількістю й різноманітністю елементів та їх стану), який ми взагалі не здатні опанувати розумом або свідомо систематизувати, ми матимемо менше влади над деталями такого порядку, ніж того, який утворимо самі. Коли йдеться про спонтанні порядки, ми можемо, виявивши деякі з чинників їх формування, визначити їх абстрактні характеристики, але нам доведеться полишити окремості обставинам, про які ми нічого не знаємо. Тож покладаючись на сили спонтанного впорядкування, ми можемо розширити межі чи сферу порядку, який спонукуємо до утворення, саме завдяки тому, що його конкретний вияв залежатиме від набагато більшої кількості обставин, аніж може бути відомо нам, а у випадку суспільного порядку — завдяки тому, що такий порядок використовуватиме окремі знання всіх своїх членів, не зосереджуючи їх у якомусь одному інтелекті й не піддаючи тим процесам свідомої координації та адаптації, які здійснює інтелект.

Внаслідок цього міра можливості нашого контролю над цим розширеним і більш складним порядком буде набагато меншою, ніж над створеним порядком, або *таксисом.* Багато які з його аспектів ми взагалі не зможемо контролювати або принаймні будемо нездатні змінити їх, не перешкодивши своїм втручанням тим силам, що зумовлюють виникнення цього спонтанного порядку. Будь-яке своє бажання щодо конкретного розміщення окремих елементів або стосунків між окремими людьми чи групами ми не зможемо задовольнити, не порушивши порядку загалом. Тієї влади, яка була б у нас у цьому сенсі над конкретним ладом, тобто *таксисом*, ми не матимемо над спонтанним порядком — адже лише його абстрактні аспекти можуть бути нам відомі й зазнавати нашого впливу.

Тут важливо зазначити, що поняття ступеню застосовне до порядку в двох різних відношеннях. Наскільки добре впорядкована та чи інша сукупність елементів або подій, залежить від того, як багато властивостей елементів (або стосунків між ними) ми здатні навчитися передбачати. Різні порядки можуть у цьому відношенні відрізнятися один від одного в два способи: (1) упорядкованість може стосуватися лише кількох стосунків між елементами або дуже багатьох; (2) визначена в такий спосіб упорядкованість може бути дуже значною, підтвердженою в усіх або майже всіх випадках, а може переважати лише в певній більшості випадків, дозволяючи нам прогнозувати її виникнення лише з певною мірою ймовірності. У першому випадку ми можемо завбачити лише деякі з характеристик структури, що виникає, однак робимо це дуже впевнено; такий порядок буде

обмеженим, але все ж таки досконалим. У другому випадку ми здатні передректи набагато більше, проте лише з помірною достеменністю. Однак знати про існування якогось порядку все одно корисно, навіть якщо цей порядок обмежений в одному чи обох згаданих відношеннях. І покладатися на сили спонтанного впорядкування, мабуть, бажано й навіть необхідно, хоча наблизити порядок, до якого прямує та чи інша система, насправді можна лише з більшою або меншою мірою недосконалості. Зокрема, ринковий лад завжди забезпечуватиме лише певну можливість установлення очікуваних стосунків, і все ж таки немає іншого способу ефективно залучити до єдиної системи стільки різних видів діяльності, ідо залежать від розпорошених знань.

СПОНТАННІ ПОРЯДКИ Є НАСЛІДКОМ ПІДКОРЕННЯ ЇХ ЕЛЕМЕНТІВ ПЕВНИМ ПРАВИЛАМ ПОВЕДІНКИ

Як ми вже зазначали, формування спонтанних порядків є наслідком того, що їх елементи дотримуються певних правил у реагуванні на безпосереднє оточення. Природа цих правил потребує все ж таки детальнішого розгляду — частково тому, що слово «правило» може навіяти якісь хибні ідеї, а частково тому, що правила, які визначають спонтанний порядок, мають важливі відмінності від правил іншого типу, потрібних для упорядкування якоїсь організації, тобто *таксису*.

Що стосується першого пункту, то наведені нами з фізики приклади спонтанних порядків є показовими, оскільки чітко демонструють: правила, що керують діями елементів таких спонтанних порядків, не обов'язково мають бути «відомими» цим елементам; досить, аби ці елементи фактично поводилися в той спосіб, який можна описати за допомогою цих правил. Тому застосоване нами в цьому контексті поняття правил не означає, що такі правила існують у чітко висловленій («вербалізованій») формі, а означає лише можливість виявлення правил, яким відповідають реальні дії окремих людей. Аби зробити на цьому наголос, ми інколи говорили не про правила, а про «закономірність», але це слово означає, звичайно, лише те, що елементи поводяться згідно з певними правилами.

Факт такого існування й дії правил без усвідомлення їх тими, хто ним підкоряється, стосується також багатьох правил, що керують діяльністю людей і таким чином визначають спонтанний суспільний порядок. Людина, безсумнівно, не знає всіх правил, які спрямовують її дії, у тому сенсі, що не здатна сформу-

лювати їх словами. Принаймні в примітивному суспільстві — навряд чи менше, ніж у тваринних спільнотах, — структура суспільного життя зумовлюється правилами поведінки, які виявляються лише в їх фактичному дотриманні. Лише тоді, коли інтелекти окремих людей досягають значної міри відмінності, виникає необхідність висловлювати ці правила у такій формі, аби їх можна було передавати й до них привчати, виправляти відхилення в поведінці та розв'язувати проблему розходження в думках щодо належної поведінки. Людина ніколи не існувала без законів, яким підкорялася, але вона, безперечно, сотні й тисячі років існувала без законів, які «знала», тобто була здатна чітко сформулювати.

Однак ще важливішим із цього погляду є те, що не кожна закономірність у поведінці елементів забезпечує загальний порядок. Деякі правила, що регулюють індивідуальну поведінку, можуть зробити формування загального порядку взагалі неможливим. Проблема в тому, який тип правил поведінки може спричинитися до того чи іншого суспільного порядку і який тип порядку можуть спричинити окремі правила.

Класичний приклад правил поведінки елементів, які не можуть спричинити порядку, ми отримуємо з фізики: це другий закон термодинаміки, або закон ентропії, згідно з яким тенденція молекул газу рухатися прямолінійно з постійною швидкістю призводить до стану, який отримав назву «цілковитого безладу». Так само очевидно, що і в суспільстві певна ідеально правильна поведінка окремих людей може спричинити лише безлад: якби існувало правило, за яким людина має вбивати кожного, хто зустрінеться, або тікати від нього, наслідком цього, безперечно, була б цілковита неможливість порядку, в якому діяльність окремих людей ґрунтувалася б на співпраці з іншими.

Отже, суспільство може існувати лише за умови поступового розвинення — в процесі добору — правил, які змушують окремих людей поводитися в спосіб, що уможливлює спільне життя. Треба пам'ятати, що для цієї мети добір відбуватиметься немовби між суспільствами різних типів, тобто диктуватиметься властивостями відповідних порядків, але властивостями, на яких тримається порядок, будуть властивості окремих людей, а саме їхня схильність підкорятися певним правилам поведінки, на яких ґрунтується послідовність дій групи загалом. Сформулюємо це інакше: у тому чи іншому суспільному порядку кожна окрема людина реагуватиме на ті конкретні обставини, які їй відомі. Однак індивідуальні реакції на конк-

ретні обставини матимуть наслідком загальний порядок лише в тому випадку, якщо окремі люди підкорятимуться таким правилам, що призведуть до порядку. Навіть дуже незначної схожості їхньої поведінки буде досить, якщо правила, яким вони підкоряються, здатні спричинити порядок. Такий порядок завжди становитиме певне пристосування до безлічі обставин, відомих усім членам цього суспільства, взятим разом, але назагал не відомих жодній окремій людині. Це не обов'язково означає, що різні люди в схожих обставинах робитимуть те саме; це значить лише, що для утворення такого загального порядку люди мають у деяких відношеннях дотримувати визначених правил або обмежувати свої дії певними рамцями. Інакше кажучи, для того щоб гарантувати виникнення остаточного загального порядку, реакції людей на події довкола них мають бути схожими лише в певних абстрактних аспектах.

Отож центральним питанням як для соціальної теорії, так і для соціальної політики є: якими особливостями мають характеризуватися правила, аби внаслідок розрізнених дій окремих людей виникав загальний порядок? Деяким із таких правил усі члени того чи іншого суспільства підкорятимуться тому, що в їхньому розумі оточення відбивається схожим чином. Інших правил вони дотримуватимуть спонтанно, як складової своєї спільної культурної традиції. Однак існуватимуть ще й такі правила, яким вони, можливо, підкорятимуться вимушено, бо хоча нехтування цими правилами відповідало б інтересам кожного, загальний порядок, від якого залежить успіх їхньої діяльності, може виникнути лише за умови загального дотримування цих правил.

У сучасному суспільстві, побудованому на обміні, одна з головних закономірностей індивідуальної поведінки може виникати зі схожості ситуацій, в яких опиняється більшість людей, що працюють заради прибутку; це означає, що вони зазвичай віддають перевагу більшому прибутку від своїх зусиль перед меншим і нерідко збільшують зусилля в конкретному напрямку, якщо вбачають у ньому перспективу кращих прибутків. Це одне з правил, якого дотримують принаймні досить часто, аби запровадити в такому суспільстві порядок певного типу. Однак факт дотримання цього правила більшістю людей усе ж таки залишає характер остаточного порядку дуже невизначеним, і самого цього факту замало, аби надати цьому порядку позитивного характеру. Адже для цього люди мусять також дотримувати певних загальноприйнятих правил, тобто правил, які не просто випливають із їхніх бажань і їхнього розуміння зв'язку

між причиною й наслідком, але є нормативними й повідомляють людям, ідо їм треба, а чого не треба робити.

Пізніше ми більш детально розглянемо зв'язок між різними типами правил, фактично дотримуваних людьми, та порядком дій, який внаслідок цього виникає. Нас цікавитимуть передусім ті правила, які завдяки нашій спроможності свідомо змінювати їх стають головним інструментом нашого впливу на остаточний порядок, тобто нормами права. Однак зараз наше завдання полягає в доведенні того, що хоча правила, на яких ґрунтується спонтанний порядок, також можуть бути спонтанного походження, це не завжди обов'язково. Безсумнівно, якийсь первісний порядок утворився спонтанно, бо люди дотримували правил, що не були свідомо створені, а виникли стихійно, проте люди поступово навчилися вдосконалювати ці правила, і принаймні можна собі уявити, що формування того чи іншого спонтанного порядку цілком залежить від свідомо створених правил. Отож спонтанний характер остаточного порядку треба відрізняти від спонтанного походження правил, на яких він ґрунтується, і порядок, який все ж таки характеризуватиметься як спонтанний, може ґрунтуватися на правилах, що цілковито є наслідком свідомого заміру. Звичайно, у відомому нам типі суспільства лише деякі з правил, фактично дотримуваних людьми, а саме норми права (однак навіть із них далеко не всі), є продуктом свідомого заміру, тимчасом як більшість моральних норм і звичаїв — наслідок спонтанного розвитку.

Те, що навіть порядок, побудований на створених правилах, може мати спонтанну природу, доводить той факт, що його конкретні вияви завжди залежать від багатьох обставин, про які не мали й не могли мати уявлення творці цих правил. Конкретний зміст цього порядку залежатиме від конкретних обставин, відомих лише окремим людям, які підкоряються цим правилам і застосовують їх до фактів, відомих лише їм. Саме завдяки тому, що ці люди знають і правила, й окремі факти, остаточний порядок зумовлюватиме і те й інше.

СПОНТАННИЙ ПОРЯДОК СУСПІЛЬСТВА СКЛАДАЄТЬСЯ З ОКРЕМИХ ЛЮДЕЙ ТА ОРГАНІЗАЦІЙ

У будь-якій групі людей, більшій за мінімальний розмір, співробітництво завжди ґрунтуватиметься водночас на спонтанному порядку та на свідомій організації. Немає сумніву, що для багатьох обмежених завдань організація є найпотужнішим

методом ефективної координації, бо вона набагато краще дозволяє нам пристосувати остаточний порядок до власних бажань, тимчасом як там, де внаслідок складності обставин, на які треба зважати, ми мусимо покладатися на сили, спрямовані на створення спонтанного порядку, наша влада над конкретним змістом цього порядку неминуче обмежена.

Однак закономірне співіснування двох типів порядку в будь-якому суспільстві будь-якого ступеню складності не означає, що ми можемо комбінувати їх, як нам заманеться. Фактично в усіх вільних суспільствах ми виявляємо, що групи людей можуть об'єднуватися в організації для досягнення певних конкретних цілей, але координація діяльності всіх цих окремих організацій, так само як окремих людей, є наслідком дії сил, спрямованих на створення спонтанного порядку. Сім'я, ферма, завод, фірма, корпорації та різноманітні асоціації, а також усі державні інституції з урядом включно — це організації, які в свою чергу є складовими більш масштабного спонтанного порядку. Доцільно залишити термін «суспільство» для цього спонтанного загального порядку, аби відрізняти його від усіх дрібніших організованих груп, які існують всередині нього, а також від таких дрібних і більш-менш ізольованих груп, як банда, плем'я чи клан, члени яких принаймні в деяких відношеннях діють під централізованим керівництвом заради спільних цілей. У деяких випадках одна й та сама група може за одних часів (наприклад, займаючись повсякденними справами) діяти як спонтанний порядок, що підтримується виконанням узвичаєних правил і не потребує наказів, а в інші періоди (наприклад, під час полювання, міграцій або бійок) — як організація, що спрямовується волею керівника.

Спонтанний порядок, який ми називаємо суспільством, також необов'язково має звичайні для організації чіткі межі. Тут нерідко існує один або кілька осередків більш тісно пов'язаних між собою людей, що посідають центральне місце в якомусь масштабнішому порядку з більш слабкими зв'язками. Такі окремі спільноти всередині «великого суспільства» можуть виникати як наслідок просторової близькості або якихось інших особливих обставин, що спричиняють тісніші стосунки між їх членами. Різноманітні часткові спільноти цього типу нерідко накладаються на інші, тож кожна людина може бути не лише членом «великого суспільства», а й членом численних інших спонтанних підпорядків або часткових спільнот, а також членом різноманітних організацій, що існують всередині всеохопного «великого суспільства».

Одна з цих організацій закономірно посідає цілком особливе місце: це те, що ми називаємо урядом. Хоча можна собі уявити, що спонтанний порядок, який ми назвали суспільством, може існувати без уряду, якщо мінімум правил, необхідний для утворення такого порядку, дотримується без організованого апарату для забезпечення їх виконання, проте за більшості обставин організація, яку ми називаємо урядом, стає необхідною, аби гарантувати підкорення цим правилам.

Ця конкретна функція уряду дещо схожа на функцію адміністративно-господарчого відділу на підприємстві, мета якого — не виробництво продукції чи послуг для споживачів, а нагляд за підтриманням у робочому стані механізму, який забезпечує виробництво цих товарів і послуг. Цілі практичного застосування цього механізму визначаються тими, хто керує його складовими, в крайньому випадку — тими, хто купує його продукцію.

Однак від тієї самої організації, якій доручено підтримання в порядку діючої структури, що її використовують для власних потреб люди, зазвичай очікується, крім забезпечення виконання правил, здійснення й інших функцій, які спонтанний порядок неспроможний виконувати належним чином. Ці дві різні функції уряду, як правило, чітко не відокремлюються, проте, як ми побачимо, розмежування між примусовими функціями уряду, тобто забезпеченням дотримання правил поведінки, та його службовими функціями, які полягають лише в управлінні наявними ресурсами, має підставове значення. У другому випадку уряд є однією організацією з багатьох і — як і інші — складовою загального спонтанного порядку, тимчасом як у першому випадку він забезпечує істотну умову збереження цього загального порядку.

Англійська мова дає можливість (і нею давно користуються) обговорювати ці два типи порядку, термінологічно відокремлюючи «суспільство» (society) від «уряду» (government). Доки йдеться про одну країну, обговорення цих проблем не потребує залучення обтяженого метафізичним сенсом терміна «держава» (state). За останні сто років, здебільшого під впливом континентально-європейської, зокрема гегельянської, думки, набув поширення звичай говорити про «державу» (найкраще з великої літери) там, де доречнішим і точнішим було б слово «уряд». Адже тим, що діє або провадить якусь політику, є саме організація під назвою «уряд», і притягнення терміна «держава» там, де цілком достатньо «уряду», не сприяє зрозумілості. Особливі непорозуміння виникають тоді, коли «сус-

пільству» як спонтанному порядку протиставляється як приклад організації не «уряд», а «держава»*.

ПРАВИЛА СПОНТАННИХ ПОРЯДКІВ І ПРАВИЛА ОРГАНІЗАЦІЇ

Одна з головних наших позицій полягає в тому, що хоча спонтанний порядок і організація завжди співіснують, все ж таки ми не можемо змішувати ці два принципи порядку в довільний спосіб. Нинішнє нерозуміння цього факту зумовлюється тим, що для визначення обох типів порядку ми маємо покладатися на правила, а важливі відмінності між типами правил, яких вимагають два різних типи порядку, зазвичай не визнаються.

Певною мірою кожна організація має покладатися не лише на конкретні накази, а й на правила, — з тієї самої причини, яка змушує спонтанний порядок покладатися виключно на правила: керуючи діями людей за допомогою не конкретних наказів, а правил, можна здобувати користь зі знань, якими жодна людина не володіє у повному обсязі. Кожна організація, члени якої є не просто інструментами організатора, визначатиме за допомогою наказів лише належну функцію кожного члена, мету, якої треба досягти, та певні загальні аспекти необхідної для цього методики; вирішення ж детальних питань на підставі відповідних знань і майстерності буде полишено окремим людям.

Тут організація стикається з проблемою, звичайною для будь-якої спроби впорядкувати складну людську діяльність: організатор мусить прагнути до того, аби люди, які діятимуть спільно, користувалися знаннями, яких немає в нього самого. Лише в організаціях найпростішого типу можна уявити собі, що всіма деталями всіх процесів керує один-єдиний розум. Звичайно, досі ще нікому не вдалося свідомо впорядкувати всі види діяльності, що існують у складному суспільстві. Якби кому й пощастило досконало організувати таке суспільство, воно вже не використовувало б численних інтелектів, а цілком залежало б від одного розуму; воно, безперечно, було б не вкрай складним, а надзвичайно примітивним, і таким самим дуже скоро став би і розум, знання і воля якого визначали б усе. У плануванні такого порядку враховувалися б лише факти, відомі та зрозумілі цьому розумові, а оскільки лише він визначав би лінію поведінки, а

---

* У подальшому слово *government* все ж таки доводиться перекладати — в залежності від контексту — по-різному, в тому числі і як «уряд», «держава», «державне врядування» тощо, оскільки в українській мові немає адекватного за місткістю еквівалента. — *Прим, перекл.*

отже, здобував досвід, то фактично не існувало б тієї взаємодії багатьох інтелектів, в якій лише й може розвиватися інтелект.

Визначальна прикмета правил, що керують діяльністю всередині якоїсь організації, полягає в тому, що це мають бути правила для виконання доручених завдань. Вони передбачають, що місце кожної окремої людини в усталеній структурі визначається наказом, а правила, яким має підкорятися кожен, залежать від призначеного йому місця та від конкретних цілей, указаних йому керівним органом. Отже, правила регулюють лише деталі діяльності призначених на посаду функціонерів або керівних установ.

Відтак правила організації неминуче стають допоміжними засобами, додатком до наказів, заповнюючи залишені ними прогалини. Ці правила будуть різними для різних членів організації, відповідно до призначених ним ролей, а їх тлумачення залежатиме від цілей, установлених цими наказами. Без призначення функцій і встановлення цілей конкретними наказами суто абстрактного правила буде недостатньо для повідомлення кожній окремій людині, що вона має робити.

Натомість правила, що керують спонтанним порядком, мають бути незалежними від мети й однаковими якщо не для всіх членів, то принаймні для цілих категорій членів, не зазначених індивідуально. Це мають бути, як ми побачимо, правила, застосовні до невідомої і невизначної кількості осіб і випадків. Вони мають застосовуватися окремими людьми відповідно до їхніх знань і цілей, і їх застосування не залежатиме від жодної спільної мети, про яку окремій людині навіть не обов'язково знати.

З обраного нами погляду це означає, що загальні норми права, на яких ґрунтується той чи інший спонтанний порядок, спрямовані на абстрактний порядок, конкретного змісту якого не знає й не передбачає ніхто; накази ж і правила, що керують організацією, спрямовані на конкретні результати, до яких прагнуть ті, хто очолює цю організацію. Що складніший порядок, до якого вони прагнуть, то значнішою буде частка ізольованих дій, які визначатимуться обставинами, не відомими тим, хто керує сукупною цілістю, а контроль більше залежатиме від правил, аніж від конкретних наказів. Адже, в найскладніших типах організацій наказами вищої влади зумовлюються хіба що розподіл конкретних функцій і загальна мета; виконання ж цих функцій регулюється тільки правилами, однак ці правила — принаймні певною мірою — спеціально встановлюються для кожної з функцій, призначених конкретним людям. Лише тоді, коли ми переходимо від найбільшого типу організації — уряду,

який все ж таки як організація має призначатися для чітко окресленої, визначеної сукупності цілей, — до загального порядку всього суспільства, ми виявляємо порядок, що покладається виключно на правила й має цілком спонтанний характер.

Саме завдяки тому, що структура сучасного суспільства не залежала від організації, а розвивалася як спонтанний порядок, вона досягла властивого їй ступеня складності — набагато більшого, ніж той, якого могла б досягти свідома організація. Звичайно, правила, які уможливили розвиток цього складного порядку, спочатку не були розраховані на цей результат, але люди, яким пощастило засвоїти відповідні норми, розвинули складні цивілізації, що потім нерідко поширювалися на інших. Тому твердження, що ми маємо свідомо планувати сучасне суспільство внаслідок його теперішньої складності, є парадоксальним і випливає з цілком хибного розуміння цих обставин. Істина полягає скоріше в тому, що ми можемо зберігати такий складний порядок не методом керування його членами, а лише опосередковано — застосовуючи та вдосконалюючи правила, що сприяють формуванню спонтанного порядку.

Ми побачимо, що неможливо не лише замінити спонтанний порядок організацією, водночас використовуючи якомога більше розпорошених знань усіх його членів, але й поліпшити чи виправити цей порядок, втручаючись у нього прямими наказами. Застосовувати таку комбінацію спонтанного порядку та організації було б аж ніяк не раціонально. Хоча має сенс доповнювати накази, які зумовлюють організацію, допоміжними правилами та користуватися організаціями як складовими певного спонтанного порядку, проте ніколи не може вважатися доцільним доповнювати правила, що керують спонтанним порядком, окремими другорядними наказами, які стосуються тих видів діяльності, що регулюються загальними правилами поведінки. У цьому полягає суть аргументів проти «втручання» в ринковий порядок. Такі окремі накази, що вимагають від членів спонтанного порядку конкретних дій, не лише не поліпшать, а неминуче порушать цей порядок, і причина полягає в тому, що вони стосуватимуться якоїсь частки системи взаємозалежних дій, зумовлених інформацією й спрямованих на цілі, відомі лише кільком дійовим особам, але не відомі керівному органу. Спонтанний порядок виникає з того, що кожний його елемент зважує всі чинники, які на нього впливають, і узгоджує між собою всі свої дії, і ця рівновага буде порушена, якщо деякі з дій визначатимуться іншим чинником на підставі інших знань і задля інших цілей.

Отже, загальна аргументація проти «втручання» зводиться до того, що хоча ми можемо докласти зусиль для вдосконалення спонтанного порядку, переглянувши загальні правила, на яких він ґрунтується, й можемо доповнити його результати зусиллями різноманітних організацій, проте ми не можемо поліпшити ці результати за допомогою конкретних наказів, які позбавляють членів порядку можливості застосувати свої знання для досягнення своїх цілей.

У цій книжці ми розглянемо, як ці два типи правил стали моделями для двох цілком відмінних концепцій права і як це спричинилося до того, що автори, вживаючи одне й те саме слово «право», фактично говорили про різні речі. Найяскравіше це виявляється у суперечності, яка протягом усієї історії існувала між тими, для кого право та свобода були нероздільні*, й тими, для кого ці два поняття були несумісні. Одна велика традиція простягається від давніх греків і Цицерона** через середньовіччя*** й таких класичних лібералів, як Джон Локк,

---

* Див. G.Sartori, *Democratic Theory* (Detroit, 1962), p.306: «Західна людина впродовж двох з половиною тисячоліть шукала свободи в праві... [Однак] поширений скептицизм щодо значення юридичного захисту свободи має певні підстави. Пояснюється це тим, що наша концепція права змінилася і внаслідок цього право більше не може дати нам того захисту, який воно давало в минулому».

** Див. Філон Александрійський, *Quod omnisprobus liber sit,* 452, 45, Loeb edition, vol.IX, p.36: *«hosoi de meta nomou zosin, eleuteroi».* Про свободу в Давній Греції див., зокрема, Max Polenz, *The Idea of Freedom in Greek Life and Thought* (Dordrecht, 1962). Про Цицерона та римське поняття свободи взагалі див. U. von Lübtow, *Blüte und Verfall der römischen Freiheit* (Berlin, 1953); Theo Mayer-Maly, «Rechtsgeschichte der Freiheitsidee in Antike und Mittelalter», *Ósterreichische Z. für öffentliches Recht,* N.F. VI, 1956; G.Grifo, «Su alcuni aspetti delia libertà in Roma», *Archivio Giuridico 'Filippo Serafini',* sesta serie, xxiii, 1958.

*** Див. R.W.Southern, *The Making of the Middle Ages* (New Haven, 1953), p. 107 et seq.: «Ненависть до всього, що керувалося не правилами, а волею, була в середні віки дуже сильною... Чим вище піднімалася людина до свободи, тим більша сфера її діяльності охоплювалася правом і тим менше вона підкорялася чужій волі... Право не було ворогом свободи, навпаки — обриси свободи накреслювалися приголомшуючою кількістю різновидів права, що повільно розвивалися протягом нашої доби. . Люди вищих і нижчих класів однаково прагнули свободи, наполягаючи на збільшенні кількості правил, за якими вони жили... Лише тоді, коли ознаку свободи чітко сформулювали, закріпивши її за статусом лицаря, громадянина вільного міста чи барона, стало можливо

Девід Г'юм, Іммануїл Кант* і шотландські філософи моралі, аж до американських політичних діячів XVIII та XIX ст.**, для яких право й свобода не могли існувати нарізно, тимчасом як для Томаса Гоббса, Ієремії Бентама***, багатьох французьких

дотримувати, аналізувати й виміряти її... Свобода — витвір права, а право — це розум у дії; це розум, який робить людину, так би мовити, метою в собі. Тиранія — чи то короля Іоанна, чи то диявола — є виявом відсутності права».

* Можливо, найбільш категорично ці погляди висловлені в Адама Фергюсона, *Principles of Moral and Political Science* (Edinburgh, 1792), vol.2, p.258 et seq.: «Свобода чи вільність є не звільненням від усяких обмежень (як можна вивести з походження цього слова), а дійовим застосуванням кожного справедливого обмеження до всіх членів вільної держави — як державних посадовців, так і підданих.

Лише за справедливих обмежень кожна людина може почуватися в безпеці від зазіхань на особисту свободу, власність чи дозволену законом діяльність... Заснування справедливого й дійового уряду — в цивільному суспільстві найважливіша умова свободи: право кожної людини вважатися вільною залежить від того, наскільки уряд, за якого вона живе, здатний захищати її, і водночас від того, наскільки стримується й обмежується його влада, аби запобігти зловживанням нею».

** Деніелу Вебстеру приписується твердження: «Свобода — витвір права, істотно відмінний від санкціонованої безпутності, що зловживає правами», а Чарльзу Евансу Х'юзу — «Свобода й Закон єдині й неподільні». Існує багато схожих висловлювань континентально-європейських правознавців минулого сторіччя, напр. Charles Beudant, *Le droit individuel et l'etat* (Paris, 1891), p.5: «Право — в найширшому сенсі цього слова — є наукою свободи», та Karl Binding, який десь висловив думку, що «право — це порядок людської свободи».

*** Див. J.Bentham, «Principles of the civil code», in *Theory of Legislation,* ed. by C.K.Ogden (London, 1931), p.98: «Установлювати закони можна лише ціною свободи». Також у *Deontology* (London and Edinburgh, 1834), vol.2, p.59: «Існує мало слів, які б з усіма своїми похідними завдавали такої шкоди, як це слово 'свобода'. Коли воно означає щось більше за просту примху й догматизм, то його значення — це 'добре врядування'; і якби доброму врядуванню пощастило посісти в громадській думці місце, зайняте свободою, то злочини й дурниці, які зганьбили й уповільнили поступ політичноговдосконалення, навряд чи були б учинені. Поширене визначення свободи як права робити все, що не заборонено законом, свідчить про те, з якою безтурботністю вживаються слова в звичайних промовах чи творах; бо якщо закони погані, на що перетворюється свобода? а якщо закони добрі, в чому її цінність? Добрі закони мають чітко визначений і зрозумілий сенс: вони спрямовані на досягнення вочевидь корисної мети вочевидь слушними засобами».

мислителів* і сучасних правових позитивістів право неминуче означає зазіхання на свободу. Цей очевидний конфлікт між довгими рядами великих філософів свідчить не про те, що вони дійшли протилежних висновків, а лише про те, що вони вживали слово «право» в різних сенсах.

ТЕРМІНИ «ОРГАНІЗМ» ТА «ОРГАНІЗАЦІЯ»

До термінології, яка найчастіше застосовувалася в минулому при обговоренні досліджуваних у цьому розділі відмінностей, треба додати кілька коментарів. З початку XIX ст. терміни «організм» та «організація» часто вживалися для протиставлення двох типів порядку. Оскільки ми визнали за доцільне уникати першого терміна й застосовувати другий у певному специфічному значенні, то, мабуть, доречно трохи зупинитися на їх історії.

За давніх часів було природно вживати аналогії з організмами для характеристики спонтанного впорядкування суспільства, оскільки організми були єдиним різновидом спонтанного порядку, відомим кожному. Організми насправді були одним із видів спонтанного порядку і як такий виявляли багато властивостей інших спонтанних порядків. Тому було спокусливо запозичити в них такі терміни, як «розвиток», «пристосування» та «функція». Проте вони являють собою спонтанні порядки цілком особливого роду, маючи й такі властивості, які зовсім не обов'язково притаманні всім спонтанним порядкам; тож ця аналогія швидко стає скоріше оманливою, ніж корисною**.

Головна особливість організмів, яка відрізняє їх від спонтанних порядків суспільства, полягає в тому, що в організмі більшість окремих елементів займають визначені місця, які зберігаються ними (принаймні після досягнення організмом

* Див., наприклад, Jean Salvaire, *Authorité et liberté* (Montpellier, 1932), p.65 et seq., де стверджується, нібито «цілковите здійснення свободи — це фактично не що інше, як цілковите скасування закону... Закон і свобода — взаємовиключні поняття».

** Edmund Burke, «Letter to W.Elliot» (1795), in *Works* (London, 1808), vol.7, p.366: «Хоча ці аналогії між природними та політичними сукупностями елементів і можуть іноді слугувати ілюстраціями до аргументів, самі по собі вони аргументів не становлять. Однак вони надто часто вживаються під виглядом якоїсь лицемірної філософії, аби знайти виправдання безнадійному ледарству й малодушності та вибачити цілковиту відсутність мужніх зусиль, коли скрута нашої країни вимагає їх дедалі голосніше».

зрілості) раз і назавжди. Вони також, як правило, є більш-менш сталими системами, що складаються з визначеної кількості елементів, і хоча деякі з них можуть поступатися місцем новим, рівноцінним елементам, вони зберігають певний порядок у просторі, який легко схоплюється змислами. Внаслідок цього організми, за нашою термінологією, — це порядки більш конкретного типу, ніж спонтанні порядки суспільства, які можуть зберігатися незалежно від зміни загальної кількості елементів і місць окремих елементів. Цей порівняно конкретний характер порядку організмів виявляється в тій обставині, що їх існування як окремих поєднань можна відчути інтуїтивно, тимчасом як абстрактний спонтанний порядок суспільних структур зазвичай відтворюється лише розумом.

Тлумачення суспільства як організму майже незмінно використовувалося для підтримки ієрархічних та авторитарних поглядів, для яких більш загальна концепція спонтанного порядку не слугує обгрунтуванням. Відтоді як Мененій Агріппа з нагоди першої сецесії римського плебсу вжив метафору «організм» для виправдання привілеїв окремих груп, вона, мабуть, вживалася для схожих цілей безліч разів. Однак припущення щодо постійних місць, призначених окремим елементам згідно з їх індивідуальними «функціями», та набагато конкретніше визначення біологічних структур у порівнянні з абстрактним характером спонтанних структур суспільства зробили вартісність поняття «організм» для соціальної теорії дуже сумнівною. Ним зловживали навіть іще більше, ніж самим терміном «порядок», коли тлумачили його як створений порядок, або *таксис*; він часто вживався для підтримки певного ієрархічного порядку, необхідності «рангів», стосунків, побудованих на наказах і покорі, або збереження визнаного становища окремих осіб і внаслідок цього почав викликати справедливу підозру.

З іншого боку, термін «організація», який у XIX ст. часто вживався як протилежність «організму» для висловлення розглянутої нами відмінності*, і який ми збережемо для характеристики створеного порядку, або *таксису*, виник порівняно недавно. Він увійшов у загальний ужиток, здається, за часів Французької революції, у зв'язку з якою Кант одного разу зауважив, що «в розпочатому останнім часом перетворенні великого народу на велику державу слово *організація* часто й доречно

---

* Щодо характерного протиставлення «організації» та «організму» див. Adolf Wagner, *Grundlegung der polilischen Ökonomie, 1. Grundlagen der Volkswirtschaft* (Leipzig, 1876), §§ 149, 299.

застосовувалося до інституту державних посадовців і навіть усієї держави»*. Це слово стало типовим для духу наполеонівського періоду** й посіло центральне місце в планах по «перебудові суспільства» засновників сучасного соціалізму сенсимоністів та Огюста Конта***. До того як термін «соціалізм» увійшов у загальний ужиток, «організація суспільства як сукупної цілості» була фактично визнаним способом позначення того, що ми тепер характеризуємо як соціалізм****. Центральну роль цього слова, особливо для французької думки першої половини XIX ст., добре усвідомлював Ернест Ренан, який у 1849 р. говорив про ідеал «наукової організації людства як останнього слова сучасної науки та її сміливого, але законного честолюбства»+.

В англійській мові це слово набуває поширення приблизно з 1790 р. як технічний термін для позначення «систематичного впорядкування з визначеною метою»++. Але з особливим ентузіазмом засвоїли його німці, які невдовзі почали сприймати цей термін як віддзеркалення певного особливого хисту, який,

---

* Див. Immanuel Kant, *Kritik der Urteilskraft* (Berlin, 1790), Part 2, section 1, § 65n.

** Див. H.Balzac, *Autre étude de femme,* in *La Comédie Humaine,* Pleiade ed., vol.3, p.226: «Наприклад, слово 'організувати'. Воно створене Імперією й цілком охоплює поняття 'Наполеон'».

*** Див., наприклад, часопис, який видавався А. де Сен-Симоном і Огюстом Контом під назвою *Organisateur,* передрук, у *Oeuvres de Saint Simon et d'Enfantin* (Paris, 1865-1878), vol.20, зокрема p.220, де мета цієї праці схарактеризована як «відображення організаторського характеру XIX сторіччя».

**** Див., зокрема, Louis Blanc, *Organisation du travail* (Paris, 1839), та H.Ahrens, *Rechtsphilosophie* (Vienna, 1852), про «організацію» як магічне слово комуністів і соціалістів; див. також Francis Lieber, «Anglican and Gallican liberty» (1848), in *Miscellaneous Writings* (Philadelphia, 1881), vol.2, p.385: «Той факт, що гальська свобода в усьому покладається на *організацію*, тимчасом як англійська більше тяжіє до розвитку, пояснює, чому ми бачимо у Франції так мало удосконалення й поширення інституцій; якщо ж спроби удосконалення робляться, то ми спостерігаємо цілковите скасування попереднього стану речей, початок *ab ovo,* нове обговорення головних елементарних принципів».

+ Див. Ernest Renan, *L'Avenir de la Science* (1890), in *Oeuvres complètes* (Paris, 1949), vol.3, p.757.

++ Див. *Shorter Oxford Dictionary* під словом «organization», звідки видно, однак, що цей термін застосовувався вже Джоном Локком.

за їхнім переконанням, робив їх вищими за інших людей. Це навіть призвело до дивовижного суперництва між французькими й німецькими вченими, які під час першої світової війни вели через лінію фронту дещо комічну літературну дискусію щодо того, котра з двох націй має більше підстав претендувати на володіння секретом організації*.

