

Бруно Леони. Свобода и закон

«Свобода и закон» — главное сочинение выдающегося итальянского юриста и общественного деятеля Бруно Леони, увидевшее свет в 1961 г. В этой книге автор утверждает, что главным препятствием для реализации принципа верховенства права является избыточное законодательство. На основе обзора римского права автор показывает, что, по мнению древних римлян, право представляло собой процесс открытия, а не набор официально принятых приказов. То есть исторически и традиционно «право» рассматривалось как нечто, открываемое судьями и юристами, а не отождествлялось с тем, что создают и за что голосуют группы законодателей. Это то, что использовали частные стороны судебного процесса для урегулирования разногласий и конфликтов друг с другом, а не воля государства или некоторых групп людей, силой навязываемая остальной части общества. *Автор демонстрирует близкие параллели между рынком и обычным правом, с одной стороны, и социализмом и законодательством — с другой.*

Ссылку на эту книгу я нашел у Талеба в [Антихрупкости...](#)

Бруно Леони. Свобода и закон. — М.: ИРИСЭН, 2008. — 308 с.



Введение

В наше время личную свободу защищают в основном экономисты, а не юристы и не специалисты в области политических наук. Последние часто склонны думать о политике как об определенном роде технологии, подобной инженерным технологиям; такой подход включает представление, что специалистам по политической науке следует обращаться с людьми приблизительно так же, как инженеры обращаются с машинами и с заводами. С другой стороны, политические науки можно также воспринимать как средство дать людям возможность вести себя так, как им нравится, а не так, как это считает правильным горстка технократов. В свою очередь, юрист, если ему известно, как работают или работали другие правовые системы в других странах, может провести много ценных сравнений, что обычно недоступно ни экономисту, ни специалисту в сфере политических наук.

В действительности, свобода — это не только экономическое и политическое понятие; прежде всего, это понятие правовое, потому что из него с неизбежностью следует целый комплекс правовых последствий. Я буду понимать свободу, как отсутствие принуждения. В современном обществе принуждение неразрывно переплетается со свободой в попытке ее защитить. К несчастью, согласно некоторым доктринам, по мере увеличения принуждения увеличивается и свобода.

Люди часто понимают под «свободой» не просто отсутствие принуждения, но и еще что-то — например, надежное состояние, позволяющее его обладателю получать удовольствие от жизни. Именно такие люди очень часто не осознают противоречий между этими двумя различными значениями слова «свобода» и отказываются признавать неприятный факт, который заключается в том, что нельзя обрести свободу во втором смысле, не пожертвовав до известной степени свободой в первом смысле.

Люди другого типа, те, кто борется за то, чтобы в обществе увеличилось принуждение ради увеличения «свободы», умалчивают о том, что «свободу» они имеют в виду свою собственную, а принуждение, которое они хотят увеличить, распространяется исключительно на других. В итоге «свобода», которую они проповедают, заключается в том, чтобы принудить других людей делать то, чего бы они никогда не сделали, если бы у них была свобода выбора.

Растущее значение законодательства почти во всех правовых системах мира составляет, вероятно, самую яркую особенность нашей эпохи наряду с технологическим и научным прогрессом. Пока в англосаксонских странах обычное право и суды ординарной юрисдикции теряют влияние по сравнению со статутным правом и административной юстицией, в странах с континентальной системой гражданское право медленно тонет под грузом массового принятия законодательных актов, ежегодно пополняющих своды законов и собрания законодательства.

Сегодня быстрое, рациональное и далеко идущее средство против всех зол и неудобств видят именно в законодательстве, по сравнению, скажем, с судебными решениями, частным арбитражем, обычаями и другого рода стихийными приспособительными реакциями индивидов. Почти никогда не замечают, что законодательное лекарство, возможно, действует слишком быстро, чтобы быть эффективным, слишком непредсказуемо, чтобы не иметь побочных последствий; кроме того, оно чересчур непосредственно связано с мнениями и интересами мизерной кучки людей (законодателей), кто бы они ни были, чтобы быть лекарством для всех. Даже когда это замечают, критика обычно направлена против конкретных законодательных актов, но не против законодательства как такового, а новое средство всегда ищут в новых, «улучшенных», законах, вместо того чтобы обратиться к чему-нибудь, совсем непохожему на законодательство.

Сторонники законодательства оправдывают отождествление законодательства и права в современном обществе изменениями, связанными с развитием технологий. На самом деле, научные и технические исследования нуждались и продолжают нуждаться в личной инициативе и личной свободе, которые позволяют мнениям и идеям индивидов восторжествовать, часто над противостоящей им властью. Законодательство же — это конечный пункт процесса, в котором власть всегда торжествует, часто над индивидуальной инициативой и свободой.

На Западе законодатели пока не вмешиваются в такие области жизни людей, как их высказывания, выбор брачного партнера, путешествия или манера одеваться. Однако, другие страны демонстрируют, насколько дальше в этом отношении могут зайти законодатели. Сегодня то, что нам не нужно доверять другим людям право решать, например, как нам разговаривать или проводить свободное время, мешает нам понять, что тоже самое должно быть верно для огромной области других действий и решений, которые мы относим к сфере права. Правовая система, в центре которой находится законодательство, не просто включает возможность того, что другие люди (законодатели) имеют право каждый день вмешиваться в наши действия; эти люди также имеют право каждый день менять способ своего вмешательства. В результате люди не только не могут свободно решать, что им делать, они не в состоянии даже предвидеть юридических последствий своих действий.

