

Научная статья  
УДК 34.01  
doi: 10.17223/15617793/500/24

## От «правовой рамки» – к *Nomos*'у: эволюция правовых идей Фридриха Хайека

Руслан Султанович Рааб<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия, [belchikroma@gmail.com](mailto:belchikroma@gmail.com)

**Аннотация.** Предпринимается попытка реконструкции интеллектуальной эволюции Фридриха Хайека как правоведа. Описаны три этапа его интеллектуальной эволюции: либеральный позитивизм, сомнения юснатурализма и цивилистический консерватизм. Выдвигается предположение, что движущей силой этой эволюции была эпистемология Хайека, которая не только привела ученого к современной теории децентрализованных порядков, но и стала основой его консервативной юридической методологии.

**Ключевые слова:** Фридрих Хайек, теория права, позитивизм, юснатурализм, консерватизм, эпистемология, рациональность права, прецедентное право

**Для цитирования:** Рааб Р.С. От «правовой рамки» – к *Nomos*'у: эволюция правовых идей Фридриха Хайека // Вестник Томского государственного университета. 2024. № 500. С. 218–230. doi: 10.17223/15617793/500/24

Original article  
doi: 10.17223/15617793/500/24

## From “rational framework” to *Nomos*: The evolution of Friedrich Hayek’s legal thought

Ruslan S. Raab<sup>1</sup>

<sup>1</sup> HSE University, Moscow, Russian Federation, [belchikroma@gmail.com](mailto:belchikroma@gmail.com)

**Abstract.** Despite Friedrich Hayek’s significant role in the development of modern social sciences, scholars still debate over the nature of his legal ideas. The key reason for this lack of certainty seems to be Hayek’s highly unusual intellectual development in the sphere of legal thought. Starting with quite a standard liberal-positivist view on jurisprudence, the scientist, as he studied legal issues more closely, came to a rather conservative view of law, opposite to the very essence of legal positivism. How did Hayek, who had been deeply influenced by “civil law positivism” during his student’s years at the University of Vienna, at a relatively mature age, when people are not supposed to change established views, come to radically different legal ideas? The answer to this question is not only interesting, but also instructive. After all, it was during the late period, parallel to the formation of conservative legal ideas, that Hayek formulated his most progressive ideas on the constitutional reform and denationalization of money. To understand these and other ideas of the “late” Hayek, we need to study the intellectual tendencies which demonstrate their most vivid expression in the radical evolution of his legal views. By reconstructing this evolution, based on Hayek’s diverse works (starting with articles on socialism of the 1930s and ending with fundamental works on jurisprudence and social theory from the 1970s to the 1980s), we conclude that Hayek went through the three stages of intellectual development as a legal scholar. The first stage was “liberal positivism”, marked by faith in legislation and distrust in judicial law-making. This stage was replaced by the next stage, the “reflections of natural law” stage, during which Hayek questioned the self-sufficiency of state legislation and tried to find a more fundamental basis for law in the natural law doctrines. After failing to find such a basis in natural law, Hayek rejected both positivism and natural law, and tried to explain law through the prism of his theory of social cognition – epistemology of critical rationalism. The result of this attempt was a somewhat peculiar view of law that we can describe as “private property conservatism”. Although this “private property conservatism” sees law as a system of spontaneously developed customs and precedents of private law, the source of this “old-fashioned” view is not ideology or aesthetics, but epistemology of critical rationalism that “technically” denies the very possibility of large-scale rational invention of a legal system. The recognition of this impossibility, due to the development of Hayek’s epistemological ideas, makes it possible to explain the nature of his intellectual evolution as a jurist, as well as to clarify the essence of his “later” legal ideas.

**Keywords:** Friedrich Hayek, theory of law, positivism, natural law, conservatism, epistemology, rationality of law, common law

**For citation:** Raab, R.S. (2024) From “rational framework” to *Nomos*: The evolution of Friedrich Hayek’s legal thought. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta – Tomsk State University Journal*. 500. pp. 218–230. (In Russian). doi: 10.17223/15617793/500/24

## Введение

Фридрих Август фон Хайек является выдающимся представителем общественной мысли XX в. и едва ли нуждается в представлении. С получением в 1974 г. Нобелевской премии по экономике ученый обрел мировое признание. Многие его прогнозы сбылись, а его теория социальных структур как децентрализованных информационных механизмов получила дальнейшее развитие, в том числе практическое. Вместе с тем, несмотря на широкое признание и практическое применение в самых различных сферах, включая политику [1. С. 20], идеи Хайека даже спустя много лет не всегда воспринимаются вполне корректно. Стоит ли говорить о тех многочисленных мифах и стереотипах, которыми окружено имя ученого. Виноваты в этом, как кажется, не только критики и интерпретаторы Хайека, но и он сам. Будучи, по собственному признанию, тем еще «головомомщиком», ученый никогда не останавливался на неких заданных постулатах и постоянно развивал собственную теорию. Такое развитие сопровождалось довольно частым изменением как терминологии, так и самой теории. О радикальных «поворотах» в развитии теории Хайека сказано немало [2. С. 177]. И если мы попробуем найти такую область теоретизирования, в которой эти «повороты» были наиболее радикальными, то, пожалуй, этой областью окажется философия права.

В области философии права «поворот» мысли Ф. Хайека был не просто радикальным, но, в каком-то смысле, «диаметральным» [3. С. 92]. На заре своего философско-правового творчества Хайек был типичным представителем либерального позитивизма в юриспруденции и верил, что рациональное конструирование законодательства может привести к прогрессу экономического порядка. Собственно, именно таким он и запомнился массовому читателю. Однако в поздних работах Хайека признаков наивной веры в законодательство мы уже не находим. Более того, мы находим там нечто диаметрально противоположное – суровую критику законодательства и веру в обычаи и судебные прецеденты как главные источники права. Глядя на такую интеллектуальную трансформацию, невольно задаешься вопросом: что именно стало причиной столь радикального изменения в правовом мышлении?

В данной статье мы попробуем найти ответ на этот вопрос. Для этого вернемся к истокам юридического мышления «раннего» Хайека, только начавшего всерьез размышлять о проблемах права, и проследим, как его мысль развивалась на протяжении всей его научной деятельности, вплоть до своей «поздней» формы. Едва ли этот путь будет коротким. Согласно нашей гипотезе, на этом долгом пути Хайек прошел три этапа. Первым был этап либерального позитивизма, отмеченный верой в государственное законодательство и недоверием к любому судебскому правотворчеству. Данный этап сменился вторым, этапом сомнений юснатурализма, в ходе которого Хайек усомнился в самодостаточности государственного законодательства и попытался найти более фундаментальное основание юриспруденции в доктринах естественного права.

Не найдя такового в юснатурализме, Хайек отбросил как позитивизм, так и юснатурализм и попытался самостоятельно осмыслить право с точки зрения своей теории социального познания – эпистемологии критического рационализма. Следствием этой попытки стал довольно своеобразный взгляд на право как на систему стихийно эволюционирующих частнопроводных обычаев и прецедентов, который трудно отнести к тому или иному типу правопонимания и который мы с некоторой долей условности обозначим как цивилистический консерватизм.

Именно этот консервативный взгляд на право, представляющий собой, по меткому замечанию Джереми Шеармура, «необычную, но тем не менее увлекательную смесь из мышления в стиле *common law* и эпистемологии Карла Поппера» [4. С. 163], как нам кажется, составляет третий и заключительный этап эволюции правовых идей Хайека. Данный этап чаще всего не вполне точно интерпретируется и представляет исследовательский интерес. К нему мы в свое время подойдем. Начать же стоит с первого этапа интеллектуальной эволюции Хайека – этапа либерального позитивизма.

### Этап I. Либеральный позитивизм. Право как «правовая рамка»

Первый этап интеллектуальной эволюции Фридриха Хайека как правового мыслителя может быть назван периодом либерального позитивизма. Хронологические рамки периода: середина 1930-х – середина 1950-х гг. Значимые работы данного периода: «Экономический расчет при социализме (I): характер и история проблемы» (1935), «Экономические условия межгосударственного федерализма» (1939), «Факты общественных наук» (1942), «Сциентизм и исследование общества» (1942), «Дорога к рабству» (1944), «Индивидуализм: истинный и ложный» (1945), «Свободное предпринимательство и конкурентный порядок» (1947), «Конт и Гегель» (1952), «Политический идеал верховенства права» (1955). В данных работах право, представленное преимущественно государственным законодательством, рассматривается как инструмент рационального переустройства общественных отношений согласно идеалам свободы и либерального экономического порядка.