Обмежуючи тут значення терміну «організація» створеним порядком, тобто *таксисом*, ми дотримуємося звичаю, який, здається, набув поширення в соціології і передусім у так званій «теорії організації»**. Ідея організації у цьому сенсі є природним наслідком відкриття можливостей людського інтелекту й, зокрема, загальної позиції конструктивістського раціоналізму. Тривалий час вона здавалася єдиним способом свідомого досягнення корисного для людей порядку й насправді є розумним і потужним методом досягнення певних відомих і передбачуваних результатів. Однак якщо розробка цієї ідеї — одне з великих досягнень конструктивізму, то нехтування межами її можливостей — один із його найсерйозніших недоліків. Адже при цьому випускається з уваги, що розвиток того розуму, який здатний керувати організацією, та розвиток більш всеосяжного порядку, всередині якого функціонують організації, грунтуються на пристосуванні до непередбачуваного, і єдиний шанс вийти за межі можливостей окремих інтелектів — це покластися на ті надособистісні сили «самоорганізації», що створюють спонтанні порядки.

---

* Jean Labadie (ed), *L'Allemagne, a-t-elle le secret de l'organisation?* (Paris, 1916).

** Див. Dwight Waldo, «Organization theory: an elephantine problem», *Public Administration Review,* XXX, 1961, передрук, у *General Systems, Yearbook of the Society for General Systems Research,* VII, попередній том якого містить корисне зібрання статей із теорії організації.

III

ПРИНЦИПИ ТА ПРАКТИЧНАДОЦІЛЬНІСТЬ

Постійне звертання до підставових принципів абсолютно необхідне для збереження благ свободи.

Конституція Північної Кароліни*.

ІНДИВІДУАЛЬНІ ЦІЛІ Й КОЛЕКТИВНІ ВИГОДИ

Теза цієї книжки полягає в тому, що стан свободи, за якого всі мають дозвіл використовувати свої знання для власних цілей і стримуються лише правилами належної поведінки загального застосування, напевно, створює найкращі умови для досягнення людьми своїх цілей, а реалізувати й підтримувати таку систему можна, напевно, лише за умови, що будь-яка влада, в тому числі влада більшості людей, обмежується в застосуванні примусової сили загальними принципами, яким підлягає й сама спільнота. Індивідуальна свобода, де б вона не існувала, найчастіше була наслідком переважної поваги до таких принципів, які, втім, ніколи не були чітко й повно сформульовані в конституційних документах. Свобода зберігалася протягом тривалих періодів завдяки тому, що ці принципи, непевно й невиразно усвідомлювані, керували громадською думкою. Інститути, за допомогою яких країни західного світу намагалися захистити індивідуальну свободу від дедалі більших зазіхань державної влади, завжди виявлялися неефективними, якщо їх переносили до країн, де таких традицій не було. Вони також не забезпечували достатнього захисту від впливу нових вимог, який сьогодні навіть серед людей Заходу часто набирає більш загрозливих розмірів, аніж старі концепції — концепції, що уможливлювали періоди свободи, коли ці люди завойовували свої теперішні позиції.

---

* Конституція штату Північна Кароліна. Ідея запозичена, можливо, в Девіда Г'юма *(Essays,* in *Works* III, p.482): «Державній владі, каже Макіавеллі, треба частіше нагадувати про її первинні принципи».

Я не вдаватимуся тут до більш повного визначення терміну «свобода» й не розводитимуся про причини того великого значення, яке ми надаємо індивідуальній свободі. Цьому присвячена інша моя книжка*. Однак треба сказати кілька слів щодо того, чому я віддаю перевагу стислій формулі, якою я неодноразово характеризував стан свободи як стан, коли кожний може користуватися своїми знаннями для власних цілей, перед класичним висловлюванням Адама Сміта: «Кожна людина, доки вона не порушує законів справедливості, цілком вільна дбати про свої інтереси у свій власний спосіб»**. Причина мого уподобання полягає в тому, що ця друга формула мимоволі наводить на непотрібну й невдалу думку, нібито захист індивідуальної свободи пов'язаний із індивідуалізмом і егоїзмом. Однак свобода дбати про власні цілі принаймні однаково важлива як для абсолютного альтруїста, так і для найегоїстичнішої людини. Альтруїзм як чеснота, безперечно, не передбачає необхідності виконувати чужу волю. Проте нерідко удаваний альтруїзм виявляє себе в бажанні примусити інших служити цілям, які «альтруїст» уважає за важливі.

Нам не треба звертатися тут до того незаперечного факту, що часто людина бачить корисність своїх зусиль для інших лише в тому випадку, якщо діє як учасник узгоджених зусиль багатьох людей згідно з якимось послідовним планом, і що нерідко окремій людині важко впоратися з лихом, яке її близько стосується. Проте її свобода полягає, безсумнівно, і в тому, що заради таких цілей вона може приєднуватися до організацій (або створювати їх), що дозволить їй взяти участь у злагодженій діяльності. І хоча деяких цілей альтруїста можна досягти лише через колективні дії, те саме нерідко можна сказати й про досягнення суто егоїстичних цілей. Між альтруїзмом і колективними діями або між егоїзмом та індивідуальною діяльністю не завжди існує зв'язок.

---

* Див. F A.Hayek, *The Constitution of Liberty* (London/Chicago, 1960).

** Adam Smith, *Wealth of Nations,* ed. by E.Cannan (London, 1930), vol.2, p. 184; див. також John Locke, *Second Treatise on Government,* ed by P.Laslett (Cambridge, 1960), sect. 22: «Свобода дотримуватися власної волі скрізь, де цього не забороняють правила».

ЛИШЕ ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПІВ ЗБЕРІГАЄ СВОБОДУ; ПІКЛУВАННЯ ПРО ПРАКТИЧНУ ДОЦІЛЬНІСТЬ ЇЇ ЗНИШУЄ

Із осягнення того, що блага цивілізації ґрунтуються на використанні більших знань, аніж ті, з яких можна скористуватися в будь-яких свідомо узгоджених зусиллях, випливає, що ми не здатні побудувати прийнятне для нас суспільство, просто складаючи разом окремі елементи, які здаються нам прийнятними. Хоча, мабуть, всі корисні удосконалення мають бути поступовими, але якщо окремі кроки не спираються на сукупність послідовних принципів, результатом майже неодмінно буде придушення індивідуальної свободи.

Причина цього дуже проста, хоча й не всі її усвідомлюють. Оскільки цінність свободи залежить від того, які нагоди вона дає для несподіваних і непередбачуваних дій, ми рідко усвідомлюємо, що ми втрачаємо внаслідок того чи іншого обмеження свободи. Кожне таке обмеження, будь-який примус окрім примусового застосування загальних правил можуть мати за мету досягнення певного передбачуваного конкретного результату, але що саме вони мають відвертати, як правило, нікому не відомо. Прямі наслідки будь-якого втручання в ринковий порядок у більшості випадків близькі й очевидні, тимчасом як більш опосередковані та віддалені наслідки здебільшого невідомі й тому випускаються з уваги*. Ми ніколи не маємо повного уявлення про те, якою ціною досягаються конкретні результати такого втручання.

Отож коли ми вирішуємо кожне питання виключно на підставі того, що здається його індивідуальною суттю, ми завжди надто високо оцінюємо переваги централізованого керівництва. Наш вибір кожного разу залишатиметься вибором між пев-

---

* Див. A.V.Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion during the Nineteenth Century* (London, 1914), p.257: «Корисний наслідок втручання Держави, зокрема у вигляді законодавства, є прямим, негайним і, так би мовити, очевидним, тимчасом як його негативні наслідки поступові, непрямі й знаходяться поза полем нашого зору... Відтак більшість людства майже неминуче дивиться на державне втручання з надмірною прихильністю. Протистояти цьому природному нахилу може лише існування в суспільстві... презумпції або преюдиції на користь індивідуальноїсвободи, тобто *laissez-faire».* Схожу думку знаходимо в E.Küng, *Der Interventionismus* (Bern, 1941), p.360: «Благотворні й бажані наслідки більшості економіко-політичних заходів виявляються незабаром після їх застосування, а віддалені, іноді більш важкі наслідки — лише пізніше».

ним відомим і реальним здобутком і просто ймовірністю завадити якійсь невідомій корисній діяльності невідомих осіб. Тож якщо вибір між свободою та примусом вважається питанням практичної доцільності*, свобода неодмінно приноситиметься в жертву майже в кожному випадку. Оскільки в цьому конкретному випадку ми навряд чи коли-небудь знатимемо, якими будуть наслідки, якщо дозволити людям зробити свій власний вибір, то ставити рішення в кожному випадку в залежність лише від передбачуваних конкретних результатів — це значить неминуче спричинити поступове знищення свободи. Мало які обмеження свободи не можна було б виправдати на тій підставі, що нам невідома конкретна шкода, до якої вони можуть спричинитися.

Те, що свободу можна зберегти, лише ставлячись до неї як до одного з найвищих принципів, якими не можна поступатися заради конкретних вигід, цілком усвідомлювалося провідними ліберальними мислителями XIX ст., один із яких навіть схарактеризував лібералізм як «систему принципів»**. У цьому полягає головна суть їхніх застережень стосовно того, «що ми бачимо й чого не бачимо в політичній економії»***, та щодо «прагматизму, який всупереч намірам своїх типових представників невблаганно веде до соціалізму»****.

Однак усі ці застереження виявилися марними, й однією з найважливіших інновацій у соціально-економічній політиці за останні сто років стала поступова відмова від принципів та зростаюча рішучість діяти прагматично+. Навіть сьогодні новою мудрістю нашої доби проголошується необхідність наперед присягнути всім принципам, або «ізмам», задля досягнення більшої влади над своєю долею. Застосування до кожного зав-

---

* Що з такими далекосяжними наслідками для американських інтелектуалів проповідувалося Джоном Дьюї; див., наприклад, його розвідку «Force and coercion». *International Journal of Ethics,* XVI, 1916, p.362: «Виправдане застосування сили чи ні... є, по суті, питанням ефективності (в тому числі економічної) засобів досягнення цілей».

** Benjamin Constant, «De l'arbitraire», in *Oeuvres politiques,* ed. by C.Louandre (Paris, 1874), pp.71-72.

*** Frederic Bastiat, *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas en économic politique* (Paris, 1850).

**** Carl Menger, *Problems of Economics and Sociology,* ed. by L.Schneider (Urbana, 111., 1963).

+ Див. W.Y.Elliott, *The Pragmatic Revolt in Politics* (New York, 1928).

дання найдоречніших для його вирішення «соціальних засобів», не зв'язаних жодною догматичною вірою, декому здається єдиним способом дії, гідним нашої раціонально-наукової епохи*. «Ідеології», тобто системи принципів, повсюдно стали так само непопулярними, як диктаторські ідеології Наполеона I чи Карла Маркса — двох особистостей, завдяки яким це слово набуло свого сучасного зневажливого значення.

Якщо я не помиляюся, це модне зневажливе ставлення до «ідеології», тобто до всіх загальних принципів чи «ізмів», є типовим для розчарованих соціалістів: змушені відмовитися від власної ідеології через її внутрішні суперечності, вони зробили висновок, що всі ідеології неминуче хибні й що заради розумності своїх дій людина мусить обходитися без жодної. Однак неможливо керуватися (як їм це уявляється) лише недвозначними, конкретними, свідомо визнаними цілями й відкидати всі загальні цінності, корисність яких для досягнення конкретних бажаних результатів не можна довести (тобто керуватися лише тим, що Макс Вебер називає «цілеспрямованою раціональністю»). Хоча, звичайно, ідеологію не можна «довести» (тобто продемонструвати її правильність), проте цілком може бути, що її широке визнання є необхідною умовою для більшості конкретних цілей, яких ми прагнемо.

Ці удавані сучасні «реалісти» відчувають лише презирство, коли чують старомодне застереження: якщо почати безсистемно втручатися у спонтанний порядок, то практично вже не можна зупинитися, а відтак треба робити вибір з-поміж альтернативних систем. їм подобається думати, що за допомогою експериментальних, а отже, «наукових» дій вони зможуть поступово скласти прийнятний порядок, обираючи для досягнення кожного окремого потрібного результату найпридатніші з пропонованих їм наукою засобів.

Оскільки застереження проти таких процедур часто спричинялися до непорозумінь (як це було з однією з моїх попередніх книжок), то буде, мабуть, доречно додати ще кілька слів щодо їх інтенцій. У книжці «Шлях до кріпацтва»** я, звичайно, не мав увазі, що навіть найнезначніший відхід від того, що я вважаю за принципи вільного суспільства, завжди й невідво-

---

* Щодо цього див., зокрема, R.A.Dahl and Charles Lindblom, *Politics, Economics, and Welfare* (New York, 1953), pp.3-18, напр., p.16: «Засоби, а не 'ізми' є суттю раціональної діяльності в західному світі. І соціалізм, і капіталізм мертві.» Саме це і є причиною нашої пасивності.

** F.A.Hayek, *The Road to Serfdom* (London/Chicago, 1944).

ротно приводить нас до тоталітарної системи. Скоріше я мав на увазі те, що простою мовою висловлюється так: «Якщо ви не виправите своїх принципів, то підете прахом». Те, що це часто розумілося як характеристика неминучого процесу, розпочавши який, ми вже не маємо над ним влади, вказує лише на погане розуміння важливості принципів для визначення політики і, зокрема, на цілковите нехтування тим фактом, що своїми політичними діями ми мимоволі спричиняємо визнання принципів, які роблять необхідними наступні дії.

Ці нереалістичні сучасні «реалісти», які пишаються сучасністю своїх поглядів, випускають з уваги одне: вони захищають те, що більша частина західного світу насправді робила протягом двох-трьох останніх поколінь і чому ми завдячуємо сьогоднішніми політичними умовами. Кінець ліберальної ери принципів цілком можна датувати часом, коли В.С.Джевонс більше вісімдесяти років тому проголосив, що в економічній та соціальній політиці «ми не здатні сформулювати твердих і сталих правил, а змушені детально розглядати всі аспекти кожного питання»*. За десять років Герберт Спенсер уже міг говорити про «панівний напрямок політики», який «виявляє просто-таки презирство до будь-якої доктрини, що передбачає обмеження для справ нагальної практичної доцільності» або покладається на «абстрактні принципи»**.

«Реалістичний» погляд, що відтоді на такий тривалий час став чільним у політиці, навряд чи спричинився до наслідків, яких бажали його прихильники. Замість того щоб стати господарями своєї долі, ми фактично частіше опинялися на шляху, якого свідомо не обирали, й стикалися з «неминучою необхідністю» подальших дій, ставали незапланованим наслідком зробленого нами.

«НЕОБХІДНОСТІ» ПОЛІТИКИ ЗАЗВИЧАЙ Є НАСЛІДКАМИ ПОПЕРЕДНІХ ЗАХОДІВ

Твердження про неминучість певних політичних заходів, яке часто висувається, має цікавий подвійний аспект. Коли йдеться про розвиток подій, схвалюваний тими, хто користується цим аргументом, він легко визнається й застосовується для

---

* Див. передмову до W.S.Jevons, *The State in Relation to Labour* (London, 1882).

** Herbert Spencer, *Justice: Being Part IV of the Principles of Ethics* (London, 1891), p.44

виправдання відповідних дій. Однак коли справи набувають небажаного обороту, думка, що це не вплив обставин, які перебувають поза нашим контролем, а доконечний наслідок наших попередніх рішень, зневажливо відкидається. Для сучасної людини, здається, нестерпна ідея, що ми не цілком вільні обирати будь-які комбінації бажаних прикмет свого суспільства або складати їх в якусь життєздатну структуру, тобто що ми не можемо будувати прийнятний суспільний лад, як мозаїку — обираючи будь-які окремі складові, що нам найбільше до вподоби, й що багато які з добре замислених заходів можуть мати довгу низку непередбачених і небажаних наслідків. Вважалося, що все, що сучасна людина створює, вона може й змінювати своєю волею відповідно до своїх бажань, і навпаки — те, що вона здатна змінити, вона сама й мала спочатку створити. Вона ще не усвідомила, що це наївне переконання походить від двозначності слова «створений», яку ми обговорювали раніше. Звичайно, головною обставиною, через яку певні заходи здаються неминучими, насправді є результат наших минулих дій і тих думок, яких тепер дотримуються. Більшість «необхідностей» політики створена нами самими. Я сам тепер уже досить старий і неодноразово чув від старіших за мене, що певні наслідки їхньої політики, передбачені мною, ніколи не настануть, а пізніше, коли вони настають, я чую від молодших, що ці наслідки були неминучими й цілком незалежними від реальних дій.

Причина, чому ми не можемо досягти зв'язного цілого просто довільним складанням елементів, полягає в тому, що доречність будь-якого окремого заходу всередині спонтанного порядку залежить від його решти й будь-яка окрема зміна, внесена нами до цього порядку, майже нічого не скаже нам про його функціонування в іншому оточенні. Експериментальним шляхом ми можемо виявити лише, пасує чи не пасує та чи інша інновація до конкретної структури. Сподіватися ж на те, що ми можемо побудувати логічно послідовний порядок, довільно експериментуючи з окремими рішеннями конкретних проблем і не дотримуючись провідних принципів, — це ілюзія. З досвіду ми багато чого довідуємося про ефективність різних соціальних та економічних систем як сукупних цілостей. Однак планувати такий складний порядок, як сучасне суспільство, не можна ані розглядаючи його як одне ціле, ані формуючи кожну складову окремо без урахування решти. Це можливо лише за послідовного дотримання певних принципів упродовж усього процесу еволюції.

Не можна сказати, що ці «принципи» обов'язково мають набувати форми чітко сформульованих правил. Принципи часто стають ефективнішими порадниками в діях, коли справляють враження лише необгрунтованого упередження, якогось загального відчуття, що певних речей просто «не можна робити»; варто лише їх недвозначно сформулювати, як починається теоретизування щодо їх правильності та чинності. Можливо, саме тому у XVIII ст. англійці, мало схильні до абстрактних роздумів про загальні принципи, набагато рішучіше керувалися непорушними переконаннями щодо прийнятності тих чи інших політичних дій, аніж французи, які старанно намагалися виявити й засвоїти такі принципи. Коли втрачається інстинктивна впевненість (можливо, внаслідок марних спроб сформулювати принципи, дотримувані «інтуїтивно»), то єдиний спосіб відновити такі орієнтири — це пошук точного формулювання того, що раніше усвідомлювалося побічно.

Отже, враження, нібито англійці XVII—XVIII ст., завдяки своєму хистові «з гріхом пополам доводити справу до кінця» та своїй «природженій схильності до компромісів», спромоглися створити життєздатну систему без зайвих балачок про принципи, а французам з їхньою турботою про чітко висловлені засновки та точні формулювання, це так і не вдалося, може бути оманливим. Істина, схоже, полягає в тому, що англійці мало говорили про принципи, але керувалися ними набагато надійніше, тимчасом як у Франції саме спекуляції довкола засадничих ідей заважали сталому впливу якоїсь однієї системи принципів.

НЕБЕЗПЕЧНІСТЬ НАДАННЯ ПЕРЕДБАЧУВАНИМ НАСЛІДКАМ НАШИХ ДІЙ БІЛЬШОГО ЗНАЧЕННЯ, АНІЖ ПРОСТО МОЖЛИВИМ

Зберегти якусь систему вільною так важко саме тому, що для цього доводиться постійно відкидати заходи, які уявляються потрібними для забезпечення конкретних результатів, лише на тій підставі, що вони суперечать якомусь загальному правилу, й часто ми не усвідомлюємо збитків, пов'язаних із недотриманням цього правила в даному конкретному випадку. Тому для успішного захисту свободи треба бути догматичними й не робити поступок практичній доцільності навіть там, де неможливо довести, що порушення цього правила матиме не лише відомі й корисні наслідки, але й деякі шкідливі. Свобода візьме гору лише за умови, що її буде визнано за загальний принцип,

застосування якого в окремих випадках не потребує обґрунтування. Отже, осуд класичного лібералізму за надмірне доктринерство був непорозумінням. Його вадою була не надто вперта відданість принципам, а брак принципів, досить визначених, аби слугувати чіткими орієнтирами, а також враження, нібито він просто визнає традиційні функції державної влади й опирається всім новим. Послідовність можлива лише за схвалення точно визначених принципів. Поняття ж свободи, яким оперували ліберали XIX ст., у багатьох відношеннях було таким розпливчастим, що не могло правити за чіткий орієнтир.

Люди неминуче накладатимуть на індивідуальну свободу ті обмеження, які здаються їм найпростішими й найпрямішими засобами проти визнаного лиха, якщо серед них не переважатиме міцна віра в чітко визначені принципи. Втрата такої віри й віддання переваги практичній доцільності є частково наслідком того факту, що ми більше не маємо принципів, які можна раціонально захищати. Схвалені колись емпіричні визначення були непридатні для вирішення питання про припустиме й неприпустиме у вільній системі. Ми більше не маємо навіть загальнозрозумілої назви для тієї речі, яку термін «вільна система» описує лише приблизно. Безперечно, ані «капіталізм», ані *laissez-faire** не характеризують її як треба, й зрозуміло, що обидва терміни користуються більшою популярністю серед супротивників, аніж серед прихильників вільної системи. Назва «капіталізм» доречна щонайбільше для часткової реалізації такої системи на певному історичному етапі, але завжди вводить в оману, бо натякає на систему, вигідну передусім капіталістам, тимчасом як насправді ця система накладає на підприємництво дисципліну, яка дратує керівників і якої кожний намагається уникнути. *Laissez-faire* ніколи не було чимось більшим за емпіричне визначення. Це поняття дійсно висловлювало протест проти зловживань державною владою, але ніколи не надавало критерію, за допомогою якого можна було б визначити належні функції держави. Майже те саме стосується й термінів «вільне підприємництво» та «ринкова економіка», які мало про що говорять без визначення сфери свободи окремої людини. Вислів «свобода за законом», який колись, можливо, передавав головну суть краще за будь-який інший, став майже безглуздим, тому що і «свобода», і «закон» утратили чітке значення. А єдиний термін, який у минулому майже всі розуміли правильно, —

* Laissez-faire *(франц.)* — невтручання, надання свободи дій (дослівно: дозволяйте робити). — *Прим, перекл.*

«лібералізм» — було «як найвищий, хоча й ненавмисний, комплімент привласнено опонентами цього ідеалу»*.

Читач-непрофесіонал може не зовсім усвідомлювати, як далеко ми вже відійшли від ідеалу, висловленого цими термінами. Правник же чи політолог одразу зрозуміє: те, що я обстоюю, є ідеалом, практично вже втраченим й ніколи до кінця не здійсненим, хоча, можливо, більшість людей переконана, що якась подоба цього ідеалу все ще керує громадськими справами. Саме тому, що ми відхилилися від цього ідеалу набагато далі, ніж уявляє собі більшість людей, і без негайного втручання в цей розвиток подій він за власною інерцією перетворить вільне суспільство на тоталітарне, ми мусимо переглянути головні принципи нашої політичної діяльності. Ми все ще вільні завдяки тому, що певні традиційні, але швидко зникаючі забобони уповільнили процес, за допомогою якого внутрішня логіка вже зроблених нами змін схильна затверджуватися на дедалі ширшому терені. За нинішнього стану думок остаточна перемога тоталітаризму буде фактично лише остаточною перемогою ідей, які в інтелектуальній сфері вже взяли гору над опором традиціоналістів.

ФАЛЬШИВИЙ РЕАЛІЗМ І СМІЛИВІСТЬ, ПОТРІБНА ДЛЯ ВИЗНАННЯ УТОПІЇ

Далекосяжні наслідки для політики має методологічний висновок про цілковиту неможливість визначити для складних спонтанних порядків щось більше за загальні принципи їх функціонування або прогнозувати конкретні зміни внаслідок тієї чи іншої події у навколишньому світі. Це означає, що, покладаючись на сили спонтанного впорядкування, ми нерідко не здатні передбачити окремих змін, які спричинятимуть необхідність адаптації до нових зовнішніх обставин, а іноді, можливо, не здатні навіть збагнути, в який спосіб можна відновити порушену «рівновагу» чи «баланс». Ця необізнаність у тому, як механізм спонтанного порядку розв'язуватиме подібні «проблеми» (а ми усвідомлюємо, що їх треба якось розв'язувати, аби уникнути розпаду всієї системи), нерідко має наслідком схоже на паніку збентеження й потребу в державних заходах по відновленню порушеної рівноваги.

Часто-густо причиною закликів до свідомого контролю стає навіть часткове осягнення характеру загального спонтанного

* J.A.Schumpeter, *History of Economic Analysis* (New York, 1954), p.394.

порядку. Доки баланс у торгівлі або відповідність між попитом і пропонуванням будь-якого конкретного товару спонтанно саморегулювалися після кожного порушення, люди рідко цікавилися тим, як це відбувається. Однак, одного разу усвідомивши неминучість таких постійних пристосувань, вони відчули, що треба покласти на когось відповідальність за їх свідоме спричинення. Економісти, завдяки самій природі свого схематичного уявлення про спонтанний порядок, могли протиставити цій ідеї лише самовпевнене твердження, нібито необхідна рівновага якось установиться сама, якщо ми не втручатимемось у дію спонтанних сил. Але оскільки економісти зазвичай не здатні завбачити, як саме це має відбуватися, їхні твердження були не дуже переконливими.

Втім, коли можливість передбачити ймовірний спосіб відновлення спонтанними силами порушеного балансу існує, ситуація стає ще гіршою. Необхідність пристосування до непередбачених подій завжди означає, що хтось зазнає шкоди, чиїсь сподівання не справдяться, чиїсь зусилля виявляться марними. З цього випливає вимога, аби потрібне пристосування відбувалося під обачливим проводом, що на практиці має означати надання владі права вирішувати, кому буде завдано шкоди. Наслідком цього нерідко буває створення перешкод необхідному регулюванню скрізь, де його можна передбачити.

Ті корисні ідеї, що їх може надати наука для потреб керівництва політикою, полягають в усвідомленні загальної природи спонтанного порядку, а не деталей конкретної ситуації, яких вона не має й не може мати в своєму розпорядженні. Правильну оцінку належного наукового внеску до вирішення наших політичних завдань, яка була в XIX ст. досить поширеною, затемнила нова тенденція, що стала наслідком модного нині облудного уявлення про природу наукового методу: переконання, нібито наука складається із сукупності окремих спостережуваних фактів, — помилкового стосовно науки взагалі та вдвічі більш помилкового, коли йдеться про частини складного спонтанного порядку. Оскільки всі події в будь-якій частині такого порядку пов'язані між собою й абстрактний порядок цього типу не має повторюваних конкретних складових, які можна ідентифікувати за індивідуальними властивостями, то, безумовно, марно намагатися виявити за допомогою спостережень закономірності в будь-якій з його складових. Єдиною теорією, яка в цій сфері може претендувати на науковий статус, є теорія порядку як сукупної цілості, а такої теорії (хоча вона й підлягає перевірці фактами) можна дійти не індуктивно, через спосте-

реження, а лише шляхом побудови уявних моделей зі спостерігаиих елементів.

Прихильники короткозорого погляду на науку, зосередженого на дослідженні окремих фактів як єдиних об'єктів емпіричного спостереження, навіть пишаються тим, що не користуються концепцією загального порядку, побудованою на тому, що вони називають «абстрактним теоретизуванням»; але такий погляд аж ніяк не збільшує нашої здатності формувати потрібний нам порядок, фактично позбавляючи нас ефективного орієнтира для успішних дій. Фальшивий «реалізм», який сам себе вводить в оману, вважаючи, що може обійтися без провідної концепції природи загального порядку, й обмежуючись дослідженням окремих «засобів» досягнення окремих результатів, насправді є надзвичайно нереалістичним. Особливо тоді, коли внаслідок цього ставлення, як це часто буває, оцінка доцільності окремих заходів обґрунтовується аналізом їх «здійсненності» в конкретному політичному кліматі, така позиція нерідко здатна завести нас у безвихідь. Це — неминучий кінцевий результат усіх тих послідовних заходів, що мають тенденцію до знищення загального порядку, існування якого їх прихильники водночас мовчазно припускають.

Не можна заперечувати, що певною мірою провідна модель загального порядку завжди буде утопією, річчю, з якою реальна ситуація матиме лише віддалену схожість і яку багато хто вважатиме абсолютно недосяжною. Втім, досягти якоїсь подоби ефективної основи для функціонування спонтанного порядку можливо лише за незмінної підтримки провідної концепції внутрішньо логічної моделі, яку можна створити шляхом послідовного застосування одних і тих самих принципів. Як уважав Адам Сміт, «сподіватися на те, що свобода торгівлі коли-небудь цілковито відновиться у Великій Британії, насправді так само абсурдно, як і сподіватися на запровадження в ній одного дня Океанії чи Утопії»*. Однак сім років по тому цієї свободи було досягнуто — передусім завдяки його праці.

«Утопія», як і «ідеологія», сьогодні вважається лайливим словом, і більшість утопій дійсно спрямовані на радикальне перекроєння суспільства й мають внутрішні суперечності, які унеможливлюють їх здійснення. Однак певне уявлення про ідеальне суспільство, можливо, до кінця й не досяжне, або якась провідна концепція загального порядку, який треба мати за

---

* Adam Smith, *op. cit.,* vol.1, p.435.

мету, все ж таки є не лише необхідною передумовою будь-якої розумної політики, але й тим головним внеском, що його може зробити наука до розв'язання проблем практичної політики.

РОЛЬ ПРАВНИКА В ПОЛІТИЧНІЙ ЕВОЛЮЦІЇ

Головним інструментом свідомих змін у сучасному суспільстві є законодавство. Однак як би ретельно ми не обмірковували наперед кожний законодавчий акт, ми ніколи не матимемо можливості перепроектувати всю правову систему загалом або заново створити її за якимось послідовним планом. Законотворчість — це завжди безперервний процес, кожний етап якого спричиняє непередбачені до того висновки щодо наших можливих чи необхідних наступних кроків. Складові правової системи не стільки взаємно припасовані згідно з якимось всеохопним загальним підходом, скільки поступово пристосовані одна до одної шляхом послідовного застосування загальних принципів до конкретних проблем — принципів, які часто навіть точно не відомі, а лише приховані в конкретних практичних заходах. На тих, хто вважає за можливе свідомо впорядковувати будь-яку конкретну діяльність «великого суспільства» згідно з послідовним планом, має воістину протверезно вплинути роздум про те, що це виявилося неможливим навіть для такої частини цієї сукупності, як система права. Мало що очевидніше за процес зміни права демонструє можливість спричинення загальноприйнятими концепціями безперервних змін і заходів, яких на початку ніхто не бажав або не передбачав, але які неминуче виникають у свій час. Кожний поодинокий крок у цьому процесі зумовлюється проблемами, які виникають, коли принципи, викладені в попередніх рішеннях (або приховані в них), застосовуються до обставин, на той час не передбачених. Навколо цієї «внутрішньої динаміки права», наслідком якої стають загалом ніким не бажані зміни, немає нічого особливо загадкового.

У цьому процесі поодинокий правник є скоріше випадковим знаряддям, ланкою в ланцюгу подій, назагал йому не видимих, ніж свідомим ініціатором. Незалежно від того, діє він як суддя чи як автор законопроектів, йому повідомляється схема загальних концепцій, в яку ми маємо вписати його рішення, і його завдання — застосовувати ці загальні принципи права, а не піддавати їх сумніву. Як би сильно він не піклувався про майбутнє значення своїх рішень, він може оцінювати їх лише в контексті всіх інших визнаних принципів права, повідомлених

йому. Звичайно, так і має бути: за самою суттю правового мислення й прийняття справедливих рішень юрист прагне до послідовності всієї системи.

Часто висловлюється думка, нібито правники професійно схильні до консерватизму*. За певних умов, а саме за тривалого схвалення деяких підставових принципів права, вони справді можуть визначати всю правову систему — як загальний дух, так і кожну окрему норму та її застосування в цій системі. У таких випадках система права відзначатиметься значною стабільністю. Кожний правник, якому доведеться тлумачити чи застосовувати норму, не згідну з рештою норм системи, докладатиме зусиль, аби пристосувати її до інших. Отже, правники в окремих випадках можуть навіть фактично зводити нанівець намір законодавця — не через зневагу до закону, а навпаки, тому, що їхні методи змушують їх віддавати перевагу основній частині права й припасовувати до неї сторонній елемент, трансформуючи його так, аби він гармонійно поєднувався з цілим.

Однак ситуація стає зовсім іншою, коли починає набувати впливу загальна філософія права, не згідна з більшою частиною існуючого права. Ті самі правники за допомогою тих самих звичок і методів і зазвичай немовби мимоволі стають революційною силою, дієвість якої щодо видозміни права аж до останньої деталі є не меншою, ніж перед тим щодо його збереження. Ті самі сили, які в першому випадку сприяють відсутності руху, в другому можуть прискорювати зміни, аж доки трансформація всієї сукупності права не дійде межі, якої ніхто не передбачував і не бажав. Матиме цей процес наслідком нову рівновагу чи дезінтеграцію всієї сукупності права — в тому сенсі, в якому ми ще й досі здебільшого розуміємо це слово, — залежатиме від характеру цієї нової філософії.

Ми живемо саме в такий період трансформації права внутрішніми силами, і, за існуючою думкою, якщо дозволити принципам, які керують сьогодні цим процесом, самим дійти своїх логічних наслідків, то право, відоме нам як головний засіб захисту індивідуальної свободи, приречене на зникнення. Уже в багатьох галузях правники як інструмент загальної концепції, якої вони не створювали, стали знаряддям не принципів справедливості, а механізму, в якому окрему людину змушують слугувати цілям своїх правителів. Уже складається враження, що правове мислення такою мірою зумовлюється новими уяв-

* Див., наприклад, Max Weber, *On Law in Economy and Society*, ed. by Max Rheinstein (Cambridge, Mass., 1954), p.298.

леннями про функції права, що за послідовного застосування цих уявлень уся система норм індивідуальної поведінки має перетворитися на систему організаційних норм.

Ці тенденції дійсно з тривогою відзначалися багатьма професійними юристами, чия головна турбота, як і раніше, пов'язана з тим, що іноді називають «адвокатським правом», тобто тими нормами належної поведінки, які колись і вважалися за *закон*. Однак лідерство в правознавстві в ході описаного нами процесу перейшло від приватних юристів-практиків до фахівців із публічного права, внаслідок чого філософські концепції, які визначають розвиток усього права, в тому числі приватного, сьогодні майже цілком моделюються людьми, сфера інтересів яких пов'язана з публічним правом, тобто нормами організації державного врядування.

НЕЯБИЯКИЙ ВПЛИВ ОБЛУДНОЇ ЕКОНОМІЧНОЇ НАУКИ НА СУЧАСНИЙ РОЗВИТОК ПРАВА

Втім, було б несправедливо засуджувати правників за цей стан справ більше, ніж економістів. Адже практикуючий юрист взагалі найкраще виконує свої функції, коли точно застосовує загальні принципи права, які він вивчав і які має за обов'язок послідовно застосовувати. Лише в теорії права, у формулюванні та детальній розробці цих загальних принципів виникає підставова проблема їх зв'язку з реальною послідовністю дій. Для такого формулювання та розробки, для розумного вибору між альтернативними принципами абсолютно необхідне розуміння цієї послідовності. Однак протягом останніх двох-трьох поколінь філософія права керувалася скоріше хибним, аніж правильним уявленням про характер цієї послідовності.

Економісти, в свою чергу, принаймні починаючи з Девіда Г'юма та Адама Сміта, які були також філософами права, безперечно, вже не виявляли належного розуміння важливості системи правових норм, існування якої мовчазно припускалося в їхніх міркуваннях. Вони рідко висловлювали своє усвідомлення детермінації спонтанного порядку в такій формі, яка могла б дуже придатися теоретикам права. Втім вони, можливо, несвідомо зробили не менший внесок до трансформації усього суспільного порядку, ніж правники.

Це стає очевидним, коли ми аналізуємо типове обґрунтування правниками великих змін, яких за останні сто років зазнав характер права. Скрізь — чи то в англійській та американській, чи то у французькій і німецькій юридичній літературі — ми

знаходимо гадані економічні доконечності, що подаються як причини цих змін. Економісти, які читатимуть такі пояснення трансформації права, будуть ними дещо засмучені: вони виявлять, що провина за всі гріхи попередників покладається на них. Звіти про сучасний розвиток права рясніють посиланнями на «необоротні, непереборні сили» та «неминучі тенденції», які нібито спричинили імперативну потребу в конкретних змінах. Той факт, що «всі сучасні демократії» робили це чи те, наводиться як доказ розумності чи доконечності таких змін.

У цих звітах незмінно розповідається про колишній період *laissez-faire,* немовби то були часи, коли не докладалося жодних зусиль по вдосконаленню правової структури, аби примусити ринок функціонувати з більшою користю чи доповнити його результати. Майже всі автори будують свою аргументацію на *fable convenue**, нібито вільне підприємництво було невигідне робітникам фізичної праці, та стверджують, що «ранній капіталізм» чи «лібералізм» спричинили зниження матеріального рівня робочого класу. Ця легенда, хоча й цілком неправдива**, стала частиною фольклору наших часів. Насправді ж внаслідок розвитку вільних ринків винагорода фізичної праці за останні 150 років зазнала підвищення до такого рівня, який був невідомий у жодному з попередніх періодів історії. Більшість сучасних праць із філософії права рясніє також застарілими кліше про нібито саморуйнівне спрямування конкуренції або про потребу в «плануванні», що диктується зростаючою складністю сучасного світу. Ці кліше виникли 30-40 років тому на хвилі ентузіазму, з яким тоді сприймалася ідея «планування», бо його прихований тоталітарний сенс ще не цілком усвідомлювався.

