

---

## Klasici moderne debate o konstitucionalizmu: C. H. McIlwain, C. J. Friedrich i F. A. Hayek

---

ARSEN BAČIĆ\*

### Sažetak

Za mnoge je pravne i političke pisce do 20. stoljeća krucijalni problem bila potraga za odgovorima na pitanje, zašto se ne može stajati iza svakog zahtjeva koji ima u vidu pravo neograničenog vladanja i kako zapravo ostvariti ograničenja vlasti? Autor se u svom tekstu osvrće na doprinos trojice klasika moderne rasprave o konstitucionalizmu: C. H. McIlwaina, C. J. Friedricha i F. A. Hayeka, koji su svojom političko-pravnom misli obilježili neke od najznačajnijih stranica suvremene teorije države i prava te usporednih političkih sustava.

Konstitucionalizam je dugo vremena bio identificiran s državom *laissez faire*, dakle onom državom za koju se govorilo da najbolje upravlja tako što se najmanje osjeća; bila je to država koja je obavljala samo one aktivnosti koje su bile apsolutno nužne za ostvarivanje mira i poretka; za takvu se državu govorilo da omogućuje široki prostor slobode pojedinaca i društvenih grupa. No susret ove države sa stvarnosti 20. stoljeća pokazao je svekoliku nemoć države klasičnog liberalizma, odnosno klasičnog konstitucionalizma, da riješi nagomilane probleme novoga doba, kojega prije svega obilježava masivna organizacija, narasla moć i kompleksna tehnologija. Cilj društvene kontrole traži danas drukčiju vlast. Započela je era u kojoj se nužno otvorilo pitanje centralizacije vlasti, razvoja birokratske organizacije i kontrole javne administracije, tajnosti i sigurnosti državnih operacija, jačanje pozicije autoriteta i naklonosti među građanstvom. Sve je upućivalo na zaključak da je došlo vrijeme koje sebi nije moglo dopustiti luksuz slabe ustavne vlade. Da je tome tako, svjedoči i novija povijest političkih ideja koju na Zapadu bitno obilježava ideja i praksa države.<sup>1</sup>

Misao konstitucionalizma snažno je prisutna u djelima suvremenih klasika politološke i pravne misli: *Charlesa Howarda McIlwaina*, *Carla Joachima Friedricha* i *Friedricha A. Hayeka*. Ono što približava ove suvremene klasike jest nastojanje da

\* *Arsen Bačić*, redoviti profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu na predmetu Ustavno pravo.

<sup>1</sup> Usp., *Nouvelle histoire des idées politiques* – Ouvrage collectif sous la direction de Pascal Ory (ured.), Hachette, Paris 1987., str. 643.; McClelland, J. S., *A History of Western Political Thought*, Routledge, London 1996., str. 810.

konstitucionalizam ponajprije definiraju na negativan način; za svu trojicu autora središnja definicija konstitucionalizma temeljno je negativna; pojam konstitucionalizma ne indicira ono što država treba da radi, što mora ili što može; konstitucionalizam jednostavno postavlja granice radnjama državne vlasti. Svi spomenuti autori razumiju konstitucionalizam kao antitezu autokraciji i tiraniji, koja se sastoji u efektivnim legalnim ograničenjima državne akcije. Ali ono što u značajnoj mjeri razlikuje ovu trojicu autora jesu pitanja o tome koje su ekonomske strukture i politički oblici kompatibilni, odnosno nužni za ispunjenje konstitucionalizma. Tako, npr., Hayek smatra da je socijalizam očigledno nekonzistentan s konstitucionalizmom. McIlwain pak pokazuje snažne rezerve glede kompatibilnosti ustavne vlade s doktrinama podjele vlasti i težama i protutežama. Ipak, svi oni koji danas konstitucionalizam koriste kao kategoriju idealnog tipa u empirijskoj političkoj teoriji, odnosno kao koncept od normativne važnosti za konstrukciju suvremene političke zbilje, u djelima ovih autora još nalaze žive i relevantne elemente konstruktivnog konstitucionalizma.

### 1. Konstitucionalistička misao Charlesa Howarda McIlwaina<sup>2</sup>

C. H. McIlwain je jedan od najuglednijih suvremenih angloameričkih teoretičara konstitucionalizma. Tema konstitucionalizma koji je McIlwain razumio kao historijsku koncepciju, kao razvojni proces, bila je središnja preokupacija njegovih povijesnih i teorijskih pravno-političkih studija. Njegovo je polazište bilo ono razumijevanje značenja konstitucionalizma koje nastoji razumjeti historijski proces sa svim njegovim prisutnim teškoćama i neizvjesnostima. A McIlwainovo razumijevanje konstitucionalizma kao tradicije koja je živa, iskoristiva i adaptibilna ostavština prošlosti, stavlja u paralelu konstitucionalizam i *common law* kao posebno uočljive angloameričke legalne tradicije. Konstitucionalizam kao historija i kao tradicija blizak je *common lawu*, utoliko što nove okolnosti uvijek traže i nove formulacije. Baš zato, u ovo vrijeme radikalnih i akutnih društvenih i političkih promjena i kriza, i vrijedi spoznati bit pristupa ovoga autora značenju i opravdanju konstitucionalizma i njegovoj ulozi i mjestu.

