

## HАЈЕК, ФИЛОЗОФ ПРАВА<sup>1</sup>

### Constitutionalism in the clothing of evolutionism

**Abstract:** *In this paper we analyze the relationship between Hayek's theory of the state and law and the constitutionalist tradition of the eighteenth and nineteenth centuries, with a focus on Hayek's evolutionists interpretation of the origin of social institutions. I will suggest the specificity of the evolutionist approach in the context of the concept of separation of powers, and especially the functional role of the legal system, and specific emphasis on the role of the judges in the development of law. A key aspect that characterizes Hayek's approach to the theory of law is a strong emphasis on the verge of rationality and, consequently, increased the importance of customary and traditional norms in preserving the rationality of the legal system.*

**Key word:** *Hayek, constitutionalism, evolutionism*

Iako je Fridrih Hayek dobio najveće priznanje za svoj rad u ekonomiji, napisao je i nekoliko knjiga o političkoj teoriji i jurisprudenciji (kao i drugim filozofskim područjima). Njegovi spisi o pravu i filozofiji prava široko su raspravljani u posljednjim desetljećima, i predstavljaju ključni doprinos tom području filozofije. Iako Hajekova naučna diploma nije iz filozofije, njegovi su spisi čisto filozofski. Budući da piše o pravu na filozofski način, tražeći opravdavajuća, metodološka i normativna pitanja o prirodi i praksi prava i pravnog sistema, on piše kao filozof prava.

### THESIS VERSUS NOMOS

U svojoj trotomnoj studiji *Pravo, zakonodavstvo i sloboda* (1973, 1976b, 1979), Hajek pravi ključnu razliku između onoga što on zove *thesis*, pravo legislative; i *nomos*, zakon slobode. Prvi nameće suveren, što Hajek opisuje kao „odozgo prema dole“ [top-down] proces prinude; drugi je evoluirajući, spontano-razvijajući [ili „odozdo prema gore“ (bottom-up)] proces. Dok *thesis* odražava prvenstveno interese suverena (ili vladajuće klase), *nomos* proizlazi iz ljudskih interakcija – kroz

---

\* Aeon James Skoble je profesor filozofije na Bridgewater State University. Uža specijalnost su mu politička filozofija i filozofija prava.

<sup>1</sup> Preuzeto iz: *The Cambridge Companion to Hayek*, ed. by: Feser Edward [Cambridge University Press 2007, str.171-181].

mnoga ponavljanja ljudi nalaze efikasnija usklađivanja svojih postupaka i miroljubiva rješavanja sporova. [Pojedini istoričari prava tvrde da Hajek ovdje spaja *common law* i *customary law*, ali to ne umanjuje thesis/nomos distinkciju]. Kao što ćemo vidjeti, Hajek argumentuje da je *nomos* krucijalan za liberalnu političku i ekonomsku teoriju.

Hajek je u ranijim radovima tvrdio da se društvo, poput tržišta, u opštem može posmatrati kao primjer „spontanog poretka“ – tj., proizvod ljudske interakcije ali ne i ljudskog dizajna. Poglavlja X i II u *Poredak slobode* (u daljem tekstu CL) se bave tim temama i pružaju Hajekovu analizu porijekla vladavine prava. Ova pitanja će dobiti temeljniji i sistematičan tretman u *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*. Tom 1. bavi se sa „Pravilima i poretkom“ (u daljem tekstu RO), i to je primarni izvor *nomos/thesis* distinkcije. Hajek ovo izvodi kroz drugu distinkciju, na koju hoću da skrenem pažnju, između spontanog poretka (*kosmos*) i dizajniranog poretka (*taxis*). Tom 2. bavi se distributivnom pravdom i tržišnim poretkom. Tom 3. bavi se demokratijom, podjelom vlasti i pojedinim političkim pitanjima. Trotomni set u cjelini je uistinu sveobuhvatan rad o političkoj ekonomiji slobodnog društva, premda je u stvari Tom 1. glavni izvor za Hajeka kao filozofa prava. Naročito *nomos/thesis* distinkcija predstavlja značajan doprinos načinu našeg razmišljanja o pravu.