Насправді невідомо, чи спричинився якийсь інший засіб до поширення такої кількості облудних економічних ідей за останні сто років, як засвоєння молодими правниками від старших пояснення певних дій «доконечною необхідністю» або певних заходів — «неминучістю» внаслідок тих чи інших обставин. Здається, для способу мислення правника стало звичним вважати той факт, що законодавчий орган зважився на якесь рішення, за доказ розумності цього рішення. Проте це означає, що корисність чи згубність його, правника, зусиль залежатиме від

---

* Fable convenue *(франц.)* — вигадка, що за угодою вважається за правду. — *Прим, перекл.*

** Див. збірник розвідок різних авторів *Capitalism and the Historians,* ed. by F.A.Hayek (London/Chicago, 1953).

розумності чи безглуздості прецедентів, якими він керується, й що він, мабуть, приречений увічнювати як помилки, так і мудрість минулого. Якщо він визнає існуючий напрямок розвитку за обов'язковий для себе, то може з однаковою ймовірністю стати або просто знаряддям здійснення незрозумілих йому змін, або свідомим творцем нового порядку. За таких обставин критерії доцільності того чи іншого розвитку подій треба шукати, мабуть, не в правознавстві, а десь в іншому місці.

Не можна сказати, що принципи, якими має керуватися законодавча діяльність, постачає лише політична економія, хоча, зважаючи на неминучий вплив економічних концепцій, слід бажати, аби такий вплив походив від справжньої економічної науки, а не від того зібрання міфів і казок про економічний розвиток, яке сьогодні, здається, зумовлює правову думку. Наша позиція полягає радше в тому, що принципи й упередження, які скеровують розвиток права, неминуче беруть свій початок також і поза правом і можуть бути корисними лише в тому випадку, якщо вони ґрунтуються на правильному уявленні про ефективне впорядкування діяльності у «великому суспільстві».

Роль правника в еволюції суспільства та спосіб, у який зумовлюються його дії, насправді є найкращою ілюстрацією певної засадничо важливої істини, а саме: хочемо ми цього чи ні, вирішальними чинниками, що визначатимуть цю еволюцію, завжди будуть надзвичайно абстрактні й часто неусвідомлювані поняття про правильне та неправильне, а не окремі цілі чи конкретні потреби. Не так свідома мета людей, як їхня думка щодо припустимих методів визначає не лише те, що робитиметься, а й чи матиме хтось право це робити. Найвидатніші дослідники суспільства знов і знов повторювали ідею, що нею завжди нехтували: «хоча люди й керуються передусім власним інтересом, проте й сам цей інтерес, і всі людські справи цілковито керуються *громадською думкою»**.

Мало які погляди стикаються з такою невірою з боку більшості практичних людей і так ігноруються панівним напрямком філософської думки, як погляд, згідно з яким те, що

---

* David Hume, *Essays,* in *Worb* III, p. 125; порівн. цитати з Дж.Мілля та лорда Кейнса, наведені на стор.113 та в прим. 14 до розд. 6 моєї книжки *The Constitution of Liberty,* до яких можна тепер додати схоже висловлювання Дж.Мадзіні, яке я бачив цитованим без наведення джерела: «Ідеї правлять світом і тим, що в ньому відбувається. Революція — це перехід ідеї від теорії до практики. Хоч би що говорили люди, матеріальні інтереси ніколи не спричиняли й не спричинять революції».

зневажливо називають ідеологією, має навіть більшу владу над тими, хто вважає себе вільним від неї, аніж над тими, хто свідомо її визнає. І все ж таки мало що має справити на дослідника еволюції суспільних інститутів сильніше враження, ніж той факт, що вирішальними для їх визначення є не добрі чи лихі наміри щодо їх безпосередніх наслідків, а загальні упередження, на підставі яких вирішуються окремі питання.

Сила абстрактних ідей ґрунтується передусім на самому факті, що ці ідеї не свідомо визнаються за теорії, а розглядаються більшістю людей як самоочевидні істини, що діють як мовчазні припущення. Те, що ця панівна сила ідей так рідко визнається, пояснюється надто спрощеним способом її подання: нібито якийсь великий розум виявився спроможним прищепити наступним поколінням їхні конкретні уявлення. Проте які саме ідеї (причому здебільшого взагалі не усвідомлювані людьми) домінуватимуть, визначається, звичайно, повільним і надзвичайно заплутаним процесом, який ми рідко здатні відтворити в загальних рисах навіть ретроспективно. Безперечно, принизливо мимоволі погоджуватися з тим, що наші теперішні рішення зумовлені давніми подіями в певній віддаленій сфері, про які широка публіка не мала жодного уявлення, а ті, хто вперше сформулювали нову концепцію, не усвідомлювали її наслідків, особливо якщо на конкретні рішення потім вплинуло не відкриття нових фактів, а загальна філософська концепція. Ці опінії бездумно засвоюються не лише «людьми з вулиці», а й фахівцями окремих галузей — як правило, просто тому, що вони випадково виявилися «сучасними».

Треба усвідомлювати, що джерелом багатьох найшкідливіших дійових чинників у цьому світі часто бувають не злі люди, а піднесені ідеалісти; зокрема, підвалини тоталітарного варварства були закладені чесними вченими, які діяли з найкращих спонук і так і не визнали спричинених ними наслідків*. Незаперечним фактом є те, що певні провідні філософські упередження, особливо в правовій сфері, призвели до ситуації, коли теоретики з добрими намірами, ще й досі дуже шановані навіть у вільних країнах, примудрилися розробити всі підставові концепції тоталітарного ладу. Адже комуністам — так само як і фашистам чи націонал-соціалістам, — аби прийти до своїх докт-

* Отже, якщо моя книжка «Шлях до кріпацтва» «дуже рідко визнає за опонентами щось окрім інтелектуальних помилок», то це теж не через «надмірну люб'язність», як доброзичливо припустив J.A.Schumpeter у рецензії на неї в *Journal of Political Economy,* xiv, 1946, а через глибоке переконання щодо природи вирішальних чинників.

рин, досить було лише застосувати концепції попередніх поколінь теоретиків права.

Однак тут нас цікавить не так минуле, як теперішнє. Незважаючи на крах тоталітарних систем у західному світі, їх головні ідеї у теоретичній сфері продовжували поширюватися настільки, що для цілковитого перетворення правової системи на тоталітарну сьогодні досить дозволити ідеям, що вже панують в абстрактній сфері, здійснитися на практиці.

Ця ситуація ніде не постає з такою очевидністю, як у Німеччині — країні, яка не лише практично забезпечила решту світу філософськими концепціями, що спричинилися до виникнення тоталітарних режимів, але й однією з перших пала жертвою цих концепцій, виплеканих у абстрактній сфері. Хоча власний досвід пересічних німців, мабуть, добряче допоміг їм позбавитися будь-якого свідомого співчуття до недвозначних проявів тоталітаризму, однак ці підставові філософські концепції лише відступили до абстрактної сфери й тепер приховуються в серцях поважних і високо шанованих вчених, готові — якщо не будуть дискредитовані з часом — знову взяти контроль над перебігом подій.

Треба сказати, що немає кращої ілюстрації чи відвертішого викладення способу, в який філософські концепції природи суспільного порядку впливають на розвиток права, ніж теорії Карла Шмітта, який задовго до приходу Гітлера до влади спрямував усю свою неймовірну інтелектуальну енергію на боротьбу з лібералізмом в усіх його формах*, а потім став одним із головних апологетів Гітлера в юридичній сфері й досі користується великим впливом серед німецьких філософів права та фахівців

---

* Як написав один із послідовників Карла Шмітта, Георг Дам, у рецензії на книжку Шмітта *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburg, 1934) у *Zeitschrift fiir die gesamte Staatswissenschaft,* XCV, 1935, p. 181, усі праці Шмітта «із самого початку були спрямовані на одну чітко визначену мету: викриття та зруйнування ліберальної правової держави й подолання законодавчої держави». Найбільш слушні зауваження щодо Шмітта можна знайти в книжці Johannes Huizinga, *Homo Ludens* (1944), англ. переклад (London, 1947), p.209: «Я не знаю сумнішого й глибшого падіння людського розуму, ніж варварська та патетична Шміттова маячня щодо друзів-ворогів. Його нелюдськімудрування навіть не витримують критики як зразок формальної логіки. Адже не війна важлива, а мир... Лише переступивши межі цих жалюгідних дружньо-ворожих стосунків, людство заслуговуватиме на високе звання людей. 'Поважність' Шміттового гатунку лише повертає нас до рівня дикунів».

із публічного права, причому типова для нього термінологія однаково охоче вживається й німецькими соціалістами, й консервативними філософами. Його головна думка (у власному остаточному формулюванні) полягає в тому, що з «нормативного» мислення ліберальної традиції право поступово просунулося через фазу «прихильників рішень», коли воля законодавчої влади вирішувала окремі питання, до концепції «формування конкретного порядку» — процес, який передбачає «нову інтерпретацію ідеалу *номоса* як всеосяжну концепцію права, що має на увазі певний конкретний порядок і спільноту»*. Інакше кажучи, право повинно не складатися з абстрактних норм, які уможливлюють формування спонтанного порядку як наслідку вільної діяльності окремих людей через установлення меж цієї діяльності, а бути знаряддям упорядкування чи організації, за допомогою якого окрему людину примушують слугувати конкретним цілям. Це — неминучий наслідок розвитку інтелектуального напряму, який більше не визнає сил самовпорядкування суспільства та ролі права в будь-якому механізмі впорядкування.

* Див. Carl Schmitt, op. cit., p.11 et seq.

IV

МІНЛИВЕ ПОНЯТТЯ ПРАВА

Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.

Julius Paulus*

ПРАВО Є СТАРШИМ ЗА ЗАКОНОДАВСТВО

З-поміж усіх винаходів людини законодавство, тобто свідоме створення законів, справедливо вважається за такий, що таїть у собі найповажніші наслідки — більш далекосяжні навіть, аніж наслідки винаходу вогню чи пороху**. На відміну від самого права, яке в цьому сенсі ніколи не було «винайдено», винахід законодавства відбувся в історії людства відносно пізно. Завдяки йому до рук людей потрапило знаряддя великої потужності, якого вони потребували для досягнення певних благ і яким досі не навчилися розпоряджатися так, аби воно не спричинило великого лиха. Воно розкрило перед людиною цілком нові можливості й дало їй нове відчуття влади над своєю

---

* Юлій Павл, римський юрист III ст. нашої доби, в *Digests* 50.17.1: «Не справедливість виводиться з правила, а правило народжується з нашого уявлення про справедливе». Див. також зауваження глосатора XII ст. Франциска Аккурсія, глоса до *Digests,* 1.1.1. pr.9: «Est autem jus a justitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit justitia quam jus». [З іншого боку, jus походить від justitia, немовби від матері, а відтак justitia виникла раніше за jus»]. Щодо всього комплексу проблем, обговорюваних у цьому розділі, див. Peter Stein, *Regulae Juris* (Edinburgh, 1966), зокрема p.20: «Первісно *lex* було пояснювальним словом до *jus*».

** Bernhard Rehfeid, *Die Wurzeln des Rechts* (Berlin, 1951), p.67: «Виникнення феномена законодавства... означає в історії людства відкриття вміння *творити* справедливість і несправедливість. До того часу люди вважали себе здатними не встановлювати закони, а лише застосовувати їх, як щось таке, що існувало споконвік. Зважаючи на це уявлення, винайдення законодавства виявилося, мабуть, найфатальнішим з усіх відкрить, колись зроблених людством, — фатальнішим за відкриття вогню чи винайдення пороху, бо воно найвиразніше з усіх вручило долю людини їй самій».

долею. Однак дебати щодо того, кому має належати ця влада, надмірно затьмарили набагато фундаментальніше питання: як далеко ця влада має сягати. Безперечно, вона залишатиметься надзвичайно небезпечною, доки ми вважатимемо, що завдавати шкоди вона може лише в руках поганих людей*.

Право в значенні обов'язкових норм поведінки виникло, безсумнівно, одночасно зі суспільством: мирне співіснування людей у суспільстві можливе лише завдяки додержанню загальних норм**. Задовго до того, як людина розвинула мову

---

* Цю ілюзію, типову для багатьох мислителів наших днів, було висловлено лордом Кейнсом у листі до мене від 28 червня 1944 р., наведеному в книжці R.F.Harrod, *The Life of John Maynard Keynes* (London, 1951), p.436. У цьому листі він зауважив, коментуючи мою книжку «Шлях до кріпацтва»: «Небезпечні дії можна чинити без ризику лише в суспільстві з правильними думками та почуттями; якщо ж їх виконуватимуть ті, хто думає й відчуває неправильно, ці дії можуть стати шляхом до пекла».

** David Hume, *Treatise* II, p.306: «Проте хоча й можливо для людей підтримувати невеличке, нерозвинене суспільство без урядування, неможливо підтримувати будь-яке суспільство без справедливості й додержання трьох підставових законів, що стосуються стабільності володіння, передачі майна за згодою та виконання обіцянок. Отже, вони передують державному врядуванню». Див. також Adam Ferguson, *Principles of Moral and Political Science* (Edinburgh, 1792), vol.1, p.262: «Перша мета злагоди й порозуміння з боку людини — не створювати нове суспільство, а вдосконалювати те, в якому вона опинилася природним чином; не встановлювати підпорядкованість, а виправляти порушення вже встановленої підпорядкованості. І цей матеріал, над яким має працювати людський політичний геній, — не якесь розкидане плем'я в стані відокремленості, що його, як зображують поети, можна зібрати до купи чарами музики чи філософськими заняттями. Цей матеріал набагато ближче до тієї мети, куди його мав би привести політичний акт; це натовп людей, що зібралися разом внаслідок простого інстинкту, поставлені у нерівні стосунки батьків та дітей, аристократів і плебеїв, багатих і бідних, чи то з іншим випадковим, тобто природженим, розмежуванням, яке фактично визначає стосунки влади та залежності й завдякиякому декілька людей спроможні керувати багатьма, а частина має владу над загалом»; та Carl Menger, *Problems of Economics and Sociology* (Urbana, 111., 1963), зокрема, p.227: «Отже, національне право в його найпервиннішій формі, безперечно, не є результатом якогось договору чи міркувань, спрямованих на забезпечення загального добробуту. Не виникає воно й разом з нацією, як стверджує історична школа, а є, мабуть старішим за її появу. Воно є одним із найміцніших зв'язків, завдяки яким населення певної території стає нацією й досягає державної організації».

настільки, аби віддавати загальні накази, окремого індивіда визнавали за члена групи лише доки він підкорявся її правилам. Ці правила могли бути в певному сенсі невідомі, вони ще мали бути виявлені, адже від «знати, як» діяти*, тобто від здатності розпізнати відповідність чи невідповідність дій інших людей визнаним звичаям, ще дуже далеко до здатності сформулювати такі правила словами. Однак хоча всі могли визнавати, що виявлення та констатація прийнятих норм (або чітке формулювання норм, схвалюваних у процесі дій на їх підставі) — це завдання, яке потребує особливої розважливості, ніхто все ж таки не уявляв собі право як річ, яку людина може створити за своїм бажанням.

Ми невипадково ще й досі застосовуємо одне й те саме слово «закон» до незмінних правил, що керують природою, та до норм, які керують людською поведінкою. І те й інше спочатку сприймалося як щось існуюче незалежно від людської волі. Попри те, що внаслідок антропоморфічного ухилу всякого первісного мислення люди часто приписували створення обох видів законів якійсь надприродній істоті, вони дивилися на ці закони як на вічні істини, що їх людина може намагатися виявити, але не може змінити.

Для сучасної людини, з іншого боку, переконання в тому, що всі закони, керуючі людською діяльністю, являють собою продукт законодавства, здається таким очевидним, що твердження, нібито право є старішим за законотворчість, має для неї майже характер парадокса. Однак не може бути сумніву в тому, що право існувало вже цілу вічність, перш ніж людині спало на думку, що вона може його творити чи змінювати. Думка про таку можливість виникла навряд чи раніше доби класичної Греції, але навіть тоді — лише для того, аби незабаром зникнути й з'явитися знову вже за часів пізнього середньовіччя, поступово набираючи широкого визнання**. Однак у загальноприйнятому нині вигляді (тобто всякий закон є, може бути й має бути продуктом вільного винахідництва законодав-

---

* Див. Gilbert Ryle, «Knowing how and knowing that», *Proceedings of the Aristotelian Society,* 1945-1946, і *The Concept of Mind* (London, 1949), ch.2; див. також мій начерк «Rules, perception and intelligibility», *Proceedings of the British Academy,* XVIII, 1962, передрукований у моїй книжці *S.P.P.E.* (London/Chicago, 1967).

** Див. Sten Gagnèr, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Uppsala, 1960); Alan Gewirt, *MarsiliusofPadua, Defender of Peace* (New York, 1951 and 1956); T.F.T.Plucknett, *Statutes and their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century* (Cambridge, 1922).

ція) це фактуально хибний погляд, облудний наслідок того конструктивістського раціоналізму, що його ми описували вище.

Далі ми побачимо, що вся концепція правового позитивізму, яка виводить будь-який закон з волі законодавця, є плодом типової для конструктивізму інтенціоналістської омани, поверненням до тих теорій свідомого створення людських інститутів, що перебувають у непримиренній суперечності з усім, що нам відомо про еволюцію права й більшості інших інститутів людства.

Те, що ми знаємо про спільноти, які існували до появи людини, та про первісні людські спільноти, наводить на думку про інше походження й спричинення права, ніж запропоноване теоріями, які вбачають їх у волі законодавця. І хоча позитивістська доктрина також перебуває в кричущій суперечності з усім відомим нам про історію нашого права, історія права у власному значенні починається на надто пізньому етапі еволюції, аби чітко виявити першоджерела. Якщо ми хочемо звільнитися від всепроникливого впливу інтелектуальної самовпевненості, притаманної поглядові, нібито людина в своїй мудрості свідомо створила (чи принаймні могла створити) всю систему правових або моральних норм, ми маємо спочатку розглянути витоки первісної й навіть ще долюдської суспільності.

Соціальна теорія має тут багато чого навчитися від двох нових наук, етології та культурної антропології, в багатьох відношеннях побудованих на підвалинах соціальної теорії, що їх заклали у XVIII ст. шотландські філософи моралі. У галузі права ці молоді дисципліни насправді багато в чому підтвердили еволюційне вчення Едварда Коука, Метью Гейла, Девіда Г'юма та Едмунда Берка, Ф.К. фон Савіньї, Г.С.Мейна та Дж.К.Картера і є цілковитою протилежністю раціоналістичному конструктивізмові Френсіса Бекона чи Томаса Гоббса, Ієремії Бентама чи Джона Остіна, або ж німецьких позитивістів — від Пауля Лаванда до Ганса Кельзена.

УРОКИ ЕТОЛОГІЇ ТА КУЛЬТУРНОЇ АНТРОПОЛОГІЇ

Чільними пунктами, завдяки яким порівняльні дослідження поведінки пролили таке значне світло на еволюцію права, є: (1) люди навчилися дотримувати (й застосовувати) норми поведінки задовго до того, як спромоглися сформулювати ці норми словами; (2) ці норми еволюціонували внаслідок того, що спричинялися до формування певного порядку діяльності групи як сукупної цілості, і їх треба чітко відрізняти від закономірностей дій окремих людей, хоча вони і є їх наслідком, —

адже саме ефективність остаточного порядку дій визначає, чи візьмуть гору групи, члени яких дотримують певних норм*.

Зважаючи на той факт, що людина стала людиною й розвинула інтелект і мову, живучи близько мільйона років у групах, об'єднаних спільними нормами поведінки, й що одними з перших спроб застосування інтелекту й мови мали бути навчання цим установленим нормам та їх застосування, буде корисно розглянути еволюцію норм, яким просто фактично підкорялися, перш ніж звернутися до проблеми їх поступового формулювання словами. Суспільні порядки, які грунтуються на найскладніших системах таких норм поведінки, ми виявляємо навіть серед тварин на дуже низькій сходинці еволюційної шкали. Для нашої теперішньої мети не має значення, що на нижчих еволюційних рівнях ці норми є, мабуть, здебільшого природженими (тобто переданими генетичним шляхом) і меншою мірою засвоєними (тобто переданими «культурним шляхом»). Тепер уже добре відомо, що у вищих хребетних навчання відіграє важливу роль у передачі таких норм, тож нові норми можуть швидко поширюватися серед дуже великих груп і, в разі ізольованості цих груп, спричиняти відмінні «культурні» традиції**. З іншого боку, майже немає сумніву, що й людина досі керується не лише засвоєними, а й деякими природженими нормами. Тут нас передусім цікавитимуть засвоєні норми та спосіб їх передачі, проте для розгляду проблеми взаємозв'язку норм поведінки та остаточного загального порядку дій не має значення ані тип цих норм, ані можливість їх взаємодії (хоча вона зазвичай існує).

Дослідження порівняльної поведінки показали, що в багатьох тваринних спільнотах процес вибіркової еволюції мав наслідком високоритуалізовані форми поводження, керованого нормами поведінки, які призводять до зменшення насильства

---

* Див. мій начерк «Notes on the evolution of rules of conduct», in *S.P.P.E.*

** Найкраще задокументований і найповніше досліджений приклад розвинення різних «культурних» традицій у відокремлених групах тварин одного виду — це японські мавпи-макаки, яких у порівняно нещодавні часи внаслідок поширення землеробства було розбито на окремі групи, й ці групи через короткий проміжок часувиявили цілком очевидну різницю в культурних прикметах. З цього приводу див. також J.E.Frisch, «Research on primate behaviour in Japan», *American Anthropologist,* LXI, 1959; F.Imanishi, «Social behavior in Japanese monkeys: «Macaca fuscata», *Psychologia,* I, 1957; S.Kawamura, «The process of sub-cultural propagation among Japanese macaques», in C.H.Southwick (ed), *Primate Social Behavior* (Princeton, 1963).

та інших неощадливих методів адаптації, а отже, забезпечують певний мирний устрій. Цей устрій часто грунтується на делімітації територіальних зон або «власності», що допомагає не лише запобігти зайвим бійкам, а й замінити «превентивний» контроль за зростанням популяції на «репресивний» — наприклад, самці, які не закріпилися на тій чи іншій території, позбавлені змоги паруватися й розплоджуватися. Нерідко ми виявляємо устрої такого типу, що гарантують можливість розмноження лише найсильнішим самцям. Кожний, хто вивчав літературу, присвячену тваринним спільнотам, не вважить за одні лише метафоричні вислови те, що в одного автора говориться про «ретельно розроблену систему землеволодіння» у річкових раків і церемоніальні демонстрації, покликані підтримувати її*, а інший завершує опис суперництва між дроздами висновком: «Перемога належить не сильному, а праведному, а праведними, звичайно, є власники майна»**.

Ми не можемо навести тут більше, ніж ці кілька прикладів захоплюючих світів, що завдяки таким дослідженням поступово відкриваються перед нами***, бо мусимо звернутися до проблем, які виникають, коли людина живе у таких групах, керованих численними правилами, поступово розвиває свій інтелект

---

* V.C.Wynne-Edwards, *Animal Dispersion in Relation to Social Behaviour* (Edinburgh, 1966), p.456; див. також ibid., p. 12: «Заміна ділянкою землі як об'єктом змагання реальної поживи, що на ній міститься, аби кожна особ чи родинна одиниця мали окрему ділянку для експлуатації ресурсів, — це найпростіший і найпряміший з усіх можливих видів обмежувальної умовності... У наступних розділах багато сторінок присвячено дослідженню майже безмежного різноманіття чинників обмеження густоти популяції... Щойно розглянута територія поживи є досить конкретною... Ми виявляємо, що абстрактні цілі особливо типові для стадних видів». Також ibid., p.190: «У цій ситуації майже нічого не змінюється, коли йдеться про людей, хіба що міра складності; будь-яка умовна поведінка в своїй основі є соціальною й моральною за характером, і оскільки вона є аж ніяк не винятково людською властивістю, ми виявляємо, що первісний кодекс умовностей, створений задля запобігання надмірному зростанню популяції,виникає не лише в класах нижчих хребетних, а й з'являється також у цілком усталеному вигляді серед філюмів безхребетних».

** David Lack, *The Life of the Robin* (London, 1946), p.35.

*** Окрім широко відомих творів Конрада Лоренца та Н.Тінбергена див. I.Eibl-Eibesfeldt, *Grundlagen der vergleichenden Verhaltensforschung — Ethologie* (Munich, 1967), та Robert Ardrey, *The Territorial Imperative* (New York, 1966).

і мову та користується ними для навчання цим правилам і для їх примусового застосування. На цьому етапі досить уявляти собі, що правила існували, виконували функцію, важливу для збереження групи, та ефективно повідомлялися й застосовувалися, хоча й ніколи не були «винайдені», сформульовані словами й не мали відомого будь-кому «призначення».

Правило в даному випадку означає просто схильність або нахил діяти чи не діяти певним чином, які виявляються в тому, що ми називаємо *усталеною практикою** або звичаєм. Як такий воно має бути одним із вирішальних чинників діяльності, однак не обов'язково виявляє себе в кожній окремій дії, а може лише переважати в більшості випадків. Кожне таке правило завжди діє в комбінації й нерідко в суперництві з іншими правилами чи нахилами та з конкретними спонуками, і перевага того чи іншого правила у конкретному випадку залежить від міцності нахилу, який воно характеризує, та від одночасної дії інших схильностей чи спонук. Про конфлікти, які часто виникають між нагальними бажаннями та внутрішніми правилами чи заборонами, переконливо свідчать спостереження за тваринами**.

Треба особливо наголосити на тому, що ці схильності чи нахили, притаманні вищим тваринам, нерідко мають цілком загальний, абстрактний характер, тобто вони спрямовані на дуже широку категорію дій, які за своїми деталями можуть значно відрізнятися одна від одної. У цьому сенсі вони, безперечно, набагато абстрактніші, ніж усе, що може висловити мова в стадії свого зародження. Для розуміння процесу поступового формулювання правил, яким підкорялися впродовж тривалого часу, важливо пам'ятати, що абстрактні поняття, які є аж ніяк не продуктом мови, засвоювалися розумом задовго до того, як він створив мову***. Відтак проблема походження та функцій цих правил, які скеровують як думки, так і вчинки, цілком відмінна від питання, в який спосіб вони почали набувати словесної форми. Не викликає сумніву, що навіть сьогодні правила, які було сформульовано в такий спосіб і які можна переда-

---

* Див. J.Rawls, «Justice as fairness», *Philosophical Review,* LXVII, 195.

** Див., наприклад, опис у книжці Konrad Z.Lorenz, *King Solomon 's Ring* (London/New York, 1952), p. 188, який цитується далі в цьому розділі.

*** Див. мій начерк «The primacy of the abstract», in A.Koestler and J R.Smithies (eds) *Beyond Reductionism: New Perspectives in the Life Sciences* (London, 1969).

вати за допомогою мови, є лише часткою цілого комплексу норм, що керують діями людини як соціальної істоти Я не впевнений, що досі комусь удалося сформулювати, наприклад, всі правила «чесної гри» («fair play»).

ПРОЦЕС ФОРМУЛЮВАННЯ УСТАЛЕНИХ ЗВИЧАЇВ

Отже, треба вважати, що навіть найперші свідомі спроби вождів якогось племені підтримувати порядок відбувалися всередині певної схеми правил, хоча ці правила існували лише як «усвідомлення, як» діяти, а не як «усвідомлення того, що» їх можна висловити за допомогою тих чи інших термінів. Безперечно, для навчання цим правилам рано почала застосовуватися мова, але лише як засіб позначення конкретних дій, які вимагалися чи заборонялися в конкретних ситуаціях. Як і під час засвоєння самої мови, людина мала вчитися діяти згідно з правилами, наслідуючи конкретні дії, що їм відповідали. Доки мова розвинута недостатньо для висловлення узагальнених норм, іншого способу навчати правилам не існує. Однак хоча на цьому етапі немає чітко сформульованих правил, вони все ж таки існують — у тому сенсі, що керують діями. І ті, хто робив перші спроби сформулювати їх словами, не винаходили нових правил, а намагалися висловити те, що вже було їм відомо*.

Хоча це все ще незвична концепція, але в багатьох галузях є цілком установленим фактом: мова нерідко виявляється неспроможною висловити те, на що цілком здатний зважити розум, зумовлюючи якісь дії, і ми часто не можемо передати словами те, що добре вміємо застосовувати на практиці**. З цим фактом тісно пов'язане те, що правила, які керують діями, часто набагато абстрактніші й загальніші, ніж усе, що коли-небудь удавалося висловити мовою. Таких абстрактних правил людина навчається, наслідуючи конкретні дії та засвоюючи «за аналогією» здатність діяти в інших випадках за такими самими принципами, але сформулювати їх як принципи вона неспроможна.

З точки зору нашого дослідження це означає, що не лише в первісному племені, а й у більш розвинутих спільнотах вождь

---

* Див. праці Noam Chomsky, передусім *Current Issues in Linguistic Theory* (The Hague, 1966), та Kenneth L.Pike, *Language in Relation to a Unifed Theory of the Structure of Human Behaviour* (The Hague, 1967).

** Див. Michael Polanyi, *Personal Knowledge* (London/Chicago, 1958), передусім розд.5 — «Skills» та розд.6 — «Articulation», а також мій начерк «Rules, perception and intelligibility» in *S.P.P.E.*

або правитель може застосовувати свою владу для двох цілком відмінних цілей: він робить це для навчання чи примусового запровадження норм поведінки, які вважає усталеними, хоча, можливо, погано уявляє собі, чому вони важливі й що залежить від їх дотримання; він віддає також накази щодо дій, які здаються йому необхідними для досягнення конкретних цілей. Завжди існують сфери діяльності, в які він не втручається, доки люди додержують визнаних правил, але за певних обставин (виходи на полювання, міграції, воєнні сутички) його накази мають спрямовувати окремих людей на конкретні дії.

Відмінний характер цих двох можливих способів здійснення влади навіть за відносно примітивних умов підтверджується тим фактом, що в першому випадку законність цієї влади може викликати сумніви, а в другому — ні: право вождя вимагати певної поведінки залежить від загального визнання відповідного правила, а його вказівки учасникам якогось спільного заміру зумовлюються його планом дій і конкретними обставинами, відомими йому, але не завжди відомими іншим. Саме необхідність обгрунтувати накази першого типу має призводити до спроб сформулювати правила, застосування яких вони мали на увазі. Така необхідність у викладенні правил словами може виникати також у випадках суперечок, які вождь покликаний улагоджувати. Чітке викладення усталеної практики чи звичаю у формі словесного правила має за мету отримання згоди на їх існування, а не створення нової норми, тож зазвичай це лише неадекватне й неповне висловлення того, що було добре відомо з практики.

Процес поступового формулювання словами якогось усталеного й тривалого звичаю має бути повільним і складним*. Перші незграбні спроби висловити те, чого більшість дотримується на практиці, як правило, не можуть передати лише те (або вичерпати все те), що люди фактично враховують, зважуючись на ті чи інші вчинки. Тому в несформульованих правилах

---

* Мабуть, треба виразно зазначити, що відмінність між сформульованими та несформульованими правилами — це не те саме, що більш знайома відмінність між писаним і неписаним правом, як у буквальному значенні цих термінів, так і в тому сенсі, в якому статутне право іноді називають писаним на відміну від загального права. Неписане право, тобто те, що передається усно, може бути (й нерідко було) цілком сформульованим. Однак система типу загального права дозволяє враховувати досі не сформульовані норми, які нерідко вперше формулюються суддею, коли він висловлює те, що справедливо вважає за існуюче право.

зазвичай міститься водночас більше й менше того, що вдається висловити вербальною формулою. З іншого боку, формулювання часто стає необхідним, бо «інтуїтивне» знання не завжди може дати чітку відповідь на конкретне питання. Відтак процесс формулювання інколи насправді, хоча й мимоволі, має наслідком появу нових норм. Проте сформульовані правила не замінюють у такий спосіб несформульовані: вони діють і стають зрозумілими лише в межах ще не сформульованих правил.

Тож хоча процес формулювання вже існуючих правил часто призводить до внесення змін у сукупність таких правил, це не дуже впливає на переконання, нібито все, що роблять і мають право робити ті, хто формулює правила, — це лише виявлення та висловлення вже існуючих правил, і з цим завданням людські істоти, яким властиво помилятися, часто не можуть упоратися, але щодо його виконання вони не мають вільного вибору. Вважається, що це завдання пов'язане з виявленням чогось існуючого, а не зі створенням нового, хоча результатом цих зусиль і може стати створення чогось такого, що раніше не існувало.

Це стосується навіть тих, безсумнівно, частих випадків, коли люди, яким доводиться приймати рішення, змушені формулювати правила, за якими раніше ніхто не діяв. Вони мають справу не лише з якоюсь сукупністю правил, але й із послідовністю дій, що є наслідком додержання цих правил; люди виявляють цю послідовність у безперервному процесі, й збереження її може потребувати окремих правил. Цілком може вважатися, що збереження існуючої послідовності дій, на яку спрямовані всі визнані правила, потребує якогось іншого правила для вирішення спірних питань, на які визнані правила не дають відповіді. У цьому сенсі правило, якого ще ніколи не існувало, може все ж таки здатися «прихованим» у сукупності існуючих правил — не в тому значенні, що воно з неї логічно виводиться, а в тому, що для досягнення іншими правилами їх мети потрібне додаткове правило.

ФАКТУАЛЬНІ ТА НОРМАТИВНІ ПРАВИЛА

Досить важливо усвідомлювати, що одна відмінність, яка здається дуже чіткою й очевидною стосовно сформульованих правил, стає набагато менш чіткою, коли ми маємо справу з несформульованими правилами, а іноді її навіть неможливо виявити. Це — відмінність між описовими правилами, які констатують регулярне повторення певних послідовностей подій (у тому числі людських дій), та нормативними правилами, в яких стверджується, що такі послідовності «мають» відбувати-

ся. Важко сказати, на якому саме етапі поступового переходу від цілком несвідомого додержання таких правил до їх висловлення в артикульованій формі ця відмінність стає реальною. Чи є «нормою» природжена заборона, яка утримує людину чи тварину від певних вчинків, але абсолютно ними не усвідомлюється? Чи стає вона «нормою» тоді, коли спостерігач бачить конфлікт між бажанням і забороною, як у вовка, позу якого описує Конрад Лоренц: «Було помітно, що він охоче перегриз би горлянку, підставлену супротивником, але не може»*? Чи тоді, коли вона призводить до свідомого конфлікту між конкретною спонукою та відчуттям, що «цього не можна робити»? Чи коли це відчуття висловлюється («мені не слід цього робити»), однак застосовується поки що тільки до себе? Чи коли це відчуття, хоча ще й не сформульоване як словесне правило, поділяється всіма членами групи й має наслідком вияви несхвалення та навіть спроби запобігати порушенням або карати їх? Чи лише тоді, коли ця норма застосовується визнаною владою або викладається в чітко сформульованому вигляді?

Складається враження, що особливий характер, зазвичай приписуваний «нормам», завдяки якому вони належать до іншої сфери дискурсу, ніж констатація фактів, властивий лише сформульованим правилам, і навіть там — лише тоді, коли порушується питання, чи маємо ми їм підкорятися. Доки таким правилам просто фактично підкоряються (завжди або принаймні в більшості випадків) і в їх дотриманні можна пересвідчитися лише на підставі практичної поведінки, вони не відрізняються від описових правил; вони вагомі як один із вирішальних чинників дії, як схильність чи заборона, про вплив яких ми робимо висновок із того, що спостерігаємо. Якщо така схильність чи заборона є наслідком засвоєння якогось сформульованого правила, її вплив на практичну поведінку все ж таки залишається фактом. Для спостерігача норми, які керують діями окремих людей у групі, є частиною вирішальних чинників подій, які він усвідомлює і які допомагають йому пояснити виявлену ним загальну послідовність дій.

Це, звичайно, не змінює тієї обставини, що наша мова не дозволяє робити правильних висновків щодо належної поведінки на підставі самого лише опису фактів. Однак не всі висновки, які з цього часто робляться, є нездоланними. Ця обставина свідчить лише про те, що з самої лише констатації факту не можна вивести твердження щодо належної, бажаної чи доціль-

---

* Konrad Z.Lorenz, op. cit., p. 188.

ної дії, так само як і будь-якого рішення щодо того, чи діяти взагалі. Одне може випливати з іншого лише в тому випадку, якщо водночас якась мета визнається за бажану й аргументація набуває форми «якщо ти цього хочеш, то мусиш це зробити». Однак якщо таке припущення щодо бажаної мети входить до передумов, то з них можна вивести будь-які типи нормативних правил.

Для примітивного інтелекту не існує чіткої відмінності між єдиним способом, в який можна досягти конкретного результату, та способом, в який він має досягатися. Знання причин і наслідків усе ж таки неможливо відрізнити від знання правил поведінки: це лише знання *того* способу, в який людина мусить діяти, аби досягти будь-якого результату. Для дитини, яка вчиться складати чи множити числа, спосіб, в який треба це робити, також є єдиним способом досягнення потрібного результату. Лише коли вона виявляє, що існують і інші способи окрім того, якому її вчать, і вони теж приведуть її до бажаного, може виникнути конфлікт між знанням факту та правилами поведінки, встановленими в групі.