1.1. Potpunija slika *McIlwainove* koncepcije konstitucionalizma javlja se tek nakon uvida u njegovo studiozno razmatranje pet sukcesivnih etapa konstitucionalizma: klasičnoga grčkog, odnosno rimskog konstitucionalizma, medievalnog konstitucionalizma, engleskog konstitucionalizma u tranzicijskom razdoblju 16. i 17. stoljeća, te modernog konstitucionalizma. Ove su etape rodno mjesto McIlwainovih temeljnih načela konstitucionalizma. McIlwainovo proučavanje svih navedenih etapa podcrtava značaj što ga za konstitucionalizam imaju pravo, suglasnost naroda, razlike između javnog i

<sup>2</sup> McIlwain, Charles Howard (1871.-1968.) američki edukator, povjesničar, profesor prava na Harvardu, dobitnik Pulitzerove nagrade za knjigu *The American Revolution* (1923.). Napoznatiji su mu radovi iz oblasti konstitucionalizma: *Constitutionalism and the Changing World*, Cambridge University Press, 1939., reprint 1969.; *Constitutionalism Ancient and Modern*, 1940., Cornell University Press, str. 180. U radu smo koristili sedmo izdanje knjige iz 1987. O pogledima C. H. M. usp. Sturm, D., *Constitutionalism: A Critical Appreciation and an Extension of the Political Theory of C. H. McIlwain*, u *Minnesota Law Review*, Vol. 54:215-244, 1969.

privatnog prava, sudske revizije što ih obavljaju neovisni sudovi, te odgovornost vlade i kontrola naroda.

Konstitucionalizam za McIlwaina predstavlja, prvo, vladavinu suglasnu pravu. Antiteza konstitucionalizmu je despotizam. Drugo, konstitucionalizam predstavlja vladavinu koja se temelji na fundamentalnom zakonu koji izražava suglasnost naroda. Na potonjem načelu suglasnosti počiva i McIlwainov koncept suvereniteta. Za McIlwaina supremacija znači aktualnu kontrolu naroda. Je li vrhovna vlast suverena vlast, ovisi prije svega o prisutnosti, odnosno pristajanju uz fundamentalni zakon. Suverenitet zapravo predstavlja legalnu snagu vlasti; suverenitet je prema definiciji dakle legalno pravo. Fundamentalni zakon koji određuje suverena kreira narod. Treće, konstitucionalizam je vladavina suglasna fundamentalnom zakonu koji jasno i precizno razlikuje javno i privatno pravo, odnosno pravi razliku između područja autoriteta vlasti te prava i sloboda ljudi koji potpadaju pod taj autoritet. U ovome kontekstu “ustavna historija bilježi čitav niz oscilacija. Jedno vrijeme privatno pravo je glavna preokupacija građanina; drugom zgodom preokupacija postaje nered koji ugrožava svakoga jer se prijeti anarhijom, itd. Kad se pretjera s naglašavanjem prava vlasti onda se najčešće ugrožavaju prava pojedinaca; s druge strane, kad se počinju pretjerano naglašavati prava pojedinaca, vlast postaje slaba da bi održala red i poredak”.<sup>3</sup> Potreba očuvanja delikatne ravnoteže između poretka i slobode još uvijek predstavlja najpreči problem moderne države.

U nastojanju da pronade oslonac koji bi istodobno osigurao i efektivnu vladu i očuvao prava pojedinca, ravnotežu između područja koje, s jedne strane, obilježava *gubernaculum*, a s druge strane, *jurisdictio*, McIlwain je naglasak stavljao na potrebu očuvanja određene grupe prava kao garanciju ustavnih ograničenja vlasti. To su prije svega bila osobna i vlasnička prava, sloboda misli i izražavanja te institucionalna sredstva za zaštitu ovih prava koja su trebala biti maksimalna suprotnost: porotama neodgovornim za vlastite odluke, *ex post facto* zakonima, sucima s ovisnim mandatom, nejasnim definicijama izdaje, jalovim realiziranjem prava okrivljenih osoba, itd. McIlwainovo isticanje određenih prava u odnosu prema drugima nije značilo i to da su neka prava formalizirana i deklarirana u pisanom ustavu zauvijek sveta i neotuđiva. Najbolje se to dade zaključiti iz njegovog “historijskog” razumijevanja vlasničkih zakona. Njegov napad na pseudoliberalne i njihovo sebično nastojanje za očuvanjem “svetog prava vlasništva” reflektirao je zapravo sukob reformatora *F. Roosevelta* i konzervativnih sudaca Vrhovnog suda koji je tijekom 1930. obilježio pravopolitički kontekst SAD.

Četvrto, konstitucionalizam predstavlja vladu koja je radi osiguranja prava i sloboda ljudi inkorporirala legalnu metodu u obliku sudske revizije i neovisnog sudstva. McIlwain je bio mišljenja da su jedina sredstva koja omogućavaju trajnost ustavnog sustava “sudska revizija koja osigurava da nijedan suverenov akt ne prelazi granice ovlaštenja koja mu je ustavom dodijelio narod”. Slobodno i nezavisno sudstvo koje neustrašivo i nepristrasno interpretira zakon predstavlja glavni oslonac borbe protiv “lukavog nadiranja despotizma”. Sudska revizija podrazumijeva: prvo, postojanje fundamentalnog ustava; drugo, da interpretacija pripada sudstvu; treće, da sucima pripada jedino pravo da interpretiraju zakon, a ne i pravo da zakon stvaraju i da ga donose.

<sup>3</sup> McIlwain, C. H., *Constitutionalism: Ancien and Modern*, str. 135.