Нельзя не согласиться с такими исследователями, как Джеймс Бернем из США, Дж. У. Китон из Англии и Ф. А. Хайек, которые в последнее время с горечью констатировали ослабление традиционных законодательных полномочий конгресса США и «смерть» британского парламента в результате расширения квази-законодательных полномочий исполнительной власти (подробнее см., например, [Фридрих Хайек. Дорога к рабству](#)).

Те, кто ценит личную свободу, должны пересмотреть место индивида внутри правовой системы как таковой. Я не призываю искать убежище в утопии, чтобы найти правовые системы, отличающиеся от современных. Например, история Древнего Рима и Англии учит нас совсем не тому, что проповедают современные сторонники раздутого законодательства. И римляне, и англичане разделяли мысль о том, что закон — это нечто, что нужно *открыть*, а не *ввести в действие*, и что в обществе нет никого настолько могущественного, чтобы он мог отождествить свою волю с законом всей страны.

Сегодня законы все в большей и большей степени представляются в качестве прямого выражения воли большинства людей, которые их вводят, в то время как в основе часто лежит мысль о том, что роль этих актов в фиксации не тех законов, которые являются итогом многовекового развития, а тех, которые должны появиться в результате совершенно нового подхода и решений, не имеющих прецедента.

По мере того как человек с улицы постепенно привыкает к новой роли законодательства, он все больше и больше приучается к мысли о том, что оно соответствует не «общей» воле, то есть воле, которая по умолчанию присутствует у всех граждан, а выражению конкретной воли совершенно определенных людей и групп, которым повезло иметь на своей стороне в данный момент большинство законодателей.

Замена законодательством стихийного применения не введенных законодательными актами правил поведения оправдана только в том случае, если доказано, что правила поведения либо являются неопределенными и недостаточными, либо приводят к какому-то злу, которого законодательство позволит избежать, одновременно сохраняя преимущества предшествующей системы. Современным законодателям такая предварительная оценка просто не приходит в голову.

Необходимо отказаться от законодательства во всех тех случаях, когда его используют исключительно как средство подчинить меньшинство и обращаться с ними как с проигравшими, а также, когда люди могут достичь своих целей вне зависимости от решений какой-либо группы и не принуждая других людей делать то, чего они никогда бы не сделали без принуждения. В тоже время, когда возникает хотя бы тень сомнения относительно преимуществ законодательного процесса по сравнению с каким-либо иным процессом, имеющим целью определение правил нашего поведения, обращение к законодательному процессу должно быть итогом очень тщательной оценки.

Принцип Конфуция – не делай другим того, чего ты не хотел бы, чтобы другие сделали тебе – вполне подходит для возрождения и сохранения личной свободы. Обнаружить то, чего люди не хотели бы, чтобы с ними сделали другие легче, чем определить, что люди хотели бы сделать сами совместно с другими. Законодательство, защищающее людей от того, что они не хотят, чтобы с ними делали другие люди, вероятно, будет легче определяемым и в большей степени успешным, чем любое законодательство, основанное на иных, «позитивных», желаниях тех же самых людей.

Утверждение, что законодательство «необходимо» во всех тех случаях, когда другими средствами не удастся «обнаружить» мнение заинтересованных лиц, никуда не годится. Если другие средства не действуют, нет оснований предполагать, что подействует законодательство.

В начале XX века призыв Ойгена Эрлиха об опоре на «живое право народа», а не на законодательство, принятое «представителями» народа растаял в облаках истории.

Современная представительная демократия по словам Шумпетера — это «обман». Доказательство того, что централизованная экономика под управлением комитета директоров, который подавляет рыночные цены и действует без оглядки на них, не работает, можно назвать самым существенным и долговечным вкладом экономистов нашего времени в дело личной свободы. *Тем не менее выводы из него можно рассматривать как частный случай более общего утверждения о том, что ни один законодатель не смог бы самостоятельно, без постоянного сотрудничества со всеми людьми, которых это касается, установить правила, регулирующие реальное поведение каждого человека в тех бесконечных отношениях, которые связывают каждого с каждым.* Никакие опросы общественного мнения, никакие референдумы, никакие консультации не смогут обеспечить законодателям возможность устанавливать эти правила, точно так же, как аналогичная процедура не смогла дать директорам в плановой экономике возможность обнаружить, какими будут спрос и предложение всех товаров и услуг. Реальное поведение людей состоит в том, что они постоянно приспосабливаются к меняющимся условиям.

Для того, чтобы вернуть слову «представительство» его исходное значение, следует радикально сократить количество вопросов, по которым якобы осуществляется «представительство». Это приведет к соответствующему расширению круга вопросов, по которым люди могут свободно принимать решения в качестве индивидов, без всякого «представительства».

Обычаи, неписанные правила, подразумеваемые условности, общие критерии, относящиеся к уместным решениям частных правовых проблем, с учетом изменений во мнениях людей в любой данный момент времени и в материальном фоне, на котором эти мнения сложились, — все это еще ждет открытия. Опыт наших предков состоял в том, чтобы доверить этот процесс специально обученным людям, например, юристам и судьям. Положение юристов и судей фундаментально отличается от положения законодателей. Во-первых, судьи обязаны вмешиваться только тогда, когда их просят об этом заинтересованные люди. Во-вторых, решение судей вступает в силу только по

отношению к сторонам дела, и лишь иногда — по отношению к третьим сторонам, и практически никогда — по отношению к людям, которые никак не связаны с участниками дела. В-третьих, такие решения судей опираются на решения других судей и юристов в похожих делах, в силу чего участники процесса находятся в состоянии косвенного сотрудничества со всеми заинтересованными сторонами, и в прошлом, и в настоящем.