Відмінність між будь-якою цілеспрямованою діяльністю та діяльністю, керованою нормами, існує лише доти, доки у разі того, що зазвичай вважається цілеспрямованою діяльністю, ми припускаємо, що людині відома її мета, тимчасом як у діяльності, керованій нормами, причини ставлення людини до одного способу дій як до можливого шляху досягнення потрібного результату, а до іншого — як до неможливого, часто нею не усвідомлюються. Однак розглядання одного виду дій як доречного, а іншого як недоречного — це і є результат процесу добору ефективних способів дій, чи то внаслідок конкретної дії, що спричиняє результати, бажані для окремої людини, чи то внаслідок діяльності цього типу, що сприяє чи не сприяє функціонуванню групи загалом. Тож причина того, що кожний окремий член групи робить конкретні речі в конкретний спосіб, часто полягає не в тому, що лише в такий спосіб він може досягти своєї мети, а в тому, що лише за таких дій можна зберегти в групі той порядок, у межах якого його індивідуальні дії матимуть шанс на успіх. Можливо, ця група продовжує існування лише тому, що її члени розробляли й передавали способи дій, які зробили групу загалом більш ефективною, ніж інші; проте причину, чому певні речі робляться в певний спосіб, члени групи можуть і не усвідомлювати.

Звичайно, факт існування норм у тій чи іншій групі людей ніколи не заперечувався. Сумніви викликало лише те, що з

обставини фактичного підкорення нормам можна робити висновок про обов'язковість їх дотримання. Цей висновок, безперечно, можливий лише в разі мовчазного припущення потреби в сталому існуванні групи. Однак якщо таке стале існування вважається за доцільне, або навіть подальше існування групи як об'єкту з певним устроєм припускається як факт, то з цього випливає, що її членам доведеться дотримуватися певних правил поведінки (хоиа й не обов'язково всіх, які дотримуються тепер)*.

СТАРОДАВНЄ ПРАВО

Тепер буде, мабуть, легше зрозуміти, чому в усіх стародавніх цивілізаціях ми виявляємо право, подібне до «непохитних законів мідян і персів», і чому будь-яка стародавня «законодавча діяльність» полягала в зусиллях записати й оприлюднити той чи інший закон, що вважався за непорушно встановлений. «Законодавець» міг намагатися звільнити цей закон від гаданих викривлень, тобто відтворити його в первісній чистоті, але не вважав, що може створити новий закон. Історики права одностайні щодо того, що всі славнозвісні стародавні «законодавці» — від Урнамму** та Хаммурапі до Солона, Лікурга й авторів римських Дванадцяти таблиць — не мали наміру створювати нове право, а лише викладали одвічно існуюче***.

Однак хоча ніхто не мав права чи наміру змінювати законів, а за добрий закон уважався лише старий закон, це не означає, що право не продовжувало розвиватися. Це означає лише те, що зміни, які траплялися, не були наслідком задуму чи наміру

---

* Див. мою лекцію *Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde* (Munich and Salzburg, 1970), pp.24 et seq.

** Див. S.N.Kramer, *History Begins at Sumer* (New York, 1952), p.52.

*** Це, звичайно, не завадило пізніше вважати цих людей за творців цього права завдяки тому, що вони його кодифікували. Див. John Burnet, «Law and nature in Greek ethics», *International Journal of Ethics,* VII, 1897, p.332: «Проте кодекс законів, складений відомим законодавцем — якимось Заленкосом чи Харондасом, Лікургом чи Солоном — не міг визнаватися в цьому відношенні за складову довічного порядку речей. Він був очевидно «створеним», а тому — з точки зору φυσις — штучним і довільним. Складалося враження, що з таким самим успіхом його можна зробити інакше чи не робити взагалі. Покоління, яке стало свідком процесу створення законів, важко утриматися від запитання, чи не «створена» в такий самий спосіб і вся мораль».

законодавця. Правителю, влада якого значною мірою грунтувалася на сподіваннях, що він застосовуватиме закони, здогадно встановлені незалежно від нього, це право часто мало здаватися більше перешкодою для його зусиль із розважливої організації державної влади, ніж засобом досягнення його свідомих цілей. Саме в тих видах діяльності підданих, яких правителі не могли безпосередньо контролювати, — передусім у стосунках їхніх підданих із чужинцями — нові норми розвивалися поза правом, що його застосовували правителі, тимчасом як саме це право ставало заскнілим рівно настільки, наскільки його було чітко сформульовано.

Відтак розвиток не залежних від мети правил поведінки, внаслідок якого може виникати певний спонтанний порядок, часто відбувається всупереч цілям правителів, які схильні намагатися перетворити свої володіння на організацію у власному значенні слова. Саме в *jus gentium**, торговому праві та портових і ярмаркових звичаях ми маємо передусім вбачати кроки еволюції права, які зрештою привели до відкритого суспільства. Хтось, можливо, навіть скаже, що розвиток універсальних правил поведінки почався не з організованої спільноти племені, а скоріше з перших прикладів мовчазної міни, коли дикун клав якісь підношення на межі території свого племені, сподіваючись у такий самий спосіб отримати дарунок у відповідь, і таким чином започатковував новий звичай. В усякому разі, загальні правила поведінки почали визнаватися не внаслідок указівок правителів, а через розвиток звичаїв, на які могли спиратися сподівання окремих людей.

КЛАСИЧНА ТА СЕРЕДНЬОВІЧНА ТРАДИЦІЇ

Попри те, що концепція права як продукту свідомої людської волі вперше досягла повного розвитку в Давній Греції, її вплив на реальну політичну практику залишався обмеженим. Про класичні Афіни в апогеї їх демократії кажуть, що там «ніколи не вважалося законним змінювати закон простою постановою законодавчих зборів. Ініціатор такої постанови ставав об'єктом славнозвісного 'обвинувального акта за незаконні дії', який в разі підтримки його судом позбавляв поста-

---

* Jus gentium *(лат.)* — міжнародне право.У римському праві — «право народів», до якого входили норми, що регулювали стосунки римських громадян з іноземцями й останніх між собою на території Рима. — *Прим, перекл.*

нову чинності, а також накладав на ініціатора тяжкі стягнення протягом року»*. Якусь зміну до підставових правил належної поведінки — *nomoi* — можна було внести лише через складну процедуру, якою займався спеціально обраний орган — *nomothetae*. І все ж таки ми помічаємо вже в афінській демократії перші зіткнення між необмеженою волею «самовладного» народу й традицією принципу панування права**. І саме тому, що законодавчі збори часто ухилялися від обмежень, накладених законом, Аристотель відцурався від цієї форми демократії і навіть відмовив їй у праві називатися конституцією***. Саме в дискусіях цього періоду ми виявляємо перші наполегливі спроби провести чітку межу між законом та особною волею правителя.

Право Риму, яке так глибоко вплинуло на все західне право, ще менше було продуктом свідомої законотворчості. Як усяке інше стародавнє право, воно сформувалося за часів, коли «вважалося, що право та інститути суспільного життя існували завжди, й ніхто не питав про їх походження. Ідея щодо можливості створення права людьми була чужою для мислення стародавніх народів»****, і лише «за пізнішої, прогресивнішої доби виникло наївне переконання, що підставою для всякого права має бути законодавство»+. Насправді ж класичне римське цивіль-

---

* A.H.M.Jones, *Athenian Democracy* (Oxford, 1957), p.52.

** Див. Lord Acton, *History of Freedom* (London, 1907), p.12: «З однієї вікопомної нагоди збори афінян оголосили жахливим те, що їм заважають робити все, що вони визнають за потрібне: не існує сили, яка могла б їх стримати, тож вони вирішили, що й жодний обов'язок не повинен їх стримувати й що жодному законові вони не підкорятимуться окрім створених ними самими. Так вільний народ Афін став тираном».

*** Aristotle, *Politics*, IV, iv, 4, 1292a, Loeb edition, p.305: «Мабуть, буде розумною критикою сказати, що така демократія взагалі не є конституцією; адже там, де не правлять закони, немає конституції, оскільки закон має правити всім, тимчасом як державні посадовці стежать за окремостями, а ми маємо судити це конституційне врядування; тож якщо демократія насправді є однією з форм конституції, то очевидно, що така організація, в якій усі справи вирішуються резолюціями законодавчих зборів, не є навіть демократією у власному розумінні слова, бо не може резолюція, ухвалена голосуванням, бути універсальним правилом».

**** Max Kaser, *Römische Rechtgeschichte* (Göttlngen, 1950), p.54.

+ Ibid. Див. також Max Rheinstein, «Process and change in the cultural spectrum coincident with expansion: government and law», in

не право, на якому грунтувався остаточний збірник Юстиніана, є цілковито продуктом виявлення законів юристами і лише незначною мірою — продуктом законодавства*. У процесі, дуже схожому на майбутній процес розвитку англійського загального права (головна відмінність полягала в тому, що вирішальну роль тут відігравали не рішення судців, а думки вчених-правників — *юрисконсультів),* сукупність римського права розвивалася не стільки через законодавство, скільки через поступове формулювання панівних концепцій законності**. Лише наприкінці цього розвитку, причому не в Римі, а у Візантії, під впливом еліністичного мислення, результати цього процесу було кодифіковано за імператора Юстиніана, чий труд пізніше став хибно вважатися за модель права, створеного правителем, яке висловлює його «волю».

Однак перш ніж знову відкрити Аристотелеву «Політику» в XIII ст. та прийняти кодекс Юстиніана в XV ст., Західна Європа пройшла майже тисячолітню епоху, впродовж якої право знову вважалося чимось даним незалежно від людської волі, чимось не створеним, а таким, що треба було виявити, а припущення можливості свідомого створення чи змінювання права здавалося майже святотатством. Класичну характеристику цього ставлення, яке відзначалося багатьма попередніми вченими***, було

C.H.Kraelingand R.M.Adams (eds), *City Invincible* (Chicago, 1960), p.117: «Ідея, що чинні норми поведінки можуть установлюватися шляхом законодавства, була характерною для пізніх держав греко-римської історії; у Західній Європі вона дрімала аж до відкриття римського права та започаткування абсолютної монархії. Твердження, нібито всі закони — це накази суверена, є постулатом, породженим демократичною ідеологією Французької революції: джерелом усякого закону мали бути належним чином обрані представники народу. Однак це не є правдивим відбиттям реальності, тим більше в країнах англосаксонського загального права».

Щодо Риму див., зокрема, Theodor Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrecht* (Leipzig, 1893), p.319: «Однак навіть із залученням громадян магістрат аж ніяк не має свободи дій стосовно існуючого права. Навпаки, воно радше вважається вічним і незмінним, оскільки не було створене народними зборами й не залежить відїх розсуду».

* Peter Stein, op. cit., p.20: «Римляни не дуже охоче зверталися до законодавства в питаннях приватного права».

** Див. W.W.Buckland and A.D.McNair, *Roman Law and Common Law* (Cambridge, 1936).

*** Окрім авторів, цитованих у книзі F.A.Hayek, *The Constitution of Liberty* (London/Chicago, I960), p. 163 та прим. 5 і 6, див. також

дано Фріцем Керном*, і нам залишається лише процитувати його головні висновки: «Коли виникає справа, стосовно якої не можна послатися на чинні закони, то правники чи судді створюють новий закон у переконанні, що створене ними є добрим старим правом — щоправда, не переданим їм прямо, але мовчазно існуючим. І тому вони не створюють новий закон — вони «відкривають» його. Будь-яке конкретне судове рішення, яке ми вважаємо конкретним висновком із загальноприйнятої правової норми, для середньовічної свідомості нічим не відрізнялося від законодавчої діяльності спільноти: в обох випадках прихований, але існуючий закон не створюється, а виявляється. У середні віки не існує такої речі, як «перше застосування норми права». Закон старий; новий закон — це термінологічне протиріччя, бо новий закон або виводиться прямо чи опосередковано зі старого, або суперечить старому, й тоді він неправочинний. Підставова ідея залишається тією самою: старий закон — це справжній закон, а справжній закон — це старий закон. Отже, згідно з середньовічними уявленнями, ухвалення нових законів неможливе взагалі, а будь-яка законотворчість

R.Sohm, *Fränkische Reichs- unci Gerichtsverfassung* (Weimar, 1871), p.102: «Звичаєве право є саме німецьким правом. Звичаєве право — це право родового звичаю. Законодавча влада не є складовою державної влади. Капітули — це не норми права, а норма для здійснення королівської влади»; J.E.A.Jolliffe, *The Constitutional History of Medieval England from the English Settlement to 1485,* 2d ed. (London, 1947), p.334: «Майже до середини XIII ст. примітивне уявлення суспільства, яке жило в межах успадкованого права, позбавляло короля ролі законодавця й обмежувало *общинну нараду* визнанням звичаю та участю в узгодженні права й судочинства шляхом судового розгляду. Істотні зміни, безсумнівно, вносилися, але в такий спосіб, що заплутував їх справжній характер законодавчих змін». У виносці до цього уривку зазначається, що Брактон уважав за дозволенне лише *legem in melius convertire* (удосконалювати закон), а не *legem mutare* (змінювати закон). Схожий висновок можна знайти у F.Fichtenau, *Arenga, Spätantike und Mittelalter im Spiegel von Urkundenformeln* (Graz/Koln, 1957), p. 178: «Раніше leges custodire (пильнування закону) вимагалося від самого лише владаря. Адже право й закон були вищі за нього, а нове завжди мало обгрунтовуватися старим».

* Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages,* trans. S.B.Chrimes (London, 1939), p.151; G .Barraclough, *Law Quarterly Review,* LVI, 1940, p.76, характеризує цю працю як «два визначні начерки,висновки яких, хоча й можуть підлягати модифікаціям чи обмеженням, безперечно, ніколи не будуть взяті під сумнів».

або правова реформа розуміються як відновлення доброго старого права, що його було порушено».

Ми не маємо змоги викласти тут надто тривалу й складну історію інтелектуального розвитку, внаслідок якого — починаючи з XIII ст. і передусім на європейському континенті — законотворчість повільно й поступово почала розглядатися як акт свідомої і необмеженої волі правителя. З детальних досліджень цього процесу можна зробити висновок, що він був тісно пов'язаний із виникненням абсолютної монархії, коли формувалися концепції, які пізніше спрямовували демократичні поривання*. Цей розвиток супроводжувався поступовим поглинанням нового повноваження установлювати нові норми гідної поведінки набагато старішим повноваженням, що його завжди здійснювали правителі — повноваженням організовувати й спрямовувати апарат державної влади, — аж доки обидва повноваження не змішалися в одне нероздільне ціле й воно не стало вважатися за єдине право «законодавства».

Опір цьому розвиткові подій чинився передусім з боку традиції «природного права». Як ми бачили, пізні іспанські схоласти вживали слово «природний» як технічний термін для характеристики того, що ніколи не було «винайдено» чи свідомо замислено, а розвинулося у відповідь на нагальні вимоги ситуації. Однак навіть ця традиція втратила свій вплив, коли в XVII ст. «природне право» почали тлумачити як замір «природного розуму».

Єдиною країною, якій пощастило зберегти цю традицію середніх віків і побудувати на підвалинах середньовічних «свобод» сучасну концепцію свободи за законом, була Англія. Частково це пояснюється тим фактом, що Англія уникла масового прийняття пізньоримського права, а отже — концепції права як витвору певного правителя; проте, мабуть, більш імовірне пояснення полягає в тому, що англійські юристи загального права розробили концепції, дещо схожі з традицією природного права, але виклали їх не такою оманливою термінологією, як ця школа. І все ж таки «в XVI та на початку XVII ст. політична структура Англії ще не мала докорінних відмінностей від політичної структури континентальних країн і ще не було впевненості в тому, чи не розвине вона такої високоцентралізованої абсолютної монархії, як країни на континенті»**. Запобігла

* Див., зокрема, Sten Gagnèr, op. cit.

** Я гадаю, що цей уривок належить Ф.В Мейтланду (я загубив посилання на джерело). Див. також A. V.Dicey, *Law of the Constitution,*

такому розвиткові подій традиція загального права, що глибоко вкоренилася в Англії і сприймалася не як продукт чиєїсь волі, а радше як бар'єр для будь-якої влади, у тому числі влади короля, — традиція, яку Едварду Коукові довелося захищати від короля Якова I і яку Метью Гейл наприкінці XVII ст. майстерно підтвердив на противагу Томасу Гоббсу*.

Отже, свобода британців, яка у XVIII ст. стала викликати таке захоплення в решти Європи, походила не від поділу владних функцій між законодавчим та виконавчим органами (як вважали передусім самі британці й як пізніше навчав світ Монтеск'є), а була наслідком того, що англійські суди керувалися в своїх рішеннях загальним правом — правом, яке існує незалежно від будь-чиєї волі й водночас зобов'язує незалежні суди та розвивається ними; правом, у яке дуже рідко втручається парламент — здебільшого лише для того, аби з'ясувати сумнівні питання в тій чи іншій сукупності норм права. Можна навіть сказати, що певний вид поділу владних функцій виник в Англії тому, що там законодавствувала *не лише* «легіслатура»: закон визначався судами, незалежними від сили, що організовувала й спрямовувала державну владу, — сили, що дістала оманливу назву «легіслатури».

ВІДМІТНІ ВЛАСТИВОСТІ ПРАВА, ШО ПОХОДИТЬ ВІД ЗВИЧАЮ, І ПРАВА, ШО ВИНИКАЄ З ПРЕЦЕДЕНТУ

Усвідомлення процесу еволюції права має наслідком важливий здогад: норми, які виникають із нього, неодмінно матимуть певні властивості, можливі, але необов'язкові для законів, винайдених чи замислених правителем (ці закони можуть їх мати

9th ed. (London, 1939), p.370: «Правник, який розглядає питання з виключно юридичної точки зору, схильний стверджувати, що справжнім предметом суперечки між такими політиками, як Бекон і Вентворт, з одного боку, та Коук чи Еліот — з іншого, було питання, треба чи не треба назавжди запровадити в Англії суворе адміністрування».

* Див. W.S.Holdsworth, *A History of English Law*, vol.5 (London, 1924), p.439: «Саме в творах Коука цій [концепції верховенства загального права) та іншим середньовічним концепціям було надано їх сучасної форми, і тому передусім завдяки впливові його творів ці середньовічні концепції стали частиною нашого сучасного права. Якщо їх вплив на деякі галузі нашого сучасногоправа був і не зовсім задовільним, то згадаймо, що вони врятували англійців від карного судочинства, в якому дозволялося застосування тортур, і зберегли для Англії та світу конституційну доктрину панування права».

лише в тому випадку, якщо моделюються за зразком норм, що виникають внаслідок формулювання вже існуючих звичаїв). Лише в наступному розділі ми зможемо дати повний опис усіх характерних властивостей сформованого в такий спосіб права й показати, як воно забезпечило критерій того, що представники політичної філософії тривалий час вважали за *право* у власному значенні цього слова, пов'язаному з такими висловами, як «панування (або влада) права», «правова держава» чи «поділ владних функцій». Тут же ми хочемо підкреслити лише одну з особливостей цього *номосу*, коротко згадавши інші в передбаченні наступної дискусії. Це право складається з незалежних від мети правил, які керують поведінкою людей стосовно один одного, призначені для застосування в невідомій кількості майбутніх випадків і, визначаючи для кожного певну захищену сферу, уможливлюють створення певного порядку дій, у якому люди можуть будувати здійсненні плани. Ці правила зазвичай називають абстрактними правилами поведінки, й хоча це неадекватна характеристика, ми тимчасово користуватимемося нею для наших теперішніх цілей. Конкретна точка зору, яку ми хочемо тут висловити, полягає в тому, що таке право, яке (подібно до загального права) виникає в ході судового процесу, є неминуче абстрактним, тимчасом як право, створене наказами правителя, є таким не завжди.

Твердження, нібито право, що ґрунтується на прецеденті, абстрактніше за право, висловлене в сформульованих словами нормах, так суперечить загальноприйнятим поглядам (можливо, більш поширеним серед континентальних, аніж серед англосаксонських правників), що потребує докладнішого обґрунтування. Чільний пункт, мабуть, навряд чи можна викласти краще, ніж це було зроблено у славнозвісному формулюванні видатного судді XVIII ст. лорда Менсфілда, який підкреслив, що загальне право «складається не з окремих судових справ, а з загальних принципів, які ілюструються та пояснюються цими справами»*. Це означає, що до складу методики судді загального права має входити також уміння виводити з прецедентів, якими він керується, норми універсального значення, які можна застосовувати до нових судових справ.

Найважливішими для судді загального права мають бути сподівання, слушно сформовані сторонами ділової угоди на підставі загальної практики, на якій ґрунтується неперервна

* Цитується за W.S.Holdsworth, *Some Lessons from Legal History* (London, 1928), p.18.

послідовність дій. Вирішуючи, які сподівання були в цьому сенсі слушними, він може зважати лише на таку практику (звичаї чи правила), яка насправді могла зумовлювати сподівання сторін, і на такі факти, які за припущенням могли бути їм відомі. А ці сторони спроможні сформувати спільні сподівання в унікальній у певному сенсі ситуації лише завдяки тому, що вони тлумачать цю ситуацію на підставі того, що вважалося за доречну поведінку й що не обов'язково було їм відомо у вигляді чітко сформульованого правила.

Такі правила, що за припущенням слугували підставою для сподівань у багатьох схожих ситуаціях у минулому, мають бути абстрактними — в тому сенсі, що вони стосуються обмеженої кількості відповідних обставин і застосовні незалежно від конкретних наслідків, які тепер виявляються з їх застосування. На той час, як справа потрапляє для вирішення до судді, сторони суперечки вже, мабуть, щось робили для досягнення власних цілей, до того ж здебільшого за конкретних обставин, не відомих жодній інстанції; а сподівання, які керували їхніми діями і які в однієї зі сторін не справдилися, мали ґрунтуватися на тому, що вони вважали за усталену практику. Задача судді — розповісти їм, чим мали керуватися їхні сподівання, — керуватися не тому, що хтось сказав їм раніше, що це норма, а тому, що це встановлений звичай, який вони повинні були знати. Питання для судді тут ніколи не може полягати в тому, чи був фактичний вчинок доцільним з якогось вищого погляду або спрямованим на якийсь конкретний результат, потрібний владі, а лише в тому, чи відповідала визнаним нормам поведінка, що стала предметом суперечки. Єдине громадське благо, яке може турбувати суддю, — це дотримання тих норм, на які могли б підставно розраховувати люди. Він не турбується про жодну приховану мету, якій за чиїмось задумом можуть слугувати ці норми й про яку він найчастіше, мабуть, не має уявлення, і має застосовувати ці норми навіть у тому випадку, коли усвідомлювані наслідки здаються йому цілком небажаними*. Виконуючи це завдання, він не повинен звертати уваги (на цьому часто наголошують судді загального права) на будь-які побажання правителя чи будь-які «державні міркування». Його рішення має керуватися не усвідомленням потреб усього суспільства в конкретний момент, а вимогами загальних принципів, на яких ґрунтується діючий устрій суспільства.

---

* Див. David Hume, *Essays* (London, 1875), vol.2, p.274: «Усі закони природи, які регламентують право власності, так само як цивільні

Схоже, що постійна необхідність чітко формулювати норми права, аби відрізняти те, що стосується до справи, від неістотного в тих прецедентах, на які спирається суддя загального права, розвиває в ньому здібність до виявлення загальних принципів, яка рідко зустрічається в судді, котрий працює, маючи перед собою здогадно повний каталог застосовних норм. Брак готових узагальнень не дає згаснути здатності до формулювання абстракцій, яку може вбити механічне вживання вербальних формул. Суддя загального права зобов'язаний дуже добре усвідомлювати, що слова — це завжди лише недосконале відбиття того, що намагалися сформулювати його попередники.

Якщо сьогодні наказам законодавця нерідко надається вигляд тих абстрактних норм, що виникли з судочинства, то це тому, що їх було складено за цим зразком. Однак надзвичайно малоймовірно, щоб будь-який правитель, котрий прагне спрямувати діяльність своїх підданих на досягнення визначених і передбачуваних результатів, зміг коли-небудь досягти своєї мети, виклавши універсальні норми, призначені однаково керувати діями всіх. Обмеження себе застосуванням лише таких норм (як це робить суддя) вимагало б такої міри самозречення, якої неможливо очікувати від людини, що звикла віддавати конкретні накази та керуватися в своїх рішеннях потребами теперішнього моменту. Абстрактні норми навряд чи винайдені тими, хто турбується про отримання конкретних результатів. Необхідність визначити види поведінки, що їх треба припиняти, виникла саме з потреби в збереженні порядку дій, якого ніхто не створював, але який порушується певними видами поведінки.

закони, є загальними й зважають лише на певні суттєві обставини справи, не беручи до уваги характери, становища та зв'язки відповідних осіб чи будь-які можливі конкретні наслідки даних правових рішень у будь-якій конкретній справі. Вони не вагаючись позбавляють милосерду людину всієї власності, якщо її було придбано через помилку, без достатньої правопідстави, та присуджують її себелюбному скнарі, який уже накопичив величезні запаси надмірних багатств. Громадська корисністьвимагає, аби право власності регулювалося загальними жорсткими нормами; і хоча такі норми обираються як найкращий засіб досягнення мети — цієї самої громадської корисності, — вони не здатні запобігти всім конкретним прикростям або гарантувати позитивний результат у кожному окремому випадку. Досить і того, аби весь план чи схема були невід'ємною складовою підпори цивілізованого суспільства й забезпечували — в основному — значну перевагу добра над злом».

ЧОМУ ПРАВО, ЯКЕ ВИНИКЛО ВНАСЛІДОК РОЗВИТКУ, ПОТРЕБУЄ ВИПРАВЛЕННЯ ЗА ДОПОМОГОЮ ЗАКОНОДАВСТВА

Той факт, що будь-яке право, яке виникає зі спроб чітко сформулювати правила поведінки, обов'язково матиме певні корисні властивості, не завжди притаманні наказам законодавця, не означає, що в інших відношеннях таке право не може розвиватися в дуже небажаних напрямках і що коли це трапляється, єдиним реальним виходом з цього не буде виправлення за допомогою свідомого законодавства. З цілої низки причин цей спонтанний процес розвитку права може завести в глухий кут, із якого воно не зможе виплутатися власними силами або принаймні досить швидко виправити це становище. Розвиток прецедентного права в певних відношеннях схожий на вулицю з одностороннім рухом: коли воно вже пройшло значну відстань в одному напрямку, то нерідко не може повернутися назад, навіть побачивши, що деякі приховані аспекти попередніх рішень явно матимуть небажані наслідки. Та обставина, що право, яке еволюціонувало в такий спосіб, має деякі корисні властивості, не є доказом того, що воно завжди буде добрим правом, або навіть того, що деякі з його норм не виявляться дуже поганими. Отже, з цього не випливає, що ми цілком можемо обходитися без законодавства*.

Для цього є ще кілька причин. Одна з них полягає в тому, що процес суддівського розвитку права є доконечно поступовим і може виявитися надто повільним, аби спричинити необхідне швидке пристосування права до цілком нових обставин. Однак найважливіше, мабуть, те, що не лише важко, а й небажано для винесення судових рішень надавати зворотного ходу розвиткові, який уже відбувся і наслідки якого потім виявилися неприйнятними чи цілком хибними. Суддя не виконує своєї функції, якщо не виправдовує підставних сподівань, спричинених попередніми рішеннями. Хоча суддя може розвивати право, вирішуючи справді сумнівні питання, він не може змінюва-

* Переконливу аргументацію на користь можливості навіть за нашого часу покладатися в розвиненні права на поступовий процес судових прецедентів і наукового тлумачення наведено в праці Bruno Leoni, *Liberty and the Law* (Princeton, 1961). Однак попри те що його аргументиє ефективною протиотрутою для пануючих ортодоксальних поглядів, нібито лише законодавство може чи має змінювати закони, вони не переконали мене в тому, що ми можемо обходитися без законодавства навіть у сфері приватного права, яким він насамперед займається.

ти його, хіба що дуже поступово, там, де та чи інша норма вже міцно закріпилася; хоча він може чітко усвідомлювати, що якась норма була б кращою чи справедливішою, буде очевидною несправедливістю застосовувати її до ділових угод, укладених за часів, коли чинною вважалася інша норма. За таких обставин бажано, аби нова норма ставала відомою до того, як її застосують. А це можливо лише за оприлюднення тієї чи іншої нової норми, яка має застосовуватися лише в майбутньому. Там, де потрібна реальна зміна в законі, новий закон може виконувати належну функцію будь-якого закону — тобто слугувати підпорою сподівань — лише в тому випадку, якщо стає відомим ще до свого застосування.

Необхідність у таких радикальних змінах конкретних норм права можуть спричиняти різні обставини. Вона може зумовлюватися просто усвідомленням того факту, що певний перебіг подій у минулому ґрунтувався на помилці або спричинив наслідки, пізніше визнані несправедливими. Але найпоширенішою причиною є, мабуть, те, що розвиток права знаходився в руках представників певного класу і їхні традиційні погляди спонукали їх вважати за справедливе те, що не могло відповідати більш загальним вимогам справедливості. Немає сумніву, що в таких галузях права, як стосунки між хазяїном і слугою*, землевласником і орендарем, кредитором і боржником, а за сучасної доби — між організованим бізнесом та його клієнтами, правові норми формувалися передусім поглядами однієї зі сторін і її конкретними інтересами, особливо там (як зазвичай було в перших двох з наведених прикладів), де суддів майже виключно постачала одна із зацікавлених груп. Це, як ми побачимо, не означає, що «справедливість є ірраціональним ідеалом» і що «з погляду раціонального пізнання існують лише інтереси людей, а отже — конфлікти інтересів»**, принаймні коли під інтересами ми розуміємо не лише конкретні цілі, а й довгострокові шанси, що їх надають різним членам суспільства різні норми. Ще менш слушним є те (як мало б випливати з наведених вище тверджень), що виявлену упередженість якоїсь норми на користь конкретної групи можна виправити, лише

---

* Див. W.S.Jevons, *The State in Relation to Labour* (London, 1882), p.33: «Великий урок, який ми винесли [з 650 років законодавчої діяльності англійського парламенту], полягає в тому, що трудове законодавство майже завжди було класовим. Це спроба певної панівної групи придушити нижчий клас, який почав виявляти недоречні поривання».

** H.Kelsen, *What is Justice?* (Berkeley, Calif., 1957), p 21

схиливши її, навпаки, на користь іншої. Однак такі випадки, коли в світлі більш загальних принципів справедливості виявляється несправедливість норм, які досі схвалювалися, цілком можуть спричинити потребу в перегляді не лише поодиноких норм, а й цілих розділів усталеної системи прецедентного права. Це вже більше, ніж можна здійснити, вирішуючи конкретні судові справи у світлі існуючих прецедентів.

ПОХОДЖЕННЯ ЗАКОНОДАВЧИХ ОРГАНІВ

В історії неможливо точно визначити момент, коли повноваження свідомо змінювати право (в тому сенсі, в якому ми його розглянули) були недвозначно надані якійсь інстанції. Однак за необхідністю завжди існувала інстанція, яка мала повноваження створювати закони іншого типу, а саме норми організації державного врядування, й саме ці наявні творці публічного права поступово перебрали на себе право змінювати також норми належної поведінки, коли необхідність таких змін стала визнаною. Оскільки ці норми поведінки мали застосовуватися організацією державного врядування, здавалося природним, аби ті, хто визначав цю організацію, визначали також норми, які вона мала застосовувати.

Отже, законодавчі повноваження, тобто право визначати норми державного врядування, існували ще задовго до визнання потреби в праві змінювати універсальні норми належної поведінки. Правителі, які стикалися з задачею застосування того чи іншого закону та організації оборони й різноманітних відомств, мали великий досвід формулювання правил для своїх посадовців або підлеглих і, мабуть, для них не мало значення, були ці правила суто адміністративного характеру чи допомагали у вирішенні завдань правозастосування. Однак правитель міг виявити для себе корисним вимагати такої самої поваги до організаційних правил, яка зазвичай припускалася щодо універсальних правил гідної поведінки.

Проте якщо викладення таких норм для організації державного врядування тривалий час розглядалося б як «прерогатива» її голови, потреба в схваленні чи погодженні на його заходи з боку представницьких чи призначених органів часто виникала б саме тому, що за припущенням сам правитель зв'язаний існуючим правом. І коли під час збирання внесків на потреби держави у вигляді грошей чи послуг йому доводилося б застосовувати примус у формі, яка не випливає з очевидністю з діючих норм, він мав би переконуватися в підтримці при-

наймні наймогутніших зі своїх підданих. Тоді нерідко було б важко вирішити, чи було їх запрошено лише для засвідчення, що те чи те є діючим правом, або ж для схвалення конкретного податку чи заходу, гадано необхідних для конкретної мети.

Отже, є помилкою уявляти собі перші представницькі органи як «легіслатури» — в тому значенні, в якому цей термін пізніше використовували теоретики. Спочатку ці органи не займалися нормами гідної поведінки, тобто *номосом.* Як пояснює Ф.В.Мейтленд:

«Що далі ми заглиблюємося в історію, то важче стає проводити чіткі демаркаційні лінії між різними функціями держави: одна й та сама інституція є законодавчими зборами, урядовою радою й судом... Протягом тривалого часу політологи наполягали на відмінності між законодавством та іншими функціями державної влади, й ця відмінність, безперечно, важлива, хоча й не завжди легко провести межу з досконалою точністю. Однак необхідно зауважити, що сила якогось законодавчого акту аж ніяк не обмежується тим, що можуть вважати за сферу законодавства юрист чи політичний філософ. Величезну кількість законодавчих актів вони класифікували б скоріше як *privilegia,* ніж як *leges.* Законодавчий акт не викладає загальних правил, а має справу лише з окремими випадками»*.

Саме в зв'язку з нормами організації державного врядування свідоме створення «законів» стало звичайною, повсякденною процедурою; кожний новий замір уряду чи кожна зміна в його структурі вимагали якихось нових норм для його організації. Тож формулювання таких нових норм стало визнаною процедурою задовго до того, як хтось намірився скористатися нею для зміни встановлених правил гідної поведінки. Однак коли таке бажання виникло, це завдання майже автоматично було доручено органові, який завжди займався створенням законів в іншому сенсі й від якого також часто вимагалося підтвердження існуючих норм гідної поведінки.

ЛОЯЛЬНІСТЬ І СУВЕРЕНІТЕТ

З концепції законодавства як єдиного джерела права походять дві ідеї, які за сучасності почали визнаватися за самоочевидні й дуже вплинули на розвиток політичних подій, незважаючи на те, що своїм походження вони цілком завдячують тому

* F.W Maitland, *Constitutional History of England* (Cambridge, 1908), p.382.

хибному конструктивізму, в якому збереглися колишні антропоморфічні омани. Першою з цих ідей є переконання в існуванні якогось верховного законодавця, владу якого не можна обмежити, бо для цього знадобився б ще вищий законодавець, і так далі в зворотному напрямку до нескінченності. Друга полягає в тому, що законом є все, що сформульовано цим верховним законодавцем, і лише те, що висловлює його волю.

Концепція доконечно необмеженої волі верховного законодавця, яка з часів Бекона, Гоббса та Остіна слугувала за гадано неспростовне виправдання абсолютної влади — спочатку монархів, а потім демократичних зборів, — здається самоочевидною лише в тому разі, якщо значення слова «право» обмежити нормами, які керують свідомими й погодженими діями якоїсь організації. У такому тлумаченні право, яке в більш ранньому значенні *номосу* мало бути бар'єром для будь-якої влади, стає, навпаки, знаряддям застосування влади.

Негативна відповідь, яку правовий позитивізм дає на запитання про можливість існування ефективних обмежень влади верховної легіслатури, була б переконливою лише тоді, якби всяке право дійсно завжди було продуктом свідомої «волі» законодавця, а єдиним ефективним обмеженням цієї влади була інша «воля» такого самого типу. Однак те, на чому завжди ґрунтується влада законодавця, треба чітко відрізняти від акту волі з якогось конкретного приводу, а отже, можна й обмежувати тим джерелом, з якого походить ця влада. Це джерело — поширене переконання в тому, що законодавець уповноважений лише вказувати, що є правильним, причому це переконання стосується не конкретного змісту правил, а загальних властивостей, що їх повинно мати будь-яке правило належної поведінки. Таким чином, влада законодавця ґрунтується на громадській думці про певні властивості, що їх повинні мати видані ним закони, і його воля матиме підтримку з боку громадської думки лише в тому випадку, якщо її вираз матиме ці властивості. Далі нам доведеться детальніше розглянути цю відмінність між волею та громадською думкою, а тут буде досить зазначити, що ми вживатимемо термін «громадська думка» (на відміну від акту волі з конкретного приводу) для характеристики загальної тенденції до схвалення деяких конкретних актів волі й несхвалення інших — у залежності від того, мають чи не мають вони певних властивостей, яких зазвичай не здатні визначити ті, хто дотримується тієї чи іншої думки. Доки законодавець справджує сподівання на те, що його рішення матимуть ці властивості, він вільний стосовно конкретного змісту

своїх рішень і є в цьому сенсі «суверенним». Однак лояльність, на яку спирається цей суверенітет, залежить від справдження сувереном певних сподівань стосовно загального характеру цих правил і зникає, коли ці сподівання не справджуються. У цьому сенсі опорою й обмеженням будь-якої влади слугує громадська думка, що дуже добре усвідомлював Девід Г'юм*.