McIlwainovo inzistiranje da pravilno sudske ponašanje zahtijeva deklariranje a ne kreiranje prava, bila je njegova razumljiva reakcija na zloupotrebe legalnog procesa od strane nacista nakon njihova zauzimanja vlasti u Njemačkoj. U subordiniranju legalnih načela društvenim potrebama i političkim idealima vidio je otvaranje mogućem nadi-ranju despotizma. A, prema njegovom mišljenju, nema čovjeka kojem bi se mogla povjeriti despotska vlast, koji bi takvu vlast mogao na najmudriji mogući način isko-ristiti za istinsko dobro svih ljudi. McIlwainov konstitucionalizam nije značio rigidnost, društveno zaostajanje te otpor promjenama i društvenim reformama. Naprotiv, značio je discipliniranu privrženost metodama i procedurama koje su imale biti podrška napredovanju ljudskih prava, a to je značilo čuvanje od erozije legalnih i sudačkih procedura. Neovisno o nadirućim promjenama i reformama, a podalje od državne kon-trole, sudstvo mora ostvarivati instituciju sudske revizije.

Na poslijetku, konstitucionalizam predstavlja vladu koja, inkorporirajući političku metodu, rezultira efektivnom vladavinom, ali i ostvarenjem narodne kontrole nad državnim službenicima. U McIlwainovom konstitucionalizmu postoje dvije metode utvrđivanja demarkacijske linije između javne i privatne sfere. I jedna i druga metoda, najprije metoda legalnog ograničavanja, a zatim metoda političke odgovornosti – štite prava i slobode čovjeka od arbitrarne vlasti. Njegovo viđenje podjele vlasti i sustava teža i protuteža afirmativno je ukoliko ono znači neovisnost sudstva. No, on je očito doktrinu o podjeli vlasti i težama i protutežama interpretirao kao sustav vlasti u kojemu postoje mnogi i međusobno isprepleteni krugovi moći s mnoštvom različitih natjeca-teljski raspoloženih poluautonomnih formalnih i neformalnih grupa, uključenih u le-gislativni i administrativni proces, igrajući odlučujuću ulogu u formiranju i primjenji-vanju politike. Upravo zbog toga neidentificiranog mnoštva nema grupe koja bi bila odgovorna za rezultat; ta nemogućnost fiksiranja odgovornosti potiče pojavu grupa za pritisak i pojavu korupcije; divlje vođeni sustav ravnoteže rezultira vladom koja više vodi računa o privatnim interesima nego interesima cjeline naroda. Za McIlwaina je sve osjetnija nemoć vlasti, koja se u zapadnim demokracijama osjećala sve više što se bližio kraj tridesetih godina 20. stoljeća, predstavljala jedan od razloga pojave odbijanja kon-stitucionalizma, s jedne strane, te pojave despotizma u svijetu, s druge strane. No, evi-dentne osjećaje nemira povezane s neizvjesnošću socijalnih ekonomskih reformi, otpore postojećim nepravdama i nezadovoljstvo postojećim stanjima te korupciju vlade, McIlwain nije povezivao s konstitucionalizmom *per se*, već prije s mehanizmima po-djele vlasti i teža i protuteža. Prava alternativa tromoj i korumpiranoj vlasti bila je odgovorna vlada – koja solucija nije sasvim inkompatibilna s konstitucionalizmom. Odgovorna vlada traži vlast; preciznije: ona traži koncentriranu, centraliziranu vlast. Ukoliko je moć formuliranja i administriranja političkih mjera koncentrirana u rukama grupe javnih službenika koju je moguće identificirati, onda se i odgovornost može jas-nije fiksirati. Dakako, s koncentracijom vlasti državna akcija postaje odgovornija, promptnija i odlučnija. Ukoliko centralizaciju političke vlasti i centralizaciju političke odgovornosti promatramo izolirano, lako je pribjeći zaključku o impliciranju arbitrar-nosti i ekcesivnom ekstenziviranju prerogativa *gubernaculuma*. No, ukoliko se centra-lizacija odvija u kontekstu konstitucionalizma, onda u takvim okvirima posebnu ulogu dobivaju instrumenti sudske revizije i narodne kontrole. Izražavajući svoja stajališta prema ustavnoj krizi, koja je potkraj tridesetih pratila SAD, McIlwain je izražavao svoju vjeru kako tražene reforme nikako ne smiju zavisiti od promjenljivih želja bilo

kakvog *ducea* ili *Führera*. “Zaboravimo naše male razlike i ujedinito se oko reformi pomoću ustavnih sredstava. Podsjetimo se kako je mnogo važnije da su naša prava definirana postojećim pravom a ne ‘zdravim javnim sentimentom’, promjenljivim predrasudama jednog ili dvojice sudaca, pa čak i prolaznim odgađanjima nekih toliko željenih reformi.”<sup>4</sup>

1.2. McIlwainova minimalna definicija konstitucionalizma kao “legalnih ograničenja vlasti” počiva dakle na uvažavanju pet temeljnih načela: načelu prava, narodne suglasnosti, razlici između javnog i privatnog prava, sudskoj reviziji koju realiziraju neovisni sudovi, te odgovornosti vlade i narodnoj kontroli. Uza sve moguće primjedbe njegovoj teoriji kao previše uopćenoj, principijelno negativnoj, s pravom se može kazati da McIlwain teži *afirmativnom konstitucionalizmu*.<sup>5</sup> Konstitucionalizam predstavlja normativnu koncepciju; konstitucionalizam nije samo mjerilo za evaluaciju postojećih vlada, on je i intencionalna projekcija istinske i prave vlade. U tom smislu takva koncepcija podrazumijeva vladu i kao skup sredstava zajedničke kreacije, kao pozitivnu snagu za koordiniranje ljudskih napora u ostvarenju društvenih ciljeva. Njegova razmatranja pokazala su nam da je sloboda bila i ostala temeljna svrha i vrijednost konstitucionalizma.

## 2. Konstitucionalistička misao Carla Joachima Friedricha<sup>6</sup>

C. J. Friedrich, politički filozof i svojedobno harvardski profesor političke znanosti i usporednih političkih sustava, autor je knjige *Constitutional Government and Democracy*, jednog od remek-djela suvremene političke znanosti. Makar je Friedrich autor i mnogih drugih knjiga iz oblasti usporednih političkih sustava i ustavne problematike<sup>7</sup>,

<sup>4</sup> Usp. McIlwain, C. H., *Constitutionalism and the Changing World*, str. 264.