Mi smo obično naviknuti da poimamo pravo kao zapovjedi izdate od strane suverena, bilo da je kao „suveren“ u pitanju monarh, ili svi ljudi, ili predstavnička skupština. Hajekova istorijska analiza engleskog običajnog prava najavila je njegovu distinkciju između *nomos*-a i *thesis*-a. No prvo treba da rasčistimo šta Hajek podrazumijeva pod poretkom. Tada ćemo moći da se vratimo na njegovo razumijevanje zakona kao spontanog poretka, i vidjeti šta bi mogle biti moguće posljedice.

### KOSMOS VERSUS TAXIS

Počnimo sa distinkcijom između spontanog poretka (*kosmos*) i planiranog poretka (*taxis*). Hajek definiše poredak generalno kao “stanje stvari u kojem se mnogi elementi različitih vrsta tako odnose jedni prema drugima da iz našeg poznavanja nekog prostornog ili vremenskog dijela cjeline možemo da oformimo ispravna očekivanja koja se tiču ostatka, ili bar očekivanja koja imaju dobru šansu da se pokažu ispravnim.” (RO, str.36) Hajek pravi dvije povezane opservacije prema kojima svako društvo treba da ima poredak, i da takav poredak često postoji bez toga da je svjesno kreiran. Prva opservacija iz tog para izgleda nesporna: društveni život zavisi od našeg posjedovanja stabilnih očekivanja u pogledu kako da djelujemo i kako da anticipiramo djelovanja drugih. Hajek primjećuje da je jedna od suštinskih funkcija društvenog života da nam omogući da upoznajemo potrebe jedni drugih. Mi trebamo druge ljude dijelom zato što nismo u stanju sami obezbjediti sve što nam je potrebno. Mi ne možemo živjeti iznad nivoa pukog opstanka bez podjele rada. Platon pravi tu opservaciju u *Državi*, i naravno, ekonomisti poput Smita i Rikarda naširoko su raspravljali o prednostima podjele rada. No, da bi društvo ostvarilo podjelu rada, moramo biti u stanju da sarađujemo, a to zahtjeva poredak na način kako je to Hajek definisao.

No još interesantnija je njegova sljedeća opservacija da postoje dva moguća izvora poretka: planirani poredak i spontani poredak. Hajek primjećuje da su se i biolozi i ekonomisti bavili sa razvojem poredaka koji nisu rezultat svjesnog planiranja. Spontani poreci mogu takođe biti razumljeni kao „samo-generišući poreci“, ili „izrastajući poreci“, ili „endogeni poreci“, ali on misli da je najumjesniji način da se izrazi taj koncept engleski izraz „spontani poredak“ ili prizivajući klasičnu grčku riječ *kosmos*. Isto tako, planirani poredak može biti shvaćen kao „konstrukcija“, ili „vještački poredak“, ili „egzogeni poredak“, ali najbolje je opisan, prema Hajeku, kao „planirani poredak“, ili „napravljeni poredak“, ili grčka riječ *taksis*.

Paradigmatičan slučaj planiranog poretka može biti poredak bitke, kako ga dizajnira general. Svaka organizacija koja je rezultat svjesnog konstruisanja je *taksis*. Ali ono što Hajek nalazi zanimljivim je „otkriće da postoje uređene strukture koje su produkt djelovanja mnogo ljudi ali nisu rezultat ljudskog dizajna“ (RO, str.37). On navodi relativno nesporan primjer jezika. Nije postojao istorijski trenutak u kome bi neki prošli genije izmislio jezik, a ipak jezici imaju poredak. Naravno, Hajek takođe vidi tržišta kao primjere spontanog poretka, ali primjećuje (s izvjesnom poraženošću) da je to nedovoljno shvaćeno:

„Mnogi ljudi još sa sumnjom gledaju na tvrdnju da obrasci interakcije mnogih ljudi mogu da pokažu poredak koji niko nije svjesno stvorio; u ekonomskoj sferi, posebno, kritičari još uvijek neshvatljivo ismijavaju Adam Smitov izraz o ‘nevidljivoj ruci’ kojim je on ... opisao kako je čovjek vođen da promoviše jedan cilj koji nije bio dio njegovih namjera.“ (RO, str.37)