Те, що будь-яка влада спирається на громадську думку в цьому розумінні, однаковою мірою стосується повноважень як абсолютного диктатора, так і будь-якої іншої влади. За всіх часів самі диктатори якнайкраще усвідомлювали: навіть найпотужніша диктатура гине, якщо позбавити її підтримки громадської думки. Саме тому диктатори так турбуються про маніпулювання громадською думкою через контроль інформації, що знаходиться в їхньому розпорядженні.

Отже, для ефективного обмеження повноважень легіслатури не потрібна інша, вища організована влада, здатна на погоджені дії; його може здійснити певний стан громадської думки, внаслідок якого лише певні види виданих легіслатурою наказів визнаватимуться за закони. Таку думку цікавить не конкретний зміст рішень легіслатури, а лише загальні властивості саме того типу норм права, проголошення яких очікується від законодавця й яким люди ладні надати підтримку. Влада громадської думки ґрунтується не на тому, що люди, які її поділяють, здатні на погоджені дії того чи іншого напрямку; це просто певна негативна сила, що може позбавити законодавця тієї підтримки, на якій зрештою ґрунтуються його повноваження.

Немає суперечності в існуванні такого стану громадської думки, коли вона передбачає покору законодавцеві доти, доки він сам підкоряється якійсь загальній нормі, проте відмовляє в покорі, коли він наказує якісь конкретні дії. А готовність визнати окреме рішення законодавця за чинний закон не завжди залежить лише від того, чи надійшло це рішення в установлений спосіб; вона може залежати також від того, чи входить до складу цього рішення якась універсальна норма гідної поведінки.

Отже, не існує логічної доконечності, за якою остаточна влада мала би бути всемогутньою. Фактично те, що повсюдно становить остаточну владу, тобто громадська думка, яка породжує лояльність, є обмеженою владою, хоча вона, в свою

---

* Див. David Hume, op. cit., vol.1, p.125: «Хоча люди й керуються передусім власним інтересом, проте й сам цей інтерес, і всі людські справи цілковито керуються громадською думкою».

чергу, обмежує владу будь-яких законодавців. Відтак ця остаточна влада є негативною силою, але як сила, що позбавляє лояльності, вона обмежує будь-яку позитивну силу. А у вільному суспільстві, де будь-яка влада грунтується на громадській думці, ця остаточна влада нічого не визначає прямо, однак контролює будь-яку позитивну владу, дозволяючи лише певні види її здійснення.

Ці обмеження будь-якої організованої влади й зокрема влади законодавця, звичайно, можна було б зробити ефективнішими й оперативнішими, якби недвозначно сформулювати критерії, за допомогою яких визначатиметься, чи може бути законом те чи інше рішення. Однак обмеження, які фактично тривалий час накладалися на законодавчі органи, навряд чи були колись належним чином сформульовані. Спроба зробити це буде одним із наших завдань.

V

НОМОС: ЗАКОН СВОБОДИ

Що стосується конституції Криту, описаної Ефором, то, мабуть, досить зазначити її найважливіші положення. Законодавець, за його словами, немовби вважає за самозрозуміле, що свобода є найвищим благом держави й лише завдяки їй власність належить саме тим, хто її набуває, тимчасом як у стані рабства все належить тим, хто править, а не тим, ким правлять.

Страбон*.

ФУНКЦІЇ СУДДІ

Тепер ми маємо вдатися до спроби більш детального опису своєрідного характеру тих норм належної поведінки, які були наслідком зусиль суддів із розв'язання суперечок і тривалий час слугували за модель, яку намагалися наслідувати законодавці. Як уже зазначалося, складається враження, нібито ідеал індивідуальної свободи процвітав передусім у тих країнах, де домінувало прецедентне право — принаймні протягом тривалих періодів. Ми пояснили це тією обставиною, що прецедентне право доконечно має певні властивості, не завжди притаманні указам законодавця, які можуть мати ці властивості лише в тому разі, якщо законодавець обере за взірець прецедентне право. У цьому розділі ми розглянемо відзначні прикмети того, що політологи тривалий час вважали за просто *закон*, адвокатське право, тобто *nomos* давніх греків і *jus* римлян** (те, що

---

* Страбон, *Географія,* 10, 4, 16 (in the Loeb edition by H.L.Jones vol.5, p. 145). Страбон жив на початку нашої ери, а Ефор Кімський, якого він цитує й твори якого збереглися лише у фрагментах, жив приблизно в 400-330 рр. до нашої ери.

** Див., наприклад, формулювання граматиста Сервія, IV ст. нашої ери (цитується за P.Stein, *Regulae Juris* (Edinburgh, 1966, p. 109): «Jus generale est, sed lex est species, jus ad non scriptum pertinet, leges ad jus scriptum» [Право — річ загальна, закон — конкретна,

в інших європейських мовах позначається як *droit, Recht* чи *diritto* на відміну від *loi, Gesetz** чи *legge),* а в наступному розділі порівняємо з ним ті правила організації державного врядування, якими здебільшого й займалися законодавчі органи.

Особливий характер норм, що їх суддя застосовує й мусить докладати зусиль для їх чіткого формулювання й удосконалення, найлегше усвідомити, якщо ми пам'ятатимемо про те, що суддя покликаний виправляти порушення порядку, який ніким не було створено й підпорою якого не є люди, котрим було сказано, що робити. У більшості випадків жодна інстанція навіть не має уявлення про те, що робили люди або чому вони це робили. У цьому сенсі суддя — це інститут спонтанного порядку. Він завжди виявлятиме, що такий порядок уже існує як атрибут невпинного процесу, в якому окремі люди мають можливість успішно здійснювати свої плани завдяки тому, що можуть формувати сподівання стосовно дій своїх співгромадян — сподівання, які мають добрий шанс справдитися.

Аби оцінити важливість цього, нам треба цілком звільнитися від хибної концепції, нібито спочатку виникає якесь суспільство, яке потім установлює для себе закони**. Ця хибна концепція є підставовою для конструктивістського раціоналізму, який починаючи з Декарта та Гоббса через Руссо та Бентама аж до сучасного правового позитивізму засліплював учених щодо справжнього взаємозв'язку між правом і державним урядуванням. Група людей може жити разом у тих організованих стосунках, які ми називаємо суспільством, лише внаслідок дотримання окремими людьми певних спільних норм. Тому було б,

---

право грунтується не на письмі, закон — на записі права]. Не зовсім безпідставною була думка (Alvaro d'Ors, *De la Guerra, de la Paz* (Madrid, 1954, p. 160), процитована в Karl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (Berlin, 1958), p.427) про те, що переклад Цицероном грецького слова *nomos* як *lex* замість *jus* виявився вкрай невдалим. Щодо вживання Цицероном терміну *lex* див., зокрема, *De Legibus,* II, v-vi, Loeb edition by C.W Keyes (London, 1929), pp.384-386: «Est lex justorum injustorumque distinctio... nec vero jam aliam esse ullam legem puto non modo habendam, sed ne appellandum quidem».

* Див. часто цитоване висловлювання Г.Тріпеля в *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für W.Kahl* (Tübingen, 1923), p.93: «Heilig ist nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht, und das Recht steht über dem Gesetz» [Святий не закон, святе лише право, а право стоїть вище за закон).

** Див. цитати з Девіда Г'юма, Адама Фергюсона та Карла Менгера, наведені в третій примітці до розд. 4 цієї книжки.

мабуть, ближче до істини, якби ми замість правдоподібної і поширеної ідеї, нібито право походить від влади, дотримувалися думки, що будь-яка влада походить від права, — не в тому сенсі, що це право призначає владу, а в тому, що влада вселяє покору доти й завдяки тому, що застосовує закон, який презюмовано існує незалежно від неї та спирається на поширене уявлення щодо правильного. Отже, не всякий закон може бути продуктом законодавства, але право законодавствувати передбачає визнання певних загальних норм, і такі норми, що лежать в основі права видавати закони, можуть і обмежувати це право. Навряд чи якась група погодиться зі сформульованими нормами, якщо її члени вже до того не мали думок, які певною мірою збігалися між собою. Отож такий збіг думок має передувати чітко висловленому погодженню зі сформульованими нормами гідної поведінки, хоча й не погодженню з конкретними цілями тих чи інших дій. Люди, які розходяться в своїх загальних оцінках, можуть принагідно погоджуватися з досягненням конкретних цілей і брати в ньому ефективну участь. Але такого погодження з окремими цілями ніколи не буде досить для утворення того сталого порядку, який ми називаємо суспільством.

Характер права, яке виникло внаслідок розвитку, вирізняється особливо чітко, коли ми дивимося на умови існування груп людей, що мають спільні уявлення про справедливість, але не мають спільного врядування. Групи, об'єднані спільними нормами, але без свідомо створеної організації для застосування цих норм, звичайно, завжди існували. Такий стан справ ніколи не може стати панівним у тому, що ми назвали б територіальною державою, але він, безсумнівно, часто існував поміж такими групами, як торговці або люди, зв'язані між собою законами лицарства чи гостинності.

Чи варто нам називати «правом» той вид норм, який у цих групах може ефективно застосовуватися шляхом залучення громадської думки й вигнання з групи порушників цих норм, — це питання термінології, а отже, зручності*. З погляду нашої теперішньої мети нас цікавлять будь-які норми, що дотримуються на ділі, а не лише норми, що примусово застосовуються якоюсь організацією, створеною для цієї мети. Саме фактичне дотримання норм є умовою утворення якогось порядку дій; питання, чи треба їх примусово застосовувати і як саме, має другорядне значення. Фактичне дотримання певних правил, безсумнівно, передувало будь-якому свідомому їх застосуван-

* Див. H.L.A.Hart, *The Concept of Law (*Oxford, 1961).

ню. Тому причини виникнення цих правил не треба сплутувати з причинами необхідності їх примусового застосування. Ті, хто зважувався на це, цілком могли не мати повного уявлення про функції, які виконували ці правила. Однак для збереження суспільства необхідно розробляти певні методи ефективного навчання цим правилам, а часто й примусового їх застосування (хоча це може бути те ж саме). Однак потреба в їх застосуванні залежить і від інших обставин, окрім наслідків їх недотримання. Якщо ми зацікавлені в результаті дотримання норм права, то байдуже, підкоряються їм люди тому, що в них описаний єдиний відомий їм спосіб досягнення певних цілей, чи тому, що якийсь тиск або страх перед покаранням не дозволяє їм поводитися інакше. У цьому сенсі просте відчуття того, що якийсь вчинок людини виявиться обурливим і нестерпним для її.собратів, має цілком таке саме значення, що й примусове правозастосування за допомогою формальної процедури, яке ми виявляємо в розвинених правових системах. Важливим для нас на цьому етапі є те, що в зусиллях забезпечити й удосконалити систему норм права, які вже дотримуються, завжди розвивається дещо, відоме нам як механізм права.

Таке право може поступово формулюватися внаслідок зусиль арбітрів або подібних людей, які покликані улагоджувати суперечки, але не мають змоги контролювати дії, щодо яких їм доводиться виносити судові рішення. Питання, які потребують їхнього рішення, полягають не в тому, чи підкорилися сторони чиїйсь волі, а в тому, чи узгоджувалися їхні дії зі сподіваннями, які підставно виникли в іншої сторони, бо відповідали усталеним звичаям, на яких ґрунтувалася повсякденна поведінка членів даної групи. Значення звичаїв у цьому випадку полягає в спричиненні сподівань, які керують людськими вчинками, тому за обов'язкові вважатимуться звичаї, на дотримання яких розраховують усі й які завдяки цьому стають умовою успіху більшості видів діяльності*. Справдження сподівань, яке за-

---

* Див. James Coolidge Carter, *Law, Its Origin, Growth and Function* (New York/London, 1907), p.59: «Усі скарги однієї людини на іншу — чи то цивільного, чи то кримінального характеру — виникають із того факту, що щось було зроблено *всупереч сподіванням скаржника щодо належних дій.* Див. також ibid., p.331: «Велике загальне правило, яке від початку керує людськими діями, а саме — що ці дії мають відповідати чесним сподіванням, — є все ж таки науковим правилом. Усі форми поведінки, які не суперечать цим правилам, узгоджуються між собою та стають визнаними звичаями. Ті, що суперечать їм, тавруються як погані. Так сукупність звичаїв тяжіє до того, аби стати

безпечують ці звичаї, не є і не здається наслідком волі жодної людини, воно не залежить від чиєгось бажання або конкретних особистостей причетних людей. Якщо виникає потреба в залученні безстороннього судді, то це тому, що від такої особи сподіваються вирішення справи як типової, яка може статися будь-де й будь-коли, а отже — вирішення в такий спосіб, який задовольнить сподівання кожної людини, яка опиниться у схожому стані серед людей, не відомих їй особисто.

ЧИМ ЗАВДАННЯ СУДДІ ВІДРІЗНЯЄТЬСЯ ВІД ЗАВДАННЯ КЕРІВНИКА ОРГАНІЗАЦІЇ

Отже, навіть там, де судця має виявляти норми, які ніколи не було сформульовано й на підставі яких, можливо, до того ніколи не діяли, його завдання буде цілком відмінним від завдання провідника якоїсь організації, що має приймати рішення про належні дії 'для досягнення конкретних результатів. Мабуть, жодному з тих, хто звик організовувати людей на конкретні дії, ніколи б не спало на думку надати своїм наказам вигляду норм, застосовних до всіх членів групи незалежно від призначених їм завдань, якби він не мав уже перед собою прикладу судді. Тому малоймовірно, щоб будь-яка інстанція з правом наказувати розробила коли-небудь право в тому сенсі, в якому його розробляє суддя, тобто у вигляді норм, застосовних до кожного, хто опиняється в ситуації, яку можна визначити за допомогою абстрактних понять. Необхідність свідомого встановлення норм для невідомої кількості майбутніх випадків передбачає певний хист до абстрактного мислення, на яке навряд чи здатні примітивні люди. Для визнання абстрактних норм, незалежних від будь-якого замисленого конкретного результату, їх треба було виявити — розум не міг свідомо їх створити. Якщо сьогодні концепція права як абстрактних норм є такою звичною для нас, що нам здається очевидною й наша спроможність свідомо створювати його, то це — наслідок зусиль незліченних поколінь суддів, які формулювали словами правила, що їх люди засвоювали на ділі. Ці зусилля мали призвести до створення й самої мови, якою можна було висловити такі правила.

гармонійною системою». Щодо цього важливого твору, відомого менше, ніжвін на те заслуговує, див. M.J.Gronson, «The juridical evolutionism of James Coolridge Carter», *University of Toronto Law Journal,* 1953.

Отож особлива позиція судді виникає з тієї обставини, що його цікавить не те, що має робитися в конкретному випадку за бажанням будь-якої влади, а те, на що можуть «законно» сподіватися приватні особи, й слово «законний» стосується тут тих сподівань, на яких зазвичай ґрунтувалися його дії у цьому суспільстві. Метою норм права має бути справдження цих сподівань, від якого залежить успішне здійснення планів окремих людей. Правитель, який доручає судді підтримувати злагоду, як правило, робить це не з метою збереження створеного ним порядку чи перевірки виконання своїх наказів, а для відновлення порядку, характер якого той може навіть не усвідомлювати. На відміну від наглядача або інспектора суддя не повинен наглядати за виконанням наказів чи покладених на когось обов'язків. Хоча він може призначатися якоюсь вищою владою, його обов'язок полягає не в нав'язуванні волі цієї влади, а в розв'язанні суперечок, які можуть порушити існуючий порядок; він займається конкретними подіями, про які владі нічого не відомо, та вчинками людей, які в свою чергу не мали жодного уявлення про конкретні накази влади щодо належних дій.

Отже, «на початковій стадії право (з погляду правознавця) мало своєю єдиною метою збереження злагоди»*. Норми права, які застосовує суддя, мають значення для правителя, котрий призначив його, лише остільки, оскільки вони допомагають підтримувати злагоду й гарантують людям можливість спокійно продовжувати їхні зусилля. Вони ніяк не пов'язані з тим, що людям будь-ким було наказано робити, а лише з їхнім утриманням від певних вчинків, які не дозволяються нікому. Вони виходять із певних засновків щодо безперервного ладу, якого ніхто не створював і який все ж таки вважається існуючим.

МЕТА ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ — ПІДТРИМАННЯ НЕПЕРЕРВНОГО ПОРЯДКУ ДІЙ

У твердженні, що призначення норм права, які виявляє й застосовує суддя, полягає в підтриманні існуючого порядку дій, прихована думка про можливість розрізнення між цими нормами й кінцевим порядком. їх відмінність випливає з того факту, що лише деякі правила індивідуальної поведінки можуть мати наслідком загальний порядок, тимчасом як інші роблять такий порядок неможливим. Для того щоб внаслідок поодиноких дій людей виник якийсь загальний порядок, потрібно, щоб до цих

* Roscoe Pound, *Jurisprudence,* vol.1 (New York, 1959), p.371.

дій не лише ніхто без необхідності не втручався, а й щоб у тих аспектах, в яких успіх діяльності окремої людини залежить від певних відповідних дій інших, існував принаймні якийсь реальний шанс на таку відповідність. Однак усе, що можуть у цьому плані зробити норми права, — це допомогти людям разом виявити й сформувати цю відповідність: абстрактні норми фактично не можуть її завжди гарантувати.

Причина тенденції до розробки таких норм полягає в тому, що групи, яким пощастило засвоїти правила, здатні забезпечити ефективніший порядок дій, як правило, беруть гору над іншими групами з менш ефективним ладом*. Правила, що набувають поширення, — це правила, які керують практикою чи звичаями, що існують у різних групах і роблять ці групи сильнішими за інших. І певні правила домінуватимуть завдяки тому, що вони успішніше скеровують сподівання стосовно інших людей, які діють незалежно. Адже домінування певних правил стає очевидним передусім завдяки тій обставині, що вони створюють ефективний порядок не лише всередині якоїсь замкненої групи, а й між людьми, що зустрічаються випадково й не знають один одного особисто. Тож на відміну від наказів, ці правила створюють порядок навіть поміж людьми, які не мають спільної мети. Загальне дотримання правил важливе для кожного, бо від цього залежить досягнення його цілей, однак цілі різних людей можуть бути цілком відмінними.

Доки люди діють згідно з правилами, їм не обов'язково усвідомлювати існування цих правил. Досить того, що вони *знають, як* діяти згідно з правилами, хоча й не *знають, що* являють собою ці правила в чітко сформульованому вигляді. Однак їхнє «ноу-хау» забезпечує надійний провід лише в ситуаціях, що часто повторюються, тим часом як за більш незвичайних обставин цієї інтуїтивної впевненості щодо законних сподівань у них може не бути. У таких ситуаціях задля уникнення конфліктів і збереження злагоди може виникнути потреба в

---

* Оскільки ми часто говоримо про «групу, яка домінує над іншими», то треба, мабуть, підкреслити, що це не обов'язково означає перемогу в якомусь зіткненні сил чи навіть витиснення членами такої групиокремих членів інших груп. Набагато ймовірніше, що успіх одної групи приваблює членів інших груп і вони таким чином приєднуються до першої. Іноді успішна група може стати певною аристократією в тому чи іншому суспільстві, і решта наслідує її поведінку. Однак у всіх цих випадках члени більш успішної групи часто не знають, якій особливості вони завдячують своїм успіхом, і не культивують її, бо не усвідомлюють, що від неї залежить.

зверненні до людей, які здогадно більше знаються на встановлених правилах. Така людина, покликана виносити рішення, нерідко виявляє за необхідне сформулювати, а відтак зробити точнішими, ті правила, щодо яких існують розбіжності в думках, а інколи навіть — забезпечити нові норми для тих випадків, стосовно яких не існує загальновизнаних норм.

Мета такого викладення норм словами полягає передусім в одержанні згоди на їх застосування в якомусь конкретному випадку. При цьому часто неможливо відрізніти просте формулювання норм, які досі існували лише як усталені звичаї, від викладення норм, на підставі яких раніше ніколи не діяли, але які в сформульованому вигляді дістають схвалення більшості як розумні. Проте в жодному разі суддя не вільний проголошувати будь-яку норму, що йому до вподоби. Норми, які він проголошує, мають заповнювати певну прогалину в сукупності вже визнаних норм права в такий спосіб, аби сприяти підтриманню й удосконаленню того способу дій, який уможливлюють уже існуючі норми*.

Для розуміння процесу розвинення такої системи в ході здійснення правосуддя найбільш показовими є ситуації, коли судці доводиться не лише застосовувати й формулювати міцно встановлені звичаї, а й долати щирі сумніви щодо вимог усталеного звичаю, внаслідок яких позовники можуть щиросердо розходитися в думках. У таких випадках, коли у визнаному праві існує реальна прогалина, нова норма, скоріш за все, закріпиться лише за умови, що комусь буде доручено виявити норму, яку після її формулювання визнають за слушну.

Отож хоча правила гідної поведінки, як і порядок дій, який вони уможливлюють, є передусім наслідком спонтанного роз-

---

* Багато хто з ранніх теоретиків природного права наблизився до осягнення цього зв'язку між нормами права та порядком дій, якому вони сприяють. Див. Roscoe Pound, *Interpretation of Legal History* (New York, 1923), p.5: «Юристи, автори юридичних підручників, судді чи законодавці, які працювали згідно з теорією природного права, фактично вимірювали всі ситуації й намагалися розв'язати всі проблеми за допомогою певної ідеалізованої картини суспільного порядку своєї доби й своєї країни та певного уявлення про цілі права в межах цього порядку... Відповідно до цього ідеал суспільного порядку вважався за найвищу реальність, а юридичні інституції, норми та доктрини — лише його віддзеркаленнями чи деклараціями». Однак середньовічна концепція суспільного порядку була все ж таки передусім концепцією конкретного статусу різних людей чи класів, і лише іспанські схоласти наблизилися до концепції абстрактного порядку на підставі єдиного для всіх права.

витку, їх поступове вдосконалення потребує свідомих зусиль суддів (або інших обізнаних із законом людей), які змінюють існуючу систему на краще шляхом установлення нових норм права. І справді, відоме нам право ніколи не змогло б досягти всебічного розвитку без таких зусиль із боку суддів або навіть принагідних втручань законодавця, спрямованих на визволення його з тих глухих кутів, куди його може завести поступова еволюція, або на розв'язання цілком нових проблем. Однак усе ж таки залишається фактом, що структура системи норм як одного цілого не є наслідком заміру ані суддів, ані законодавців. Вона є результатом певного процесу еволюції, в ході якого відбувалася постійна взаємодія спонтанного розвитку звичаїв і свідомого вдосконалення складових існуючої системи. Кожний із цих двох чинників мав впливати — в умовах, створених іншим, — на формування фактичного порядку дій, конкретний зміст якого завжди залежить не лише від норм права, а й від інших обставин. Жодна правова система не замислювалася як сукупна цілість, і навіть різноманітні спроби кодифікації забезпечили лише можливість систематизувати існуючу сукупність правових норм і таким чином доповнити її або усунути недоречності.

Отже, судді нерідко доводиться розв'язувати проблеми, які насправді можуть мати кілька рішень, проте в більшості випадків досить важко знайти навіть одне рішення, яке відповідало б усім необхідним умовам. Тож завдання судді має інтелектуальний характер; його почуття чи особисті преференції, його співчуття до становища однієї зі сторін суперечки або його думка щодо важливості конкретної мети не повинні впливати на його рішення. Перед ним стоїть визначена ціль (хоча й не якась окрема, конкретна мета): удосконалити даний порядок дій, установивши норму, яка запобігатиме повторному виникненню таких конфліктів, як той, що стався. У своїх намаганнях виконати це завдання суддя має обертатися в певному космосі норм права, які він мусить визнавати, й пристосовувати до цього космосу складові, що їх вимагає мета, на яку спрямована система загалом.

«ДІЇ ПО ВІДНОШЕННЮ ДО ІНШИХ» І ЗАХИСТ СПОДІВАНЬ

З огляду на те, що для порушення судової справи має виникнути якась суперечка, а судді зазвичай не займаються стосунками на підставі наказів і покори, формулювання норм права може відбуватися лише внаслідок таких дій окремих осіб,

які стосуються інших людей, або, за традиційним визначенням, дій по відношенню до інших осіб *(operationes quae sunt ad alterum)**. Тепер нам треба розглянути складне питання щодо визначення таких «дій по відношенню до інших», але спочатку ми хочемо просто зазначити, що дії, які вочевидь не належать до цього типу (наприклад, ті, що людина здійснює наодинці в себе вдома, або навіть добровільні спільні дії кількох осіб, які вочевидь не впливають на інших і не шкодять їм), ніколи не стануть тим об'єктом норм поведінки, який може зацікавити суддю. Це важливо, бо це відповідь на проблему, яка часто хвилювала тих, хто вивчав ці питання, і яка полягає в тому, що навіть цілком загальні й абстрактні норми можуть все ж таки накладати серйозні й непотрібні обмеження на індивідуальну свободу**. Справді, деякі загальні норми, наприклад ті, що вимагають релігійної ортодоксальності, цілком здатні викликати відчуття найсуворішого обмеження особистої свободи. Однак факт просто в тому, що вони не є нормами, які обмежують поведінку по відношенню до інших, або, як ми їх визначимо, нормами, які встановлюють межі певної захищеної території окремої людини. Принаймні там, де не вважається, що вся група може бути покараною якоюсь надприродною силою за гріхи окремих її членів, такі норми не можуть виникати з обмеження поведінки по відношенню до інших, а відтак і з урегулювання суперечок***.

Але що таке «дії по відношенню до інших» і якою мірою можуть норми поведінки запобігти конфліктові між ними? Звичайно, закон не може заборонити всі дії, які можуть зашкодити іншим, — не лише тому, що ніхто не здатний передбачити

---

* Щодо вжитку цього терміну пізніми іспанськими схоластами див. C. von Kaltenborn, *Die Vorläufer des Hugo Grotius* (Leipzig, 1848), p. 146. Однак концепція правосуддя, сфера якого обмежується діями стосовно інших, бере свій початок принаймні від Аристотеля (*Нікомахова етика,* V, i, 15—20).

** Це — обгрунтоване заперечення проти способу мого трактування цієї теми в книжці *The Constitution of Liberty* (London/ Chicago, 1960), і я сподіваюся, що теперішній виклад задовольнить критиків, які відзначили цей недолік: Lord Robbins (*Economica*, Febr., 1961), J.C.Rees (*Philosophy*, 38, 1963) та R.Hamowy *(The New Individualist Review*, 1 (1), 1961).

*** Це, безперечно, має на увазі формула Іммануїла Канта (та Герберта Спенсера) про «рівну свободу інших» як єдину виправдану підставудля обмеження свободи за законом. Щодо цієї теми загалом див. John Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford, 1972).

всіх наслідків кожного вчинку, а й тому, що більшість змін у планах, продиктованих одним людям новими обставинами, як правило, спричиняє незручності для інших. Захист проти несправдження сподівань, який може надавати закон у суспільстві, що постійно змінюється, завжди буде захистом лише деяких сподівань, а не всіх. А певна шкода, свідомо заподіяна іншим, є навіть необхідною для збереження спонтанного порядку. Так, закон не забороняє заснування нових фірм, навіть якщо це робиться в розрахунку на спричинення банкрутства інших фірм. Отже, призначення правил гідної поведінки полягає лише в повідомленні людям, на що вони можуть розраховувати, а на що ні.

Розвиток таких норм, безсумнівно, передбачає сталий взаємозв'язок між нормами права та сподіваннями: в міру того як встановлюються нові норми для захисту існуючих сподівань, кожна нова норма має також тенденцію створювати нове сподівання*. Оскільки деякі з існуючих сподівань завжди конфліктуватимуть між собою, суддя постійно має вирішувати, яке з них вважати за законне, й у такий спосіб створює основу для нових сподівань. Певною мірою це завжди експериментальний процес, оскільки суддя (як і законодавець) ніколи не здатний передбачити всіх наслідків норми права, яку він установлює, й нерідко його зусилля зменшити кількість джерел конфліктів виявляються марними. Будь-яка нова норма, покликана врегулювати один конфлікт, цілком здатна спричинити нові конфлікти в іншому місці, бо встановлення нової норми завжди впливає на порядок дій, який визначається не самим лише правом. Однак судити про задовільність чи незадовільність правових норм можна лише з погляду їх впливу на цей порядок дій, а він виявляється лише в процесі спроб і помилок.

У ДИНАМІЧНОМУ ПОРЯДКУ ДІЙ МОЖЛИВИЙ ЗАХИСТ ЛИШЕ ДЕЯКИХ СПОДІВАНЬ

У ході цього процесу виявляється не лише те, що не всі сподівання можна захистити за допомогою загальних норм права, а й навіть те, що шанс справдити якомога більше сподівань стає найвищим, коли деякі сподівання систематично не справджуються. Це означає також, що можливо чи доцільно запобі-

---

* Див. P A.Freund, «Social justice and the law», in R.B.Brandt (ed), *Social Justice* (New York, 1962), p.96: «Розумніочікування частіше є підложжям, а не наслідком права».

гати не всім діям, які можуть зашкодити іншим, а лише певним категоріям дій. Цілком законним вважається змінити постійну клієнтуру й відтак не справдити впевнених сподівань тих, з ким зазвичай мав справу. Отже, заподіювана одною людиною іншій шкода, якій прагне запобігти закон, — це не будь-яка шкода, а лише несправдження тих сподівань, які закон визначає як обґрунтовані. Лише в такий спосіб правило «не зашкодь іншим» можна зробити переконливим для тієї чи іншої групи людей, яким дозволяється прагнути власних цілей на підставі власних знань. Людям гарантується не те, що ніхто не перешкодить досягненню їхніх цілей, а лише те, що їм не заважатимуть у використанні певних засобів.

У зовнішньому оточенні, яке постійно змінюється і в якому внаслідок цього деякі люди завжди виявляють нові факти і ми хочемо, аби вони скористалися цими новими знаннями, безперечно, неможливо захистити геть усі сподівання. Якщо не давати людям пристосовувати свої плани дій до нових обставин — хоч би коли вони про них дізнавалися, — це не посилить, а послабить їхню впевненість. Фактично багато які з наших сподівань можуть здійснитися лише завдяки тому, що інші постійно змінюють свої плани в світлі нових знань. Гарантоване справдження всіх наших сподівань щодо дій конкретних людей зробило б непотрібними всі ті взаємні пристосування, завдяки яким за постійно мінливих обставин ми можемо отримувати очікуване від тієї чи іншої людини. Тому те, які сподівання варто захищати, має залежати від нашої здатності до максимального справдження сподівань загалом.

Звичайно, досягти такого максимального справдження неможливо, якщо вимагати від людей, аби вони продовжували робити те, що робили раніше. У світі, в якому неточність деяких фактів неминуча, ми можемо досягти певної міри стабільності й відтак передбачуваності загального результату діяльності всіх, лише дозволивши кожному пристосовуватися до нової інформації в непередбачений для інших спосіб. Саме завдяки таким постійним змінам в окремостях зберігається абстрактний загальний порядок, в якому ми маємо можливість робити з усвідомленого цілком надійні висновки щодо реальності своїх сподівань.

Варто лише на якийсь момент взяти до уваги наслідки вимоги до кожного продовжувати робити те, чого інші звикли від нього очікувати, аби зрозуміти, що це швидко призведе до краху всього порядку. Якби люди спробували підкоритися таким указівкам, дехто відразу виявив би фізичну неможливість цьо-

го внаслідок зміни тих чи інших обставин. Однак наслідки їхньої неспроможності справдити сподівання, в свою чергу, ставили б у схоже становище інших і так поширювалися б на дедалі більше коло осіб. (Це, до речі, одна з причин схильності цілковито планових систем до занепаду). Збереження загального плину наслідків у складній системі виробництва вимагає від діяльності елементів цієї системи великої гнучкості, і досягнення високої міри передбачуваності сумарних наслідків можливе лише завдяки непередбачуваним змінам у її складових.

Пізніше (том 2, розділ 10) ми більш детально розглянемо той позірний парадокс, що в ринковій системі саме завдяки систематичному несправдженню деяких сподівань так ефективно справджується в кінцевому наслідку загальна сукупність сподівань. Це спосіб, в який діє принцип «негативного зворотного зв'язку». На разі треба лише додати, аби запобігти можливим непорозумінням: та обставина, що сумарний порядок виявляє набагато більшу закономірність, аніж окремі факти, жодним чином не пов'язана з тими ймовірностями, що можуть спричинятися випадковим рухом елементів, з яким має справу статистика, бо індивідуальні дії є наслідком систематичного взаємного пристосування.

Наша найближча мета — показати, що цей порядок дій, який грунтується на певних сподіваннях, певною мірою фактично завжди має існувати ще до того, як люди докладуть зусиль для гарантії справдження своїх сподівань. Існуючий порядок дій — це передусім просто один із фактів, на які розраховують люди; цінністю, яку вони прагнуть зберегти, він стає лише тоді, коли виявляється, що від нього залежить успішне досягнення їхніх цілей. Ми віддаємо перевагу слову «цінність», а не «мета», тому що це умова, яку прагнуть зберегти всі, хоча жодна людина не мала за свідому мету її створення. І справді, незважаючи на те, що всі усвідомлюють залежність своїх можливостей від збереження певного порядку, ніхто, мабуть, не здатний описати характер цього порядку. Адже цей порядок можна визначити не на підставі будь-яких конкретних спостеріганих фактів, а лише на підставі системи абстрактних стосунків, яка зберігається завдяки змінам у частковостях. Це, як ми зазначали раніше, не щось видиме чи ще якось відчутне, а те, що можна відтворити лише подумки.

Хоча може здаватися, що цей порядок полягає лише в підкоренні правилам (а підкорення правилам справді потрібне для забезпечення порядку), ми вже побачили, що не всяке правило гарантує порядок. Чи призведуть установлені правила до фор-

мування загального порядку за певної сукупності обставин, залежить радше від їх конкретного змісту. Підкорення негідним правилам цілком здатне спричинити безлад, і можуть існувати такі правила індивідуальної поведінки, які роблять вочевидь неможливим об'єднання індивідуальних дій із якимось загальним порядком.

Отже, «цінності», яким сприяють правила гідної поведінки, — це не якісь конкретні деталі, а абстрактні властивості існуючого фактичного порядку, і люди прагнуть збільшити їх кількість, виявивши, що вони є умовою ефективного досягнення безлічі різноманітних і непередбачуваних цілей. Ці правила спрямовані на забезпечення певних абстрактних ознак того найвищого загального порядку, який ми бажали би бачити в своєму суспільстві. Аби цей порядок запанував, ми докладаємо зусиль, удосконалюючи правила, які спочатку виявляємо як основу існуючої діяльності. Інакше кажучи, ці правила є спочатку властивістю певного фактичного стану справ; він ніким навмисно не створювався й тому не мав цілі, але, почавши усвідомлювати його важливість для успішного ведення всіх наших справ, ми можемо спробувати його вдосконалити.

Хоча норми, звичайно, не можна вивести зі засновків, які містять лише факти, це не означає, що схвалення деяких норм, спрямованих на досягнення певних категорій наслідків, не може за певних фактичних обставин зобов'язати нас до прийняття інших норм — просто тому, що за цих обставин схвалені нами норми сприяють цілям, які виправдовують їх лише за умови підкорення й деяким іншим нормам. Отже, якщо ми не вагаючись схвалюємо якусь конкретну систему норм і виявляємо, що в певній фактичній ситуації вона не досягає результату, на який спрямована, без певних додаткових правил, то ці правила стають обов'язковим додатком до вже прийнятих, хоча й не є їх логічним продовженням.

А оскільки існування цих інших правил зазвичай мовчазно припускається, то твердження, нібито виникнення якихось нових фактів спричиняє потребу в певних нових нормах, хоча й не цілком точне, принаймні не зовсім хибне.

Важливим наслідком цього взаємозв'язку між системою правил поведінки й фактичним порядком дій є неможливість існування науки про право, яка була б виключно наукою про норми й не зважала на той фактичний порядок, що на нього вона спрямована Відповідність тієї чи іншої нової норми існуючій системі норм — не лише проблема логіки; як правило,

це проблема того, чи призведе нова норма за реально існуючих обставин до якогось порядку сумісних дій. Це випливає з того факту, що абстрактні правила поведінки зумовлюють конкретні дії лише разом із конкретними обставинами. Тож перевірка відповідності нової норми існуючій системі може бути лише фактуальною: нова норма, яка з погляду логіки здається цілком сумісною з уже визнаними нормами, може виявити суперечливість, якщо вона за певної сукупності обставин дозволяє дії, несумісні з іншими діями, дозволеними існуючими нормами. Саме в цьому полягає причина облудності картезіанського, або «геометричного», трактування права як виключно «науки про норми», де всі норми права виводяться з недвозначних засновків. Ми переконаємося, що воно не здатне досягти навіть своєї безпосередньої мети — зробити суддівські рішення більш передбачуваними. Про відповідність одних норм іншим не можна судити ізольовано від фактів, бо саме від фактів залежить взаємна сумісність дій, які дозволяються цими нормами.