<sup>5</sup> Pojam *afirmativni konstitucionalizam* koristi D. Sturm da bi označio šestu razvojnu fazu konstitucionalizma koja za ovoga autora logički proizlazi iz McIlwainova učenja. Pod ovim pojmom D. Sturm podrazumijeva “pokušaj da se udruži stara ali razvijajuća tradicija s novom historijskom situacijom, i to na taj način da ljudski humanitet, shvaćen kao kreativna sloboda, u politici ima mogućnost svoje najpotpunije ekspresije”. Usp. Sturm, D., op. cit., str. 243.

<sup>6</sup> Friedrich, Carl Joachim (1901.-1984.) rođen je u Leipzigu, Njemačka. Obrazovanje je stekao u domovini iz koje je 1922. emigrirao u SAD, gdje je već 1926. započeo dugu nastavničku karijeru na Harvardu (1926.-1971.). Jedan je od najplodnijih suvremenih autora iz oblasti komparativnih ustavnopolitičkih sustava i političke misli; posebnu su pažnju javnosti izazivale njegove analize totalitarizma i komunizma. Svoje golemo znanje iz politike i ustavnog prava Friedrich je imao priliku primijeniti u savjetima prilikom intelektualnog elaboriranja njemačkog Grundgesetza (1949.), kao i drugih ustavnih dokumenata njemačkih federalnih jedinica, te u ustavotvornom inženjeringu Porto Rica.

<sup>7</sup> Vidi, Friedrich, C. J., *Politica metodica digesta of J. Althusius*, New York 1932.; *Constitutional Government and Democracy*, Boston 1941.; *The New Belief in the Common Man*, Boston 1942.; *Constitutional Reason of State*, Providence 1957.; *The Philosophy of Law in Historical Perspectives*, 1958.; *Puerto Rico: Middle Road to Freedom*, New York, 1959.; *Man and his Government*, New York 1963.; *Transcendental Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism*, Durham 1964.; *The Impact of American Constitutionalism Abroad*, Boston 1967.; *Trends in Federalism in Theory and Practice*, New York 1968.; *International Encyclopedia of Social Sciences*, v. odrednice: constitution, constitutionalism, 1968., str. 318-326.; *Inevitable Peace*, Harvard 1970.; *Limited Government: A Comparison*, New Jersey, 1974. O životu i djelu C. J. Fried-

upravo ova njegova impresivna komparativistička studija, predstavlja temeljni stup jedne od najintrigantnijih ustavno-političkih refleksija nakon Drugog svjetskog rata. U svakom elementarnom prikazu Friedrichovih pogleda nužno je istaknuti sljedeće: spoznaja fenomena politike moguća je samo uz udruženi napor historijskog i spekulativnog načina promišljanja. Za razliku od čisto lokalno utemeljenih analiza, prirodu institucija i značaj stanovitih iskustava puno više otkriva usporedba između različitih sustava vlasti. Nije lako, ali nije niti pošteno, izbjegavati moralnu prosudbu u razmišljanjima o politici, koja je inherentno uvijek jedna svrhovita aktivnost. Prema tome, za politološka objašnjenja i te kako su od velikog značaja preciznost i samosvjesnost glede etičkih dimenzija. Dok je na čisto teorijskom planu Friedrich bio odani sljedbenik *Kanta* i njegove moralne filozofije, na planu praktičnih istraživanja Friedrich je po svojim metodama bio eklektik. Friedricha su moralna stajališta, ali i povijesna i osobna iskustva, postupno učvršćivala u uvjerenju da je u suvremenosti koju živimo ustavna demokracija jedini pravedni oblik vladavine. U knjizi *Inevitable Peace*, koja je od svih bila najviše prožeta *Kantom*, Friedrich je – nadahnut republikanskim načelima – zagovarao demokratsku vanjsku politiku, kao aktivnost koja bez straha od gubitka uvažavanja i mudrosti valja inzistirati na promociji prihvatljivih standarda legalnosti i trajnog svjetskog poretka. Vezan s takvim ciljevima, Friedrichu se federalizam ukazivao kao najpoželjniji put prema miru i životu dostojnom čovjeka.

2.1. Poput C. H. McIlwaina, i C. J. Friedrich je bit konstitucionalizma sagledavao u nužnosti ograničavanja državne vlasti, suprotstavljajući pritom ustavno(demokratsku) državu arbitrarnoj državnoj vlasti.<sup>8</sup> No, za razliku od McIlwaina, koji je akcent svojih istraživanja stavio na historijske i pravne oblike konstitucionalizma, Friedrich mnogo više prostora posvećuje istraživanju njegovih političkih aspekata. Jedna od najčešće citiranih Friedrichovih definicija konstitucionalizma svakako je ona koja u konstitucionalizmu vidi “institucionalizirani sustav efektivno reguliranih ograničenja državne akcije”.<sup>9</sup> Ta ograničenja mogu biti, koliko legalnog toliko i ekstralegalnog karaktera. Friedrich kasnije njima dodaje i internacionalna ograničenja. Konstitucionalizam je i dinamički proces. Ustav se stvara, traje i mijenja. Efektivni konstitucionalizam je institucionaliziran, u njemu postoje propisane granice ponašanja koje pokazuju svoj efekt, makar one protekom vremena bile promijenjene.