Идея свободы личности, безусловно, была самой яркой чертой того взгляда на право, который был сформулирован в ранних работах Хайека по юриспруденции. В этих работах политический идеал свободы трансформируется в юридический идеал «верховенства права», требующий, чтобы правовые нормы представляли собой общеобязательные правила поведения, четко и заблаговременно определяющие пределы свободных действий граждан согласно принципу «все, что прямо не запрещено законом, – разрешено».

Такое требование максимальной свободы действий для граждан вытекало из идеи превосходства рыночной самоорганизации над государственным управлением экономикой. Государство не может эффективно

управлять экономикой, поскольку не способно сконцентрировать в едином центре принятия решений всю необходимую для этого экономическую информацию, дисперсно рассредоточенную среди миллионов непосредственно не связанных друг с другом людей. Из этого эпистемологического тезиса о нецентрализованности экономической информации Ф.А. Хайек сделал вывод о невозможности централизованного управления экономикой, а равно о превосходстве децентрализованных механизмов рыночной самоорганизации, требующих для своего функционирования особой правовой системы – системы правовых норм, допускающих максимальную степень индивидуальной свободы и частной инициативы полноправного собственника. Таков вкратце либеральный правовой идеал «раннего» Хайека.

С одной стороны, этот правовой идеал является следствием эпистемологии критического рационализма, принятой ученым. Именно сомнение в эпистемологических способностях людей по части планового управления экономикой заставило Хайека сделать выбор в пользу рыночных правовых институтов. С другой стороны, выбор в пользу этих институтов был обусловлен эпистемологией критического рационализма лишь *косвенно*. О прямом влиянии критической эпистемологии на *правовые* идеи Хайека говорить не приходится, поскольку эпистемологический аргумент о невозможности централизованного управления экономикой еще не трансформировался в аргумент о невозможности централизованного управления правовой системой общества. В отличие от управления экономикой, централизованное управление правовой системой общества «ранний» Хайек считал *вполне возможным и даже желательным* [5. С. 135].

Основанием для такого рационалистического взгляда на право служит эпистемология не критического, но *картезианского* рационализма, согласно которой человеческий разум достаточно могуществен, чтобы целенаправленно конструировать экономически эффективные правовые институты [6. С. 161]. Из этой «картезианской» уверенности в могуществе человеческого разума, собственно, и вытекают три наиболее характерных аспекта утилитарного правопонимания «раннего» Хайека, подчёркивающего, вопреки его более поздним идеям, *рациональность, текстуальность и статичность* права.

*Рациональность* права занимает в этом утилитарном юридическом мышлении особо важное место. Даже сам термин «право» (law), нагруженный различными иррациональными и ценностными коннотациями, в работах Ф. Хайека 1930-х гг. используется относительно редко. Вместо него ученый использует термин «рациональная рамка стабильных отношений» (*rational permanent framework*) [7. С. 268]. Эта рациональная «правовая рамка» максимально четко отделяется Хайеком от всего того, что возникло нерациональным путем и своим происхождением обязано стихийному эволюционному процессу.

Стремление к подобному обособлению права от всего стихийного и нерационального проявляется в хайековском различении «институтов» и «формаций». Стихийно возникшие культурные формы, такие как

язык, деньги, нравы, обычаи и мораль, именуются «формациями» и противопоставляются рационально сконструированным «институтам», к числу которых ученый относил, помимо прочего, «законы и организации» [8. Р. 145]. Именно эти рационально сконструированные законы должны заменить «исторически данные правовые институты», в отношении которых нет никаких оснований полагать, что они являются «единственными правильными» [5. Р. 135] или «наиболее естественными в каком бы то ни было смысле» [5. Р. 134–135]. Слово «естественный» Хайек выделяет курсивом не случайно: ему как юридическому позитивисту было важно предупредить интерпретации, связанные с «естественной предзаданностью» правовых институтов свободного рынка, и показать, что наиболее эффективные правовые институты являются результатом рационального конструирования со стороны законодателя.

По мнению ученого, человек не просто способен рационально конструировать «правовую рамку», но и обладает в этой области крайне широкими возможностями. Как пишет сам Хайек, область конструирования правовой рамки представляет собой «почти безграничное поле для человеческой изобретательности в плане конструирования» [9. Р. 19–20]. Желая подтвердить этот тезис, ученый и сам выдвигает целый ряд предложений по преобразованию различных правовых институтов. Здесь находится место институтам земельной собственности, энергетического права, воздушного права [9. Р. 20], договорного права [10. Р. 115], налогового права [10. Р. 118], права корпораций [10. Р. 116], права интеллектуальной собственности [10. Р. 114–115] и т.д. [10. Р. 114–118]. Таким образом, ярко выраженная рационалистическая установка Хайека проявляется не только в теоретических идеях, но и в конкретных предложениях по целенаправленному изменению сформировавшихся институтов права.

Следствием рационального характера права оказывается его *текстуальность*. Текст является единственным инструментом, позволяющим претворить в жизнь сознательно сконструированные правила. Поэтому чем более рационально право, тем выше роль правового текста. Эту подчеркнутую важность правовых текстов мы находим и в работах «раннего» Хайека, изображающего главным источником права писаное законодательство. Беспроblemное законодательство, не оставляющее никакого усмотрения судье, представляется в качестве наиболее желательного образа правового регулирования [11. Р. 132], а качество этого регулирования ассоциируется в первую очередь с четкостью и ясностью кодифицированного правового текста [11. Р. 148]. Закрепление прав и свобод граждан в такого рода текстах мыслится как важнейший способ их практического гарантирования [11. Р. 141]. Заблаговременное определение прав и обязанностей граждан в писаном законе характеризуется как ключевое условие его «верховенства».

Несовместимая с этим принципом верховенства права практика английского *common law*, допускающая прецедентное применение в отношении граждан таких правил поведения, которые не были заблаговременно сформулированы в том или ином писаном источнике, подвергается критике [11. Р. 147].

Только «проспективное» правовое регулирование, при котором ни одно правило не является юридически обязательным до того, как оно было надлежащим образом доведено до своих адресатов, является совместимым с либеральным правопониманием Хайека. И поскольку нет иного пути обеспечения проспективности правового регулирования, кроме как через описание правил в заблаговременно опубликованных текстах, важнейшим аспектом права как рационального института оказывается его строго текстуальный характер.

Не прямым, но важным следствием строгой текстуальности права является его *этактичность*. Безусловно, агенты государства – не единственные субъекты, способные формировать корпус официальных нормативных текстов. Вместе с тем именно они лучше других подходят на роль централизованного источника общеобязательных нормативных предписаний. Чем выше роль текста в развитии права, тем больший контроль над правом получают агенты государства. Поэтому когда мы видим, сколь значительное внимание «ранний» Хайек уделяет тексту писаного права, нам не стоит удивляться, что и государству в его картине правового мышления отведена достаточно весомая роль.

Во-первых, право создается и поддерживается государством. То, что не создано государством и не поддерживается государственным принуждением, Ф. Хайек «правом» не называет. Международное право по причине необеспеченности принуждением государства полноценным правом не считается [12. С. 232]. Во-вторых, право, созданное и гарантированное государством, конституирует пространство свободы через заблаговременное предупреждение индивидов о том, как *агенты государства* будут вести себя в тех или иных ситуациях [12. С. 114]. Именно агенты государства, конституционно ограничивающие свои действия, определяют область индивидуальной свободы и выступают для индивидов своеобразной «точкой отсчета» в вопросе свободы действий. В-третьих, несмотря на признание частного права ключевым институтом свободного общества, Хайек часто обращается к нормам права публичного. Из его работ следует, что публичное и частное право обладает единой правовой природой. В целом, государственный взгляд на право является доминирующим.

Таковы три ключевых аспекта правопонимания Хайека 1930–1950-х гг., отражающие его видение права как *рационального, текстуального и этактичного феномена*. Подобное понимание, как кажется, не только является разновидностью «современного» взгляда на право, но и позволяет говорить о том, что либеральный правовой идеал «раннего» Хайека был во многом близок правовому идеалу юридического позитивизма. Начиная с прямого отрицания «естественного» характера права и заканчивая критикой английского *common law* в духе классического позитивизма, все указывает на позитивистский характер правовых воззрений ученого.