Засадничий здогад, який протягом усієї історії правознавства постійно з'являвся у вигляді посилання на «природу речей» *(natura rerum* або *Natur der Sache*),* ми знаходимо в часто цитованому твердженні О.В.Холмса, нібито «життя права було не логікою, а досвідом»**, або в таких різних висловах, як

---

* Heinrich Dernburg, *Pandekten* (Berlin, 1888), p.85: «У більш або менш розвинутих умовах життя містяться своя міра й свій порядок. Цей *порядок, що живе всередині речей,* називають природою речей (Natur der Sache). Саме до неї має звертатися мислячий юрист там, де немає конкретної норми або її недосконало чи незрозуміло сформульовано».

** Див. O.W.Holmes, Jr, *The Common Law* (New York, 1963), p.7: «Життя права було не логікою, а досвідом. Відчуті вимоги часу, панівні моральні й політичні теорії, усталені звичаї державної політики — загальновизнані чи несвідомі, — навіть упередження, що їх судді поділяють зі своїми співгромадянами, набагато більше за силогізми впливають на визначення правил, якими мають керуватися люди. Право втілює історію розвитку держави впродовж багатьох століть, і з ним не можна поводитися так, немовби воно містить лише аксіоми й висновки, як підручник з математики». Див. також Roscoe Pound, *Law and Morals* (Chapel Hill, N .C., 1926), p.97: «Завданняправа — утримувати істот, наділених свідомістю й свободою волі, від втручання в справи один одного. Наказувати їм треба так, аби кожний користувався своєю свободою в спосіб, згідний зі свободою всіх інших, оскільки всі інші так само мають вважатися за цілі в собі».

«вимоги суспільного життя»*, «сумісність»** чи «прийнятність»*** дій, до яких вдається закон.

---

* Paul van Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique* (Brussels/Paris, 1907), p.401: «Раніше право вважалося за продукт свідомої волі законодавця. Сьогодні в ньому вбачають певну природну силу. Однак якщо й можна надати праву епітет «природний», то, як ми зазначали, в зовсім іншому значенні, ніж те, яке колись мав вислів «природне право». Він означав тоді, що природа відбила в нас — як складову самого розуму — певні принципи, й безліч статей різних кодексів є лише їх застосуванням на практиці. Той самий вислів має означати сьогодні, що право є наслідком фактичних стосунків між речами. Як і самі ці стосунки, природне право перебуває в стані неперервної праці... Законодавець має про це право лише фрагментарне уявлення, яке відбивається в наказах, що їх він видає. Якщо знадобиться визначити його сенс, де він його шукатиме? Очевидно, в першоджерелі цих наказів, тобто в вимогах суспільного життя. Найбільша ймовірність виявити сенс права знаходиться саме там. Так само й тоді, коли треба буде заповнити прогалини в праві: рішення шукатимуть не в логічних висновках, а в нагальних потребах».

** C.Perelman, L.Olbrechts-Tyteca, *La Nouvelle Rhétorique— traité de l'argumentation* (Paris, 1958), vol.1, pp.264-270, зокрема § 46: *Contradiction el Incompatibilité* та § 47: *Procédés permettant d'éviter une incompatibilité,* з яких ми маємо можливість процитувати тут лише деякі важливі уривки: «Несумісність залежить або від природи речей, або від людського рішення» (p.263). «Несумісності можуть виникати внаслідок застосування до визначених ситуацій кількох моральних чи юридичних норм, узятих з юридичних або релігійних текстів. Тимчасом як суперечність між двома твердженнями передбачає певний формалізм або принаймні певну систему однозначних понять, несумісність завжди пов'язана з випадковими обставинами, створеними чи то природними законами, чи то окремими подіями, чи то людськими рішеннями». Схожу ідею ми знаходимо також у Charles P.Curtis, «A better theory of legal interpretation», *Vanderbilt Law Review,* III, 1949, p.423: «Найважливіший критерій — це проста узгодженість з усією рештою права. Той чи інший договір або заповіт — дуже мала частка нашого сукупного права, й це так само вірно, як і те, що той чи інший статут — досить велика річ; і хоча Справедливість має і значніші цілі, тою позитивною якістю, на яку покладає свої сподівання Право, є саме узгодженість'ВВ.

*** Див. Jürgen von Kempski, «Bemerkungen zum Begriff der Gerechtigkeit», *Studium Generale,* XII, 1959, передруковано в його ж книжці *Recht und Politik* (Stuttgart, 1965), p.51: «Ми говоритимемо про те, що в основі положень приватного права лежить принцип сумісності дій»; і той самий автор, *Grundlagen zu einer Strukturtheorie des Rechts,* in *Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse*

МАКСИМАЛЬНИЙ ЗБІГ СПОДІВАНЬ ДОСЯГАЄТЬСЯ ВИЗНАЧЕННЯМ МЕЖ ЗАХИЩЕНИХ СФЕР

Головна причина того, чому так важко зрозуміти, що правила поведінки сприяють більш упевненим сподіванням, полягає в тому, що вони визначають не якийсь конкретний стан речей, а лише певний абстрактний порядок, завдяки чому його члени можуть виводити з відомих їм окремостей досить слушні сподівання. Це все, чого можна досягти в світі, де певні обставини змінюються в спосіб, якого не можна передбачити, а порядок забезпечується завдяки пристосуванню людей до нових обставин кожного разу, як вони про них дізнаються. У такому загальному порядку, який постійно пристосовується до зовнішніх змін і забезпечує підстави для прогнозування, залишатися сталою може лише система абстрактних взаємозв'язків, а не її окремі елементи. Це означає, що за кожної зміни хтось неминуче буде розчарований у своїх сподіваннях, але ця сама зміна водночас створює ситуацію, в якій шанс сформувати правильні сподівання знову стає максимальним.

Такого становища, безперечно, можна досягти лише захистом деяких, а не всіх сподівань, і головна проблема тут: які саме сподівання треба гарантувати, аби забезпечити максимальну можливість справдження сподівань загалом. Тут мається на увазі розрізнення між «законними» сподіваннями, які має захищати закон, та іншими, які він дозволяє залишити несправдженими. І досі було виявлено лише один метод визначення сфери захищених у такий спосіб сподівань, який зменшує можливість взаємного зіткнення дій і намірів людей: виокремлення сфери дозволених кожній людині дій шляхом окреслення (чи радше сприяння розпізнаванню через застосування правил до конкретних фактів) кола речей, якими дозволяється розпоряджатися лише конкретним людям, тимчасом як усі інші усуваються від контролю над ними. Сфера дій, у якій кожний буде захищений від втручань інших, може визначатися однаково застосовними до всіх правилами лише в тому разі, якщо ці правила дозволяють з'ясувати, якими саме речами кожна людина може розпоряджатися в своїх цілях. Інакше кажучи, потрібні правила, які дозволяють у будь-який момент устано-

---

der Akademie der Wissenschaften und Literatur in Mainz, 1961, No. 2, p.90: «Ми питаємо, яким структурним вимогам мають відповідати дії, аби бути сумісними між собою; інакше кажучи, ми спостерігаємо світ, у якому дійові особи не входять між собою в колізію».

вити межі захищеної території кожного й таким чином відокремити *моє* від *твого*.

Розуміння того, що «добра огорожа сприяє доброму сусідству»*, тобто що люди можуть використовувати власні знання в прагненні до власних цілей без зіткнень між собою лише за умови проведення чітких меж між відповідними сферами вільної діяльності, є підложжям, на якому розвинулися всі відомі цивілізації.

Власність, яка в широкому тлумаченні зазвичай включає не лише матеріальні речі, але й (за визначенням Джона Локка) «життя, свободу й володіння» кожної людини, — це єдине знайдене досі людьми розв'язання проблеми поєднання індивідуальної свободи з відсутністю конфліктів. Право, свобода та власність — це нерозривна трійця. Не може бути права — в значенні універсальних правил поведінки, — яке не визначало б меж сфери свободи шляхом встановлення правил, що допомагають кожній людині з'ясувати коло дозволених їй дій.

Тривалий час це вважалося за самозрозумілу річ, яка не потребує доказів. Як свідчить цитата на початку цього розділу, це однаково добре розуміли як давні греки, так і всі засновники ліберальної політичної думки — від Мільтона** та Гоббса*** до Монтеск'є**** та Бентама+, а за новітніх часів на цій ідеї знову зробили наголос Г.С.Мейн++ і лорд Ектон+++. Лише порівняно нещодавно її було піддано сумніву внаслідок соціалістичного конструктивістського підходу та під впливом хибної

---

* З вірша Роберта Фроста «Під час лагодження стіни».

** John Milton, *The Tenure of Kings and Magistrates,* in *Works*, ed. by R.Fletcher (London, 1838), p.27: «Право, що лежить в основі всякої свободи розпоряджатися й хазяйнувати на землі, яку дав їм Бог, як глава сім'ї розпоряджається своєю успадкованою власністю».

*** Thomas Hobbes, *The Leviathan* (London, 1651), p.91.

**** Montesquieu, *The Spirit of the Laws,* XVI, chapter 15.

+ J.Bentham, *The Theory of Legislation,* ed. by C.K.Ogden (London, 1931), p. 113: «Власність і право народилися разом і мають померти разом».

++ Henry Maine, *Village Communities* (London, 1880), p.230: «Ніхто не має права піддавати критиці існування приватної власності й водночас стверджувати, що поважає цивілізацію. Історія їх обох являє собою нерозривне ціле».

+++ Lord Acton, *The History of Freedom* (London, 1907), p.297: «Народ, який має відразу до інституту приватної власності, позбавлений навіть початків свободи».

ідеї, нібито власність було на певному етапі «винайдено», а до того існував стан первісного комунізму. Цей міф було цілковито спростовано антропологічними дослідженнями*. Тепер не може бути сумніву в тому, що визнання власності передувало виникненню навіть найпримітивніших культур, а все, що ми називаємо цивілізацією, розвинулося на підставі того спонтанного порядку дій, який уможливило визначення захищених сфер діяльності окремих людей чи груп. Незважаючи на те, що соціалістичному мисленню наших днів удалося викликати підозру до цього висновку, нібито інспірованого ідеологією, він довів свою наукову достеменність не гірше за будь-який інший, отриманий нами в цій галузі.

Перш ніж продовжувати далі, ми маємо застерегти себе від поширеного непорозуміння щодо стосунків між нормами права та власністю окремих людей. Класична формула, що мета норм гідної поведінки — віддати кожному належне *(suum cuique tribuere),* часто тлумачиться в тому сенсі, що право само по собі призначає конкретним людям конкретні речі. Звичайно, нічого такого воно не робить. Воно лише забезпечує правила, за допомогою яких можна на підставі конкретних фактів з'ясувати, кому належать конкретні речі. Турбота права полягає не в установленні конкретних осіб, яким належать ті чи інші речі, а лише в наданні змоги з'ясувати межі, встановлені діями людей в рамцях, накреслених цими правилами, але зумовлених у своєму конкретному змісті багатьма іншими обставинами. Не можна також тлумачити цю класичну формулу, як це інколи робиться, в плані так званої «розподільної справедливості» або прагнення до такого стану чи розподілу речей, який, незалежно від причин його виникнення, можна характеризувати як справедливий чи несправедливий. Мета норм права — через установлення меж якомога краще забезпечити, аби дії різних людей не перешкоджали одна одній; самі лише норми не мо-

* Див. A.I.Hallowell, «Nature and function of property as a social institution», *Journal of Legal and Political Sociology,* I, 1943, p.134: «З погляду нашого переконання, що права власності певного роду насправді є не лише універсальними, а й становлять головний чинник у структуризації ролі окремих людей стосовно головних економічних процесів, знаменно, що мислителіXVIII ст. відчули засадничу важливість прав власності навіть попри відмінність їхніх методів аргументації від наших». Див. також H.I.Hogbin, *Law and Order in Polynesia* (London, 1934), p.77 et seq. та вступ до його праці B.Malinowski, p.xli, а також працю останнього *Freedom and Civilization* (London, 1944), pp.132-133.

жуть визначати, яким буде наслідок для різних людей, а відтак це не може їх і цікавити.

Лише через таке встановлення захищеної сфери кожної людини право визначає, що таке ті «дії по відношенню до інших», які воно регулює, та надає визначного сенсу своїй загальній забороні дій, які «шкодять іншим». Максимально можливий захист сподівань у суспільстві, де людям дозволяється використовувати свої знання про постійно мінливі обставини для так само мінливих власних цілей, забезпечується правилами, що повідомляють кожній людині, які з цих обставин не можна змінювати іншим, а які — їй самій.

Де саме найефективніше провести ці межі — дуже складне питання, на яке, безперечно, ще й досі не знайдено задовільної відповіді. Ідея власності, звісно, не впала в готовому вигляді з неба. Ми також досі не спромоглися визначити індивідуальну територію таким чином, аби примусити власника зважати в своїх рішеннях на всі ті наслідки (й лише на них), що їх ми могли б бажати. У своїх зусиллях удосконалити принципи розмежування ми можемо спиратися лише на загальновизнану систему норм, що слугує основою для існуючого порядку, підтримуваного інститутом власності. Оскільки проведення меж виконує функцію, яку ми починаємо усвідомлювати, то виникають закономірні питання: чи було в конкретних випадках проведено цю межу в належному місці? Чи залишається прийнятною та чи інша визнана норма, зважаючи на обставини, що змінилися? Однак вирішувати, де саме провести цю межу, не можна довільно. Якщо через зміну обставин виникають нові проблеми і внаслідок них порушуються, наприклад, проблеми розмежування в тій сфері, де в минулому питання щодо певності чиїхось прав було недоречним і тому ці права не заявлялися й не надавалися, то треба знайти рішення, яке сприятиме тій самій загальній меті, що й інші норми, які ми вважаємо за самозрозумілі. Наприклад, логічне обґрунтування існуючої системи може недвозначно вимагати включення електроенергії до поняття власності, хоча визнані норми обмежують його матеріальними речами. Іноді, як у випадку електромагнітних хвиль, жодний вид просторових меж не забезпечує прийнятного рішення, і тоді треба шукати цілком нових концепцій розподілу контролю за такими речами. Лише там, де (як у випадку рухомих об'єктів, юридичною мовою — «рухомого майна») наслідки операцій власника зі своєю власністю, як правило, впливають лише на нього, право власності може включати й право користуватися чи зловживати даним об'єктом, як заманеться влас-

никові. Однак концепція виняткового контролю дає задовільну відповідь на цю проблему лише там, де і користь і шкода, спричинені тим чи іншим вжитком, обмежуються сферою, в якій власник є особисто зацікавленим. Ця ситуація стає зовсім іншою, коли замість рухомого майна ми звертаємося до нерухомості, де «ефект сусідства» й тому подібне роблять проблему проведення належних меж набагато складнішою.

Пізніше ми матимемо нагоду розглянути ще деякі наслідки, що випливають із цих міркувань: наприклад, те, що правила гідної поведінки по суті негативні, бо спрямовані лише на запобігання несправедливості, що вони розвиватимуться через послідовне застосування до успадкованої сукупності правових норм так само негативного критерію сумісності, а також — що завдяки безупинному застосуванню цього критерію ми можемо сподіватися на наближення до справедливості, навіть не маючи про неї остаточного уявлення. Тоді ми повернемося до цього комплексу питань і обміркуємо їх з погляду не тих властивостей, що неминуче притаманні прецедентному праву, а тих, які повинний мати закон свободи і які мають дотримуватися в процесі свідомої законотворчості.

Ми змушені також відкласти до наступного розділу доведення того, що так зване максимальне збільшення наявної сукупності товарів та послуг є випадковим, хоча й вкрай бажаним побічним продуктом того справдження сподівань, сприяння якому — єдина можлива мета права. Ми переконаємося, що лише ставлячи собі за мету становище, за якого взаємна відповідність сподівань є реальною, право може сприяти виникненню того порядку, що спирається на широкий і спонтанний поділ праці, якому ми завдячуємо своїм матеріальним добробутом.

ЗАГАЛЬНА ПРОБЛЕМА ВПЛИВУ ЦІННОСТЕЙ НА ФАКТИ

Ми неодноразово підкреслювали, що важливість правил гідної поведінки пояснюється тим фактом, що дотримання цих цінностей призводить до формування певних складних фактичних структур і що в цьому сенсі важливі факти залежать від існування цінностей, недотримання яких пояснюється усвідомленням цих фактичних наслідків. Оскільки значення цієї залежності рідко належно оцінюється, то ще кілька зауважень щодо нього не будуть тут зайвими.

Часто випускається з уваги, що факти, які є наслідком певних дотримуваних цінностей, — це не ті факти, до яких при-

в'язані цінності, що керують діями кількох людей, а певна схема, яка складається з дій багатьох людей, причому вони можуть навіть не мати уявлення про цю схему й, безперечно, не вважати її за мету своїх вчинків. Однак збереження цього виникаючого порядку чи схеми, яких ніхто не мав за мету, але існування яких починає визнаватися за умову успішного досягнення багатьох інших цілей, може, в свою чергу, також розглядатися як певна цінність. Цей порядок визначається не правилами, які керують індивідуальною поведінкою, а справдженням сподівань, породжених дотриманням цих правил. Проте якщо таке фактичне становище починає розглядатися як цінність, то це означає, що досягти цієї цінності можна лише за умови, що люди керуються в своїх діях іншими цінностями (правилами поведінки), які мають здаватися їм — оскільки вони не усвідомлюють їх функцій — абсолютними цінностями. Тож остаточний порядок — це цінність, яка є непередбаченим і невідомим результатом дотримання інших цінностей.

Одним із наслідків цього є те, що різні цінності можуть іноді суперечити одна одній або якась визнана цінність може потребувати визнання іншої цінності — не через якийсь логічний зв'язок між ними, а внаслідок фактів, що не є об'єктом цих цінностей, а являють собою непередбачені наслідки реально виявленої до них поваги. Отже, ми часто виявлятимемо кілька різних цінностей, що стають взаємозалежними завдяки спричиненим ними фактичним умовам, хоча люди в своїх діях можуть не усвідомлювати цієї взаємозалежності в тому сенсі, що одну цінність можна отримати лише за умови дотримання іншої. Відтак те, що ми вважаємо цивілізацією, може залежати від фактичної умови такого узгодженння між собою кількох планів дій різних людей, аби в більшості випадків вони стали здійсненними; а цю умову, в свою чергу, можна виконати лише за визнання людьми приватної власності як однієї з цінностей. Такі зв'язки навряд чи можна зрозуміти, доки ми не навчимося чітко відрізняти закономірності індивідуальної поведінки, зумовлені правилами, від загального порядку, що є наслідком дотримання певних видів правил.

Розумінню ролі, яку відіграють тут цінності, нерідко заважає заміна «цінностей» такими фактуальними термінами, як «звички» чи «усталені звичаї». Однак у поясненні формування загального порядку неможливо адекватно замінити концепцію цінностей, на які зорієнтована індивідуальна поведінка, констатацією існуючих закономірностей у поведінці людей, оскільки насправді ми не здатні вичерпно звести цінності, що керу-

ють діяльністю, до переліку існуючих дій. Поведінку, зорієнтовану якоюсь цінністю, ми здатні розпізнати лише тому, що обізнані з цією цінністю. Наприклад, «звички поважати чужу власність» можна дотримуватися лише за умови, що нам відомі правила власності, і хоча ми можемо відтворити їх на підставі спостеріганої поведінки, в цьому відтворенні завжди буде щось більше, ніж певний опис конкретної поведінки.

Складний взаємозв'язок між цінностями й фактами зазвичай створює певні труднощі для соціолога — дослідника складних соціальних структур, які існують лише завдяки тому, що люди, з яких вони складаються, дотримуються певних цінностей. Оскільки він вважає за самозрозумілу річ загальну структуру, що її він вивчає, то мовчазно припускає також, що люди й надалі дотримуватимуться цінностей, на які спирається ця структура. Це може бути неважливо, коли він досліджує суспільство, відмінне від нашого; наприклад, фахівець із соціальної антропології не має ані бажання впливати на членів суспільства, яке він вивчає, ані сподівань на те, що вони зважатимуть на його думку. Однак для соціолога, до якого звертаються за порадою щодо способу досягнення конкретних цілей у конкретному суспільстві, справа стоїть інакше. Пропонуючи будь-яку модифікацію чи вдосконалення такого порядку, він має визнавати цінності, необхідні для його існування, бо було б, звісно, нелогічно намагатися вдосконалити якийсь конкретний аспект цього порядку й водночас пропонувати заходи, що можуть зруйнувати цінності, на яких ґрунтується весь цей порядок. Соціолог має виходити в своїй аргументації із засновків, які містять цінності, й у тому, що він доходить при цьому висновків, які також містять цінності, немає логічної помилки.

«ЦІЛЬ ПРАВА»

Отже, хоча уявлення про те, що право сприяє формуванню спонтанного порядку дій або є його необхідною умовою, невловимо присутнє у великій частині філософії права, воно являє собою концепцію, яку було важко чітко сформулювати без роз'яснень цього порядку, наданих соціальною теорією, зокрема економічною наукою. Висловлення ідеї, нібито право «спрямоване» на певний вид фактичних обставин або певний фактичний стан речей може виникнути лише за загального дотримання певних правил поведінки, ми виявляємо в досить ранніх джерелах, насамперед у пізньосхоластичній концепції права, зумовленого «природою речей». Цією ідеєю, як ми вже згаду-

вали, обґрунтовується наполягання на тому, що право — це «емпірична» чи «експериментальна» наука.

Однак осягнення як мети певного абстрактного порядку, конкретних виявів якого ніхто не здатний передректи, зумовленого властивостями, яких ніхто не може точно визначити, надто сильно розходилося з тим, що більшість людей вважали за належну мету раціональної діяльності. Збереження тривкої системи абстрактних стосунків або порядку певного всесвіту, зміст якого постійно змінюється, не узгоджувалося з тим, що люди звикли розуміти під ціллю, призначенням чи метою свідомої діяльності.

Ми вже бачили, що з погляду звичайного значення слова «ціль», тобто завбачення якогось конкретного, передбачуваного результату, право дійсно слугує не якійсь одній цілі, а безлічі різних цілей різних людей. Воно забезпечує лише засоби для досягнення величезної кількості різноманітних цілей, які назагал не відомі нікому. Отже, зважаючи на звичайний сенс слова «ціль», право є не засобом досягнення будь-якої цілі, а лише однією з умов успішного досягнення більшості цілей. З усіх багатоцільових інструментів воно, мабуть, єдине, окрім мови, що сприяє такому великому різноманіттю людських замірів. Безперечно, його було не створено заради якоїсь однієї відомої мети, а розвинуто як засіб, що допомагав людям в ефективнішому досягненні їхніх цілей.

Хоча люди зазвичай досить добре усвідомлюють, що в певному сенсі норми права покликані зберігати «порядок», вони схильні ототожнювати цей порядок з дотриманням норм і не здають собі справу з того, що ці норми сприяють порядкові в дещо інший спосіб — забезпечуючи певну відповідність між діями різних людей.

Ці дві відмінних концепції «цілі» права ясно виявляють себе в історії філософії права. Двозначність поняття цілі була постійним джерелом плутанини, починаючи з підкреслення Кантом «безцільного» характеру правил гідної поведінки* й закінчуючи утилітаристами від Бентама до Йєрінга, які вважали ціль головною ознакою права. Якщо під «ціллю» розуміються конкретні передбачувані результати тих чи інших дій, то специфічний утилітаризм Бентама є, безперечно, хибним. Але якщо ми включаємо в «ціль» прагнення до умов, що сприятимуть формуванню абстрактного порядку, конкретний зміст якого не-

* Див., зокрема, Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten,* in *Werke,* vol.6, pp. 382 and 396; Mary J.Gregor, *Laws of Freedom* (Oxford, 1963).

можливо передректи, то Кантове заперечення цілі виправдане лише тоді, коли йдеться про застосування якоїсь норми до конкретного випадку й аж ніяк не про всю систему норм назагал. Захистити пізніших авторів від такої плутанини мав наголос, зроблений Девідом Г'юмом на тому, що система права функціонує цілком незалежно від конкретних наслідків. Головна ідея Г'юма полягає в підкресленні того факту, що «користь... виникає з усієї схеми чи системи... лише внаслідок дотримання загального правила... без урахування ... будь-яких конкретних наслідків, що можуть випливати з визначення цих законів у будь-якому конкретному випадку»*.

Лише безперечне визнання того, що порядок дій є фактичним станом справ, відмінним від правил, які сприяють його формуванню, дозволяє зрозуміти, що такий *абстрактний порядок може бути метою правил поведінки.* Тому розуміння цього взаємозв'язку є необхідною умовою розуміння права. Однак роз'яснення цього причинового зв'язку за сучасної доби було полишено дисципліні, яка цілком відокремилася від досліджень права й була, як правило, так само мало зрозумілою для правознавців, як право — для економістів. Коли останні довели, що ринок спричиняє спонтанний порядок, більшість правознавців поставилися до цього з недовірою або навіть сприйняли як міф. Хоча існування такого порядку сьогодні визнається як соціалістичними, так і всіма іншими економістами, небажання більшості конструктивістів-раціоналістів погодитися з цим все ще заважає більшості людей, які не є професійними економістами, скласти собі уявлення про речі, що лежать в основі будь-якого розуміння взаємин між правом і порядком людських дій. Без такого уявлення про те, що насмішники все ще глузливо називають «невидимою рукою», функція правил належної поведінки стає справді незрозумілою, а правники рідко мають таке уявлення. На щастя, для виконання їхніх повсякденних завдань воно непотрібне. Відсутність розуміння функції права стає важливою лише у філософії права — остільки, оскільки остання спрямовує судочинство й законодавство. Наслідком цього стало часте тлумачення права як якогось організаційного знаряддя для конкретних цілей. Це тлумачення, звичайно, досить слушне для одного з видів права — публічного, але цілком неприйнятне щодо *номосу,* або адвокатського права. Поширення ж цього тлумачення стало однією з голов-

* David Hume, *Enquiry Concerning the Principles of Morals,* in *Essays* (London, 1875), vol.2, p.273.

них причин поступового перетворення спонтанного порядку вільного суспільства на організацію тоталітарного порядку.

Цю злополучну ситуацію аж ніяк не покращав сучасний альянс між правом і соціологією, яка, на відміну від політичної економії, набула великої популярності у деяких правників. Адже метою цього альянсу було спрямувати увагу юристів на конкретні наслідки окремих заходів, а не на зв'язок між нормами права та загальним порядком. Знайти ж якесь пояснення стосунків між правом і суспільним порядком можна не в описових галузях соціології, а лише в теорії всеохопного порядку суспільства. А через те, що для правознавців, здається, наука означала не осягнення загального порядку, а з'ясування окремих фактів, постійні заклики до співробітництва права та соціальних наук досі виявилися не дуже плідними. Досить легко отримати з описових соціологічних студій знання про деякі окремі факти, але осягнення цього загального порядку, який забезпечують правила гідної поведінки, потребує досконалого володіння певною складною теорією, що його не можна здобути за один день. Адже соціальна наука як сукупність індуктивних узагальнень, здобутих із спостереження обмеженої кількості груп, як це здебільшого робить емпірична соціологія, не дуже сприяє розумінню функції права.

Це не означає, що загальний порядок суспільства, якому сприяють правила гідної поведінки, є виключно питанням політичної економії. Однак досі лише економічна наука розвинула теоретичні методи, придатні для дослідження такого спонтанного абстрактного порядку, які тільки тепер повільно й поступово починають застосовуватися й до інших порядків окрім ринку. Ринковий порядок, можливо, є також єдиним всеоохопним порядком, який поширюється на весь терен людського суспільства. В усякому разі, він буде єдиним, який ми всебічно розглянемо в цій книжці.

ЧІТКЕ ФОРМУЛЮВАННЯ ПРАВОВИХ НОРМ І МОЖЛИВІСТЬ ЗАВБАЧЕННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Отже, порядок, підтримання якого ми очікуємо від судді, — це не конкретний стан речей, а закономірність певного процесу, що спирається на захист деяких сподівань дійових осіб від втручання інших. Від судді чекають таких рішень, які взагалі відповідають тому, що люди вважають за справедливе, але інколи йому доводиться ухвалювати рішення щодо того, що лише на перший погляд здається справедливим, бо не справджує закон-

них сподівань. У таких випадках суддя має робити висновки на підставі не лише чітко сформульованих засновків, а й певної «ситуаційної логіки», що спирається на вимоги існуючого порядку дій, який є водночас ненавмисним наслідком і логічним обґрунтуванням усіх тих норм, які суддя має вважати за самозрозумілі. Хоча відправною точкою для судці є сподівання, що ґрунтуються на вже визнаних нормах, нерідко він має вирішувати, які з однаково щирих і однаково санкціонованих правовими нормами, але суперечливих сподівань треба розглядати як законні. Досвід часто показує, що в нових ситуаціях норми, які почали здобувати визнання, спричиняють суперечливі сподівання. Однак хоча в таких ситуаціях може не існувати відомої норми, якою міг би керуватися суддя, він усе ж таки не вільний вирішувати справу так, як йому завгодно. Якщо рішення не можна логічно вивести з визнаних норм права, воно все ж таки має узгоджуватися з існуючою сукупністю таких норм, аби сприяти такому самому порядку дій, що й ці норми. Якщо суддя вважає, що правило, на яке розраховував учасник судового процесу в своїх сподіваннях, є хибним (хоча воно може бути загальновизнаним, а в разі формулювання — навіть затвердженим), то саме тому, що він виявляє його розходження за певних обставин зі сподіваннями, які спираються на інші правила. «Ми всі гадали, що це справедливе правило, але тепер виявилося, що воно несправедливе». Це важлива констатація, вона описує досвід, в якому стає очевидним, що наше уявлення про справедливість чи несправедливість конкретного правила — це не просто «думка» чи «відчуття», й що воно залежить від вимог існуючого порядку, якому ми віддані, — порядку, який у разі виникнення нових ситуацій можна зберегти лише за умови зміни старих правил чи додання нових. Необхідність зміни одного чи навіть обох правил, на які розраховують учасники судового процесу, зумовлюється не тим, що їх застосування в конкретному випадку спричинило б утруднення, або тим, що будь-які інші наслідки в цьому випадку були б небажаними, а тим, що ці правила виявилися недостатніми для запобігання конфліктам.

Якби судця тут був обмежений прийняттям рішень, які можна логічно вивести зі сукупності вже сформульованих норм, він у багатьох випадках був би не здатний вирішити справу в такий спосіб, що відповідав би функції, яку має виконувати вся система загалом. Це значною мірою проливає світло на одне багато дискутоване питання, яке вважається безперечно найзначнішим питанням права за системи, в якій усі правові норми

викладено в письмовій чи кодифікованій формі й де суддя обмежений застосуванням норм писаного права. Увесь рух за кодифікацію керувався переконанням, що вона підвищує прогнозованість судових рішень. Що стосується мене, то навіть мій більш ніж тридцятирічний досвід у сфері загального права виявився недостатнім для виправлення цього глибоко вкоріненого упередження, й лише повернення в атмосферу цивільного права змусило мене піддати його серйозному сумніву. Хоча законодавство, безперечно, може підвищити визначеність закону в окремих питаннях, тепер я переконаний, що ця перевага майже зводиться нанівець, якщо внаслідок її визнання вимагається, аби *лише* те, що в такий спосіб було сформульовано в законодавчих актах, мало силу закону. Мені здається, що рішення судді, який теж дотримується загальноприйнятих поглядів на справедливість, навіть не підтриманих буквою закону, насправді можуть бути більш прогнозованими, ніж тоді, коли він змушений виводити їх лише з тих визнаних переконань, які знайшли відбиття в писаному праві.

Те, що суддя може чи повинен виносити свої рішення виключно в процесі їх логічного виведення з чітко висловлених засновків, завжди було (й не могло не бути) вигадкою. Адже насправді суддя ніколи не діє в такий спосіб. Як справедливо було сказано, «тренована інтуїція судді завжди приводить його до правильних результатів, над бездоганним правовим обгрунтуванням яких він потім має сушити голову»*. Інший погляд є типовим продуктом конструктивістського раціоналізму, прихильники якого вважають, що всі норми свідомо створені, а отже, піддаються вичерпному викладенню. Знаменно, що цей погляд з'являється лише в XVIII ст. в зв'язку з кримінальним правом**, де переважало закономірне прагнення обмежити повноваження судді застосуванням того, що було безсумнівно сформульовано як закон. Однак навіть формула *nulla poena sine lege* (немає покарання без закону, який його встановлює), за допомогою якої К.Беккаріа висловив цю ідею, не обов'язково є скла-

---

* Roscoe Pound, «The theory of judicial decision», *Harvard Law Review*, IX, 1936, p.52.

** Мабуть, найвпливовіше викладення цього погляду міститься в книжці C.Beccaria, *On Crimes and Punishment* (1764), trans. H.Paolucci (New York, 1963). p 15: «Від судді вимагається виконання якогось бездоганногосилогізму, де головним засновком має бути загальний закон, другорядним — вчинок, який відповідає чи не відповідає цьому законові, а висновком — виправдання чи покарання».

довою принципу панування права, якщо під «правом» розуміються лише писані норми, оприлюднені законодавцем, а не будь-які правила, обов'язковий характер яких одразу здобував би загальне визнання, якби вони були сформульовані словами. Типово, що англійське загальне право ніколи не визнавало цього принципу в його першому сенсі*, хоча завжди погоджувалося з другим. Тут як складова частина права до наших днів збереглося старе переконання в можливості існування норм, яких, за загальним припущенням, можна дотримувати попри те, що вони ніколи не набували чіткої словесної форми.

Однак хоч би що ми відчували стосовно доцільності обмеження судді застосуванням писаного права в кримінальних справах, де мета по суті — захистити обвинуваченого й радше дати втекти винному, ніж покарати безневинного, небагато аргументів можна навести на його користь там, де метою судді має бути однаково справедливе ставлення до учасників судового процесу. Тут вимога, аби він виводив своє рішення виключно з писаного права, щонайбільше вдаючись до неписаних принципів для заповнення очевидних прогалин, напевно, скоріше зашкоджує, ніж сприяє впевненості закону. Мені здається, що в більшості випадків, коли судові рішення шокували громадську думку, йдучи всупереч загальним сподіванням, це пояснювалося тим, що суддя відчував необхідність твердо дотримуватися букви писаного права й не насмілювався відступити від результату того умовисновку, в якому засновками могли бути лише чіткі формулювання цього права. Логічна дедукція на підставі обмеженої кількості сформульованих засновків завжди означає дотримання не «духу», а «букви» закону. Однак думка, що кожний має бути здатним передбачати наслідки застосування в якійсь непередбаченій реальній ситуації таких формулювань чітко висловлених підставових принципів, є, безперечно, ілюзією. Сьогодні, мабуть, повсюдно визнається, що не буває кодексів законів без прогалин. Висновок, який треба з цього зробити, полягає не лише в тому, що суддя має залучати для заповнення таких прогалин досі не сформульовані принципи, а й у тому, що навіть коли сформульовані норми нібито дають недвозначну відповідь, якщо вони суперечать загальному сенсу справедливості, судді має надаватися право змінювати свої висновки, коли він може знайти неписане правило, яке виправдовує таку зміну й яке в сформульованому вигляді має шанси дістати загальне схвалення.

---

* Див. Alfred Denning, *Freedom under the Law* (London, 1949).

У зв'язку з цим навіть погляд Джона Локка, що у вільному суспільстві всі закони мають «обнародуватися» чи «проголошуватися» заздалегідь, здається плодом конструктивістської ідеї щодо свідомої створеності будь-якого закону. Це помилковий погляд, бо його прихований сенс полягає в тому, що обмеження судді застосуванням уже сформульованих норм підвищує прогнозованість його рішень. Те, що завчасно оприлюднюється чи проголошується, часто є лише недосконалим формулюванням принципів, дотримання яких на ділі може краще вдаватися людям, аніж висловлення. Лише тому, хто переконаний, що будь-який закон є висловленням волі та винайденням законодавця, а не виразом принципів, зумовлених потребами існуючого порядку, завчасне оголошення здається необхідною умовою знання законів. Насправді ж схоже, що мало які намагання суддів удосконалити закон діставали схвалення інших, якщо вони не виявляли в них висловлення того, що в певному сенсі вже було їм «відомо».

ФУНКЦІЇ СУДДІ ОБМЕЖЕНІ СПОНТАННИМ ПОРЯДКОМ

Твердження, що судді через вирішення конкретних справ поступово наближаються до системи норм поведінки, найбільш сприятливої для створення ефективного порядку дій, стає більш правдоподібним, коли ми усвідомлюємо, що це фактично такий самий процес, що й будь-яка інша інтелектуальна еволюція. Поступ тут, як і в усіх інших сферах, досягається завдяки тому, що ми обертаємося всередині існуючої системи мислення й у процесі часткового лагодження, тобто «іманентної критики», намагаємося зробити ціле послідовнішим — як внутрішньо, так і стосовно фактів, до яких застосовуються ці норми. Така «іманентна критика» — головне знаряддя еволюції думки, а усвідомлення цього процесу — типова ціль еволюційного (або критичного) раціоналізму на відміну від конструктивістського (або наївного).