2.2. Friedrichovo zaziranje od ekcesivnog legalizma Kelsenovog tipa te otvorenost recepciji onoga najboljeg od ranijih teorija, posebno dolazi do izražaja u njegovoj diskusiji o podjeli vlasti. “Ustavna vlada ne postoji sve dotle dok se ne uspostave efektivna proceduralna ograničenja. A takva ograničenja uključuju određenu podjelu vlasti; ako očekujemo da nekoga ograničimo, to se čini zato što je istom dodijeljena određena vlast. Tamo gdje postoji ustav, dioba državne vlasti uglavnom uzima dva oblika: funkcionalnu podjelu na legislativu, egzekutivu i sudstvo, te prostornu (teritorijalnu) po-

richa usp. In Memoriam u časopisu *Political Science*, zima 1985., Vol. XVIII, br. 1., str. 109-111. O idejama C. J. Friedricha usp. Germino, D., C. J. Friedrich on Constitutionalism and the ‘Great Tradition’ of Political Theory, u časopisu *Nomos* (tema broja konstitucionalizam) New York, 1974.

<sup>8</sup> “Division of the power is the basis of civilized government. It is what is meant by constitutionalism”, usp. *Constitutional Government and Democracy*, (u nastavku CGD), str. 5

<sup>9</sup> Vidi, CGD, izd. 1963., str. 271.

djelu, federalizam”. Uviđajući postupno da je tradicionalna podjela vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu vlast artifičijelna, Friedrich priznaje da podjelu funkcija u modernom pluralističkom društvu sve više obilježava tendencija uzajamne interakcije i kontrole vlasti.

Razumijevajući konstitucionalizam kao efektivno regulirano ograničavanje vlasti, Friedrich, pod utjecajem *M. Webera*, pod lupu svoje analize stavlja birokraciju. Govoreći o nužnosti ustavne vlade da vlada i upravlja, Friedrich upućuje na potrebu postojanja posebnih instrumenata moderne države među kojima birokracija zauzima osobito istaknuto mjesto. U tom kontekstu Friedrich birokratski fenomen promatra i kao aspekt mnogo širega fenomena, naime *racionalizirane državne vlasti*, koja doprinosi razvoju konstitucionalizma.

Jedno od središnjih pitanja opusa ovoga autora jest i problem ostvarivanja stanovitih ograničavanja vlasti u okolnostima izvanrednog stanja, dakle u situacijama kad se državnoj vlasti daje široki prostor akcije. Povod je, dakako, bilo tragično iskustvo Weimarske Republike i uspinjanje na vlast nacista, što je sve zajedno Friedrichu osiguralo argumentaciju o zloupotrebama izvanrednih ovlaštenja u rukama svih onih kojima nije u interesu spas domovine, već negacija ustava, ustavnih prava i sloboda čovjeka. Otpornost konstitucionalizma te analiza različitih oblika ustavnih poredaka u ovim okolnostima predmet je Friedrichove knjige *Constitutional Reason of State* (1957.).

2.3. Friedrichovo zanimanje za teoriju i praksu konstitucionalizma posebno su obilježavala tri pitanja. Riječ je o problemu religioznih uvjeta koji su vezani za pojavu konstitucionalizma, nužnosti procjene temeljne vrijednosti konsenzusa, te odnosu konstitucionalizma i demokracije.<sup>10</sup>

Vrijednost individualnih prava, postojanje višeg prava, značaj dostojanstva i nepotkupljivosti čovjeka za Friedricha svoje izvore ima u religijskim izvorima konstitucionalizma. U *Trancendent Justice – The Religion Basis of Constitutionalism* (1964.) ističe se odlučan značaj židovsko-kršćanske religiozne tradicije za pojavu konstitucionalizma na Zapadu, i za njegovo kontinuirano trajanje i širenje diljem svijeta, a to znači i svijeta drugih religijskih kultura. Ispravno povezujući teoriju prirodnih prava, njezine klasične antičke izvore s razvojem kršćanstva, uz uočavanje svih njenih transformacija tijekom razvoja religioznog pluralizma u Europi, Friedrich ipak propušta povezati religijski faktor s ekonomskim, socijalnim, političkim i vojnim aspektima. Rezultat je manifestacija pesimizma i skepse s obzirom na mogućnosti drugih kultura da efikasno podrže ustavni poredak.

O pitanju temeljnih vrijednosti na kojima počiva konstitucionalizam Friedrich diskutira u nekoliko svojih knjiga. O tome kako o temeljnim vrednotama treba postojati suglasnost, jer se jedino na postojanju suglasnosti o njima može razvijati ustavni poredak Friedrich govori u *The New Belief in the Common Man* (1942.). U ovome djelu značajan se prostor daje pitanju otpora i neslaganja. Kategorija *the disagreement*

<sup>10</sup> Usp., Germino, D., C. J. Friedrich on Constitutionalism and the ‘Great Tradition’ of Political Theory, (*Nomos XX*, str. 19-31.), Sigmund, P., C. J. Friedrich’s Contribution to the Theory of Constitutionalism – Comparative Government, (*Nomos XX*, str. 32-46).

*to disagree* ključna je za razvoj ustavne vlade. Izostanak sporazuma otvara rizik koji može biti fatalan u susretu s totalitarnim protivnikom. O nužnosti postojanja minimuma suglasnosti o temeljnim vrednotama demokracije Friedrich je govorio i u svom zadnjem velikom djelu *Man and His Government* (1963.).