Как таковой данный факт едва ли должен нас удивить. В молодости Фридрих Хайек не только находился под влиянием идей «Венского кружка» [13. Р. 231], сыгравших важную роль в развитии юридического позитивизма, но и имел возможность познако-

миться с позитивистскими и нормативистскими идеями, что называется, из первых рук. Как известно, Ганс Кельзен был одним из преподавателей Хайека в Венском университете [14. Р. 276], а видный юридический позитивист Феликс Кауфман регулярно посещал заседания хайековского «духовного кружка» (*Geistkries*) [15. С. 337]. Даже наставник Хайека Людвиг фон Мизес, оказавший на своего коллегу колоссальное влияние, придерживался такого взгляда на право, который был весьма близок юридическому позитивизму [14. Р. 242]. Впрочем, это лишь предпосылки. Говоря о работах Хайека с точки зрения содержания, можно сказать, что главным признаком наличия в них позитивистского взгляда на право является приверженность «раннего» Хайека ключевому теоретическому тезису юридического позитивизма – тезису о строгом разделении права как «должного» и права как «сущего» (*separation thesis*).

Согласно «разделительному тезису» позитивизма, никакие соображения о должном, о соответствии или несоответствии существующего права неким целям и ценностям не должны влиять на наше суждение о том, что некоторое право существует или не существует в качестве действительного и обязательного. Несмотря на то что столь строгий тезис может показаться несовместимым с «идеологическим пылом» Хайека как либерального теоретика, именно такой строгий взгляд на право мы обнаруживаем в его правовых исследованиях раннего периода. Обозначив необходимость четко разделять суждения о ценностях и суждения о научных фактах в процессе исследования общества [5. Р. 130], ученый старался отделить право как сущее от разного рода ценностных идей вроде морали и справедливости, а равно оценочных категорий, таких как «разумность» [12. Р. 115–116].

Наиболее однозначное отделение права как «сущего» от всего «должного» мы находим в «Каирских лекциях» Ф. Хайека, озаглавленных «Политический идеал верховенства права» (1955). В них он, несмотря на защиту ценностного идеала верховенства права, тем не менее, делает оговорку, согласно которой право, конечно же, должно соответствовать таким требованиям верховенства права, как, например, абстрактность и проспективность, однако это не значит, что данные требования являются *частью самого права* [11. Р. 155]. Хайек пишет, что данные требования представляют собой не юридический, но *политический* идеал [11. Р. 163], а право, которое не соответствует этому либеральному политическому идеалу, может быть «плохим правом», однако самого статуса права не лишается. Даже противореча политическому идеалу, право остается *правом*. Право отделяется от политики. В той мере, в которой это так, идеи Хайека периода 1930–1950-х гг., можно признать не только либеральными, но и позитивистскими в смысле их соответствия главному тезису юридического позитивизма – тезису о разделении права как «сущего» и права как «должного».

Любопытно, что примерно тогда же, когда Хайек мыслил в духе юридического позитивизма, он начал сильно критиковать позитивизм в социальных науках.

В нем он увидел один из истоков антиправового тоталитаризма. Ученый посчитал возможным возложить немалую долю ответственности за тоталитаризм на доктрины позитивизма и сциентизма в социологии, берущие начало в идеях Анри де Сен-Симона и Огюста Конта. Главная его претензия к этим доктринам заключалась в том, что они отказываются признавать всякий институт, для существования которого рационально мыслящие люди не способны подыскать какого-то разумного обоснования. Любое традиционное правило, рациональный смысл которого не очевиден, объявляется ненужным или даже вредным. Из этого проистекает неспособность позитивистской социологии понять природу таких спонтанных институтов цивилизации, как рынок, деньги, мораль и т.д. [8. Р. 161]. Присущая социологическому позитивизму «неуемная тяга к объединению и систематизации» [16. Р. 274], а равно стремление представить человека как субъекта одних лишь обязанностей, но не прав [16. Р. 274–275], также подвергается критике. Казалось бы, все эти критические замечания применимы не только к социологическому позитивизму, но и к некоторым разновидностям позитивизма юридического.

Однако Хайек не делает такого умозаключения. По крайней мере, из его работ это не следует явным образом. Причина этого состоит в том, что те спонтанные институты цивилизации, которые ученый позже будет ассоциировать с правом, на данном этапе развития его идей пока еще относятся им не к праву, а к морали. Именно «моральным кодексом» [8. Р. 155] он называет спонтанно возникающие «традиции и обычаи, которые, не будучи принудительными, создают гибкие и соблюдаемые правила, делающие поведение окружающих людей достаточно предсказуемым» [9. Р. 23]. Эти традиции и обычаи он включает в число формальных правил, добровольное подчинение которым составляет «единственную... альтернативу подчинению чьей-то руководящей воле» [8. Р. 155]. Позже эти добровольно воспринятые формальные правила будут осмыслены не только как часть морали, но и как часть права. А пока, на этапе либерального позитивизма, Хайек не включает их в область права, поэтому и юридический позитивизм, столь же нечувствительный к спонтанным институтам, как и позитивизм научный, в отличие от последнего критике не подвергается. Пока право есть не спонтанный институт цивилизации, а рационально сконструированная «правовая рамка», юридический позитивизм, осмысляющий право как результат рационального планирования, полностью устраивает Хайека.

Справедливости ради необходимо отметить, что к концу своего юспозитивистского периода, где-то в начале 1950-х гг., Ф.А. Хайек начинает менять собственный взгляд на право. Те спонтанно возникшие правила «морального кодекса», которые еще недавно он определял как никак рационально не сконструированные «формации» и противопоставлял праву как рационально сконструированным «институтам», все больше начинают входить в сферу его правового мышления. Хайек демонстрирует такой взгляд на право, при котором термин «право» применяется не только к

рационально созданным законам, но и к правилам, возникшим не вполне рациональным путем.

Первые признаки этого можно увидеть в небольшом очерке Хайека «Конт и Гегель» (1952), впервые опубликованном в книге «Контрреволюция науки». В этом тексте ученый подчеркивает связь тоталитарных режимов не только с философией позитивизма в целом, но также и с идеями позитивизма юридического. Юридический позитивизм впервые начинает фигурировать как объект критики. В вину «моральному и правовому позитивизму» (курсив мой. – Р.Р.) ставится близость этого мировоззрения к потестарному принципу «кто сильнее, тот и прав» [17. Р. 299], а равно пренебрежение ко всяким социальным институтам, чье возникновение не было результатом сознательных расчетов человеческого ума [17. Р. 298].

Более полно эта критика юридического позитивизма будет развернута в уже упомянутой нами работе Хайека «Политический идеал верховенства права» (1955). Именно эту работу можно считать своего рода переходом между либеральным позитивизмом Хайека и его более поздними взглядами, близкими к естественному праву. Если бы не столь явная приверженность Фридриха Хайека «разделительному тезису» как главному тезису юридического позитивизма, каковую ученый демонстрирует в этой работе, мы бы, возможно, отнесли её к естественно-правовой традиции. Лишь по упомянутой выше причине мы не можем сделать этого, даже несмотря на критику юридического позитивизма, каковую обнаруживаем в ней. И тем не менее эта критика достаточно существенна, чтобы именно с нее начать рассмотрение второго этапа эволюции правовопонимания Хайека, условно обозначенного нами как этап сомнений юснатурализма.

## Этап II. Сомнения юснатурализма. Право как «истинное право»

Второй этап эволюции правовопонимания Ф.А. Хайека охватывает период с середины 1950-х и до середины 1960-х гг. В значительной мере к этому второму этапу можно отнести и завершающую работу предыдущего этапа – «Политический идеал верховенства права» (1955). Однако главный текст второго этапа – «Конституция свободы» (1960). Также являются значимыми: «Виды рационализма» (1964), «Заметки об эволюции систем правил поведения» (1967), «Результат человеческих действий, но не человеческого замысла» (1967). Период интеллектуальной эволюции Хайека, охватывающей данные работы, обозначен нами как период сомнений юснатурализма не случайно. Данный период, в который Хайек обращается к идеям естественного права, в полной мере можно описать как период сомнений и поисков. По итогу этих поисков Хайек не только поставил под сомнение «позитивистскую» рациональность, текстуальность и этичность права, но и, как кажется, отказался от строгой приверженности «разделительному тезису» юридического позитивизма.

Сетуя на то, что современных правоведов совсем перестал заботить вопрос о том, каким право «должно

быть» [11. Р. 127], Хайек начинает подчеркивать важность определенных содержательных критериев, позволяющих судить о том, «хорош закон, или плох» [11. Р. 157]. Эти содержательные критерии, будучи «нормальными и необходимыми» для всех цивилизованных государств, мыслятся как универсальные и не зависящие от конкретных законов той или иной отдельно взятой страны [11. Р. 141]. Именно на эти критерии мы должны ориентироваться, чтобы, как сформулирует Ф. Хайек в своей более поздней работе «Конституция свободы» (1962), отличить «недо-право»<sup>1</sup> от «истинного права»<sup>2</sup>.