Все это означает, что у авторов этих решений нет реальной власти над другими гражданами, а также, что весь процесс можно описать как непрерывное, широкое и в основном стихийное сотрудничество между судьями и судимыми, с целью в ходе судопроизводства обнаружить, в чем состоит воля народа в конкретном вопросе; сотрудничество, которое во многих аспектах можно сравнить с тем, которое существует между всеми участниками свободного рынка.

Юридическая система, в центре которой находится законодательство, напоминает централизованную экономику, в которой все существенные решения принимает кучка директоров, чьи знания об общей ситуации фатально ограничены и чье уважение к желаниям народа, если они вообще уважают его желания, страдает от последствий этой ограниченности.

Мифология нашего времени — это «представительство» народа, с одной стороны, и харизматические претензии политических лидеров на обладание истиной и право действовать в соответствии с ней — с другой.

Между рыночной экономикой и прецедентным правом существует нечто большее, чем аналогия, так же как нечто гораздо большее, чем аналогия, существует между плановой экономикой и законодательством.

Глава 1. О какой свободе идет речь

«Свобода», как термин, обозначающий общий политический принцип, может только на первый взгляд иметь одинаковое значение в разных политических системах. Следует также отметить, что это слово может иметь разные значения и разные подтексты в различные эпохи в истории одной и той же правовой системы, и, что еще более поразительно, оно может иметь разные значения в одно и то же время, в одной и той же системе в разных обстоятельствах и для разных людей.

С момента принятия американского [закона Норриса – Ла Гардиа](#) 1932 года выражение «свобода от принуждения» изменило свое значение. Перестало считаться вмешательством, когда люди из профсоюза посредством незаконных действий принуждают работодателей согласиться на их условия.

Если мы зададимся вопросом, что на самом деле сегодня означает «свобода от принуждения» в политической и правовой системах Великобритании и США, то столкнемся с грандиозными трудностями. Если быть честными, то следует признать, что в зависимости от того, кого принуждают, существует более одного юридического значения термина «свобода от принуждения».

Вероятнее всего, эта ситуация связана с тем изменением смысла слова «свобода» в обычном языке, которое продвигают в настоящее время во всем мире чрезвычайно влиятельные лоббистские и пропагандистские группы. Мизес прав, когда говорит, что сторонники современного тоталитаризма попытались извратить слово «свобода», описывая с его помощью положение индивидов в такой системе, в которой они не имеют никаких прав, кроме права подчиняться другим.

Все трудности, на которые я указал, предупреждают нас, что нельзя использовать слово «свобода» и надеяться на понимание, если сначала не определить ясно то значение, которое мы в него вкладываем. Реалистический подход к определению «свободы» не принесет успеха. Вне зависимости от людей, которые о ней говорят, никакой «свободы» не существует; невозможно дать определение «свободы» тем же способом, каким мы даем определение материального объекта, на который каждый может указать.

Глава 2. «Свобода» и «принуждение»

Более тщательный подход к определению «свободы», чем отвергнутый нами реалистический, будет связан с предварительным анализом природы и цели такого определения. Вероятно, «свобода» — объект психологического опыта. Это означает, что обычные люди не считают ее просто словом,

номинальной единицей, о значении которой достаточно договориться посредством условного определения, как в математике и логике. В таких обстоятельствах я не уверен, можно ли дать условное определение свободы.

Итак, «свобода» — это слово, которое люди используют в обычном языке для обозначения психологического опыта особого типа. Этот опыт бывает разным в разное время и в разных местах; он связан с абстрактными понятиями и терминами, но его нельзя приравнять к абстрактному понятию или редуцировать до обычного слова. Наконец, вполне возможно и, вероятно, полезно или даже необходимо сформулировать условное определение «свободы»; но им нельзя ограничиться, потому что только лексикографические разыскания могут выявить те значения, которые люди действительно приписывают этому слову в обиходе.

В обычном языке «свобода» и «принуждение» выступают как противоположные термины. Так, например, профессор Мизес утверждает, что «политическая и личная свобода — это термины, употребляемые для описания социальных условий индивидов в рыночном обществе, в котором власть государства ограничена, чтобы она не ставила под угрозу функционирование рынка».

Некоторые мыслители, и в древности, и в наше время, пытались связать то, что некоторые люди не свободны от голода и болезней, с тем, что другие люди в том же обществе не свободны от принуждения со стороны своих собратьев. Конечно, взаимосвязь очевидна, когда кто-то находится в рабстве у тех, кто с ним плохо обращается и, скажем, доводит до голодной смерти. Но эта связь совсем неочевидна, когда люди не являются рабами других людей. Тем не менее некоторые мыслители ошибочно считали, что во всех случаях, когда кто-то нуждается в чем-то, что ему необходимо, или просто в чем-то, чего ему хочется, он был несправедливо «лишен» этой вещи теми людьми, у которых она есть.

Это заставило многих мыслителей утверждать, что в основе частной собственности лежит просто насилие и в силу этого ее следует рассматривать как нечто неисправимо противозаконное.