Premda je Friedrich predobro znao da jedan sustav može biti ustavan a da pritom ne bude demokratski (u tom smislu eksplicirao je iskustvo *O. Cromwella* i *Instrument of Government*, njemačka iskustva s *Rechtsstaat*), kao naturalizirani Amerikanac on se najviše bavio istraživanjima teorijskih osnova najpopularnijeg oblika konstitucionalizma – ustavne demokracije. Premda u knjizi *Man and His Government* izražava simpatije za običnog čovjeka i njegovu adaptibilnost, kao i svaki drugi konstitucionalist, i Friedrich je svoju podršku demokratskoj participaciji kombinirao s nepovjerenjem prema apsolutnoj demokraciji, pukoj vladavini većine. U tom je smjeru opetovano tvrdio kako opće biračko pravo nije dovoljno ograničenje vlasti glede garancije osobne slobode kao osnovne svrhe konstitucionalizma.

2.4. Friedrichov doprinos razumijevanju konstitucionalizma može se sumirati kao napor da se transcendiraju usko legalistički i formalni pristupi koji su do njega prevladavali, uz akcentiranje konstitucionalizma kao bitno političkog fenomena koji je dinamičan i procesualan po svom karakteru, ali i institucionaliziran, i u svojoj pojavi i kontinuiranom postojanju, ovisan o sposobnosti ustavne države da efikasno djeluje. Registrirajući i analizirajući razvoj i širenje ustavne demokracije u suvremenom svijetu, Friedrich je zaključivao kako pojava širih kulturnih zajednica posvuda ima za rezultat jačanje međuzavisnosti među ljudima. Svjesnim naporom aktualnih osoba kojima su ciljevi poznati doći će na posljetku do svjetske zajednice koja će obuhvatiti sve.<sup>11</sup> Dugogodišnji interes C. J. Friedricha za konstitucionalizam te veliki doprinos njegovom izučavanju i primjeni obilježava vjera u budućnost konstitucionalizma koji će počivati na moralnim temeljima i zavjetu njegovim ciljevima.

### 3. Konstitucionalistička misao Friedricha A. Hayeka<sup>12</sup>

Iako obrazovan kao pravnik, Hayek je najranije dane svoje profesionalne karijere posvetio ekonomiji. Nakon diplome pravnih studija i dvostrukog bečkog doktorata iz prava i političke znanosti, Hayek je imenovan profesorom ekonomske znanosti na Lon-

<sup>11</sup> Usp., Friedrich, C. J., CGD, str. 598.

<sup>12</sup> Friedrich August Von Hayek (1899.-1992.) jedan od najpoznatijih suvremenih političkih filozofa, ekonomist, poznat zbog svog konzervativizma i kritike kejnzijanske koncepcije države blagostanja. Zajedno sa švedskim ekonomistom G. Myrdallom, Hayek je 1974. dobio Nobelovu nagradu za ekonomiju. H. je u Austriji i SAD studirao psihologiju, ekonomiju. Od 1931. profesor je na LSE u Londonu; 1938. dobiva englesko državljanstvo. Od 1951. do 1962. profesor je moralne i socijalne znanosti na Sveučilištu u Chicagu. Nakon umirovljenja prihvaća katedru Sveučilišta u Freiburgu. Najznačajnija djela: *Prices and Production* (1931.); *The Pure Theory of Capital* (1941.), *The Road to Serfdom* (1944.), *The Constitution of Liberty* (1960.); *Law, Legislation and Liberty* (1978.). Kod nas je objavljen naš prijevod njegove studije iz 1950. *The Political Ideal of Rule of Law*, (Politički ideal vladavine prava), Školska knjiga, Zagreb 1994. O životu i djelu F. v. Hayeka v. *Essays on Hayek*, New York 1976.; M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford Univ. Press, 1992.; R. W. Blackburn, F. A. Hayek and British Constitutionalism, u *Public Law*, jesen 1984.



don School of Economics, gdje je ostao sve do 1950. godine, kad je prihvatio Katedru socijalnih i moralnih znanosti Sveučilišta u Chicagu. Za vrijeme 1920-ih i 1930-ih Hayek je uglavnom objavljivao radove iz čiste ekonomije. Njegova se ekonomska teorija iz tog vremena može razumjeti kao pokušaj konstrukcije teorije novca, kapitala, cijena, proizvodnje. Smatran je rivalom tada najutjecajnijeg ekonomista svoga vremena, *Keynesa*, čije su teorije u razdoblju između dva svjetska rata trijumfirale u svome pohodu na političku sferu i sferu sveučilišnog obrazovanja. Kroz svoje ekonomske teorije Hayek je postupno došao do širih teorijskih zaključaka. Interes za moralna, politička i pravna pitanja objasnio je na sljedeći način: “Svaki ekonomist koji shvati da iz svoga tehničkog znanja izvlači neke zaključke koji su relevantni za javna pitanja vremena, mora pripremiti svoju misao za mnoga pitanja na koja ekonomist ne može dati odgovor”.<sup>13</sup> U zadnjih 30 godina života Hayek je objavio svoje temeljne radove iz oblasti pravne i političke filozofije: *The Constitution of Liberty* (1960.), te kapitalno djelo iz tri toma *Law, Legislation and Liberty* (1973., 1977. i 1979.), koji na posebno uvjerljiv način bacaju svjetlo na njegovu teoriju države i prava, a pogotovo na problematiku konstitucionalizma.

3.1. Konstitucionalizam je za Hayeka liberalni ideal. U knjizi *The Constitution of Liberty* njegov je cilj bio oslikati taj ideal, pokazati kako ga ostvariti i objasniti što bi ostvarenje značilo u praksi. Krajnji cilj je dakako sloboda, na što ukazuje i naslov same knjige. A za Hayeka sloboda ima specifično značenje. Ona jednostavno znači slobodu od prisile drugih, a nju je moguće ostvariti jedino ako je ostvarena sfera privatne autonomije. No, ideja slobode nije prirodno stanje, nju se stvara i čuva vladavinom prava. U biti ustava slobode leži dakle ideja vladavine prava. Upravo vladavina prava i poštivanje njezinih principa predstavlja vododijelnicu koja dijeli sredinu slobode od sredine u kojoj je na djelu arbitrarna vlast.