Основу данного оценочного критерия составляет идея права как «системы правил поведения, обеспечивающих незримые границы индивидуальной частной сферы, очерчивающей пределы свободной деятельности индивидов» [18. Р. 215]. Юридические правила, устанавливающие данные пределы, должны обладать рядом признаков: а) правовая норма является всеобщей по своему действию и, в идеале, распространяется на всю территорию и все времена, т.е. в каком-то смысле является такой же универсальной, как и закон природы (желательно, чтобы универсальности правил не мешали даже границы государств<sup>3</sup>); б) правовая норма должна пониматься в духе общедозволяющего правового регулирования [11. Р. 138] и не изменяться на протяжении длительного периода времени [12. Р. 113]; в) правовая норма не должна иметь конкретной цели и по своей сути лишь «негативно» запрещать некоторый абстрактный класс действий в широком спектре возможных ситуаций [12. С. 113], а не указывать на «позитивную» обязанность сделать что-то конкретное в конкретной ситуации; д) правовая норма должна применяться ко всем людям одинаковым образом [11. Р. 132], независимо от соображений целесообразности в конкретном деле; е) правовая норма должна быть четко сформулированной, понятной всем и применяться к людям только в пределах тех обстоятельств дела, которые этими людьми могли осознаваться [11. Р. 166]; ф) правовая норма должна быть заблаговременно опубликована в виде текста, доступного для ознакомления всем лицам, кого действие нормы может затронуть [12. Р. 112]; г) правовая норма должна быть такой, чтобы нельзя было заранее понять, как именно ее принятие повлияет на положение конкретных лиц, дабы при ее принятии избежать личной заинтересованности [11. Р. 139; 12. Р. 115]. Таковы критерии «истинного права», которые мы находим в работах Хайека естественно-правового периода.

Несмотря на то что эти критерии описывались Ф. Хайеком и ранее, лишь в период 1950–1960-х гг. он начал использовать их в смысле идеи естественного права, т.е. как критерий правопонимания, отделяющий «истинное право» от «не-истинного». Эту естественно-правовую тенденцию своего мышления признавал и сам ученый, отметивший значимость связи между теорией верховенства права и идеями естественного права [11. Р. 155]. Если ранее ученый старался не акцентировать внимание на схожести своих идей с идеями естественного права, то теперь обращение к ним становится гораздо более явным. Идея естественного права

рассматривается как один из источников правильной социальной теории [20. Р. 299] и определяется как куда более научная, нежели претендующий на научность юридический позитивизм [20. Р. 300]. Последний рассматривается как теория права, требующая признать «правом» любое правило, исходящее из определенного источника [18. Р. 195], а потому несовместимая с идеалом верховенства права [11. Р. 157]. На этом признании фундаментальной несовместимости идеи верховенства права с идеей юридического позитивизма путь Хайека как юридического позитивиста можно считать завершенным.

Вместе с отходом от позитивизма Ф.А. Хайек отходит и от рационалистического взгляда на право как на целенаправленно сконструированную «правовую рамку». Право все больше ассоциируется с чем-то таким, что возникает в ходе спонтанных процессов социальной эволюции, а юридический позитивизм все более явно обвиняется в неспособности понять спонтанное происхождение правовых институтов, столь хорошо отраженное некоторыми доктринами естественного права [21. Р. 42] и нашедшее свое частичное выражение в концепции природы вещей, *natura rei* [22. Р. 289]. В этом смысле именно «концепция естественного права... предлагает адекватный ответ на... самый главный вопрос» [18. Р. 345] относительно такого происхождения права, которое не предполагает его осознанного конструирования неким рациональным законодателем.

Как пишет Хайек, «в чем все школы естественного права согласны между собой – так это в том, что существуют правила, которые не были обдуманно и целенаправленно созданы каким-либо законодателем. Они согласны в том, что источник юридической силы всего позитивного права – некоторые правила, которые в этом смысле не были созданы людьми, но их можно “обнаружить”, и что эти правила устанавливают как критерии справедливости позитивного права, так и основания, по которым люди должны его соблюдать» [18. Р. 346].

Пусть это рассуждение и относится к характеристике школ естественного права, не будет ошибкой сказать, что через данное рассуждение Хайек описал суть тех изменений в собственном восприятии права, которые связаны с его растущими сомнениями относительно рациональной природы права как чего-то такого, что можно законодательно конструировать для достижения тех или иных сознательно установленных целей.

Пересмотрев свои излишне рационалистические представления о законодательном конструировании права, Ф. Хайек по-новому взглянул на вопросы текстуальности и этичности права. Ранее наблюдавшийся примат писаного права над неписанным был поставлен под сомнение [18. Р. 130], что, помимо прочего, нашло отражение в признании важной роли неписанных обычаев и традиций в функционировании правовой системы [18. Р. 176–177].

Были признаны некоторые преимущества прецедентного права над законодательством [18. Р. 235–236], а судьи изображены в качестве тех, кто не просто

создает право неким произвольным образом, но скорее «открывает» право, объективно предсуществующее в неписаной правовой традиции [18. Р. 234–235].

Идея неписаной правовой традиции позволяет Ф. Хайеку несколько эмансипировать право от государства и подвергнуть критике позитивистскую идею суверенитета государства над правом [18. Р. 379]. Государство не может обладать суверенитетом над унаследованной правовой традицией, поскольку оно не способно эффективно заменить своим писаным законом неписанные правовые принципы. Эти принципы обладают верховенством как над писаными текстами, так и над государством в целом, ввиду чего не только текстуальность, но и этичность права оказывается объектом критики. Вместо ранее признаваемой государственной монополии на производство правовых предписаний Хайек предлагает идею гетерогенного правопорядка, допускающего конкуренцию и сосуществование различных нормативных систем [18. Р. 124]. По смыслу его теории, такая конкуренция будет способствовать стихийному формированию наиболее эффективной правовой системы, не обязанной своим возникновением централизованному планированию.

Впрочем, даже несмотря на такую критику рациональности, текстуальности и этичности права, мы все еще не можем сказать, что Фридрих Хайек полностью освободился от этих идей. Идеи в духе радикального утилитаризма, допускающие практически неограниченное конструирование правовой системы, были отброшены, но в более умеренном «утилитаризме правил» ученый еще не разочаровался.

Так, отрицая возможность неограниченного конструирования правовой системы без учета неписанных принципов права, он, следуя идеям картезианского рационализма о могуществе человеческого разума, все же считал, что мы вполне можем *рационально проанализировать функцию отдельных правил поведения и улучшить их с помощью законодательства* [18. Р. 197]. Как следствие, при всех ограничениях правовой традиции именно писанный закон остается важнейшим источником права и фактором правового развития [18. Р. 276–277]. И наоборот: неписаное прецедентное право, несмотря на некоторое признание, по-прежнему критикуется за отсутствие перспективности своих предписаний и несоответствие не только важнейшему принципу верховенства права, требующему применять к гражданам лишь те правила поведения, которые были заблаговременно доведены до них в письменной форме [18. Р. 254], но и либеральному принципу разделения властей [18. Р. 282–283].

Строгое следование этому принципу требует, чтобы не суды, но лишь государство создавало или признавало правила поведения, именуемые «правом». Соответственно, важнейшим атрибутом права по-прежнему остается обеспеченность государственным принуждением, а публичное и частное право по своей природе никак не различается [18. Р. 318]. Словом, несмотря на переход Хайека от идей юридического позитивизма к идеям естественного права, принципиальные со-

ставляющие его взгляда на право, выраженные в современных идеях рациональности, текстуальности и этичности права, *не претерпели коренных изменений*.

Связано это с тем, что сама по себе идея естественного права, по крайней мере, в определенных ее версиях, не исключает того рационалистического и, можно сказать, современного взгляда на право, который характерен для юридического позитивизма [23. Р. 21; 24]. И позитивизм, и естественное право, пусть и в различной степени, вполне могут представить право как пространство рационального конструирования правил поведения для тех или иных рациональных целей.

Что же касается их различий, то нередко они могут быть сведены лишь к одному-единственному вопросу о том, как нам следует употреблять термин «право». Вопросу сугубо второстепенному и не принципиальному. Неудивительно, что различие в сугубо второстепенных вопросах, нередко определяющих грань между «позитивистскими» и «естественно-правовыми» теориями, приводит к тому, что в *главных* вопросах эти доктрины могут быть мало отличимы друг от друга. Именно поэтому Хайек позже отойдет от идей естественного права и скажет, что между естественным правом и юридическим позитивизмом подчас нет никаких существенных различий. На этом обращение ученого к дискурсу естественного права можно будет считать пройденным этапом.