Древний архиепископ Медиоланский: «Природа породила право на общее достояние; насилие породило частное право». Современные социалисты, включая Маркса, выступили просто-напросто с исправленной версией той же самой идеи. Конечно, возникают вопросы: как можно говорить об «общем достоянии»? Кто установил, что все вещи находятся в «общем владении» всех людей, и почему? Земля не может быть «общей» для всех людей в том же смысле, что солнце и луна, и что в силу этого обработка земли сообща — это совсем не то же самое, что прогулка при лунном или солнечном свете. Современные экономисты объясняют, что различие заключается в том, что, в отличие от дефицита земли, дефицита лунного света не существует. Терминологическая путаница вокруг использования слова «общий» тесно связана с тенденцией использовать слово «свобода», связывая по смыслу «свободу от нужды» со «свободой от принуждения со стороны других».

Все социалистические теории насчет так называемой эксплуатации «имущими» «неимущих» в конечном счете основаны на этой терминологической путанице. Когда социалисты говорят об «эксплуатации» рабочих работодателями, они подразумевают именно то, что работодатели использовали против рабочих «принуждение», чтобы заставить их согласиться на низкую зарплату за тяжелую работу.

На практике этой терминологической путанице способствуют некоторые лоббистские и пропагандистские группы, заинтересованные в том, чтобы создавать персуазивные определения «свободы» и «принуждения». Цель персуазивных определений — не в том, чтобы описать вещи, а в том, чтобы придать обычным значениям слов позитивные коннотации и побудить людей усвоить определенные мнения или определенные формы поведения. Так, пропаганда Муссолини и Гитлера перед Второй мировой войной и во время нее включала утверждение, что народы других стран, в том числе находящихся далеко от Италии и Германии, например, Канады и США, «принуждали» итальянцев и немцев довольствоваться своими скудными сырьевыми ресурсами и относительно небольшой территорией, несмотря на то, что ни Канада, ни США не захватили ни пяди итальянской или немецкой территории. Нужно также отметить, что похожая терминологическая путаница лежит в основе многих требований и установок правящих элит некоторых бывших колоний, например, Индии или Египта, по отношению к народам Запада.

Глава 3. Свобода и верховенство права

Англоговорящие люди под выражением *rule of law* (верховенство права) понимают принцип, предусматривающий верховенство права над законом. За последние время значение этих слов изменилось и это выражение стало восприниматься и в Англии, и в Америке как несколько устаревшее.

Согласно [Дайси](#),¹ верховенство закона означало: 1) отсутствие у правительства произвольных полномочий наказывать граждан или совершать действия, направленные против жизни и собственности; 2) подчинение любого человека, вне зависимости от его ранга и состояния, общему закону страны и судам общей юрисдикции; 3) господство духа законности, т.е., проистекание общих принципов английской конституции из результатов судебных решений... в то время как во многих иностранных конституциях гарантии личных прав вытекают из общих (абстрактных) принципов конституции.

[Фридрих Хайек](#), один из современных выдающихся теоретиков «верховенства права», рассматривает следующие его характеристики: всеобщий характер, равенство и определенность закона, так же как то, что дискреционные полномочия административных органов на применение мер принуждения всегда можно оспорить в суде. Хайек подчеркивает разницу между законами и указами в связи со «всеобщим характером» закона и отмечает, что закон ни в коем случае не должен относиться к конкретным индивидам и вступать в силу в случае, если в момент его вступления в силу можно предвидеть, каким конкретным индивидам он поможет или повредит (подробнее см. [Фридрих Хайек. Дорога к рабству](#)).

Сейчас нередки ситуации, когда в одной стране одновременно имеют силу разные законы для разных категорий граждан, ставящие эти категории в неравное положение. Самый распространенный пример — это прогрессивное налогообложение в зависимости от дохода гражданина, которое стало уже общим свойством фискальных систем всех западных стран.

Дайси считал «дух законности» особым свойством английских институтов. С его точки зрения, вся британская политическая система была основана на общих принципах, вытекающих «из судебных решений, устанавливающих права частных лиц в конкретных делах, рассматриваемых судом». Он противопоставлял такой порядок тому, что происходит на континенте, где «защита прав индивидов вытекает или кажется, что вытекает из общих конституционных принципов», в свою очередь восходящих к какому-то законодательному акту: «Если бы было допустимо применять к вопросам права приемы формальной логики, то в этом отношении разница между конституцией Бельгии и английской конституцией могла бы описываться утверждением, что в Бельгии личные права выводятся из конституционных принципов, а в Англии так называемые конституционные принципы возникают в результате индукции, или обобщения, основанной на конкретных решениях судов относительно прав конкретных индивидов».

С точки зрения Хайека, определенность закона является, пожалуй, самым главным условием для экономической деятельности в обществе; именно эта черта способствовала процветанию западного мира по сравнению с Востоком, где определенность закона была достигнута гораздо позже. Но, что такое «определенность» закона? На первый взгляд, она связана с зафиксированными письменно установлениями. Действительно, многие из последних атак на «неопределенность» прецедентного права со стороны англоговорящих, в особенности американских, юристов — представителей так называемой реалистической школы — основаны на таком значении термина «определенность», который подразумевает существование окончательной письменной формулировки, слова которой читатель не имеет права менять по своему усмотрению. Это раздражение по отношению к неписаному закону является результатом роста количества законодательных актов в современных правовых и политических системах, а также возрастания влияния статутного права по сравнению с прецедентным (то есть неписанным) правом как в Англии, так и в других странах Британского Содружества и в США.

¹ В свободном доступе есть книга А.В. Дайси [Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции](#) (перевод 1907 г.!).