Slično tome, biolozi opisuju organizme kao spontane poretke (čak i ako je ova ideja kontroverzna u nekim segmentima veće kulture). Hajekova glavna tačka u primjedbi da neki spontani poreci nisu dobro razumljeni je da, ako mislimo da društveni poredak, koji je uistinu neophodan, može nastati jedino kao rezultat svjesnog planiranja od strane neke osobe ili osoba, tada prizivamo autoritarizam. On vidi našu tendenciju da pripišemo svjesno planiranje *svim* porecima kao grešku kritičkog mišljenja, sa opasnim posljedicama.

Nesumljivo, jedan aspekt društva koji je neophodan da bi olakšao saradnju, i društveni život uopšte, je pravo. Zakoni pomažu da stvaramo stabilna očekivanja za ponašanje drugih, i tako mogu poslužiti kao vodič za vlastite postupke. Kakva je vrsta poretka pravo? Hajek smatra da se *kosmos/taxis* distinkcija odnosi i na pravo. Sigurno je da su neki zakoni, svjesno kreirani od strane neke osobe ili grupe ljudi, produkt ljudskog dizajna. Hajek ih naziva „zakonodavstvo“, i razlikuje od zakona. Zakonodavstvo je, kaže Hajek, svjesno stvaranje prava, ali on tvrdi da je pravo starije od zakonodavstva, i da takođe postoji „izraslo pravo“ (grown law) koje takođe trebamo razmotriti.

Šta je pravo? Jedan smisao „prava“ je „prisilno pravilo ponašanja“, koje, Hajek primjećuje, „je nesumljivo vršnjak sa društvom; samo poštivanje zajedničkih pravila čini mogućom mirnu egzistenciju individua u društvu.“ (RO, str.72). Ali, dok zakonodavstvo stvara pravo, „izraslo pravo“ je zakon koji je sam po sebi spontani

poredak. Pravo se može shvatiti kao spontani poredak kada je rezultat razvijanja mehanizama za rješavanje sporova i omogućavanja mirne koegzistencije članova date zajednice. Hajek tvrdi ne samo da je opasna prijetnja ljudskoj slobodi tvrdnja da pravo mora biti *taxis*, već i da je to činjenično pogrešno. Mnogi aspekti današnjeg zakonskog poretka su rezultat svjesnog planiranja, ali mnogi drugi nisu rezultat ničijeg dizajna. Običaj i presedan mogu dati stabilne prakse i pravila, i tada će biti *kosmos* – poredak koji je rezultat ljudskog djelovanja, ali ne i ljudskog planiranja. Različita društva razvijaju se različito, čak i unutar jednog kontinenta kakav je Evropa, ali Hajek tvrdi da sva društva u svom pravu pokazuju određeni *kosmos*.

### THE COMMON LAW

Najjasniji primjer, prema Hajeku, je englesko običajno pravo. Običajno pravo je sadržavalo i razvijalo prakse koje omogućavaju miroljubivo rješavanje sporova, a nije produkt zakonodavstva ili svjesnog planiranja. U kom smislu je običajno pravo *kosmos*? Zakonske norme nastaju kroz stalnu ljudsku interakciju. Tako se javljaju obrasci, i očekivanja pridržavanja obrazaca. Porotama se traži da primjenjuju opšte prihvaćena pravila za rješavanje sporova koja, u principu, oličavaju opšti konsenzus o tome šta je pravedno, otkriveno kroz praksu. Od sudija se očekuje da slijede precedente kada primjenjuju opšte principe u svojim presudama. Hajek govori o „sudskom zakonodavstvu“ kao nečem različitom od zakonodavstva: njegova poenta je da samo sudske odluke imaju silu zakona zato što je dio običajnog prava da ih se pridržavamo. Same sudije, za razliku od egzekutive, ne mogu da sprovedu svoje odluke. Dok je eksplicitno provođenje povjereno nekom agentu delegiranom od zajednice (kakav je policija), u opštijem smislu sama tradicija je ta koja omogućava sprovođenje. Kako je istakao Artur Hog, „Doktrina *stare decisis*, ili praksa ugledanja na precedente prilikom formulisanja zakonske procedure ... obezbjeđuje da sudske odluke budu razumne.“ [Hogue, (1966) 1985, str.9] (Gdje je pravo, legislativa, u raskoraku sa običajnopравnom tradicijom ili senzibilitetom zajednice, izvršno provođenje može, naravno, preuzeti mjesto tradicije). Običajno pravo je i stabilno i vitalno; ono sadrži elemente koji se prenose kroz vrijeme, omogućavajući ljudima da imaju razumna očekivanja o budućnosti, i takođe, elemente koji omogućavaju da se procedure i pravila prilagode promjenama epoha. Bez toga da je produkt nekog namjernog dizajna, ipak nastaje („spontano“) i kreira se red.