Інакше кажучи, суддя служить ніким не замисленому існуючому порядку (тобто намагається підтримувати й удосконалювати його) — порядку, який сформувався без відома й нерідко всупереч бажанню влади, який виходить за межі свідомої організації з боку будь-кого й ґрунтується не на виконанні людьми чиєїсь волі, а на їхніх сподіваннях, що стають взаємно пристосованими. Необхідність втручання судді виникає тоді, коли правила, що забезпечують цю узгодженість сподівань, не дотримуються, або недостатньо зрозумілі, або не здатні запобігти

конфліктам, навіть за дотримання. Оскільки нові ситуації, в яких визнані правила виявляються неефективними, виникають постійно, запобігання конфліктам і підвищення сумісності дій шляхом належного визначення кола дозволених вчинків неминуче стає нескінченним завданням і вимагає не лише застосування вже визнаних норм, а й формулювання нових, потрібних для збереження порядку дій. Докладаючи зусиль до подолання нових проблем за допомогою застосування «принципів», які доводиться видобувати з *ratio decidendi* (мотивів) попередніх рішень, і до розвинення цих зачаткових норм таким чином, аби вони призвели до бажаних наслідків у нових ситуаціях, і судді, і зацікавлені сторони мають знати про природу кінцевого загального порядку чи про якісь «інтереси суспільства», яким вони служать, лише те, що ці норми призначені допомагати людям в успішному формуванні сподівань за найрізноманітніших обставин.

Отже, зусилбля судді є складовою процесу пристосування суспільства до обставин, у ході якого розвивається спонтанний порядок. Він бере участь у процесі відбору, підтримуючи ті норми, які (поряд із тими, що добре зарекомендували себе в минулому) можуть сприяти справдженню сподівань і уникненню конфліктів між ними. Отже, суддя стає одним із органів цього порядку. Однак навіть тоді, коли він під час виконання цієї функції створює нові норми, він є не творцем нового порядку, а службовцем, який намагається підтримувати й удосконалювати існуючий порядок. І результатом його зусиль стає певний типовий зразок тих «наслідків людської діяльності, а не людського заміру», в яких досвід, здобутий у ході експериментування поколінь, втілює більше знань, аніж хтось колись мав.

Суддя може помилятися, він може виявитися неспроможним визначити логічні вимоги існуючого порядку чи обрати неправильне рішення, віддавши перевагу якомусь конкретному результату тієї чи іншої судової справи; однак все це не змінює того факту, що він має розв'язувати проблему, яка в більшості випадків має лише одне правильне рішення, й що це — завдання, в якому немає місця для його «волі» чи емоційної реакції. Якщо до правильного рішення його часто приводить «інтуїція», а не логічні міркування, то це не означає, що вирішальні чинники, які зумовлюють результат, є емоційними, а не раціональними, — так само, як і у випадку вченого, який зазвичай інтуїтивно натрапляє на правильну гіпотезу й лише потім пробує її перевірити. Як і більшість інших інтелектуальних завдань, завдання судді пов'язане не з логічною дедукцією з обмеженої

кількості засновків, а з перевіркою гіпотез, яких він дійшов у ході процесів, що є лише частково свідомими. Однак незважаючи на те, що суддя може не усвідомлювати, що насамперед змушує його вважати те чи інше рішення правильним, він має твердо стояти на своєму рішенні лише в тому разі, якщо здатний підставно захистити його від усіх можливих заперечень.

Проте якщо суддя зобов'язаний підтримувати й удосконалювати існуючий порядок дій і має спиратися на нього в своїх критеріях, це не означає, що його метою є збереження будь-якого статус-кво в стосунках між окремими людьми. Навпаки, важливою ознакою порядку, якому служить суддя, є саме те, що його можна підтримувати лише за допомогою постійних змін у частковостях, а суддя займається лише абстрактними стосунками, які мають зберігатися попри зміну частковостей. Така система абстрактних взаємин — не стала мережа, що з'єднує окремі елементи, а мережа із завжди мінливим конкретним змістом. Хоча існуюче становище нерідко дає судці підставу для слушних припущень, його завдання полягає так само в сприянні змінам, як і в збереженні існуючих позицій. Він має справу з динамічним порядком, який підтримується лише шляхом неперервних змін у становищі окремих людей.

Хоча судця не зобов'язаний підтримувати конкретний статус-кво, однак він зобов'язаний підтримувати принципи, на яких грунтується існуючий порядок. Адже його завдання має сенс лише в межах певного спонтанного й абстрактного порядку дій — такого, як порядок, утворений ринком. Відтак суддя має бути консервативним, але лише в тому сенсі, що він не може служити жодному порядку, який зумовлюється не правилами індивідуальної поведінки, а конкретними цілями влади. Суддя не може перейматися потребами окремих осіб або груп, «державними міркуваннями», «бажанням уряду» чи будь-якими іншими конкретними цілями, сприяння яким може очікуватися від того чи іншого порядку дій. У будь-якій організації, де індивідуальні вчинки мають оцінюватися з погляду їх придатності для конкретних цілей цієї організації, судді немає місця. У такій системі, як соціалізм, де за будь-яких правил індивідуальні дії завжди залежать від конкретних результатів, такі правила не «підлягають судовій відповідальності», бо вони вимагають збалансування відповідних окремішних інтересів у світлі їх важливості. Соціалізм — це справді насамперед бунт проти безстороннього правосудця, яке розглядає лише відповідність індивідуальних дій незалежним від цілі нормам і не цікавиться наслідками їх застосування в конкретних випадках. Тож «судця-

соціаліст» — це фактично термінологічна суперечність, бо переконання такого судді не дозволять йому застосовувати лише ті загальні принципи, які лежать в основі спонтанного порядку дій, і змусять його брати до уваги міркування, що не мають нічого спільного з винесенням справедливих рішень щодо індивідуальної поведінки. Звичайно, він може бути соціалістом лише в приватному житті й не дозволяти своїм соціалістичним переконанням впливати на міркування, що визначають його рішення. Але як суддя він не зміг би діяти на підставі соціалістичних принципів. Далі ми побачимо, що це тривалий час приховувалося вірою в те, що замість орієнтування на принципи гідної індивідуальної поведінки він може керуватися так званою «соціальною справедливістю» (вислів, який характеризує саме те прагнення до конкретних наслідків для конкретних осіб чи груп, яке неможливе в якомусь спонтанному порядку).

Соціалістична критика системи приватної власності призвела до поширення ідеї, нібито порядок, що його мають підтримувати судді за цієї системи, — це порядок, який служить конкретним інтересам. Однак обґрунтуванням системи індивідуальної власності є не інтереси власників. Вона однаково служить інтересам і тих, хто в даний момент не має жодної власності, й тих, хто її має, оскільки розвиток усього порядку дій, від якого залежить сучасна цивілізація, став можливим лише завдяки інститутові власності.

Багатьом людям важко збагнути, що суддя служить реальному, але завжди недосконалому абстрактному порядку, не призначеному обслуговувати чиїсь конкретні інтереси. Зрозуміти це буде легше, якщо пригадати, що лише ці абстрактні властивості можуть правити за підставу для рішень окремих людей у непередбачуваних майбутніх обставинах і тому лише вони можуть зумовлювати сталий порядок. Отже, лише ці властивості можуть становити справжній *спільний* інтерес членів «великого суспільства», які не мають жодних конкретних спільних цілей, а просто прагнуть мати належні засоби для досягнення своїх індивідуальних цілей. Отож у створенні права суддя має турбуватися лише про вдосконалення цих абстрактних і сталих властивостей певного порядку дій, з яким він має справу і який підтримує себе через зміни у стосунках між частковостями, тимчасом як деякі стосунки між цими стосунками (тобто стосунки ще вищого порядку) зберігаються. «Абстрактний» і «сталий» означає в даному контексті більш-менш те саме, оскільки з довгочасного погляду, який має бути притаманним судді, він може зважати лише на наслідки встановле-

них ним норм у невідомій кількості випадків, що можуть трапитися колись у майбутньому.

ВИСНОВКИ

Підсумувати викладене в цьому розділі можна наступною характеристикою властивостей, доконечно притаманних праву, яке виникає внаслідок судової процедури: воно складається з норм, що регулюють поведінку людей по відношенню до інших, застосовні до невідомої кількості майбутніх випадків і містять заборони, які визначають межі захищеної сфери кожної людини (або організованої групи людей). Кожна така норма за задумом є довічною, хоча й підлягає переглядові в міру кращого осягнення її взаємодії з іншими нормами, і є чинною лише в складі певної системи норм, що взаємно модифікуються. Ці норми досягають запланованої мети — забезпечення формування абстрактного порядку дій — лише завдяки своєму універсальному застосуванню, тимчасом як їх застосування в конкретному випадку не має специфічної мети, відмінної від мети даної системи норм загалом.

Пізніше (том 2, розділ 8) ми розглянемо спосіб, в який ця система правил гідної поведінки розвивається через систематичне застосування негативного критерію справедливості та усунення чи зміну тих правил, які не відповідають цьому критерію. А нашим найближчим завданням буде виявити, чого *не можуть* досягти такі правила гідної поведінки й чим відрізняються від них правила, необхідні для цілей організації. Ми побачимо, що правила цього другого типу, які мають бути свідомо встановлені законодавчим органом для організації державного врядування й які є основним предметом занять існуючих законодавчих органів, за своєю природою не можуть підлягати обмеженням із тих міркувань, із яких керуються та обмежуються законотворчі повноваження судді.

Відмінність між правилами гідної поведінки, що виникають із судової процедури (*номос*, або закон свободи, розглянутий у цьому розділі), та правилами організації, установленими владою, що їх ми розглядатимемо в наступному розділі, полягає принаймні в тому факті, що перші виводяться з умов спонтанного порядку, не створеного людиною, тимчасом як другі призначені для свідомої побудови організації, спрямованої на досягнення специфічних цілей. Перші *виявляються,* тобто або просто формулюють уже дотримувані звичаї, або вважаються необхідним доповненням уже встановлених норм заради нор-

мального й ефективного функціонування порядку, який на них ґрунтується. Їх ніколи не було б виявлено, якби існування спонтанного порядку дій не поставило перед суддями їхнього особливого завдання, й тому ці правила вважаються річчю, яка існує незалежно від осібної людської волі. Правила ж організації, спрямовані на досягнення конкретних результатів, є вільним винаходом планувального розуму організатора.

VI

ТЕЗИС: ПРАВО ЗАКОНОДАВСТВА

Суддя звертається до критеріїв послідовності, рівнозначності, прогнозованості; законодавець — до критеріїв чесного поділу, суспільної корисності та справедливого розподілу.

Пол А. Фройнд *

ВИТОКИ ЗАКОНОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПОВ'ЯЗАНІ З НАГАЛЬНОЮ ПОТРЕБОЮ В ЗАПРОВАДЖЕННІ ПРАВИЛ ОРГАНІЗАЦІЇ

Хоча в політичній теорії законотворчість традиційно подавалася як головна функція законодавчих органів, її походження та основна турбота мало пов'язані з *законом* у вузькому значенні цього слова, розглянутому в попередньому розділі. Це особливо стосується «матері всіх парламентів»: англійський законодавчий орган виник у країні, де триваліше, аніж будь-де, вважалося, що правила гідної поведінки, тобто загальне право, існують незалежно від політичної влади. У XVII ст. ще можна було сум-

---

* Paul A.Freund, «Social justice and the law», in R.Brandt (ed), *Social Justice* (Englewood Cliffs, N.J., 1962), p.94, та в його збірнику есе *On Law and Justice* (Cambridge, Mass., 1968), p.83. Порівн. J.W.Hurst, *Law and Social Process in U.S. History* (Ann Arbor, Mich., 1960), p.5: «Незважаючи на численні протилежні заяви, нашою головною практичною філософією завжди було використання права для позитивного розподілу ресурсів заради впливу на умови життя там, де ми вбачали можливу користь від цього... Під правом розумілася організація для створення й забезпечення вибору з-поміж обмежених ресурсів задоволення людських потреб». Щодо грецького терміна *thesis,* ужитого в заголовку цього розділу (що відповідає німецькому терміну *Satzung* — статут), див. John Burnet, «Law and nature in Greek Ethics», *International Journal of Ethics,* VII, 1897, p.332, де він доводить, що на відміну від *nomos,* первісне значення якого — «звичай», *thesis* «може означати або ухвалення законів, або засвоєння ухвалених у такий спосіб законів, отже, в ньому міститься зародок не лише теорії первісного законодавця, а й того, що відомо під назвою «суспільної угоди».

ніватися, чи має парламент право видавати закони, несумісні з загальним правом*. Головною турботою того, що ми називаємо законодавчими органами, завжди були контроль і регулювання державної влади**, тобто управління організацією, лише однією з цілей якої є нагляд за дотриманням правил гідної поведінки.

Як ми побачили, у свідомому створенні правил гідної поведінки не було необхідності, хоча люди поступово навчилися свідомо вдосконалювати чи змінювати їх. Державна влада, навпаки, — свідомий винахід, однак керувати ним (окрім його найпростіших, найпримітивніших форм) також не можна виключно за допомогою принагідних наказів правителя. Оскільки організація, яку будує правитель для збереження миру й захисту від зовнішніх ворогів, а також для поступового забезпечення дедалі більшої кількості інших сфер діяльності, все більше й більше відрізняється від ширшого суспільства, яке охоплює всі приватні види діяльності громадян, то ця організація потребує інших, власних правил, що визначатимуть її структуру, цілі та функції. Однак характер цих правил, що керують механізмом державної влади, доконечно відрізнятиметься від характеру універсальних правил гідної поведінки, які становлять основу спонтанного порядку суспільства загалом. Це будуть правила орган-

---

* Див. відоме висловлювання Едварда Коука у «Dr. Bonham' case», 8 Rep. 118a (1610): «І виявляється з наших книжок, що в багатьох випадках загальне право може контролювати акти Парламенту, а іноді визнавати їх цілком нечинними, бо коли акт Парламенту суперечить справедливості й здоровому глузду або виявляється непослідовним чи неможливим для виконання, загальне право може його контролювати та позбавляти юридичної чинності». Щодо дискусії з приводу справи доктора Бонема див. C.H.McIlwain, *The High Court of Parliament* (New Haven, 1910); T.F.T.Plucknett, «Bonham's case and judicial review», *Harvard Law Review,* XL, 1926-27; S.E.Thorne, «Bonham's case», *Law Quarterly Review,* LIV, 1938. Навіть у 1766 р. Вільям Пітт ще міг запевняти в палаті общин *(Parliamentary History of England* (London, 1813), vol.6, col.195): «Є багато речей, яких парламент не може робити. Він не може зробити себе урядом або розпоряджатися установами, які належать короні. Він не може забрати власність у жодної людини, навіть у найубогішого селянина (як у випадку огородження общинних земель), не заслухавши його в суді».

** Див. J.C.Carter, *Law, Its Origin, Growth, and Function* (New York/ London, 1907), p. 115: «За першої появи законодавства його парафія й парафія публічного права були дуже близькі. Парафію приватного права майже не зачеплено».

ізації, призначеної для досягнення конкретних цілей, для доповнення категоричних наказів щось виконати чи досягти конкретних результатів, а також для створення з цією метою різноманітних органів, через які діятиме державна влада. Вони будуть допоміжним додатком до конкретних команд, що вказують цілі й завдання різних органів. Їх застосування в кожному окремому випадку залежатиме від конкретного завдання, дорученого конкретному органу, та від поточних цілей держави. Отже, ці правила мають запроваджувати ієрархію наказів, що визначають відповідальність і межі свободи дій різних органів.

Це стосувалося б навіть тієї організації, яка не має іншого завдання, окрім забезпечення дотримання правил гідної поведінки. Навіть у такій організації, де ці правила вважалися б за встановлений закон, її роботою мала б керувати якась інша сукупність правил. У цьому сенсі процесуальні закони й закони, що запроваджують організацію судів, складаються з правил організації, а не з правил гідної поведінки. Ці правила теж мають за мету забезпечення справедливості, а на ранніх етапах розвитку — справедливості, яку треба «знайти», й тому, можливо, за ще ранніших етапів розвитку вони були важливішими для досягнення справедливості, ніж правила гідної поведінки, вже чітко сформульовані. Однак з погляду логіки вони не відрізняються від цих останніх.

Однак якщо стосовно організації, створеної для застосування правосуддя, часто важко виявити відмінність між правилами, які визначають гідну поведінку, та правилами, які регулюють примусове забезпечення такої поведінки, і якщо насправді правила гідної поведінки можна визначити лише як такі, що виявляються через певну процедуру, то стосовно інших сфер діяльності, що їх поступово перебирає на себе апарат державної влади, цілком очевидно, що вони визначаються правилами іншого типу — правилами, які регулюють владу представників державної влади над довіреними їм матеріальними й людськими ресурсами, але не дають їм влади над приватними особами.

Навіть абсолютні можновладці не могли обійтися без установлення деяких загальних правил для забезпечення деталей. Однак простір повноважень можновладця, як правило, не був необмеженим, а залежав від існуючого погляду на його права. Оскільки закон, забезпечувати дотримання якого було обов'язком правителя, вважався за встановлений одного разу для всіх, то часто той визнавав за необхідне шукати схвалення та підтримки з боку представницьких органів громадян насамперед стосовно меж і здійснення інших своїх повноважень.

Отже, навіть коли *номос* розглядався як установлений і більш-менш незмінний, можновладець нерідко мав потребу в санкції на спеціальні *заходи,* для яких йому було потрібне співробітництво його підданих. Найважливішим із таких заходів було оподаткування, й саме з необхідності отримання згоди на податки виникли парламентські інституції*. Тож запрошені з цією метою представницькі органи займалися головним чином державними справами, а не законотворчістю у вузькому значенні слова, хоча до них могли також звертатися за підтвердженням визнаних правил гідної поведінки. Однак оскільки застосування законів вважалося першочерговим завданням держави, то природно, що й усі норми, які регулювали її діяльність, почали називати так само, тобто законами. Цій тенденції, можливо, сприяло прагнення держав надати своїм організаційним нормам такого самого достоїнства й забезпечити їх такою самою повагою, якою користувався *закон.*

ЗАКОН І СТАТУТ: ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВА Й ВИКОНАННЯ НАКАЗІВ

В англійській мові немає якогось єдиного терміна для чіткого й недвозначного виокремлення будь-якої настанови, зробленої, «встановленої» чи «наказаної» владою, яка повсюдно визнається без усвідомлення її джерела. Іноді можна говорити про «законодавчий акт», тимчасом як більш знайомий термін «статут» зазвичай вживається лише для позначення законодавчих актів, які містять більш-менш загальні норми**. Якщо нам потрібен якийсь точний, окремий термін, то принагідно ми можемо вживати грецьке слово *thesis* для характеристики такого «встановленого» права.

Оскільки провідною діяльністю будь-яких законодавчих органів завжди було керування урядом, то, як правило, «для адвокатського права парламент не має ані часу, ані схильності»***. Це

---

* Див. Courtenay Ilbert, *Legislative Methods and Forms* (Oxford, 1901), p.208: «Англійську легіслатуру було спочатку запроваджено не для законодавчих, а для фінансових цілей. її першою функцією була не ухвалювати закони, а призначати грошове утримання».

** Див. J.C.Gray, *Nature and Sources of Law,* second edition (New York, 1921), p.161: «Статут — це загальна норма. Рішення законодавчого органу про виплату муніципалітетом 100 доларів Тімоті Коргану — це не статут».

*** Courtenay Ilbert, op. cit., p.213.

не мало б великого значення, якби єдиним наслідком цього було нехтування адвокатським правом з боку легіслатури й полишення його розвитку судам. Однак це часто призводило до випадкових і навіть ненавмисних змін в адвокатському праві в ході ухвалення рішень щодо урядових заходів, а отже — заради досягнення конкретних цілей. Будь-яке рішення законодавчого органу, що торкається питань, регульованих *номосом,* може, принаймні для даного випадку, змінювати та скасовувати цей закон. Як керівний орган легіслатура не зв'язана жодним законом, а те, що вона каже стосовно конкретних питань, має таку саму силу, що й загальна правова норма, й може заміняти собою кожну таку існуючу норму.

Переважна більшість резолюцій, ухвалюваних представницькими зборами, звичайно, не встановлює правил гідної поведінки, а керує заходами уряду. Так було, мабуть, за всіх часів*. У 1901 р. про британське законодавство можна було сказати: «Дев'ять десятих кожного тому щорічника законодавчих актів стосуються того, що можна назвати адміністративним правом;

---

* Див. J.C.Carter, op. cit., p. 116: «Ми знаходимо в численних томах зводу законів величезну кількість речей, які мають вигляд законів, але не є законами у власному значенні слова. Вони складаються з постанов про збереження громадських робіт у державі, про будівництво притулків, шпиталів, шкіл і про безліч інших подібних питань. Це лише реєстрація дій держави, пов'язаних зі *справами,* якими вона займається. Держава — це величезна публічно-правова корпорація, яка веде безмежну кількість справ, і письмові постанови щодо цього, хоча й у формі законів, по суті не відрізняються від детальної, повсякденної реєстрації юридичними особами своєї діяльності... Істотне значення має те, що вся величезна сукупність законодавства обмежується публічним правом, а її вплив на приватне право віддалений та опосередкований і має за мету лише більш зручне й надійне застосування неписаного звичаєвого права». Див. також Walter Bagehot, *The English Constitution* (1967), World's Classics edition (Oxford, 1928), p. 10: «Законодавчий орган, обраний, як свідчить сама назва, для створення законів, на ділі вважає своєю основною роботою створення та підтримання виконавчої влади»; також ibid., p. 119: «Насправдіпереважна більшість законодавства взагалі не є законодавством у строгому юридичному значенні. Закон — це загальний наказ, застосовний до багатьох випадків. «Спеціальні акти», що переповнюють звід законів і втомлюють парламентські комітети, застосовні лише до одного-єдиного випадку. Вони не формулюють норм, за якими треба будувати залізниці, а ухвалюють закон про те, що ось таку-то залізницю треба побудувати від цього місця до цього, й не мають відношення до жодної іншої справи».

аналіз змісту «Загальних законів» за останні чотири сторіччя, виявив би, мабуть, таку саму пропорцію»*.

Різниця в значенні між «законом» у застосуваннні до *номосу* й «законом» у застосуванні до всіх інших *тезисів,* яка виникає із законодавства, виявляється чіткіше, якщо поміркувати над відмінністю застосування «закону» в цих двох випадках. Норму поведінки не можна «виконати», як виконують розпорядження. їй можна підкорятися або примушувати підкорятися. Однак норма поведінки лише встановлює межі дозволених вчинків і, як правило, не визначає конкретних дій, а те, що вона диктує, ніколи не «виконується», а залишається постійним обов'язком для всіх. Коли ми говоримо про «виконання закону», під словом «закон» ми завжди маємо на увазі не *номос,* а *тезис,* який наказує комусь робити те чи інше. Отже, стосунок «законодавця», чиї закони мають «виконуватися», до тих, хто має їх виконувати, зовсім інший, ніж стосунок «законодавця», який диктує правила поведінки, до тих, хто має їх додержувати. Перший тип норм буде обов'язковим лише для членів тієї організації, яку ми називаємо урядом, тимчасом як другий визначатиме межі дозволених дій для кожного члена суспільства. Суддя, який застосовує закон і керує примусовим забезпеченням його додержання, не «виконує» його в тому сенсі, в якому адміністратор вживає якогось заходу або в якому «виконавчий орган» має виконувати рішення судді.

Статут *(тезис),* ухвалений законодавчим органом, *може* мати всі ознаки *номосу* й скоріш за все матиме їх, якщо його свідомо змодельовано за зразком *номосу.* Однак ці властивості для нього *необов'язкові,* а в більшості випадків потреби в законодавстві він і не може їх мати. Далі в цьому розділі ми розглядатимемо лише той зміст законодавчих актів, або *тезисів,* який не пов'язаний із правилами гідної поведінки. Як завжди підкреслювали

---

* Courtenay Ilbert, op. cit., p.6. Див. також ibid., p.209 et seq.: «Коли автори книжок із юриспруденції пишуть про закон, коли професійні адвокати говорять про закон, вони насамперед мають на увазі той тип законів, який ми знаходимо в Юстиніанових «Інститутах», наполеонівських «Кодексах» або «Новому цивільному кодексі» Германської імперії, — тобто правові норми, що стосуються договорів і цивільних правопорушень, власності, родинних стосунків і успадкування, або ж норми кримінального права, що містяться в карних кодексах. Сюди можна включити також процесуальне, або «допоміжне» (за висловом Бентама), право, яке регулює застосування судами основних правових норм. Ці галузі права створюють те, що можна, мабуть, назвати «адвокатським» правом».

правові позитивісти, фактично зміст законодавчих актів може становити будь-що. Однак хоча такі «закони» мають виконуватися тими, кому вони адресовані, через це вони не стають законами в значенні правил гідної поведінки.

ЗАКОНОДАВСТВО ТА ТЕОРІЯ ПОДІЛУ ВЛАД

Плутанина, яка є наслідком цієї двозначності слова «закон», виявляється вже в найперших дискусіях довкола принципу поділу владних функцій. Коли в цих дискусіях згадується «законодавство», то спочатку здається, нібито воно означає виключно встановлення універсальних норм належної поведінки. Однак такі норми, звичайно, не «виконуються» виконавчим органом, а застосовуються судами при розгляді конкретних судових справ; виконавчий орган має виконувати лише рішення суду. Лише коли йдеться про закон у другому значенні, тобто про законодавчі акти, які не встановлюють універсальних норм поведінки, а дають настанови уряду, «виконавчий орган» може виконувати рішення, ухвалені легіслатурою. У цьому випадку «виконання» є не виконанням норми (що безглуздо), а виконанням розпорядження, яке походить від «легіслатури».

В історичному плані термін «легіслатура» тісно пов'язаний із теорією поділу влад і набув поширення приблизно в той період, коли цю теорію вперше було сформульовано. Все ще досить розповсюджений погляд, згідно з яким ця теорія виникла внаслідок хибного тлумачення Монтеск'є тогочасної британської конституції, є, звичайно, неправильним. Хоча діюча конституція Британії тоді справді не відповідала цьому принципові, однак не можна сумніватися, що на той час вона визначала політичну думку в Англії* і поступово здобувала визнання у

---

* Див. M.J.C.Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford, 1967); W.B.Gwyn, *The Meaning of the Separation of Powers, Tulane Studies in Political Science,* IX (New Orleans, 1965). Гвін доводить, що ідея поділу влад виникла внаслідок трьох цілком різних міркувань, які він позначає як аргументи на користь принципу панування права, підзвітності та ефективності. Аргумент принципу панування права вимагає, аби законодавчий орган міг ухвалювати лише норми гідної поведінки, однаково обов'язкові для всіх приватних осіб і для державної влади. Аргумент підзвітності має на увазі відповідальність невеликої кількості людей, які за необхідністюфактично провадять державне врядування, перед представницькими зборами, тимчасом як аргумент ефективності вимагає делегування права діяти урядові, оскільки збори не здатні на ефективну діяльність. Цілком

великих дебатах попереднього сторіччя. Для нас важливо те, що навіть у цих дискусіях XVII ст. чітко усвідомлювалося, що для розуміння законотворчості як окремого виду діяльності необхідне незалежне визначення того, що розуміється під законом, і що термін «законодавство» став би беззмістовним, якби все, що проказує легіслатура, доводилося називати законом. Ідея, яку почали дедалі ясніше висловлювати, полягала в тому, що «треба було не лише сформулювати загальноприйнятою мовою право, а й обмежити сферу дії легіслатури прийняттям законів, а не втручанням у будь-які окремішні справи»*. У «Першій народній угоді» 1647 р. прямо зазначалося, що «всі закони, ухвалені чи майбутні, накладають на всіх однакові зобов'язання; власність, суспільний стан, офіційний статус, титул, походження чи посада не звільняють від звичайного проходження процедури, що їй підлягають інші»**. А в «офіційному захисті» «Знаряддя державного врядування» 1653 р. поділ функцій влади подається як «головний секрет свободи й доброго врядування»***. Хоча у XVIII ст. не вдалася жодна зі спроб втілити цю концепцію в конституційній формі правління, вона здобувала дедалі більше визнання; так, Джон Локк був переконаний, що «законодавча влада має діяти *в особливий спосіб*... [і] ті, хто тримає цю владу в руках, повинні ухвалювати лише загальні норми. Вони мають керувати за допомогою оприлюднених установлених законів, які не підлягають змінам у конкретних випадках»****. Це стало загальновизнаною думкою британців у XVIII ст., і від неї походить оцінка Монтеск'є британської конституції. Це переконання

очевидно, що на другій і третій підставах збори займалися б також і державним врядуванням, але їх функцією був би лише нагляд або контроль.

* Див. M.J.C.Vile, op. cit., p.44.

** *The First Agreement of the People of 28 October 1647*, in S.R.Gardiner, *History of the Great Civil War* (London, 1898), vol.3, p.392.

*** [Marchamont Needham?], *A True Case of the Common Wealth* (London, 1654), цитована в M.J.C.Vile, op. cit., p.10, де ця книжка характеризується як «офіційний захист» «Знаряддя державного врядування 1653 р.» *(Instrument of Government of 1653)*.

**** M.J.C.Vile, op. cit., p.63: «Влада законодавства сама обмежує себе здійсненням власних функцій. Джон Локк вважав, що законодавча влада має *діяти в особливий спосіб*... Ті, хто тримає цю владу в руках, мають ухвалювати *лише* загальні норми. Вони мають керувати за допомогою оприлюднених установленихЗаконів, які не підлягають змінам у конкретних випадках». Див. також ibid., pp.214, 217.

похитнулося лише в XIX ст., коли концепції філософів-радикалів і, зокрема, висунута Бентамом вимога щодо законодавчого органу з усіма повноваженнями*, змусили Джеймса Мілля замінити ідеал державного врядування за законом на ідеал уряду, контрольованого народними зборами й вільного вживати будь-які конкретні заходи, схвалені цими зборами**.

УРЯДОВІ ФУНКЦІЇ ПРЕДСТАВНИЦЬКИХ ЗБОРІВ

Отже, для того щоб нас не вводило в оману слово «легіслатура», ми маємо пам'ятати, що це лише щось на зразок «титулу чемності», дарованого зборам, які виникали спочатку як знаряддя представницького *врядування.* Цілком очевидно, що сучасні легіслатури походять від органів, які існували ще до того, як свідоме встановлення правил гідної поведінки стало вважатися за можливе, й це друге завдання лише пізніше було доручено інституціям, зазвичай зайнятим зовсім іншими справами. Іменник «легіслатура» фактично з'являється лише в середині XVII ст., і здається сумнівним, щоб воно могло тоді застосовуватися до існуючих «законно заснованих органів» (якщо скористатися доречним терміном Р.А.Палмера***) внаслідок невиразного уявлення про поділ влад або радше марної спроби обмежити органи, що претендували на контроль за державним урядуванням, ухваленням загальних законів. Так чи інакше, але такого обмеження вони не зазнали, і слово «легіслатура» стало просто назвою представницьких зборів, зайнятих насамперед спрямуванням і контролюванням уряду.

Декілька спроб обмежити ці «легіслатури» законотворчістю у вузькому значенні слова були приречені на невдачу, оскільки являли собою спробу обмежити єдині існуючі представницькі органи встановленням загальних норм права й позбавити їх контролю за більшою частиною діяльності уряду. Доречний при-

---

* J.Bentham, *Constitutional Code,* in *Works,* IX, p. 119: «Навіщо наділяти законодавство всіма повноваженнями?... Тому що це дозволить йому краще здійснювати волю вищого установчого органу й сприятиме інтересам і безпеці всіх громадян держави... Тому що практика, на якій воно грунтує той чи інший виняток, таїть у собі всілякі лиха. Будь-яке обмеження суперечить принципові загального щастя».

** Щодо ролі Джеймса Мілля в зв'язкуз цим див. M.J.C.Vile, op. cit., p.217.

*** Robert A.Palmer, *The Age of Democratic Revolution,* vol.1 (Princeton, 1959).

клад такої спроби дає висловлювання, що його приписують Наполеону I*: «Ніхто не відчуває більшої поваги до незалежності законодавчої влади, ніж я; однак законодавство — це не фінанси, критика адміністрації чи дев'яносто дев'ять зі ста речей, якими в Англії займається парламент. Законодавчий орган має *законодавствувати,* тобто складати добрі закони на підставі наукових принципів юриспруденції, але він має поважати незалежність виконавчої влади, якщо хоче, аби поважали його власну незалежність».

Безперечно, цей погляд на функції законодавчих органів узгоджується з концепцією поділу владних функцій Монтеск'є; і він справді міг би належати Наполеону, бо така позиція обмежує повноваження єдиних існуючих представників народу встановленням загальних норм гідної поведінки й позбавляє їх усякої влади над урядом. На тій самій підставі посилалися на інших, наприклад на Г.Гегеля**, а за більш новітніх часів — на В.Гасбаха***. Однак та ж сама підстава зробила цей погляд неприйнятним для всіх прихильників народної, або демократичної, державної влади. Проте схоже, що застосування назви «легіслатура» здавалося їм привабливим з іншої причини: воно дозволяло їм вимагати для переважно урядового органу тієї необмеженої, або «суверенної», влади, яка, згідно з традиційною думкою, належала лише законодавцю у вузькому значенні слова. Так трапилося, що урядові асамблеї, основна діяльність яких підлягала обмеженню законом, отримали змогу наказувати все що завгодно, просто назвавши свої накази «законами».

---

* Це висловлювання наводиться в книжці J.Seeley, *Introduction to Political Science* (London, 1896), p.216, проте мені не вдалося знайти його в опублікованій кореспонденції Наполеона.

** G.W.F.Hegel, *Philosophie der Weltgeschichte* (цитується за книжкою *Gesellschaft, Staat, Geschichte,* ed. by F.Bülow (Leipzig, 1932), p.321): «Перша французька конституція містила в собі абсолютні правові принципи. Вона конституювала королівську владу; на чолі держави мав стояти монарх, який разом із своїми міністрами здійснював цю владу, тимчасом як законодавчий орган мав ухвалювати закони. Однак у цій конституції одразу виявилася внутрішня суперечність, бо всі адміністративні повноваження опинилися в руках законодавчої влади: законодавчийорган вирішував питання щодо бюджету, війни й миру, мобілізації збройних сил. Однак бюджет за своєю ідеєю — не закон, бо повторюється кожного року, і влада, яка має його складати, — це влада уряду... Тож уряд було перенесено до палат, як у парламенті Англії».

*** W.Hasbach, *Die moderne Demokratie* (Jena, 1912), pp.17, 167.

Однак треба визнати: якби був потрібний народний чи представницький уряд, то єдині існуючі представницькі органи не могли б підлягати обмеженню, що його накладав на легіслатури у власному значенні слова ідеал поділу влад. Таке обмеження не обов'язково означало, що представницький орган, який виконує урядові повноваження, має звільнятися від будь-якого закону, окрім закону, створеного ним самим. Воно могло означати, що у виконанні своїх суто урядових функцій він був обмежений загальними законами, встановленими іншим органом — так само представницьким або демократичним, — який завдячував своєю верховною владою власній відданості універсальним нормам поведінки. У нижчих ешелонах державної влади ми фактично маємо численні види регіональних чи місцевих представницьких органів, що в своїй діяльності підлягають загальним нормам, яких не можуть змінити; і є всі підстави для того, аби застосувати це й до найвищого з усіх представницьких органів, керуючих державою. Лише в такий спосіб міг би здійснитися ідеал урядування за законом.

Тут буде доцільно трохи відійти від нашої основної аргументації, аби проаналізувати певну двозначність поняття «уряд» чи «врядування» (government). Хоча цей термін охоплює широке коло видів діяльності, необхідних чи доцільних у будь-якому організованому суспільстві, він містить також певні приховані натяки, які суперечать ідеалові свободи за законом. Як ми бачили, цим терміном позначаються два різних завдання, які необхідно відокремлювати одне від одного: застосування універсальних норм гідної поведінки, з одного боку, та керівництво організацією, створеною для забезпечення різних послуг усім громадянам, — з іншого.

Саме в зв'язку з цим другим типом діяльності термін «уряд» (і ще більшою мірою — «врядування») містить оманливі співзначення. Незаперечна потреба в уряді, що застосовує закони й керує організацією, яка забезпечує багато інших послуг, не означає (за звичайних часів), що приватними особами треба керувати в тому сенсі, в якому уряд керує кадрами й матеріальними ресурсами, дорученими йому для надання послуг. Сьогодні звично говорять, що уряд «управляє країною», — так, немовби все суспільство було керованою ним організацією. Однак реально від уряду залежить насамперед забезпечення певних умов для безупинного процесу взаємних послуг між незліченними людьми та організаціями. Ця спонтанно впорядкована діяльність членів суспільства, безперечно, може й буде продовжуватися, навіть якщо тимчасово припиниться здійснення

типових функцій уряду. Звичайно, за новітніх часів у багатьох країнах уряд перебрав на себе керівництво такою кількістю життєво важливих сфер, особливо в галузі транспорту і зв'язку, що припинення надання всіх контрольованих державою послуг паралізувало б економічне життя. Але це не тому, що ці послуги *можуть* забезпечуватися лише урядом, а тому, що уряд узурпував виняткове право забезпечувати їх.