Континентальная идея определенности закона была эквивалентна идее точной письменной формулировки. Несомненно, что правление посредством законов предпочтительнее правления посредством указов тирана или толпы. Общие законы всегда более предсказуемы, чем конкретные и внезапные указы, и если предсказуемость последствий является одной из необходимых предпосылок человеческих решений, то необходимо заключить, что чем в большей степени общие правила обеспечивают предсказуемость последствий человеческих действий, по крайней мере в правовой сфере, тем в большей степени эти действия заслуживают названия «свободных» от вмешательства других людей, включая власти.

К несчастью, все это не гарантирует нам действительную «свободу» от вмешательства властей. Законы обычно являются результатом законодательной деятельности. Но законодательный процесс не является чем-то таким, что происходит один раз и навсегда. Он продолжается ежедневно и непрерывно. В результате для нас всегда существует «определенность» в отношении буквального содержания каждого закона в любой момент времени, но никогда не существует определенности относительно того, будут ли эти законы действовать завтра. Я не рискнул бы сказать, что это та «определенность», которая требуется для того, чтобы быть уверенным в том, что юридические последствия предпринятых сегодня действий не окажутся завтра объектом для законного вмешательства.

Глава 4. Свобода и определенность закона

Определенность закона в смысле письменной формулы относится к ситуации, которая неизбежно включает возможность того, что действующий закон может быть в любой момент заменен последующим законом. Политико-правовые системы почти всех современных стран в этом смысле можно назвать краткосрочными системами, по контрасту с классическими долгосрочными системами прошлого. На протяжении большей части долгой истории Римской республики и Римской империи римское частное право находилось вне досягаемости законодателей. Римское гражданское право – набор принципов, которые постепенно развились и усовершенствовались в течение многих веков в ходе судопроизводства, почти без вмешательства со стороны законодательного органа.

Таким образом, у древних римлян был закон, достаточно определенный, чтобы позволить гражданам свободно и уверенно строить планы на будущее, который при этом вообще не являлся писанным законом. Римский юрист по сути был исследователем: объектами его исследований были решения дел, за которыми к нему обращались граждане. Римляне выработали и применяли принцип определенности закона, который можно было бы описать так: закон не может быть изменен внезапно или непредсказуемым образом. В этом состоит долгосрочная или, если вам так больше нравится, римская концепция определенности закона.

Диктаторы вроде Суллы приложили большие усилия, чтобы изменить римскую конституцию. Но даже закон, введенный в действие Суллой, и формально одобренным народом не являлся легитимным, поскольку никакое законодательное собрание не могло посредством законодательного акта лишить римского гражданина его гражданства, так же как оно не может посредством законодательного акта лишить римского гражданина его свободы. В связи с этим Цицерон упоминает, что с древнейших времен все законопроекты содержали оговорку: «Если в этом законопроекте, одобрить который я вас прошу, есть что-либо, противоречащее закону, ваше одобрение будет считаться ничтожным». Это доказывает, что законодательные акты могли противоречить закону и римские суды не считали законными некоторые писанные и одобренные формально законы.

Согласно Цицерону, [Катон Цензор \(Старший\)](#), сторонник традиционного римского образа жизни любил повторять, что «наше государственное устройство лучше устройства других государств по той причине, что в последних отдельные лица создавали государственный строй на основании своих законов и установлений. Напротив, наше государство создано умом не одного, а многих людей, и не в течение одной человеческой жизни, а в течение нескольких веков и на протяжении жизни нескольких поколений. Ибо, никогда не было такого одаренного человека, от которого ничто не могло бы ускользнуть, и все дарования, сосредоточенные в одном человеке, не могли бы в одно и то же время проявиться в такой предусмотрительности, чтобы он мог обнять все стороны дела, не обладая долговременным опытом».

Любопытно отметить, что, когда современные экономисты, например, Людвиг фон Мизес, критикуют централизованное экономическое планирование за то, что оно не позволяет властям произвести какие-либо расчеты, относящиеся к реальным нуждам и к реальным возможностям граждан, они занимают позицию, которая напоминает нам об этом древнеримском государственном деятеле. То, что в тоталитарной экономике центральная власть, вырабатывая свои экономические планы, не располагает никакой информацией о рыночных ценах, является лишь следствием того, что центральная власть никогда не располагает достаточной информацией о бесконечном количестве элементов и факторов, которые образуют социальное взаимодействие индивидов в любое время и на любом уровне.

Свободный рынок несовместим с процессом создания законов, централизованным властями. Некоторым сторонникам свободного рынка может показаться несущественным, кто вырабатывает правила: законодательное собрание или судьи. Но, если требуются исторические подтверждения жесткой связи между свободным рынком и свободным процессом создания законов, достаточно принять во внимание, что свободный рынок достиг максимального развития в англоговорящих странах, где обычное право было практически единственным законом страны в сфере частной жизни и частного бизнеса.

Идея определенности закона не может зависеть от идеи законодательства, если понимать «определенность закона» как одну из ключевых характеристик верховенства права в классическом смысле этого выражения. Поэтому я считаю, что Дэйси был абсолютно последователен, когда полагал, что верховенство подразумевает, что в основе английской конституции находятся судебные решения, а также когда противопоставлял эту ситуацию положению в континентальной Европе, где правовая практика и судопроизводство основаны на абстрактных принципах конституции, созданной законодателями.