Džon Hasnas je nedavno ustvrdio da Hajek miješa pojmove „common law“ i „customary law“, i da njegov neuspjeh da napravi distinkciju između njih slabi njegovu normativnu poziciju. (Hasnas 2004) Konkretno, Hasnas smatra da Hajek miješa „sudsko zakonodavstvo“ koje proizilazi iz pretpostavke poštivanja sudskih odluka („common law“), sa istinskim „odozdo prema gore“ razvijenim praksama sa kojima zajednice stižu do „spor-rješavajućih“ ili „pravo-poštivajućih“ praksi („customary law“). Ova konfuzija je štetna jer, prema Hasnasovom mišljenju, stvara teškoće Hajeku da napravi koherentan pozitivni argument za „zakon slobode“; naročito, smatra

Hasnas, da je pogrešno misliti kako će „neutralna, objektivna pravila ponašanja“ spontano evoluirati kroz *common law* proces, budući da sudije mogu djelovati na takav način da se zatvore u svoje zablude ili klasne interese i slično, baš kao i zakonodavci. Zaista, *stare decisis* istorijski posmatrano nije dio običajnog prava (customary law) – Hasnas primjećuje da je *stare decisis* kao formalno pravilo mlađe od 200 godina – međutim, Hajekovo opšte mjesto je da je pojava obrazaca u pravnim odlukama unatoč tome jednoznačna. Hasnas je, koliko ja mogu reći, u pravu kada pravi distinkciju koju Hajek propušta da napravi, i on je možda takođe u pravu kada zaključuje da taj propust slabi ukupnu argumentaciju koju Hajek razvija u *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*. On je, u izvjesnom smislu, izargumentovao u više hajekovskoj poziciji nego sam Hajek – istinsko razumijevanje evolutivne prirode “odozdo prema gore” prava. No, englesko običajno pravo (common law) upotrebjeno je ovdje samo kao *primjer* onoga šta Hajek misli pod pojmom “izraslog prava”, tako da možemo priznati Hasnasov naučni kriticizam i još uvijek pronaći vrijednost u specifičnoj distinkciji kako ju je sam Hajek želio napraviti.

## PRAVO I SLOBODA

Vrsta zakona koji evoluiraju, „izrastajući“ zakon koji je spontani poredak, je ono što Hajek naziva *nomos* ili zakon slobode: to je vrsta zakona koja najviše pogoduje vrijednostima slobodnog društva. *Nomos* omogućava stabilnost predviđanja, ali je fluidan, prilagodljiv, i, gotovo taoutološki, prihvatljiv članovima društva. Ali, Hajek tvrdi da je pogrešno povezati *nomos* sa onim što zovemo *thesis*, pravo zakonodavstva. Potonje može biti dizajnirano. Primjećujemo da Hajek nije kritikovao zakonodavstvo samo kao svjesno zlonamjerno. Njegova poenta je da će sam mehanizam „odozgo prema dole“ nametanja zakona proizvesti tendenciju suprotnu slobodi. Očigledno, dimenzija ovoga je otvorena prisilna tiranija. Čak i demokratski *thesis* može biti suprotstavljen slobodi, samo zato što je „odozgo prema dole“. Prema Hajeku, pravo zakonodavstva je nužno manje fluidno i manje vitalno, i prema definiciji nije „izrastajuće“, pa će biti manje kompatibilno sa liberalnim principima. Zakonodavcima nužno nedostaju sve informacije neophodne za ostvarivanje njihovog prividnog cilja. Dok je sudska funkcija u „izraslom“ pravu podešena ograničenjima od strane evoluirajućih pravila, zakonodavac ne samo da ih *može* premašiti, već je gotovo sigurno da to uradi. Prethodno zapažanje je prvobitno koncipirano u ekonomskom kontekstu<sup>2</sup>, a Hajek primjećuje da u tom kontekstu čak ni dobronamjerni zakonodavci neće moći kreirati dobre zakone, jer im nedostaju potrebna znanja svih relevantnih konkretnih okolnosti. Drugim riječima, „problem-znanja“ argument protiv centralnog planiranja nacionalne ekonomije je takođe Hajekov argument protiv ideje da pravo može proizaći iz zakonodavstva. *Thesis* može biti ispravan ili pogrešan, ali u oba slučaja on će, zbog nedostatka znanja, sigurno biti nekompletan – neizbježan rizik onoga što Hajek naziva „naivni“ konstruktivizam. *Nomos*, sa druge