ПРИВАТНЕ ТА ПУБЛІЧНЕ ПРАВО

Відмінність між універсальними правилами гідної поведінки та правилами організації державного врядування тісно пов'язана з відмінністю між приватним і публічним правом, а іноді дорівнює їй*. Отже, сказане нами досі можна підсумува-

---

* Див. J.C.Carter, op. cit., p.234: «Віддані таким чином законодавчі накази з вимогою зробити певні речі е складовою державного механізму, але складовою, що дуже відрізняється від того, що стосується правил, які керують повсякденним поводженням людей між собою. її правильно характеризують як *публічне право*, на відміну від приватного права».

Див. також J. Walter Jones, *Historical Introduction to the Theory of Law* (Oxford, 1956), p. 146: «Існує, наприклад, погляд, що суттю Держави є посідання вищої сили. Публічне право, пов'язане з Державою, несе на собі таку помітну ознаку сили, що вона майже зовсім затьмарює ознаку порядку чи правильності, таку виразну в нормах, якими здебільшого займається правник. Внаслідок цього відмінність між публічним і приватним правом стає відмінністю радше за типом, аніж за ступенем: це відмінність між силою та правилом. Публічне право взагалі припиняє бути правом, принаймні правом у тому самому сенсі, що й приватне право. На протилежному полюсі знаходяться ті правники, що насамперед займаються незалежним дослідженням публічного права. Вони мають визнати, що одного дня буде надто пізно заперечувати, що норми, об'єднані разом як приватне право, мають підставу називатися правом; однак вони аж ніяк не вважають ототожнення норм публічного права з силою за доказ їх нижчості в порівнянні з приватним правом — скоріше вони бачать в ньому ознаку природженої вищості... Тому розрізнення стає питанням відмінності між стосунками субординації та координації».

Найчіткішу межу між конституційним правом, яке складається з організаційних норм, та приватним правом — нормами поведінки — провів W.Burkhardt, *Einführung in die Rechtswissenschaft,* 2d ed. (Zürich, 1948), зокрема p. 137: «*Перша* [з двох протилежностей, на які натякає протиставлення публічного й приватного права] грунтується на підставовій відмінності правових норм: *матеріальні норми, тобто норми по-*

ти твердженням, що право законотворчої діяльності складається переважно з публічного права. Однак щодо проведення належної межі між приватним і публічним правом немає загальної згоди. За сучасного розвитку подій простежується дедалі більша тенденція до стирання цієї межі — з одного боку, через звільнення органів державного врядування від дотримання загальних правил гідної поведінки, а з іншого боку, через підкорення поведінки приватних осіб та організацій спеціальним цілеспрямованим правилам або навіть наказам чи дозволам адміністративних органів. Поступове знищення відмінності між правилами гідної поведінки та правилами організації урядових відомств протягом останніх ста років відбувалося з так званих «соціальних» міркувань.

Надалі ми вважатимемо для себе, що відмінність між приватним і публічним правом рівнозначна відмінності між правилами гідної поведінки та правилами організації (і при цьому, згідно з існуючою англосаксонською практикою, але всупереч

ведінки, проказують об'єктам права, як їм слід поводитися; *формальні, тобто організаційні, норми* зазначають, як, себто через кого і в який спосіб, ці правила поведінки встановлюються, застосовуються й (примусово) запроваджуються. Перші можна назвати нормами поведінки, другі — процедурними або (в широкому сенсі) конституційними нормами. Перші називають також матеріальними, а другі — формальними нормами... Перші становлять зміст права — обов'язкову з погляду права поведінку, другі вирішують питання його чинності».

Зроблене Буркхардтом розрізнення, здається, визнавалося насамперед іншими швейцарськими правознавцями; див., зокрема, Hans Nawiaski, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe* (Zürich, 1948), p.265, та C. Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et la philosophic du droit* (Neuchatel, 1948), p.49. Водночас див. H.LA.Hart, *The Concept of Law* (Oxford, 1961), p.78: «За правилами одного типу, який цілком можна вважати за основний, або первинний, від людей вимагається виконання або утримування від виконання певних дій незалежно від їхнього бажання. Правила іншого типу є в якомусь сенсі паразитними, або вторинними стосовно першого типу, бо вони передбачають, що люди, роблячи або говорячи певні речі, можуть вводити нові правила первинного типу, анулювати або змінювати старі, різними способами визначати сферу їх дії або контролювати їх юридичні наслідки». Див. також Lon L.Fuller, *The Morality of Law* (New Haven, 1964), p.63: «Сьогодні існує сильна тенденція до ототожнення права не з правилами поведінки, а з ієрархією влади чи наказів»; та ibid., p. 169, де він говорить про «плутанину між правом у звичайному сенсі правил поведінки, адресованих громадянам, і діяльністю державної влади взагалі».

континентально-європейській, зараховуватимемо кримінальне право до приватного, а не публічного права). Однак треба зазначити, що добре відомі терміни «приватне» та «публічне» право можуть вводити в оману. Їх схожість із «приватним» і «публічним» добробутом здатна навіяти хибну думку, нібито приватне право забезпечує лише добробут окремих людей, а публічне право — лише загальний добробут. Навіть класична римська дефініція, згідно з якою приватне право спрямоване на користь окремих людей, а публічне право — на стан римської держави*, уможливлює таке тлумачення. Однак думка, що лише публічне право спрямоване на загальний добробут, є правомірною лише тоді, коли слово «публічний» тлумачиться в особливому, вузькому сенсі, а саме як те, що стосується організації державного врядування, а отже — коли термін «публічний добробут» не вважається синонімом загального добробуту, а застосовується лише до тих конкретних цілей, з якими прямим чином пов'язана організація державного врядування.

Вважати, нібито лише публічне право служить загальному благу, а приватне право захищає лише егоїстичні інтереси окремих людей, означало б цілковито викривити істину: є помилкою гадати, нібито загальним потребам служать лише дії, свідомо спрямовані на досягнення загальних цілей. Істина полягає радше в тому, що те, що нам дає спонтанний порядок, важливіше для кожного (а отже, й для загального добробуту), ніж більшість окремих послуг, що їх може надати організація державного врядування, за винятком лише безпеки, яка забезпечується через примусове застосування правил гідної поведінки. Можна уявити собі цілком процвітаюче й мирне суспільство, в якому державна влада обмежується лише другим завданням; і впродовж тривалого часу, особливо в середні віки, вислів *utilitas publica* (загальна користь) дійсно означав лише забезпечення спокою та справедливості за допомогою застосування правил гідної поведінки. Просто публічне право як право організації державного врядування вимагає від тих, до кого воно застосовується, свідомо сприяти загальним інтересам, тимчасом як приватне право дозволяє окремим людям прагнути своїх індивідуальних цілей і спрямоване лише на встановлення таких обмежень індивідуальних дій, внаслідок яких ці дії сприяли б загальним інтересам.

---

* Ulpian, *Digests* I, 1, 1, 2, визначає приватне право як *jus quod ad singulorum utilitatem spectat,* а публічне право — як *jus quod ad statum rei Romanum spectat.*

Право організації державного врядування не є правом у значенні правил, що в загальних рисах визначають правильний тип поведінки; воно складається з директив щодо дій, які вимагаються від окремих посадових осіб або органів державного врядування. Доречніше було б схарактеризувати їх як регламент або статут уряду. Їх мета — уповноважувати конкретні органи на вживання конкретних заходів для визначених цілей, для чого їм призначаються конкретні засоби. Однак у вільному суспільстві до числа цих засобів не входять приватні особи. Якщо цей регламент організації державного врядування повсюдно розглядається як правила того самого типу, що й правила гідної поведінки, то це є наслідком тієї обставини, що він походить від того самого джерела влади, яке має також право встановлювати правила гідної поведінки. Цей регламент називають «законами», що пояснюється намаганням забезпечити його такою самою повагою, яка притаманна ставленню до універсальних правил гідної поведінки. У такий спосіб державні органи могли вимагати підкорення приватних осіб конкретним наказам, спрямованим на досягнення чітко визначених цілей.

Необхідність організації окремих послуг неминуче призводить до зовсім іншої концепції характеру правил, що мають установлюватися, ніж та, що виникає внаслідок необхідності забезпечення правил як підложжя спонтанного порядку. Однак саме настанова, що є наслідком першого завдання, почала брати гору в концепції цілей законодавства. Оскільки свідоме створення правил стосується передусім правил організації, то й роздумами щодо загальних принципів законотворчості стали займатися майже виключно спеціалісти з публічного права, тобто ті фахівці в галузі організації, які часто так мало симпатизують адвокатському праву, що їх важко назвати адвокатами. Саме вони за новітніх часів майже цілковито очолили філософію права й глибоко вплинули також на приватне право, забезпечивши концептуальні засади всього правового мислення й скориставшися своїм впливом на ухвалення судових рішень. Тим фактом, що юриспруденція (особливо в континентальній частині Європи) опинилася майже цілком в руках фахівців із публічного права, для яких право — це перш за все публічне право, а порядок — це виключно організація, насамперед і пояснюється панування не лише правового позитивізму (який у галузі приватного права як раз не має сенсу), а й прихованих у ньому соціалістичних і тоталітарних ідеологій.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

До правил, які ми звично називаємо «правом», але які є правилами організації, а не правилами гідної поведінки, належать у першу чергу всі ті правила розподілу й обмеження повноважень державної влади, з яких складається конституційне право. Їх зазвичай вважають за «найвищий» тип права, якому нібито притаманна особлива велич або віддається більша шана, ніж іншим видам права. Однак незважаючи на те, що таке ставлення пояснюється певними історичними причинами, було б доречніше розглядати ці правила як певну надструктуру, зведену для підтримання *закону,* а не як джерело будь-якого іншого права (що зазвичай робиться).

Особлива велич і фундаментальний характер приписуються конституційним законам тому, що саме завдяки необхідності їх формального узгодження було потрібне особливе зусилля для надання їм авторитетності та поваги, якими тривалий час користувався *закон.* Було відомо, що в порівняно недавньому минулому ухвалення цих законів ставало наслідком нелегкої і тривалої боротьби. Вони вважалися за результат свідомої згоди, якою завершувалися тривалі суперечки, яка часто ставала предметом урочистої присяги і складалася з принципів, порушення яких могло відновити місцеві конфлікти чи навіть громадянську війну. Нерідко вони також являли собою документи, що вперше надавали рівні права повноцінних громадян представникам численних і до того пригноблених класів.

Однак усе це не змінює тієї обставини, що конституція — це по суті надструктура, зведена над існуючою системою права для організації застосування цього права. Хоча після свого запровадження вона може здаватися «первинною»* — в тому логічному сенсі, що з неї виводиться юридична авторитетність усіх інших норм, вона все ж таки призначена для підтримки тих норм, що існували вже раніше. Вона створює інструмент для забезпечення правопорядку і механізму надання інших послуг, але вона не визначає, що таке закон і справедливість. Слушно й те, що, як було добре сказано, «публічне право минає, а приватне залишається»**. Навіть коли внаслідок революю-

---

* Див. Ernest Barker, *Principles of Social and Political Theory* (Oxford, 1951), p.9: «Дещо з цього є первинним,тобто конституційним правом, а дещо — вторинним, тобто звичайним».

** Див. J.E.M.Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de code civil* (1801) in *Conference du Code Civil* (Paris, 1805), vol.1, p.XIV: «Досвід

ції чи завоювання змінюється вся структура державної влади, більшість правил гідної поведінки — цивільне та кримінальне право — залишаються чинними, навіть у тих випадках, коли бажання змінити деякі з них було головною причиною революції. Причина полягає в тому, що лише задовольнивши загальні сподівання, нова влада може забезпечити відданість і лояльність своїх підданих і таким чином стати «легітимною».

Навіть коли конституція, визначаючи повноваження різних органів державної влади, обмежує повноваження законодавчих зборів у власному розумінні цього слова (як, на мою думку, має робити кожна конституція й на що справді були спрямовані перші конституції) і з цією метою визначає формальні ознаки, які повинен мати закон, аби вважатися чинним, таке визначення правил гідної поведінки само по собі не є правилом гідної поведінки. Воно забезпечує те, що Х.Харт назвав «правилом визнання»*, яке дає змогу судам виявити наявність цих ознак у тих чи інших норм, але само по собі не є правилом гідної поведінки. Таке окремо взяте визначення за допомогою правил визнання не надає також чинності праву, що існувало раніше. Воно могло б правити за орієнтир для суддів, але, як і всі спроби сформулювати концепції, що лежать в основі існуючої системи норм, може виявитися неадекватним, і судцям все одно доведеться розширювати або звужувати буквальне значення вжитих слів.

Заперечення наявності атрибутів правил гідної поведінки в жодній із галузей публічного права не викликало такого опору, як у конституційному праві. Схоже, що більшості дослідників цієї теми твердження, нібито конституційний закон не є законом у тому сенсі, в якому ми характеризуємо як закон правила гідної поведінки, здавалося просто обурливим і не заслуговуючим на розгляд. Через це не дали жодного результату найтриваліші й найупертіші спроби виявити чітку відмінність між двома типами закону — ті, що робилися в Німеччині наприкінці минулого сторіччя стосовно того, що тоді називалося законом у «матеріальному» (або «субстантивному») та просто «формальному» сенсі. Адже жоден із авторів, що брали участь у цих

свідчить, що людям легше змінити владу, ніж закон»; див. також H.Huber, *Recht, Staat und Gesellschaft* (Bern, 1954), p.5: «Державне право минає, приватне — залишається» Однак, за давнім спостереженням Алексіса де Токвіля, на жаль, правда й те, що конституції минають, а адміністративне право залишається.

* H.L.A.Hart, op. cit.

спробах, не зміг примусити себе погодитися з тим, що вони вважали неминучим, але, на їхню думку, абсурдним висновком: що за будь-яким розумним принципом виявлення відмінності конституційний закон було б зараховано до категорії законів у суто формальному, а не матеріальному сенсі*.

ФІНАНСОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО

Цариною, в якій різниця між правилами гідної поведінки та іншими продуктами законодавства виявляється найбільш чітко й де внаслідок цього було вчасно визнано, що відповідні «політичні закони» дещо відрізняються від «юридичних», була царина, в якій вперше з'явилася «законотворчість» представницьких органів, — сфера фінансів. У цій сфері насправді потрібне складне й важливе розмежування між санкціонуванням витрат і визначенням способу належного розподілу тягаря поміж різними людьми та групами. Однак цілком очевидно, що, взятий загалом, державний бюджет — це не викладення правил гідної поведінки, а план дій певної організації, яка надає повноваження конкретним органам робити конкретні речі. Більша частина бюджету — у тому, що стосується витрат, — не містить взагалі жодних правил**, а складається з указівок щодо призначення й способу використання коштів, що знаходяться в розпорядженні уряду. Навіть німецькі науковці минулого сторіччя, які так уперто вимагали визнати за публічним правом ознаку того, що вони називали «законом у матеріальному сенсі», змушені були тут зупинитися й визнати, що бюджет аж ніяк не можна вмістити під цією рубрикою. Представницькі збори, що схвалюють такий план дій уряду, зрозуміло, діють не як легіслатура (у тому сенсі, в якому цей термін розуміється, наприк-

---

* Типовою й найбільш впливовою в німецькій літературі на цю тему є критика А.Хенеля (A.Haenel, *Studien zum deutschen Staatsrecht, II. Das Gesetz im formellen und materiel/en Sinn,* Leipzig, 1888, pp.225-226) дефініції Е.Зелігмана *Rechtssatz (Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinn,* Berlin, 1886, p.63) як правила, що «є абстрактним і регулює непередбачувану кількість випадків», на тій підставі, що це виключило б засадничі норми конституційного права. Це справді так, і автори американської Конституції, мабуть, визнали б жахливим натяк на те, що їхній витвір мав стати вищим за правила гідної поведінки, втілені в загальному праві.

** Див., зокрема, Johannes Heckel, «Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltgesetzes», *Handbuch des deutschen Staatsrechtes* (Tubingen, 1932), vol.2, p.390.

лад, у концепції поділу владних функцій), а як найвищий орган державного врядування, що дає вказівки, які має виконувати виконавчий орган.

Це не означає, що в усій цій діяльності, керованій «законодавчими» указівками, уряд не повинен також, так само як і будь-яка інша особа чи орган, підлягати загальним правилам гідної поведінки, зокрема вимозі поважати приватну власність, визначену цими правилами. І справді, переконання, що ці вказівки урядові, завдяки тому, що вони також звуться законами, скасовують чи змінюють загальні правила, застосовні до всіх, є головною небезпекою, від якої ми маємо стерегтися, проводячи чітке розрізнення між двома видами «законів». Це стає очевидним, коли ми звертаємося від витратної до прибуткової частини бюджету. Визначення сукупного прибутку від оподаткування в якийсь конкретний рік — це все ж таки окреме рішення, яке має зумовлюватися конкретними обставинами (хоча при цьому постають питання справедливості: чи можна покладати тягар, який ладна нести на собі більшість, також на неохочу до цього меншість? як треба розподілити конкретний сукупний тягар поміж різними людьми та групами?). Отже, і тут обов'язки окремих людей мають зумовлюватися загальними правилами, застосовними незалежно від конкретних розмірів витрат, рішення про які приймаються на їх підставі, — тобто правилами, які мають бути непорушними для тих, хто визначає витрати. Ми так звикли до системи, за якої спочатку ухвалюються витрати, а потім розглядається питання, хто нестиме податковий тягар, що не завжди усвідомлюємо, як сильно це суперечить підставовому принципові: звести весь примус до забезпечення дотримання правил гідної поведінки.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО ТА ПОЛІЦЕЙСЬКА ВЛАДА

І все ж таки переважна частина того, що ми називаємо публічним правом, складається з адміністративного права, тобто норм, що регулюють діяльність різноманітних органів державного врядування. Оскільки ці норми визначають спосіб, в який різні відомства мають використовувати людські та матеріальні ресурси, надані в їх розпорядження, вони, безперечно, являють собою організаційні правила, аналогічні тим, що їх потребуватиме будь-яка велика організація. Ці норми становлять особливий інтерес лише завдяки публічній підзвітності тих, до кого вони застосовуються. Однак термін «адміністративне право» вживається й ще у двох значеннях.

Зазвичай описуються правила, встановлені адміністративними органами й обов'язкові не лише для службовців цих органів, а й для приватних осіб, що мають з ними справу. Такі правила, звісно, потрібні для визначення способу використання різних служб та установ, призначених урядом для обслуговування громадян, але вони нерідко виходять за ці рамці й доповнюють загальні правила, що визначають межі приватної сфери. В останньому випадку вони становлять делеговане законодавство. Можуть існувати достатні підстави, аби полишити визначення деяких із цих норм регіональним чи місцевим органам. Тут нас не цікавить питання (хоча й важливе), чи треба делегувати такі законотворчі повноваження лише представницьким органам або ж їх можна також доручити бюрократичним установам. У даному конктексті важливо одне — що в цій ролі «адміністративне законодавство» має підлягати таким самим обмеженням, що й справжні законодавчі повноваження звичайних законодавчих органів.

Терміном «адміністративне право» зазвичай характеризують також «адміністративну владу над людьми та власністю», що полягає не в універсальних правилах гідної поведінки, а спрямована на досягнення конкретних прогнозованих результатів і тому неминуче передбачає дискримінацію та розсуд. Саме в зв'язку з адміністративним правом у цьому сенсі виникає певний конфлікт з поняттям свободи за законом. В юридичній традиції англомовного світу зазвичай припускалося, що в своїх стосунках з приватними особами адміністративні власті підлягають таким самим нормам права (загального чи статутного) й підсудні таким самим судам ординарної юрисдикції, що й будь-який громадянин. Лише стосовно адміністративного права у вищезгаданому сенсі (тобто застосування особливого права до стосунків між державними органами та громадянами) А.В Дайсі на початку цього сторіччя міг обстоювати погляд, нібито у Великій Британії його не існувало*; за двадцять років до того іноземні автори писали великі трактати з британського адміністративного права в тому сенсі, який ми обговорили раніше**.

В міру розвитку послуг, що їх надає громадянам держава, виникає цілком очевидна потреба в регулюванні користування цими послугами. Поведінка на дорогах та в інших громадських

---

* A. V. Dicey, *Lectures on the Relations between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (London, 1903).

** Rudolf Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart* (Berlin, 1883).

місцях, наданих для загального користування, не може регулюватися встановленням індивідуальних прав, а потребує правил, зумовлених міркуваннями практичної доцільності. Хоча такі правила користування інституціями загального призначення підлягають вимогам справедливості (насамперед у тому сенсі, що вони мають бути однаковими для всіх), їх метою є не справедливість. Справедливою має бути державна влада, коли встановлює такі правила, а не люди, які мають їм підкорятися. Тому «правила дорожнього руху», які вимагають від нас рухатися лівою чи правою стороною й таке інше, що нерідко наводиться як ілюстрація загальної норми, насправді не є прикладом справжнього правила гідної поведінки*. Як і інші правила користування публічними установами, вони мають бути однаковими для всіх або принаймні мати за мету гарантування однакової вигоди для всіх користувачів, але вони не визначають гідної поведінки.

Такі правила користування громадськими місцями чи установами є нормами, спрямованими на досягнення конкретних результатів, однак якщо вони призначені сприяти «загальному добробуту», то їх метою не може бути забезпечення переваг для окремих груп. Проте вони цілком можуть (як у випадку правил дорожнього руху) вимагати надання представникам державної влади права на спеціальне керівництво. Коли поліції надаються повноваження робити все необхідне для підтримання громадського порядку, це по суті означає забезпечення правильної поведінки в громадських місцях, де окрема людина не може мати такої свободи, яка гарантується їй у її приватній сфері. Особливі заходи можуть тут бути потрібними, наприклад, для забезпечення безперешкодного руху транспорту. Влада, передусім місцева, має завдання підтримувати споруди та зручності в робочому стані, аби громадськість мала змогу ефективно користуватися ними для власних цілей.

Однак раніше існувала тенденція тлумачити «громадські місця» не просто як зручності, що їх забезпечує держава громадськості, а як будь-яке місце, де збирається народ, навіть якщо користування такими місцями відбувається на комерційній основі, як-от у магазинах, театрах, на підприємствах, спортивних майданчиках тощо. Хоча існує незаперечна потреба в загальних правилах, які гарантували б безпеку і здоров'я користувачів таких місць, це зовсім не свідчить про те, що для цього

* Див., зокрема, Walter Lippmann, *An Inquiry into the Principles of a Good Society* (Boston, 1937).

потрібна якась дискреційна «поліцейська влада». Цікаво, що доки ще поважався підставовий ідеал принципу панування права, «Британське фабричне законодавство», наприклад, «визнавало за можливе практично цілком покладатися на загальні норми (хоча й значною мірою обрамовані адміністративними правилами)»*.

ПОЛІТИЧНІ «ЗАХОДИ»

Там, де державна влада займається наданням конкретних послуг (більшість яких належить до тієї категорії, що її нещодавно стали називати «інфраструктурою» економічної системи), складні проблеми виникають через те, що такі послуги часто мають за мету конкретні наслідки. Окремі дії цієї категорії зазвичай називають політичними «заходами» (у континентальній Європі цьому терміну відповідають, зокрема, *mesures* та *Massnahmen),* і буде доречно розглянути під цим заголовком деякі зі згаданих проблем. Критичний момент тут добре висловлює твердження, згідно з яким не може бути такої «рівності перед заходом», якою є рівність перед законом**. При цьому мається на увазі, що більшість таких заходів є «цілеспрямованими»: хоча їх наслідки стосуватимуться не тільки тих, хто ладен платити за відповідні послуги, все ж таки користь від них здобуватиме лише певна більш-менш чітко визначена група, а не всі громадяни однаково. Мабуть, більшість послуг, що їх надає держава, на відміну від примусового забезпечення гідної поведінки, належить до цієї категорії. Проблеми, що виникають, лише частково вирішуються передачею цих послуг у сферу компетенції здебільшого місцевих або спеціальних регіональних органів урядування, створених із конкретною метою, таких як управління водопостачання і т.ін.

На покриття зі спільної кишені витрат на послуги, що ними користується лише дехто з учасників спільного внеску, решта людей погоджуються лише тому, що розуміють: їхні потреби задовольнятимуться в такий самий спосіб, а отже, приблизна рівновага між тягарем і вигодою буде забезпечена. Під час обговорення організації таких послуг, вигодонабувачів яких можна приблизно визначити, окремі інтереси закономірно вступа-

---

* Див. E.Freund, *Administrative Powers over Persons and Property* (Chicago, 1928), p.98.

** Carl Schmitt, «Legalität und Legitimität» (1932), передруковано в *Verfassnngsrechtliche Aufsätze* (Berlin, 1958), p. 16.

тимуть між собою в конфлікт, і їх примирення можливе лише на основі компромісу. Це цілком інша ситуація, ніж в обговоренні загальних правил гідної поведінки, які мають за мету абстрактний порядок із практично непередбачуваними вигодами. Тому так важливо, аби інстанції, яким доручаються ці питання (навіть якщо це демократичні, представницькі органи), у визначенні окремих послуг підлягали загальним правилам поведінки й були не в змозі самостійно «переписувати правила гри по ходу дії»*.

Коли ми говоримо про адміністративні заходи, то зазвичай маємо на увазі спрямування конкретних ресурсів на надання певних послуг групам людей, що піддаються визначенню. У цьому сенсі політичними заходами є запровадження системи учбових і медичних закладів, фінансова та інша допомога окремим сферам професійної діяльності або застосування таких інструментів, які держава має в своєму розпорядженні завдяки монополії на емісію грошей. Зрозуміло, що в зв'язку з такими заходами відмінність між наданням зручностей, якими користуватимуться невідомі особи з невідомою метою, та наданням зручностей в розрахунку на те, що вони допоможуть конкретним групам, стає питанням міри, з багатьма проміжними позиціями між двома крайніми типами. Немає сумніву — якби держава стала винятковим постачальником багатьох важливих послуг, то, визначаючи характер цих послуг і умови їх надання, вона могла б дуже значною мірою впливати на матеріальний зміст ринкового порядку. Тому важливо, аби масштаби цього «державного сектора» були обмежені, а держава *не* могла координувати свої послуги таким чином, аби їх наслідки для конкретних людей ставали передбачуваними. Далі ми побачимо, що з цієї причини важливо також, аби держава не мала *виняткового* права на надання будь-яких послуг, окрім примусового застосування правил гідної поведінки, а отже, була не здатна перешкодити іншим органам пропонувати послуги такого самого типу, коли з'являється можливість забезпечити через ринок те, що раніше в такий спосіб, можливо, забезпечити не вдавалося.

---

* Hans J.Morgenthau, *The Purpose of American Politics* (New York, 1960), p.281: «За нашої доби держава не тільки продовжує бути арбітром — вона стала також найсильнішим гравцем, який заради впевненості в результаті переписує правила гри по ходу дії».

ПЕРЕТВОРЕННЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА НА ПУБЛІЧНЕ ЗАВДЯКИ «СОЦІАЛЬНОМУ» ЗАКОНОДАВСТВУ

Якщо протягом останніх ста років спостерігався відступ від принципу, за яким у вільному суспільстві примус можна дозволяти лише для забезпечення дотримання універсальних правил гідної поведінки, то це робилося насамперед заради так званих «соціальних» цілей. Однак слово «соціальний» у даному випадку охоплює різні типи понять, які треба уважно відокремлювати одне від одного.

По-перше, воно означало передусім усунення узаконених дискримінацій, які знайшли лазівку внаслідок значного впливу на формування права з боку певних груп — землевласників, наймачів, кредиторів тощо. Однак це не означає, що єдина альтернатива полягає тепер у сприянні класу, з яким несправедливо поводилися в минулому, й що не існує якоїсь «середньої» позиції, в якій закон ставився б до обох сторін однаково, згідно з одними й тими самими принципами. Однакове ставлення в цьому сенсі не має відношення до питання, чи може застосування таких загальних правил у тій чи іншій конкретній ситуації призвести до *наслідків*, які будуть більш сприятливими для однієї групи, ніж для інших: справедливість пов'язана тут не з результатами різноманітних ділових угод, а лише з чесністю самих цих угод. Правила гідної поведінки не можуть змінити того факту, що, незважаючи на цілком правильне поводження обох сторін, низька продуктивність праці в деяких країнах спричиняє ситуацію, коли забезпечити всіх роботою можна лише за дуже низької заробітної платні (і водночас дуже високого прибутку на капітал), а вищу платню можна гарантувати одним людям лише в такий спосіб, який інших взагалі позбавить роботи.

Пізніше ми побачимо, що справедливість у даному випадку може означати лише таку зарплатню або ціни, які зумовлюються вільним ринком — без обману, шахрайства чи насильства, й що в цьому єдиному сенсі, в якому ми реально можемо вести мову про справедливу зарплатню чи справедливі ціни, результатом цілком справедливої угоди справді може бути те, що одна сторона здобуває з неї дуже мало, а інша — дуже багато. Класичний лібералізм грунтувався на переконанні в можливості виявити загальнозастосовні принципи гідної поведінки, які можна визнавати за справедливі незалежно від наслідків їх застосування до окремих груп.

По-друге, «соціальне законодавство» може стосуватися надання державою певних послуг, що мають особливе значення

для певної знедоленої меншості населення — немічних або не здатних себе забезпечити. Заможні спільноти можуть доручати державним органам виконання таких послуг для меншості — чи то з моральних причин, чи то як гарантію проти несподіванок, що можуть трапитися з кожним. Хоча надання таких послуг збільшує потребу в збиранні податків, їх підвищення може відбуватися згідно з одностайними принципами, а обов'язок брати участь у витратах, пов'язаних із такими узгодженими спільними цілями, можна підпорядкувати концепції загальних правил поведінки. Це аж ніяк не зробило би приватних осіб об'єктами адміністрування, вони, як і раніше, могли б вільно користуватися своїми знаннями для власних цілей і не були б зобов'язані служити цілям якоїсь організації.

Однак існує й третій тип «соціального» законодавства. Його мета — спрямовувати приватну діяльність на конкретні цілі й на вигоду для конкретних груп. Саме внаслідок таких зусиль, натхнених блукаючим вогником «соціальної справедливості», відбувалося поступове перетворення не залежних від цілі правил гідної поведінки (тобто норм приватного права) на цілеспрямовані правила організації (тобто норми публічного права). Ця гонитва за «соціальною справедливістю» змушує державну владу ставитися до громадянина та його власності як до об'єкту адміністрування з метою гарантувати конкретні результати конкретним групам. Коли мета законодавства полягає в забезпеченні більшої зарплатні для окремих груп робітників, більших прибутків для дрібних фермерів або кращих житлових умов для міської бідноти, її не можна досягти вдосконаленням загальних правил поведінки.

Такі зусилля в напрямку «соціалізації» права докладалися в більшості західних країн протягом кількох поколінь і вже багато чого досягли в знищенні визначальної прикмети універсальних правил поведінки — рівності всіх за однаковими правилами. Ми не маємо тут змоги окреслити історію такого законодавства, яке було започатковано в минулому сторіччі в Німеччині під назвою *Sozialpolitik* і потім поширилося спочатку на континентальну Європу та Англію, а в нашому сторіччі — також на Сполучені Штати. Деякими віхами цього розвитку, що призвів до створення спеціальних норм для окремих класів, були англійський Закон про трудові конфлікти від 1906 р., що надав профспілкам виняткові привілеї*, та рішення Верховно-

* Див. Paul Vinogradov, *Custom and Right* (Oslo, 1925), p.10: «Закон про трудові конфлікти 1906 р. надав профспілкам імунітет від судового

го суду США, ухвалені на початку періоду «Нового курсу» Ф.Рузвельта, які надавали законодавчим органам необмежені повноваження «захищати життєві інтереси народу»*, фактично маючи на увазі, що заради будь-якої мети, що її законодавчий орган вважає корисною, він може ухвалювати будь-який закон на свій розсуд.

Однак країною, в якій цей розвиток подій пішов далі, а його наслідки здобули найповніше схвалення та найвиразніше визнання, була все ж таки країна, в якій він розпочинався. У Німеччині почали широко усвідомлювати, що гонитва за цими соціальними цілями спричиняє поступову заміну приватного права публічним. Провідні представники соціалістичної думки в сфері права відверто проголосили доктрину, за якою приватне право, спрямоване на координацію індивідуальної діяльності, має потроху поступатися місцем публічному праву — праву субординації, і з точки зору соціального правопорядку приватне право треба розглядати лише як прелімінарну сферу приватної ініціативи, що постійно зменшується, тимчасово зберігаючись у межах всеохопної сфери публічного права**. У Німеччині такому перебігу подій дуже сприяло збереження давньої традиції докорінно необмеженої влади держави, що ґрунтувалася

переслідування внаслідок деліктних дій їх представників. Цей імунітет неприпустимо суперечить агентському праву й сукупності норм щодо представництва компаній їх посадовцями згідно з Наказами на підставі й у виконання статуту 1883 р. Причину цього суперечливого стану права треба шукати в рішенні законодавчого органу гарантувати профспілкам сприятливе становище в їх боротьбі з наймачами». Див. також коментарі А.М.Дайсі, Дж.А.Шумпетера й лорда Макдермота, наведені в F.A.Hayek, *The Constitution of Liberty* (London/Chicago, 1960), p.504, note 3.

* Рішення у справі *Home Building and Loan Ass. v. Blaisdell,* 290 U.S. 398, 434, 444, 1934, згідно з яким держава має «повноваження захищати життєві інтереси свого народу» і з цією метою запобігати «викривленню умови [договору! через її використання як знаряддя для придушення спроможності Штатів обстоювати свої докорінні інтереси».

** Gustav Radbruch, «Vom individualistischen Rechtsordnung zurn sozialen Recht» (1930), передруковано в *Der Mensch im Recht* (Göttingen, 1957), p.40: «Для індивідуалістичного правопорядку публічне право, держава — це лише вузьке захисне оточення навколо приватного права й приватної власності; для соціального правопорядку, навпаки, приватне право — це лише тимчасово залишений і дедалі менший простір для приватної ініціативи всередині всеохопного публічного права».

на містичних поняттях *Hoheit* (вищість) та *Herrschaft* (панування) і знаходила своє віддзеркалення в концепціях, тоді ще майже незрозумілих для західного світу: наприклад, що громадянин є об'єктом керівництва, а адміністративне право — це «право, притаманне стосункам між державою-адміністратором і підданими, з якими вона стикається в своїй діяльності»*.

МЕНТАЛІТЕТ ЗАКОНОДАВЧОГО ОРГАНУ, ЗАКЛОПОТАНОГО ДЕРЖАВНИМ УРЯДУВАННЯМ

Усе це порушує питання, які становитимуть об'єкт нашої головної уваги в другому томі цієї праці. Зараз ми можемо торкнутися їх лише коротко, аби зазначити, чому сплутування створення правил належної поведінки з керівництвом механізмом державної влади може спричинити дедалі більше перетворення спонтанного порядку суспільства на організацію. Треба додати лише кілька попередніх зауважень щодо цілком відмінних менталітетів, які заняття питаннями організації породжують у членів законодавчих зборів, зайнятих саме цим, і у тих, що займаються насамперед законотворчістю в традиційному значенні цього слова.

Законодавчі збори, заклопотані першими проблемами, неминуче й дедалі більше схильні вважати себе органом, який не просто в той чи інший спосіб забезпечує незалежне функціонування певного порядку, а «керує країною», як керують підприємством чи будь-якою іншою організацією. Оскільки він має повноваження врегульовувати будь-що, то не може відмовитися від відповідальності за все. Його вважають здатним усунути будь-яку конкретну підставу для незадоволення; і оскільки в кожному окремо взятому випадку він, як правило, здатний виправити те, що викликає скарги, то припускається, що він може усунути всі причини незадоволення водночас. Однак насправді більшість підстав для скарг окремих людей чи груп можна усунути лише такими засобами, які створюють нові підстави для скарг в іншому місці.

Один досвідчений британський парламентарій-лейборист схарактеризував обов'язок політика як усунення всіх джерел незадоволення**. Звичайно, це вимагає врегулювання всіх конкретних питань у такий спосіб, якого не може визначити жод-

* Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* vol.1 (München/Leipzig, 1924), p.14.

** C.A.R.Crosland, The Future of Socialism (London, 1956), p.205.

на сукупність загальних норм поведінки. Однак незадоволення не обов'язково означає «законне незадоволення», а наявність незадоволення не доводить можливості усунення його причин для всіх і кожного. Адже найімовірніше, що воно спричиняється обставинами, яких ніхто не здатний відвернути чи змінити згідно з загальновизнаними принципами. Ідея, нібито метою державного врядування є задоволення будь-яких конкретних бажань досить великої кількості людей без обмеження засобів, які дозволяється для цього застосовувати представницькому органу, неминуче призведе до такого стану суспільства, коли будь-які конкретні дії наказуватимуться відповідно до детального плану, узгодженого шляхом переговорів із більшістю, а потім нав'язаного всім як «загальна мета», що її треба досягти.