Вместе с тем сама эта попытка обращения к естественному праву не только составила важнейшую веху в интеллектуальной эволюции Хайека, но и отразила стремление ученого выйти за пределы современного правопонимания в духе картезианского рационализма и позитивизма. Пусть в работах середины 1950-х и середины 1960-х гг. данный образ мышления еще не был преодолен, многие существенные шаги уже были сделаны. Так, в работе 1966 г. «Принципы либерального социального порядка» Хайек формулирует целый ряд тезисов, обозначивших качественно новый подход к пониманию права. Этот подход стал основой для третьего и завершающего этапа интеллектуальной эволюции Ф. Хайека как правоведа – этапа цивилистического консерватизма.

### Этап III. Цивилистический консерватизм. Право как *Nomos*

Третий этап эволюции правопонимания Фридриха Хайека охватывает период с начала 1970-х гг. и представляется завершающим. Пусть первые тексты этого этапа возникли во второй половине 1960-х гг., наиболее полно данный этап раскрывается лишь в седьмом десятилетии XX в. Главным текстом этого периода представляется трилогия «Право, законодательство и свобода», состоящая из первого тома «Правила и порядок» (1973), второго тома «Мираж социальной справедливости» (1976) и третьего тома «Политический порядок свободного народа» (1979). Немалый интерес представляет последняя крупная книга Хайека «Пагубная самонадеянность» (1988), а также некоторые поздние публикации вроде статей «Либерализм» (1973) или

«Индивидуальные и коллективные цели» (1982). С некоторой долей условности мы можем охарактеризовать период, охватывающий данные тексты, как период цивилистического консерватизма в юридическом мышлении Хайека. Именно в этот период оформляется тот радикальный поворот в его правопонимании, который окончательно порывает с современным взглядом на рациональность, текстуальность и этичность права.

Во-первых, рациональность. Если на первом этапе развития своих идей Ф.А. Хайек описывал право как «пространство бесконечной креативности», а на втором этапе полагал, что основные правовые институты хоть и возникают непреднамеренным путем, но позже могут быть рационально изучены с точки зрения их функции и улучшены через законодательное регулирование, то на последнем, третьем этапе развития своих идей Хайек ставит под сомнение даже такое умеренное улучшение права через рациональное законодательство.

Теперь он не только пишет, что ключевые правовые институты возникают непреднамеренным путем [23. Р. 24], т.е. без того, чтобы кто-то их рационально сконструировал, но и, вопреки предыдущим рассуждениям, утверждает, что мы не в силах осуществить достаточно полный рациональный анализ их функции, а следовательно, должны быть крайне осторожными при любых попытках улучшить эти институты с помощью государственного законодательства [23. Р. 72]. К таким эволюционным институтам, требующим максимально осторожного обращения, относятся главным образом институты собственности, контракта и деликта, а также уголовное и семейное право. Ф. Хайек допускает, что в редких случаях законодательство может быть использовано, если спонтанное развитие этих правовых институтов очевидно зашло в тупик и несет явную угрозу обществу [23. Р. 88]. Однако и в этом исключительном случае законодательное регулирование должно использоваться очень осторожно, в строгих конституционных рамках и под контролем независимой судебной системы. В остальных случаях, не требующих столь экстренных мер, Хайек предлагал отказаться от законодательства в пользу постепенного развития права через судебную практику и спонтанную эволюцию правовых обычаев [23. Р. 100].

Предположим, что источником этого отказа от рационального законодательного вмешательства стало не опосредованное, как это было ранее, а *непосредственное* применение эпистемологии критического рационализма для осмысления правовой системы общества. Подобно тому как непосредственное применение идей критического рационализма при осмыслении проблем централизованного экономического планирования привело Хайека к мысли о необходимости отказа от такого планирования ввиду нецентрализуемого характера *экономически* значимой информации, постепенное осознание нецентрализуемого характера *юридически* значимой информации, возникшее при непосредственном осмыслении правовой системы с точки зрения эпистемологии критического рационализма, заставило ученого усомниться в успехе попыток централизованного проектирования правовой системы для сколько-нибудь сложного социального порядка.

Современный социальный порядок настолько сложен, что исчерпывающее объяснение конкретной функции даже одного отдельно взятого правила поведения может стать крайне трудной задачей, не говоря о системе права в целом. Не имея возможности *исчерпывающе* выяснить конкретную функцию даже отдельно взятого правила [23. Р. 114], мы не можем быть уверены, что наша попытка законодательного изменения этого правила принесет ожидаемый результат. Не говоря о том, что она может принести множество непреднамеренных последствий весьма катастрофического свойства [23. Р. 72]. Поэтому в той мере, в которой мы отказываемся от самоуверенного картезианского рационализма, подталкивающего к рациональному конструированию правовых институтов и доверяем критическому рационализму, реалистично отражающему познавательные способности законодателя, нам придется отказаться от попыток масштабного законодательного переустройства унаследованной правовой системы исходя из неких рациональных расчетов.

Само собой, подобный отказ от рационального законодательного конструирования распространяется далеко не на все правовые институты. Например, публично-правовые институты, относимые к области конституционного, административного или процессуального права, вполне могут быть объектом рационального конструирования в свете тех или иных ясно осознанных целей [25. Р. 105]. Другое дело, что в своих работах 1970-х гг. Хайек перестает называть эти и им подобные публично-правовые институты «правовыми». Собственно «правом» в узком смысле данного слова он их больше не считает, предпочитая называть их «правилами организации» или греческим термином *Thesis* [23. Р. 124–126]. К «правилам организации» *Thesis* строгие ограничения на рациональное конструирование, характерные для «права», не относятся.

«Правом» же, которое более не может быть объектом масштабного рационального конструирования, «поздний» Хайек считает, по большей части, частно-правовые институты, регулирующие вопросы собственности, контракта и деликта. Стоит уточнить, что данные вопросы понимаются достаточно широко. В собственности человека могут быть не только внешние объекты, но и его тело, что довольно четко отражено в либертарианской концепции самопринадлежности. Поэтому к вопросам собственности относится не только гражданское, но и уголовное право [23. Р. 132], запрещающее посягательство на тело и достоинство человека. Не менее важным является и семейное право. Чем более позднюю работу Хайека мы берем, тем явственней в ней прослеживается стремление поставить правила, регулирующие традиционные семейные отношения, в один ряд с наиболее фундаментальными правилами собственности [26. Р. 38].

Помимо вопросов собственности и семьи Хайек относил к сфере права и некоторые другие правила. Например, обычаи, регулирующие контакты некоего сообщества с чужаками (правила гостеприимства), правила об оказании помощи терпящим бедствие в открытом море и т.д. Все эти правила так или иначе связаны с поддержанием стихийной самоорганизации



сложных социальных порядков, взаимосвязи которых преодолевают частные культурные различия и охватывают самых разных людей и различные сообщества в рамках единой системы взаимовыгодного сотрудничества. Здесь есть много нюансов и деталей. Но в целом основой стихийного порядка взаимовыгодного сотрудничества являются институты собственности, контракта и деликта, составляющие ядро системы правил, каковую «поздний» Хайек именовал термином «право», или *Nomos* [23. Р. 94].

Согласно Ф. Хайеку, правила *Nomos*, составляющие «право» в узком смысле слова и противопоставленные публично-правовым «правилам организации» *Thesis*, не только не могут быть объектом произвольного законодательного конструирования на основе тех или иных рациональных расчетов, о чем мы уже сказали ранее, но и в целом описываются как результат стихийной эволюции социальных институтов, не направленной чьим-то планирующим разумом. Планирующий разум, отвечающий за конструирование права как «правовой рамки» в трудах «раннего» Хайека, сменяется стихийными процессами культурной эволюции и группового отбора [23. Р. 18], способствующими спонтанному формированию права как *Nomos*'а.

Это «нерациональное» право, возникшее бессознательным путем и получившее стихийное распространение через механизм добровольного подражания поведению наиболее преуспевающих индивидов и групп, полностью заменяет некогда сформулированный Хайеком рациональный образ права как целенаправленно сконструированной юристами и экономистами «правовой рамки», принудительно внедряемой через механизм государства. Право не создается, но «открывается» как объективный факт непознаваемого во всех своих деталях стихийного порядка [23. Р. 123]. Стоит ли говорить, что здесь мы имеем дело с довольно радикальным изменением одной картины правопонимания на прямо противоположную. В работах «позднего» Хайека право перестает быть объектом масштабного рационального конструирования.