2 Na primjer, u: Hajek, *Put u ropstvo* (1944), 1962; ili Hajek, *Upotreba znanja u društvu* (1945) 1948.

strane, po svoj prilici će biti pronalazak - „bilo u smislu da oni (‘izrasli zakoni’) samo artikuliraju već poštivane prakse, ili u smislu da su prepoznati kao potrebne dopune već utvrđenim pravilima, ako poredak koji počiva na njima funkcionira glatko i efikasno.“ (RO, str.123) Tu će oni biti, u određenom smislu, dio prirodnog svijeta, *kosmos*, kao suprotnost izumima uma zakonodavca.

Još značajnije je, međutim, da je evoluirajući zakon *nomos*, „odozdo ka gore“ zakon, zakon koji zapravo omogućava ljudima da koordiniraju svoje akcije, da se uspješno uključe u kooperativno preduzetništvo i formiraju stabilna očekivanja ponašanja drugih. To je nešto što je zaista neophodno svakom društvu. Hajek označava ovaj *nomos* kao zakon slobode upravo zato što je to vrsta zakona koja je najkonzistentnija sa poštivanjem slobode. To nije prinuda, jer je otjelotvorenje ustaljenih normi, i, možda još značajnije, zato što nije proizvod ljudskog dizajna. U *Poredak slobode* Hajek tvrdi da se prinuda javlja „kada se djelovanje jednog čovjeka događa radi služenja volji drugog čovjeka, ne za njegovu vlastitu već za tuđu svrhu ... Prinuda podrazumjeva i prijetnju nanošenja povreda i namjeru da se na taj način iznudi određeno ponašanje.“ (CL, str.133) Zašto je to loše? Prisiljena osoba, kaže Hajek,

„nije sasvim lišena korišćenja svojih moći; ali joj je oduzeta mogućnost da sopstveno znanje koristi radi vlastitih ciljeva ... Većina ljudskih ciljeva može da se postigne samo kroz niz povezanih djelovanja, o kojima se odlučuje kao o povezanoj cjelini ... Ali, ako su činjenice od kojih zavise naše namjere pod isključivom kontrolom drugog, na sličan način će biti kontrolisano i naše ponašanje ... Iako će se onaj nad kojim se sprovodi prinuda u svakom trenutku truditi da učini za sebe sve što može, jedini zamisliv plan u koji se njegovo ponašanje uklapa, proizvod je tuđeg uma.“ (CL, str.134)

Prema tome, Hajek se protivi ne samo moralnoj problematičnosti mogućnosti kontrole, već isto tako i njenim negativnim praktičnim konsekvencama. *Thesis*, „odozgo prema dole“ nametnut zakon, je prinudan upravo u tom smislu, čak i kada je dobronamjeren, dok *nomos*, čak i kada je nepotpun, nije prinuda jer ne postoji prinudač.