Сэр Мэтью Хейл, блестящий ученик сэра Эдварда Кока, Главный судья Англии после Кока, в конце XVII века утверждал, что «те, кто льстит себе, будто они могут так же убедительно и слаженно измыслить безошибочную систему законов и политики [то есть, как сказали бы мы, писаных конституций и законодательства], равно прилагаемую ко всем состояниям [то есть условиям], как Евклид нам представляет в своих заключениях, обманывают себя представлениями, кои окажутся бездейственны, когда дойдет дело до их применения в особых случаях».

Хейл ясно и решительно увязал понятие определенности с единообразием правил, сохраняемым в течение веков. Именно это имеется в виду под долгосрочной определенностью закона, которая в конечном счете несовместима с краткосрочной определенностью, вытекающей из отождествления закона с законодательством. Римские юристы, как и их современные наследники, английские судьи, никогда не занимались формулированием абстрактных принципов, но всегда интересовались «особливыми случаями», как выразился бы сэр Мэтью Хейл.²

Глава 5. Свобода и законодательство

Для нашего времени типичной тенденцией является расширение полномочий, которые чиновники в странах Запада уже приобрели и продолжают приобретать по отношению к своим согражданам, невзирая на то, что, как правило, по идее, эти полномочия должны быть законодательно ограничены. Когда государственные служащие оказываются выше закона страны на сцену выходят бюрократы.

Чиновники часто подменяют закон собственным разумением, растягивая норму закона так, чтобы под нее подпадали придуманные ими правила, под предлогом, что закон не достигнет цели в данных обстоятельствах, если его интерпретировать и применять более корректно.

² Любопытный аспект в споре прецедентного и основанного на законотворчестве права освещает Нассим Талеб в [Антихрупкости...](#) Законотворчество – хрупко, так как, в случае ошибки, может приводить к значительным (иногда катастрофическим) последствиям. Прецедентное право – антихрупко, так как ошибки локальны. Талеб, ссылаясь на Бруно Леони пишет: «...право, в основе которого лежит интерпретация судей, более надежно (из-за разнообразия прецедентов), чем подробные и негибкие кодексы, так что к нему тоже применимо понятие неуязвимости. Да, выбор суда может быть лотереей – тем не менее указанный принцип позволяет избежать крупномасштабных ошибок».

За последние сто лет во всех странах Запада пространство личной свободы сокращалось не только и не столько из-за посягательств и притязаний на него чиновников, действующих в нарушение закона, но из-за того, что нынешняя правовая система, а конкретно статутное право, дает чиновникам полномочия действовать так, что, с точки зрения предшествовавшей правовой системы, их действия рассматривались бы как присвоение власти и посягательство на личную свободу граждан.

Я полностью согласен с теми исследователями, которые, подобно Фридриху Хайеку, не доверяют чиновникам исполнительной власти, но я полагаю, что люди, которые ценят личную свободу, должны еще меньше доверять законодателям, поскольку именно посредством законодательства увеличивались и продолжают увеличиваться полномочия чиновников.

Одно из глубоко укоренившихся политических верований нашего времени состоит в том, что, поскольку законы принимает парламент, избираемый народом, то народ является источником законодательного процесса, и воля народа или по крайней мере той его части, которая является электоратом, в конце концов восторжествует во всех вопросах, находящихся в ведении правительства. Однако личная свобода и демократия могут стать несовместимыми в тех случаях, когда большинство нетерпимо либо меньшинство непокорно. Личная свобода, в смысле отсутствия принуждения со стороны других людей, несовместима с демократией, понимаемой как господство численно превосходящей группы. Если принять во внимание, что в демократическом обществе законодательный процесс необходимо зависит от численного превосходства, следует сделать вывод о высокой вероятности того, что во многих случаях этот процесс будет несовместим с индивидуальной свободой.

Социализм и законодательство неразрывно связаны, поскольку законодательство является условием выживания социалистических обществ. По мнению социалистов, богатые люди «лишают» бедных того, в чем последние нуждаются. Утверждать это — значит просто злоупотреблять языком, поскольку не доказано, что «имущие» и «неимущие» имеют или имели права на совместное владение всеми вещами. Если никого нельзя лишить возможности защищаться и принудить платить за товары и услуги больше, чем он заплатил бы за них без принуждения, то контрпродуктивные действия невозможны, потому что в таких случаях спроса на соответствующие товары и услуги не будет и, следовательно, не будет происходить никакого приспособления цен в результате взаимодействия между продавцами и покупателями. Законодательство позволяет достигнуть того, чего невозможно достигнуть путем стихийного приспособления. Например, на основании такой процедуры, как волеизъявление большинства, можно законодательно обязать спрос удовлетворить предложение, или наоборот.

На рынке индивид может с полной уверенностью предсказать прямые, или непосредственные, результаты своего выбора. В избирательном же процессе политические решения принимаются с использованием процедуры, подразумевающей принуждение. Избиратель, который проигрывает, вначале делает один выбор, но в реальности вынужден согласиться на тот, который он ранее отверг; его процесс принятия решений перевернут. В этом состоит, безусловно, главное, хотя и не единственное, различие между решениями индивидов на рынке и групповыми решениями, которые принимаются в политике.

Глава 6. Свобода и предпринимательство

Часто утверждается, что есть или, точнее, раньше существовало классическое представление о демократическом процессе, которое имеет мало общего с тем, что происходит на политической арене сейчас. Представители воспринимались как посланники народа, чьей задачей было формулировать и исполнять волю народа. В свою очередь, народ воспринимался не как символическая общность, а как совокупность индивидов в роли граждан, при этом представители народа в роли индивидов также являлись гражданами и, соответственно, были в состоянии выразить мысли и чувства своих сограждан по отношению к основным волнующим их вопросам.