Во-вторых, перестав быть продуктом рационального конструирования, право еще сильнее утрачивает некогда присущий ему текстуальный характер. Писанный закон, который ранее представлялся наиболее важной формой выражения права, не просто критикуется по тем или иным отдельным аспектам, но определяется в качестве довольно опасного инструмента вмешательства в спонтанно эволюционирующую правовую систему, к использованию которого стоит прибегать лишь в крайних случаях. В нормальной ситуации ученый считает возможным полагаться на некогда критикуемые им обычаи и прецеденты, представляющие собой неписаное право. Именно неписаные правовые принципы, проявляющие себя в унаследованных обычаях и прецедентах [23. Р. 86], как пишет Хайек, являются основой правовой системы и, по сути, могут именоваться «правом».

Есть основание полагать, что данный взгляд проистекает из эпистемологии Ф.А. Хайека, согласно которой главным источником мышления и поведения вы-

ступают наблюдение и имитация [23. Р. 18], а не знакомство с теми или иными текстами. Текст может быть интерпретирован только с учетом невербального знания, полученного в ходе телесного пребывания в социальных ситуациях. Социальное действие предшествует социальному пониманию [23. Р. 18], социальное понимание предшествует частичному и достаточно ограниченному выражению социальных смыслов в нормативных текстах [23. Р. 77]. Текст выступает формой ограниченного и довольно несовершенного отражения социальной реальности, но не инструментом ее изменения. Попытка использовать нормативный текст, что называется, «в обратном направлении» как инструмент изменения социальной реальности в некоторой степени нарушает саму логику культурного бытия, при которой текст лишь отражает реальность, и то частично [23. Р. 118]. Это то же самое, как если бы мы попытались нарисовать портрет человека, глядя на его отражение в частично разбитом и потрескавшемся зеркале. В общем, к текстам и словам как способу передачи нормативной информации «поздний» Хайек относился с некоторым скептицизмом.

Именно с этим скептицизмом можно связать достаточно резкое изменение в его оценке разного рода текстов, призванных закрепить права и свободы человека. Если ранее Фридрих Хайек считал наиболее важным закрепить права в писаной конституции, то теперь ученый утверждает, что неписаная часть конституции гораздо важнее писаной [23. Р. 55], не без критики отзывается об идее закрепления прав человека в Билле о правах, а Всеобщую декларацию прав и свобод человека и гражданина 1948 г. так вообще рассматривает как написанный на языке «организационного жаргона» продукт интеллектуальной культуры «социальных философов, далеких от идеи свободного общества» [27. Р. 105]. Страсть к перечислению прав различного свойства таит в себе опасность. Обособляя одни права, мы, даже сами того не желая, нивелируем статус других, подчас более важных прав [25. Р. 110]. В итоге можно сказать, что «поздний» Хайек относился к идее перечисления прав в писанных текстах все более скептически по мере развития его правовых идей. Как ученый отметил в статье «Либерализм» (1973), «идея особенного гарантирования некоторых фундаментальных прав... является, однако, всего лишь применением общего принципа либерализма к отдельным правам... и, будучи сведенной к отдельным правам, эта идея оказывается не столь далекоидущей, как исходный принцип» [28. Р. 137–138].

Само собой, это не означает отказа от писаного права вообще, что было бы абсурдом. Есть немало правовых положений, которые, по его мнению, должны получить обязательное писаное закрепление (например, нормы организации верховной власти или уголовного процесса [23. Р. 117]). Однако эти положения относятся к процессуальному и шире – публичному праву, каковое не было в центре правопонимания «позднего» Хайека. Все его внимание как правоведа было приковано к частному праву, принципы которого невозможно исчерпывающе зафиксировать в писанных

формулировках и неписанные части которого, например, стандарты разумности и добросовестности, могут быть гораздо важнее других письменно зафиксированных положений.

Известная невербализуемость и «неопределенность» такого рода неписанных принципов, некогда серьезно критикуемых Ф. Хайеком в его ранних работах, более не смущает ученого. По его мнению, определенность права проявляется не столько в четкости писанных формулировок официального текста, сколько в предсказуемости человеческих действий и судебных решений. Если ради такого рода предсказуемости требуется принять решение *contra legem*, т.е. вопреки толкованию писаного закона, то Хайек считает, что у судьи должна быть возможность принимать такие решения. Судьи, которые лишены такой возможности и вынуждены принимать абсурдные решения ради приверженности писаному закону, шокируют общество и разрушают нормальные поведенческие ожидания гораздо чаще [23. Р. 117], чем судьи, способные в ряде случаев принять решение *contra legem*. Избежание этих шоков важнее для сохранения определенности права, нежели формальная согласованность с текстом.

Ввиду важности этого соображения с точки зрения эволюции правовых воззрений Хайека приведем развернутую цитату относительно большей юридической определенности правовой системы, основанной на судебных решениях: «Все движение за кодификацию руководствовалось убеждением, что результатом станет большая предсказуемость судебных решений. В моем случае даже тридцати лет проживания в странах общего права оказалось недостаточно, чтобы избавиться от этого глубоко въевшегося предубеждения, и только возвращение в атмосферу континентального права заставило меня серьезно усомниться в нем. Хотя не вызывает сомнений, что в отдельных пунктах законодательство может повысить определенность права, я убежден, что это преимущество сильно нивелируется, если результатом является требование, что силу права может иметь *только* то, что записано в статутах. Мне представляется, что судебные решения могут быть более предсказуемыми, когда судья связан общими представлениями о справедливости, даже если они не поддерживаются буквой закона, чем когда он может основывать свои решения только на тех принятых представлениях, которые нашли выражение в писаном праве» [23. Р. 116].

Более того, в привычке излишне полагаться на формулировки кодифицированных правил Ф.А. Хайек видел угрозу не только юридической определенности и стабильности правопорядка, но и самой культуре юридического мышления. Важнейшим аспектом юридического мышления Хайек считал способность судей и правоведов «отделять существенное от несущественного», соотносить конкретные элементы фактической ситуации с абстрактными принципами права и четко формулировать эти принципы в конкретном деле. Если верить Хайеку, такая способность лучше развита у представителей традиции прецедентного права, основанного на культуре понимания неписанных принципов [23. Р. 87].

Именно в этой культуре юридического мышления, возникающей на основе «судейского права» (*judge-made law*), Ф.А. Хайек видел одну из главных опор принципа свободы личности. Если ранее он видел в прецедентном праве угрозу, то теперь наоборот – спасение. По мнению «позднего» Хайека, верховенство права не только не подрывается прецедентным правоприменением, но, более того, лишь благодаря такому правоприменению может быть сохранено и усовершенствовано [23. Р. 85].

В отличие от законодателя, который может произвольно публиковать законы любого содержания, подчас грубо нарушающего требования верховенства права, судья связан целым рядом «естественных ограничений». Например, судья не может произвольно вмешаться в любые общественные отношения по своему желанию, он определяет правило поведения лишь там и тогда, где и когда стороны сами к нему обращаются. Определив правило в ходе разрешения конкретного конфликта, он влияет на право не во всем масштабе его норм, что, например, может сделать законодатель, но лишь в относительно небольших масштабах. Формируя правила лишь тогда, когда стороны сами к нему обращаются, судья оказывается в ситуации, когда все принципы поведения, которые когда-либо были им сформулированы, относятся к определению границ поведения частных лиц через запрет на совершение действий определенного типа и не подразумевают возложения на лиц «позитивных» обязанностей со стороны государства [23. Р. 98].

Как следствие, правовая система, основанная на судебном отыскании права, *с необходимостью* будет соответствовать требованиям верховенства права, связанным с «негативным» характером правовых предписаний и недопустимостью возложения государством на граждан внедоговорных «позитивных» обязанностей по совершению конкретных действий. Она будет развиваться постепенно и с той осторожностью, которая соответствует ограниченным способностям человеческого ума и предвидения, не учитываемым в методе законодательства, допускающего такие масштабные изменения в праве, которые явно не соответствуют возможностям человеческого предвидения в условиях сложного социального порядка. Она будет меняться не только постепенно, но и лишь в тех случаях, когда некоторые конфликтные участки социально-правовой материи объективно потребуют трансформации. Таковы свойства, *объективно* присущие правовой системе, формирующейся через деятельность судов.

В той мере, в которой Хайек считает эти свойства крайне важными, правовой идеал прецедентного права, ранее несовместимый с его либеральной концепцией права, оказывается с точки зрения этой концепции наиболее предпочтительным. Ученый подчеркивает, что именно в судебных прецедентах наилучшим образом воплощается его идеал права как всеобщих, абстрактных и юридически определенных принципов собственности, контракта и деликта, лежащих в основе идеи «господства права, а не людей» [23. Р. 85]. Но что еще более интересно, Ф. Хайек полностью меняет свою точку зрения на те особенности прецедентного права, которые, как он это

раньше утверждал, делают данный тип права не вполне совместимым с идеалом верховенства права.