Pošteno je napomenuti da Hajekovo razumjevanje prinude nije bez svojih kritičara, čak i među onima koji su uopšteno naklonjeni njegovom generalnom projektu i vrijednostima. Ronald Hamovi (Ronald Hamowy), na primjer, tvrdi da definišući „prinudu“ bez refleksije o pravima, Hajek je (nenamjerno) opterećen subjektivnom teorijom na osnovu koje se praktično sve može (ili ne) tako okvalifikovati. (Hamovi, 1978). Ali čak i sa rigoroznijom definicijom prinude, ipak je tačno da je *thesis* prinuda na mnogo temeljitiji način nego *nomos*.

## PRAVO I ZAKONODAVSTVO

Generalna superiornost „izrastajućeg prava“ ne znači, međutim, da zakonodavstvo može biti samostalno u cjelini. „Izrastajuće pravo“ može povremeno zahtijevati „korekciju“ propisima. Hajek kaže da je jedan od razloga za to što se „proces pravosudnog razvitka prava ... može pokazati isuviše spor za brzu adaptaciju zakona novim okolnostima.“ (RO, str.88) On kaže kako je još važniji razlog taj što je i „teško“ i „nepoželjno“ za „sudske odluke da preokrenu razvitak koji se već dogodio, pa je tek naknadno uočeno da su posljedice nepoželjne ili da je očigledno pogrešno.“ (RO, str.88) To je teško, naravno, zato što na tom mjestu neće biti pravila ili precedenta koji bi dopustili sudiji da to učini a da nije otvoreno u suprotnosti sa *common law* tradicijom, i nepoželjno u smislu da će prekršiti funkciju sudije u *common law* sistemu zato što djeluje na takav način. No, čini se da Hajek ovdje ima na umu, kao svojevrsan primjer u kojem će uprkos tome biti jasan slučaj „korekcije“, nešto poput nedavne *Kelo versus New London* odluke<sup>3</sup>, u kojoj je slijeđenje prethodnih sudskih praksi dovelo do jasne erozije vlasničkih prava. U takvom slučaju, zakonodavstvo može biti odgovarajuća korektivna mjera. Ovo podrazumjeva, naravno, da zakonodavno tijelo dijeli Hajekovu zabrinutost za korisnost vlasničkih prava i da će u prvom redu biti zainteresovano za kodifikaciju takvih vrijednosti. Međutim, on smatra da bi vlada sa ograničenim moćima, u društvu koje uzima slobodu zaozbiljno, bila razumno pouzdan mehanizam za takvu „korekciju“.

Kritično pitanje koje se pojavljuje je da li Hajek može na principijelan način napraviti distinkciju između dobrih *thesis* i loših *thesis*. Prirodna tenzija između njegovog zagovaranja i „izraslog prava“ i (nekih) kreiranih zakona traži određeni princip razlikovanja. Navodno korektivno zakonodavstvo dolazi od vladajućeg tijela koje može biti mnogo više zainteresovano za povećanje svoje moći nego za slobodu građana. Jedan od načina na koji Hajekova teorija može riješiti ovu tenziju je u naglasku na ustavno ograničenje djelokruga zakonodavstva. Čini se da je to temeljna tačka njegove analize Američkog ustava u *Poredak slobode*: „Ustav (Sjedinjenih država) je zamišljen kao zaštita ljudi protiv svake arbitrarne akcije, kako zakonodavnog tijela, tako isto i drugih grana vlasti.“ (CL, str.178) Hajek dalje primjećuje da ustav time ograničava i metode i ciljeve zakonodavnog tijela. U jakom čitanju ove teorije konstitucionalizma, „korektivno“ zakonodavstvo bi, u načelu, bilo ograničeno na to da podržava individualnu slobodu.