У своих истоков политическое представительство было тесно связано с идеей о том, что представители действуют как доверенные лица других людей и в соответствии с их волей. Начиная с XIII века, когда в Англии распространился принцип представительства практически, возникли три серьезные проблемы, которые необходимо было решить, чтобы принцип представительства заработал на практике: 1) как сделать так, чтобы количество граждан, уполномоченных выбирать

представителей, соответствовало реальной структуре населения; 2) как поощрить выдвигать свои кандидатуры в представители тех граждан, которые были бы адекватными представителями воли народа; 3) как создать такую систему выбора представителей, при которой представители адекватно отражали бы мнения тех людей, которых они представляют.

До сих пор ни в одной стране не справились ни с одной из этих проблем. Если политические вопросы — это вопросы, где можно выбрать только один вариант, мы должны сделать вывод, что политические решения всегда подразумевают наличие компонента, несовместимого с личной свободой, и соответственно, несовместимого с подлинным представительством воли тех людей, мнение которых не было учтено в принятом решении.

Следует заметить, что политика — не единственная сфера, в которой в последнее время проявились такие проблемы. Экономисты и социологи уже привлекли наше внимание к тому, что принцип представительства плохо работает в больших частных корпорациях. Считается, что акционеры имеют мало влияния на поступки менеджеров.

Джон Стюарт Милль указал на то, что представительство не может работать, если люди, которых представляют, не участвуют каким-либо образом в деятельности своих представителей (подробнее см. Милль Дж. С. Рассуждения о представительном правлении. Челябинск: Социум, 2006).

Я убежден, что чем в большей степени удастся сократить обширную область, которую в данное время занимают групповые решения в сфере политики и права, тем больше будут наши успехи в приближении к той ситуации, которая господствует в области языка, обычного права, свободного рынка, моды, обычаев и др., где все индивидуальные акты выбора приспособляются друг к другу и ни один из них никогда не считается недействительным. Я полагал бы, что в настоящее время размеры области, в которой групповые решения считаются необходимыми или правильными, сильно переоцениваются, а область, в которой необходимым или правильным считается стихийное взаимодействие индивидов, ограничена в гораздо большей степени, чем это разумно, если мы стремимся сохранить традиционный смысл большинства великих идеалов Запада.

Следует учитывать, что к первым относятся решения типа «всё или ничего», как сказал бы Бьюкенен, а вторые — это ясно сформулированные решения, которые не просто совместимы с решениями других людей, но и дополняют их.

Сторонники групповых решений всегда склонны считать, что в данном конкретном случае акты выбора индивидов исключают друг друга, а обсуждаемые вопросы обязательно относятся к типу «всё или ничего», так что единственный способ принять окончательное решение состоит в использовании принудительной процедуры, например, принципа большинства. Эти люди претендуют на то, что они — защитники демократии. Однако всегда следует помнить, что во всех случаях, когда индивидуальные акты выбора необоснованно заменяются правлением большинства, демократия вступает в конфликт с личной свободой. Чтобы сохранить максимум демократии, совместимой с личной свободой, этот специфический вид демократии следует свести к минимуму.

Оценка различных форм поведения и типов решений с целью установить, к какой области их следует отнести и где разместить, если заниматься этим последовательно, явно привела бы к настоящей революции в том, что касается современных конституций, законодательства и административного права. Эта революция состояла бы главным образом в перемещении норм из области писаного закона в область неписаного закона. В ходе этого перемещения следовало бы уделить большое внимание понятию «определенности закона» в смысле долгосрочной определенности, чтобы дать индивидам возможность делать свободный выбор не только в настоящем, но и с расчетом на будущее.

Глава 7. Свобода и общая воля

Шумпетер утверждал, что в современных политических сообществах «общая воля» — это обман. В решениях на основе большинства не может отражаться «общая воля», если только не считать «общей волей» волю большинства, пренебрегая свободой людей, принадлежащих к меньшинству. В то же время у выражения «общая воля» есть и другое значение кроме того, которое используют сторонники групповых решений. Это воля, которая проявляется в процессе сотрудничества всех

вовлеченных в этот процесс людей, без использования групповых решений и групп, принимающих решения.

К значительной части современного законодательства можно приложить определение, предложенное немецким теоретиком Клаузевицем для войны, а именно, что законодательство — это способ достичь тех целей, которых больше невозможно достичь обычными переговорами. Именно эта господствующая концепция закона как инструмента групповых интересов подсказала Бастиа столетие назад его знаменитое определение государства: «Эта громадная фикция, посредством которой все стараются жить за счет всех» (см. Бастиа Ф. Государство // Бастиа Ф. Что видно и чего не видно. Челябинск: Социум, 2006. С. 91).

Писанные кодексы и конституции, хотя и имели в XIX веке форму введенного в действие закона, в содержательном отношении на практике отражали процесс создания законов, основанный по преимуществу на стихийном поведении частных индивидов в течение веков и поколений.

Идея верховенства права XIX века сегодня открыла дорогу новому, кастрированному, представлению о правовом государстве, в котором все правила должны приниматься парламентом. То, что для исходных кодексов и конституций роль законодателей ограничивалась в основном кратким изложением закона, который не был результатом законодательного процесса, постепенно забылось или считалось несущественным по сравнению с тем, что и кодексы, и конституции были одобрены парламентами, члены которых были «представителями» народа. По мнению Эрлиха юристы не могут сохранить высокий уровень квалификации, если работают только с писанным законом, не учитывая исторической традиции. Самым важным последствием новой тенденции было то, что люди привыкали к тому, что право — это писаное право, то есть единая последовательность нормативных актов, одобренная законодательными органами на основе волеизъявления большинства.