Данные особенности связаны с отсутствием у неписаного прецедентного права проспективности и с тем, что, создавая право, судьи нарушают важнейший либеральный принцип – принцип разделения властей. Ранее несовместимость прецедентного права со строгой интерпретацией принципа разделения властей Хайек считал *угрозой* свободной цивилизации. Теперь же, изменив свою позицию диаметрально образом, ученый рассматривает вмешательство судей в процесс спонтанного правообразования как *необходимое условие ее сохранения* [23. Р. 85]. Аналогичное по своей радикальности изменение произошло и с восприятием принципа проспективности правовых предписаний.

Ранее принцип проспективности права воспринимался как требование, согласно которому любое правило, которое применяется к поведению индивида, должно быть заблаговременно ему представлено. Сделать это можно лишь через официальный нормативный текст. Никак иначе принцип проспективности права Хайек не воспринимал. Теперь же его восприятие изменилось. По мнению ученого, проспективность права можно понимать не только в том смысле, что индивиду некоторое правило должно быть предъявлено заранее, но и в том смысле, что есть такие границы поведения, нарушение которых будет вопиющим нарушением правопорядка с точки зрения любого разумного гражданина независимо от того, были ли эти границы поведения обозначены в официальных текстах [23. Р. 118]. В данных ситуациях прецедентное применение правила, ранее не сформулированного в официальном тексте, не будет нарушением принципа проспективности правовых норм.

Такое еще одно достаточно радикальное изменение правовых идей «позднего» Хайека, связанное со скептицизмом по отношению к доминирующей роли писаного права над неписанным. Вместе с другими вышеприведенными идеями оно довольно ярко характеризует тот примат неписаного права, которого не было ранее и который обозначился лишь на третьем этапе эволюции его правовых идей. Это был второй аспект изменения правовых идей Ф. Хайека, на который мы хотели обратить внимание. *Текст перестает быть главным источником права.*

В-третьих, перестав быть законодательством и переместившись в область неписаных обычаев и прецедентов, право перестает быть производным от государства. Если ранее государство пронизывало все юридические рассуждения Хайека, то теперь оно уходит практически отовсюду: 1) в качестве основы «права» понимаются институты собственности, контракта и деликта, определяемые Хайеком как преимущественно частное право и противопоставляемые связанному с государством публичному праву, регулирующему действия агентов власти и не имеющему отношения к феномену «права» в специальном значении этого слова [23. Р. 132]; 2) цивилистически понимаемое право, регулирующее отношения свободных лиц, возникает до и без государства, из торговых отношений между индивидами и сообществами [23. Р. 82]; 3) государство не

в состоянии своими рациональными законодательными усовершенствованиями сколько-нибудь существенно развивать данное право, оно должно развиваться преимущественно эволюционным путем, через обычаи и прецеденты [23. Р. 100]; 4) для определения правовой природы норм необходимо, помимо прочего, показать, что нарушение данных норм чревато существенным социальным давлением и, возможно, даже остракизмом – исключением индивида из порядка общества, в то время как государственное принуждение необходимым атрибутом права *более не является* [23. Р. 96]; 5) феномен государства не только не является необходимым для права, понимаемого «цивилистически», но и зачастую воздействует на него крайне негативным образом [29. Р. 169].

В поздних работах Хайек не просто критикует идею неограниченной «суверенной» власти агентов государства над гражданами, считая ее полумистическим суеверием [23. Р. 143], маловразумительным с точки зрения образа мысли самостоятельного гражданина, но и в целом, критикует само понятие «государство». Оно определяется как ненаучное и вводящее в заблуждение относительно реального порядка вещей [23. Р. 48]. В лучшем случае его можно заменить понятием «правительство», подразумевающим группу лиц, обладающую наибольшим силовым ресурсом принуждения на определенной территории. В остальном идея «государства» определяется как губительная для юридической мысли. *Право утрачивает связь с государством.*

Таковы, в общем и целом, три ключевых аспекта правопонимания «позднего» Хайека, которые довольно радикально отличают третий этап его интеллектуальной эволюции от двух предыдущих. В отличие от предыдущих рационалистических представлений, отражающих современный взгляд на право, поздние правовые идеи Хайека, представляющие право системой спонтанно формирующихся прецедентов и обычаев частного права, как кажется, весьма близки тому видению права, которое было характерно для более древних эпох.

О том, что это было именно движение к древности, свидетельствует даже та терминология, которую использует ученый. Если в самом начале своего теоретизирования Хайек использовал рационалистический термин «правовая рамка», а потом заменил его менее рационалистическим, но все же современным термином «право», то в поздних работах он пытается отказаться и от этого термина. По его мнению, сегодня термин настолько перегружен разного рода рационалистическими ассоциациями, что более не может использоваться для обозначения такого не вполне рационального феномена, как право, понимаемого в смысле спонтанно возникшей системы обычаев и прецедентов.

Чтобы как-то обозначить этот феномен без запутывающих рационалистических ассоциаций, Ф. Хайек предлагает называть такую эволюционно возникшую систему правил древнегреческим термином *Nomos* [27. С. 34]. Как и многие другие предложенные «поздним» Хайеком термины вроде *Kosmos*, *Taxis*, *Thesis* и т.д., термин *Nomos* не просто подчеркивает своеобразное «хайековское» понимание права, но и связывает это

понимание с античным образом мышления о политике и обществе, мышления, которое в наше время перекликается с консервативным взглядом на метод юриспруденции. Именно это сочетание, с одной стороны, консервативного взгляда на человека и общество, а с другой – понимания фундаментальной роли институтов частного права как главной опоры человеческой цивилизации, собственно, и позволяет нам определить правоупонимание «позднего» Хайека как своеобразный «цивилистический консерватизм».

### Заключение

Подводя итог исследованию, отметим, что определение правоупонимания «позднего» Хайека как цивилистического консерватизма содержит в себе известную условность. Как мы могли увидеть, наиболее фундаментальным источником этой консервативной методологии является теория познания Хайека – эпистемология критического рационализма. Эта эпистемология объясняет, почему человек не способен с помощью разума сконструировать целостную правовую систему для общества, а равно и то, почему наиболее разумным для него решением является решение довериться унаследованным институтам частного права. Такая консервативная правовая идея всецело производна не от ценностей консерватизма, а от эпистемологии, поэтому, строго говоря, правоупонимание Фридриха Хайека в более глобальном смысле является не консерва-

тивным, а *эпистемологическим*. Унаследованные институты, будучи оправданными в эпистемологии Хайека, служат формированию спонтанного порядка как наиболее *прогрессивного* порядка из всех, какие только возможны среди людей. Покуда формирование такого прогрессивного порядка является целью правовых институтов, Хайек, конечно же, является прогрессистом от мира правоповедения. Вместе с тем, будучи прогрессистом с точки зрения своих *целей*, он не перестает разделять некоторые консервативные подходы при описании своих *методов*, особенно тех, что предполагают значительные ограничения на рациональное человеческое вмешательство в спонтанную эволюцию институтов. Такое парадоксальное положение дел лишает смысла привычные нам ярлыки «прогрессист» и «консерватор». Описание Ф.А. Хайека как консерватора приводит к искажению его целей и ценностей; характеристика его как прогрессиста приводит к грубому искажению его методологии. Неспособность увидеть это парадоксальное положение Хайека, не вписывающегося в привычные классификации, как кажется, стало причиной непонимания и забвения его идей. Полноценное восприятие его интеллектуального наследия требует учета всех этих нюансов. Однако в той мере, в которой юриспруденция Хайека относится не к области целей, а к области методов, наша попытка описать его правовые идеи как своеобразный «цивилистический консерватизм», по всей видимости, будет не столь далека от истины.

### Примечания

- <sup>1</sup> Хайек сочувственно цитирует судью Рэдклиффа: «...не дожили ли мы до того момента, когда для права в смысле “законодательного акта парламента” необходимо найти какое-то другое слово, нежели слово “право”? Возможно, пара-право или суб-право» [18. P. 314].
- <sup>2</sup> Ценностно-нейтральный термин «правовая рамка», отдающий формализмом и утилитаризмом, окончательно заменяется таким ценностно нагруженным термином, как «право», наряду с которым употребляется и такой термин, как «истинное право» [18. P. 315].
- <sup>3</sup> «Лучше не иметь законодательства в определенной сфере, чем иметь законодательство государств-членов, разрушающее экономическое единство федерации» [19. P. 266].