Tu postoji ograničena ali značajna uloga *thesis*, relevantna za Hajekovu distinkciju između onog što on naziva „privatno pravo“ i „javno pravo“. Odmah po uvođenju tih kategorija on priznaje da te oznake potencijalno dovode u zabludu:

<sup>3</sup> Kontraverzna odluka američkog Vrhovnog suda, koji je donio odluku da Takings klauzula 5. Amandmana Ustava SAD dopušta prenos zemljišta iz jednog privatnog vlasništva na drugo u interesu podsticanja privredne obnove.

on uslovljava da ta distinkcija ne podrazumjeva da „privatno pravo služi isključivo koristi određenih pojedinaca a samo javno pravo opštoj koristi.“ (RO, str.132.) Umjesto toga, on ukazuje da „privatno pravo“ treba shvatiti kao dio prava koje se tiče pravila pravednog ponašanja, a „javno pravo“ kao dio prava koji se tiče pravila organizacije. Spontani poredak koji stvara većinu društvenih institucija obezbjeđuje većinu tih pravila, ali za obezbjeđenje mira može se javiti potreba za zakonodavnim institucijama, a one će trebati pravilo organizacije. Dakle, „javno pravo kao pravo organizacije vlade zahtjeva ona pravila koja svjesno služe javnom interesu, dok privatno pravo dopušta pojedincima da slijede njihove individualne svrhe, i ima za cilj samo da ograniči individualne akcije, što će u krajnjem služiti opštem interesu.“ (RO, str.133) Primjećuje se sličnost između druge ideje i Smitovog opisa nevidljive ruke: ograničavanjem individualnog ponašanja na ne-prinudne aktivnosti, međusobno poštovanje i saradnja su olakšani, iako niko svjesno ne usmjerava saradnju. Hajek primjećuje da je „pogešno vjerovati kako zajedničkim potrebama služe isključivo akcije koje su svjesno usmjerene na zajedničke svrhe.“ (RO, str.132) Ono što Hajek ovdje naziva javno pravo odgovara *thesis*-u, a za ono što naziva privatno pravo najbolje će poslužiti *nomos*, izložen korektivnom mehanizmu povremenog zakonodavstva. On kaže da bi javno pravo bilo bolje opisati kao propise ili podzakonske akte vlade, da se istakne kako ne funkcionišu na isti način kao zakoni koji imaju za cilj da ograniče individualno ponašanje. Ipak, lako ih je pomješati, i dopustiti da *thesis* zamjeni *nomos* u prinudnom smislu. Hajek tvrdi da je jedna posljedica te konfuzije bila uspon pravnog pozitivizma u jurisprudenciji, prema kojem su svi zakoni koji se propisno donesu kao *thesis* pretpostavljeni kao legitimni, bez obzira na njihov uticaj na slobodu. Druga posljedica je jačanje „socijalističkih i totalitarnih ideologija sadržanih“ u pozitivizmu (RO, str.134), zato, opet, *thesis* reflektuje primarno interese suverena ili vladajuće klase.

Kako bi se spriječile ove konfuzije i prateće opasne posljedice Hajek predlaže ustavni režim u kojem bi „društveno zakonodavstvo“ bilo strogo ograničeno. Ono za šta je on posebno zabrinut po tom pitanju nije zakonodavstvo koje služi određenim društvenim ciljevima, kao što je osiguranje policijske funkcije, već prije zakonodavstvo koje ima cilj „da usmjeri privatne aktivnosti prema određenim ciljevima i u korist određenih grupa“ (RO, str.142) koje bi, prvo, u potpunosti zamijenilo *thesis* za *nomos*, i drugo, bilo u cjelini nužno prinudno. U takvim slučajevima, on kaže, ono što vidimo je „postepena transformacija svrhovito-nezavisnih pravila pravednog ponašanja (ili pravila privatnog prava) u svrhovito-zavisna pravila organizacije (ili pravila javnog prava) ... (što je) neophodno za vladu koja postupa sa građanima i njihovom imovinom kao objektom administracije.“ (RO, str.142) Ova erozija nije rezultat samo stvarnog opadanja slobode, već takođe i opadanja društvenog razumijevanja slobode. Ako smo istinski osjetljivi za te razlike, tada u Hajekovom gledištu možemo utvrditi konstitucionalno ograničen *thesis*, dok *nomos* ostaje da osigurava sredstva za miroljubivu koordinaciju naših ponašanja. To je

to razumijevanje prirode i strukture zakona za koje on misli da će najbolje služiti ljudskoj slobodi, a time i ljudskim potrebama, i spriječiti nam putovanje niz „put u ropstvo“, protiv čega nas je upozoravao čitavu svoju karijeru.

**Preveo**

**Aleksandar Savanović**