Таким образом, о праве как таковом начали думать, как о результате не индивидуальных актов выбора, а групповых решений. Другое следствие произошедшей в наше время революции в понимании права состоит в том, что процесс создания закона стал в основном восприниматься не в связи с теоретической деятельностью экспертов, например, судей и юристов, а в связи с волей победившего большинства внутри законодательного органа.

Законодательство, особенно по сравнению с бесчисленными актами выбора, которые индивиды совершают ежедневно, кажется чем-то совершенно исключительным и даже противоречащим всему остальному, что происходит в человеческом обществе. Этот контраст наиболее ярок в тех случаях, когда мы сравниваем законодательство с процессом развития науки. Я бы даже назвал это одним из самых больших парадоксов современной цивилизации: она достигла потрясающего уровня развития научных методов, в то же самое время расширяя, добавляя и поощряя такие прямо противоположные им вещи, как групповые решения и волеизъявление большинства. Посредством групповых решений и волеизъявления большинства никогда не удавалось достичь никакого научного результата. Ни одна научная истина не была установлена или опровергнута посредством принуждения по отношению к ученым со стороны невежественного большинства или фанатичных тиранов. Напротив, научное исследование — это наиболее яркий пример стихийного процесса, включающего добровольное сотрудничество бесчисленного количества индивидов, каждый из которых принимает в нем участие в соответствии со своими желаниями и способностями.

Исторический опыт показывает, что законодательство не является разумной альтернативой произволу и часто занимает место в одном ряду с самонадеянными постановлениями тиранов или высокомерного большинства, направленными против стихийных процессов формирования общей воли.

Глава 8. Анализ некоторых трудностей

За последние сто лет общество в целом постепенно привыкло считать вмешательство властей в дела частных лиц гораздо более полезным, чем полагали в первой половине XIX века. Когда сегодня кто-либо осмеливается утверждать, что «большое государство» и патерналистский парламент должны отказаться от своих полномочий в пользу частной инициативы, критика обычно состоит в том, что стрелки часов нельзя заставить идти в обратном направлении, что времена [laissez faire](#) прошли навсегда. И в политике, и во многих других областях, если мы стремимся достичь наших целей в

соответствии с либеральными принципами, без согласия наших сограждан нельзя делать ничего, а это согласие, в свою очередь, зависит от того, во что люди верят. Важно установить, насколько правы люди, придерживаясь того или иного мнения. Общественное мнение — это еще не все, даже в либеральном обществе, хотя общественное мнение — это очень важно, особенно в либеральном обществе.

К сожалению, социалистические доктрины, включающие более или менее открытое осуждение личной свободы законодателями и правительствами, все еще более привлекательны для масс, чем холодные рассуждения экономистов. В таких обстоятельствах судьбы дела свободы в большинстве стран мира кажутся безнадежным.

Насколько доказательства экономической науки способствуют пропаганде свободных рыночных отношений? К сожалению, ни эмпирический, ни априорный подход в экономической теории не принесли полностью удовлетворительных результатов. Это, конечно, подразумевает, что выбор системы личной свободы образованными людьми не может быть следствием экономической аргументации, сила убеждения которой была бы сравнима с соответствующей аргументацией в математике или отдельных разделах физики.

Существует еще огромная территория сомнительных вопросов, что-то вроде «ничьей земли», которую поверхностные мыслители и демагоги тщательно возделывают на свой лад, чтобы вырастить на ней разнообразные грибы, многие из которых ядовиты, и подать их согражданам под видом итогов научной работы. Есть некоторое утешение в том, что, в соответствии с либеральными идеалами, нужно только несколько общих предположений, чтобы основать и развивать либеральную систему, потому что по самой своей природе такая система позволяет людям работать так, как им кажется лучше, при условии, что они не вмешиваются в такого же рода работу других людей.

Во всех тех случаях, когда объективное решение проблемы не представляется возможным, следует делать вывод не о том, что индивидам следует действовать под руководством властей, а наоборот, о том, что власти должны воздержаться от указаний, которые не могут быть основаны на объективных решениях соответствующих проблем.

Распространенное заявление «мы не можем повернуть время вспять» не просто выражает гордость тем, как широко распространились социалистические идеи, но, вероятно, подразумевает, что социалистические часы показывают не просто правильное время, а такое время, которое считается правильным по умолчанию.

Социалистические принципы основаны на предположении, что в сфере экономической деятельности власти не только честнее, но и мудрее, квалифицированнее и компетентнее, чем частные лица. Очевидно, что это предположение не доказано, а против него свидетельствует масса экономических примеров.

Заключение. Создание закона есть в гораздо большей степени теоретический процесс, чем акт воли, а теоретический процесс не может быть результатом решений, принятых властными группами за счет инакомыслящего меньшинства. Если фундаментальное значение этой идеи будет вновь осознано в наше время, то восстановится подлинный смысл судебной функции, и законодательные собрания, а также квази-законодательные комиссии потеряют свою власть над обычными людьми. При этом ни один судья не располагает такими полномочиями, чтобы его личные поступки могли деформировать процесс, в котором могут состязаться все аргументы всех сторон, и обеспечить ему личное доминирование над ситуацией, похожей на ту, которая описана в строках Теннисона:

*Где расширяется Свобода?
От прецедента к прецеденту.*