Eksplicirajući principe vladavine prava Hayek ističe da je riječ o meta-legalnoj doktrini ili političkom idealu koji služi kako bi se postavile granice svekolikim zakonima. U formalnom smislu vladavina prava zahtijeva, prije svega, općenitost i apstraktnost svih zakonskih propisa. Naime, zakoni se trebaju odnositi na sve; oni ne smiju predstavljati specifične naredbe koje će se odnositi samo na određeni krug osoba. Ključni element očuvanja slobode leži u nastojanju da se takvi propisi primjenjuju kako na upravljajuće tako i na upravljane. Drugo, vladavina prava traži da zakoni budu poznati i izvjesni. Hayek je posebno naglašavao važnost ovoga zahtjeva za ekonomsku aktivnost. Treći zahtjev tiče se jednakosti zakona, naime svi opći propisi trebaju biti komplementarni s jednakošću svih pred zakonom. Riječ je o koncesiji liberalizma demokraciji: “Jednakost općih pravnih propisa ... jedina je kvaliteta koja vodi prema slobodi, jedina jednakost koju možemo osigurati a da ne ugrozimo slobodu”.<sup>14</sup> Općenitost, izvjesnost i jednakost zakona od vitalnog su značenja za zaštitu slobode.

<sup>13</sup> Usp., Hayek, F. A., *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London 1967., str. VII, cit. pr. M. Loughlin, p. 85

<sup>14</sup> Hayek, F. A., *The Constitution of Liberty*, str. 85.; Usp. L. v. Mises & F. A. Hayek, *O slobodnom društvu*, Zagreb 1998. v. Hayekov tekst Vrste društvenog poretka, str. 59-76.

Osim zahtjeva za vladavinom prava, Hayek ističe i potrebu za grupom *principa institucionalnog dizajna* koji bi osiguravali da se državna vlast ne vrši na način koji bi ugrozio slobodu pojedinca. U tom pravcu Hayek je dokazivao potrebu za pisanim ustavom koji je kompatibilan s vladavinom prava; podjelom vlasti na legislativu, egzekutivu i sudbenu vlast, koji bi međusobne odnose uređivali međusobnim težama i protutežama, federalnim sustavom vlasti koji čuva od velike i centralizirane vlade; deklaracijom prava i sloboda, koja će štititi sferu privatne autonomije; kontrolu ustavnosti zakona, koja će osiguravati efektivni mehanizam zaštite; te specifična ograničenja legislativne i administrativne diskrecije. Njegov *magnum opus* – djelo *Law, Legislation and Liberty* glede potonjeg zahtjeva ističe da bi se prava legislatura trebala rukovoditi mišlju a ne interesima, pa u tom smislu traži skupštinu ljudi i žena koji su izabrani u svojim zrelim godinama i za jedno duže razdoblje. Hayek nije vjerovao u plemenitost duha upravljača. Stoga je i inzistirao na onoj zaštiti slobode koja je imala u vidu, koliko vladavinu prava toliko i svekolika institucionalna sredstva zaštite slobode. Naglašavajući kako mu je cilj nanovo utvrditi tradicionalnu doktrinu liberalnog konstitucionalizma, on je istovremeno kritizirao suvremene odnose vlasti, ali je nudio i program realizacije alternativne vizije.<sup>15</sup>

3.2. Korijen zla u modernim demokracijama Hayek vidi u neograničenoj moći zakonodavnih tijela. Na argumentu neovisnosti zakonodavnog tijela kao logičkoj potrebi, posebno inzistira pravni pozitivizam. Hayek, međutim, pozivajući se na Lockeja, tvrdi da takav zaključak nije stav klasičnih teoretičara predstavničke vlasti. U slobodnoj državi čak se i moć zakonodavnog tijela treba ograničiti na definiran način, naime kroz usvajanje zakona u skladu sa specifičnim smislom općih pravila pravednog ponašanja jednako primjenljivih na sve građane. “Ako se pretpostavi da je pravedno što god većina odluči, čak i kad ono što predlaže nije opće pravilo, ali ima za cilj da pogodi određene ljude, bilo bi previše očekivati da će osjećaj pravednosti ograničiti inat većine, jer svaka skupina ubrzo povjeruje da je ono što odluči većina pravedno. A kako su teoretičari demokracije već više od stotinu godina poučavali većinu kako je pravedno što god oni požele, ne smijemo se iznenaditi – kaže Hayek – ako većina više i ne pita je li ono što odlučuje pravedno. Pravni pozitivizam je snažno pridonio ovakvom razvoju sa svojim shvaćanjem da pravo ne zavisi od pravednosti, već ono određuje što je pravedno”.<sup>16</sup>

Za Hayekov *ustav slobode* potreba ograničavanja vladavine većine, ograničavanja zakonodavne vlasti, odnosno politička doktrina podjele vlasti, pogotovo podjele vlasti između zakonodavne i izvršne vlasti, bila je najvažnije sredstvo konstitucionalizma. Prema Hayekovoj idealnoj ustavnoj strukturi trebaju postojati dvije reprezentativne skupštine: politička, kojoj će zadaća biti da upravlja, i zakonodavna, kojoj bi se povjerala zadaća “stvaranja zakonskih propisa”. Ovdje dolazi do izražaja Hayekova koncepcija prava, odnosno njegovog poimanja i korištenja značenja riječi zakon. Pod *zakonom*

<sup>15</sup> Hayek, F. A., The Constitution of Liberal State, *Il Politico*, XXXII (3), 455-460. Cit. pr. Constitution, Democracy and State Power: The Institutions of Justice, Vol. I, J. Cohen & A. Fung, Elgar (ured.), 1996.; M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, str. 91-92.; F. A. Hayek, Ekonomske slobode i predstavnička vlast, u knjizi L. v. Misesa & F. v. Hayeka, *O slobodnom tržištu*, Zagreb 1988., str. 175-189.