### Список источников

1. Бёргин Э. Великая революция идей: возрождение свободных рынков после Великой депрессии. М.: Мысль, 2017.
2. Caldwell B. Hayek's Challenge: An Intellectual Biography of F.A. Hayek. The University of Chicago Press, 2004.
3. Shearmur J. Hayek and the After. Hayekian Liberalism as a Research Programme. Routledge, 1996.
4. Shearmur J. Hayek's politics // The Cambridge Companion to Hayek / ed. by E. Feser. Cambridge University Press, 2007.
5. Hayek F.A. Socialist calculation I: the nature and history of the problem // Individualism and economic order. Routledge, 1949.
6. Hayek F.A. Socialist calculation II: the state of debate // Individualism and economic order. Routledge, 1949.
7. Hayek F.A. The Economic Condition of Interstate of Federalism // Individualism and economic order. Routledge, 1949.
8. Hayek F.A. Scientism and the Study of Society // Studies on the Abuse and Decline of Reason. The University of Chicago Press, 2010.
9. Hayek F.A. Individualism: true and false // Individualism and economic order. Routledge, 1949.
10. Hayek F.A. «Free» Enterprise and Competitive Order // Individualism and Economic Order. Routledge, 1949.
11. Hayek F.A. The Political Ideal of the Rule of Law // The Market and Other Orders. The University of Chicago Press, 2014.
12. Hayek F.A. The Road to Serfdom. The University of Chicago Press, 2007.
13. Hayek F.A. The Economy, Science and Politics // The Market and Other Orders. The University of Chicago Press, 2014.
14. Hayek F.A. Nobel Prize-Winning Economist Friedrich A. von Hayek. Interviewed by E. Craver, A. Leijonhufvud, L. Rosten, J. High, J. Buchanan, R. Bork, T. Hazlett, A. Alchian, R. Chitester // The Oral History Program and the Pacific Academy of Advanced Studies. University of California, 1983.
15. Зигмунд К. Точное мышление в безумные времена. Венский кружок и крестовый поход за основаниями науки. М., 2021.
16. Hayek F.A. The Counter-Revolution of Science // Studies on the Abuse and Decline of Reason. The University of Chicago Press, 2010.
17. Hayek F.A. Comte and Hegel // Studies on the Abuse and Decline of Reason. The University of Chicago Press, 2010.
18. Hayek F.A. The Constitution of Liberty. The University of Chicago Press, 2011.
19. Hayek F.A. The Economic Condition of Interstate of Federalism // Individualism and economic order. Routledge, 1949.
20. Hayek F.A. The Results of Human Action but not of Human Design // The Market and Other Orders. The University of Chicago Press, 2014.
21. Hayek F.A. Kinds of Rationalism // The Market and Other Orders. The University of Chicago Press, 2014.
22. Hayek F.A. Notes on the Evolution of Systems of Rules of Conduct // The Market and Other Orders. The University of Chicago Press, 2014.
23. Hayek F.A. Law, Legislation and Liberty. Vol. 1: Rules and Order. Routledge, 1982.
24. Hayek F.A. The Fatal Conceit: The Errors of Socialism. The University of Chicago Press, 1991.
25. Hayek F.A. Law, Legislation and Liberty. Vol. 3. The Political Order of a Free People. Routledge, 1982.
26. Hayek F.A. Individual and Collective Aims // On Toleration / ed. by S. Mendus, D. Edwards. Oxford University Press, 1987.
27. Hayek F.A. Law, Legislation and Liberty. Vol. 2: The Mirage of Social Justice. Routledge, 1982.

28. Hayek F.A. *Liberalism // New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*. Routledge, 1990.  
 29. Hayek F.A. *The Principles of a Liberal Social Order // Studies in Philosophy, Politics, and Economics*. University of Chicago Press, 1967.

### References

1. Burgin, A. (2017) *Velikaya revolyutsiya idey: vrozozhdenie svobodnykh rynkov posle Velikoy depressii* [The Great Persuasion: Reinventing Free Markets since the Depression]. Moscow: Mysl'.
2. Caldwell, B. (2004) *Hayek's Challenge: An Intellectual Biography of F.A. Hayek*. The University of Chicago Press.
3. Shearmur, J. (1996) *Hayek and the After. Hayekian Liberalism as a Research Programme*. Routledge.
4. Shearmur, J. (2007) Hayek's politics. In: Feser, F. (ed.) *The Cambridge Companion to Hayek*. Cambridge University Press.
5. Hayek, F.A. (1949) Socialist calculation I: the nature and history of the problem. In: *Individualism and economic order*. Routledge.
6. Hayek, F.A. (1949) Socialist calculation II: the state of debate. In: *Individualism and economic order*. Routledge.
7. Hayek, F.A. (1949) The Economic Condition of Interstate of Federalism. In: *Individualism and economic order*. Routledge.
8. Hayek, F.A. (2010) Scientism and the Study of Society. In: *Studies on the Abuse and Decline of Reason*. The University of Chicago Press.
9. Hayek, F.A. (1949) Individualism: true and false. In: *Individualism and economic order*. Routledge.
10. Hayek, F.A. (1949) "Free" Enterprise and Competitive Order. In: *Individualism and economic order*. Routledge.
11. Hayek, F.A. (2014) The Political Ideal of the Rule of Law. In: *The Market and Other Orders*. The University of Chicago Press.
12. Hayek, F.A. (2007) *The Road to Serfdom*. The University of Chicago Press.
13. Hayek, F.A. (2014) The Economy, Science and Politics. In: *The Market and Other Orders*. The University of Chicago Press.
14. Hayek, F.A. (1983) *Nobel Prize-Winning Economist Friedrich A. von Hayek*. Interviewed by E. Craver, A. Leijonhufvud, L. Rosten, J. High, J. Buchanan, R. Bork, T. Hazlett, A. Alchian, R. Chitester. The Oral History Program and the Pacific Academy of Advanced Studies. University of California.
15. Sigmund, K. (2021) *Tochnoe myshlenie v bezumnye vremena. Venskiy kruzhok i krestovyy pokhod za osnovaniyami nauki* [Exact Thinking in Demented Times: The Vienna Circle and the Epic Quest for the Foundations of Science]. Moscow: Corpus.
16. Hayek, F.A. (2010) The Counter-Revolution of Science. In: *Studies on the Abuse and Decline of Reason*. The University of Chicago Press.
17. Hayek, F.A. (2010) Comte and Hegel. In: *Studies on the Abuse and Decline of Reason*. The University of Chicago Press.
18. Hayek, F.A. (2011) *The Constitution of Liberty*. The University of Chicago Press.
19. Hayek, F.A. (1949) The Economic Condition of Interstate of Federalism. In: *Individualism and economic order*. Routledge.
20. Hayek, F.A. (2014) The Results of Human Action but not of Human Design. In: *The Market and Other Orders*. The University of Chicago Press.
21. Hayek, F.A. (2014) Kinds of Rationalism. In: *The Market and Other Orders*. The University of Chicago Press.
22. Hayek, F.A. (2014) Notes on the Evolution of Systems of Rules of Conduct. In: *The Market and Other Orders*. The University of Chicago Press.
23. Hayek, F.A. (1982) *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1. Rules and Order. Routledge.
24. Hayek, F.A. (1991) *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*. The University of Chicago Press.
25. Hayek, F.A. (1982) *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 3. The Political Order of a Free People. Routledge.
26. Hayek, F.A. (1987) Individual and Collective Aims. In: Mendus, S. & Edwards, D. (eds) *On Toleration*. Oxford University Press.
27. Hayek, F.A. (1982) *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 2. The Mirage of Social Justice. Routledge.
28. Hayek, F.A. (1982) *Liberalism*. In: *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*. Routledge.
29. Hayek, F.A. (1967) *The Principles of a Liberal Social Order*. In: *Studies in Philosophy, Politics, and Economics*. University of Chicago Press.

#### Информация об авторе:

**Рааб Р.С.** – аспирант Департамента теории права и сравнительного правоведения Национального исследовательского университета “Высшая школа экономики” (Москва, Россия). E-mail: belchikroma@gmail.com

*Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.*

#### Information about the author:

**R.S. Raab**, postgraduate student, HSE University (Moscow, Russian Federation). E-mail: belchikroma@gmail.com

*The author declares no conflicts of interests.*

*Статья поступила в редакцию 15.02.2024;  
 одобрена после рецензирования 28.03.2024; принята к публикации 29.03.2024.*

*The article was submitted 15.02.2024;  
 approved after reviewing 28.03.2024; accepted for publication 29.03.2024.*