<sup>16</sup> Hayek, F. A., Ekonomske slobode i predstavnička vlast, str. 180.

Hayek misli jedino one apstraktne opće propise koji su jednako primjenljivi na sve. Za takve propise odgovorna je jedino zakonodavna skupština. Ostali propisi koji su po svojoj prirodi posebni, a po svojoj biti uglavnom predstavljaju naredbe države svojim administratorima, spadaju u nadležnost političke skupštine u kojoj bi sjedili i ministri. Akti političke skupštine u svakom bi trenutku bili podređeni pravu sadržanom u zakonima koje je usvojila zakonodavna skupština. Eventualni sukob između ovih dviju skupština trebao je, prema Hayeku, razrješavati ustavni sud.

#### 4. Stari i novi konstitucionalizam?

Dominirajuća tema ustavne misli na Zapadu tradicionalno je vezana uz osmišljavanje političkih institucija koje bi imale ograničavati političku vlast. Pravilno uređene, te bi institucije imale služiti kao brana arbitrarnosti i dominaciji onih koji političku vlast žele iskoristiti kao vlastitu prednost. U tom smislu klasična je ustavna misao bila okupirana, koliko problemom maksimiranja “zaštite članova društva od međusobnih napada...toliko i minimaliziranjem prilika u kojima bi politička vlast škodila interesima svojih građana”.<sup>17</sup> Dugo je vremena konstitucionalizam jednostavno značio “legalno ograničavanje vlasti” (McIlwain). Njegova je antiteza bila arbitrarna vladavina. Tako, npr., *Federalists Papers* Madisona, Jaya i Hamiltona predstavlja *locus classicus* najvažnijih ideja tradicije klasične ustavne misli. To klasično djelo sadrži, npr., ideju o ograničavanju vlasti upravljača koje je izabrao narod, ali i ideju o ograničavanju samog naroda, sumnju u izravnu vladavinu naroda, u njoj se naglašava podjela vlasti, itd.

No, misao konstitucionalizma doživjela je tijekom svoje evolucije niz reformulacija. Svoj suvremeni izraz ova je misao našla i u djelima *C. H. McIlwaina*, *C. J. Friedricha*, *F. A. Hayeka* i mnogih drugih za koje se može kazati da su postali klasiци moderne rasprave o konstitucionalizmu.<sup>18</sup> Bez obzira na niz razumljivih razlika među njima, sve ove autore obilježava zajedničko nastojanje da se očuva osobna sloboda kao najvažnija politička vrednota. A da bi se to postiglo, potrebno je podupirati stanovitu verziju vladavine suglasnu pravu, kao glavnog sredstva otklanjanja, odnosno ograničavanja arbitrarnosti. Upravo naglasak na pravo i stvaranje prava razlikuje ove moderne klasike kao reformatore ortodoksne teorije od mnogih drugih prethodnika i suvremenika.

Za mnoge je pravne i političke pisce do 20. stoljeća krucijalni problem bio naći odgovor na pitanje zašto se ne može stajati iza svakog zahtjeva koji ima u vidu pravo neograničenog vladanja i kako zapravo ostvariti ograničenja vlasti? Stari su ortodoksni

<sup>17</sup> Gwyn, W. P., *The Separation of Powers and Modern Forms of Government*, u *Separation of Powers - Does It Still Work?*, 1986., str. 68.

<sup>18</sup> S. L. Elkin u svom tekstu *Constitutionalism: Old and New* (u *A New Constitutionalism – Designing Political Institutions for a Good Society*, S. L. Elkin & K. E. Soltan (ured.), Chicago University Press, str. 20-35.) među ortodoksne reformulatore klasičnog konstitucionalizma ubraja *M. Oakeshota*, *J. Buchanana*, *F. A. Hayeka* i *T. Lowia*. Razlog što smo ovaj tekst posvetili McIlwainu, Friedrichu i Hayeku kao klasicima suvremene rasprave o konstitucionalizmu jest njihova uravnotežena prisutnost, koliko u (ustavno)pravnoj toliko i u politološkoj misli. Na žalost, i naš, ali i Elkinov izbor autora, govori o autorima koji još nisu cjelovito i dublje prikazani u našoj literaturi.

pisci, svaki sa svojim razlogom, pretpostavljali da zakonodavčevo stvaranje prava neće biti neki kontinuirani posao, stoga bitni problem ograničavanja državne vlasti leži negdje drugdje. Glavna se opasnost prepoznavala u koncentraciji svekolikih državnih vlasti u jednoj osobi ili grupi osoba. To je bio izvor zadaće da se poradi na neovisnosti različitih grana državne vlasti. No, za moderne klasike, donošenje zakona nije bilo samo ključna aktivnost moderne države već i glavno sredstvo kvarenja dobre vlade. I McIlwain, koliko i Friedrich i Hayek, spoznali su zbilju intervencionističke države, vlasti koja je usmjerena na realizaciju političkih mjera iza kojih stoji i narod, i te kako željan da javni autoritet iskoristi radi poboljšanja svojih životnih prilika. Sredstvo kojim bi se imalo spriječiti kvarenje dobre vlade trebalo bi biti, ili zauzdavanje zahuktale zakonodavne djelatnosti, ili utvrđivanje načela koji bi trebali omogućiti razliku između zbiljskog (ili dobrog) zakona, s jedne strane, i pukog nametanja partikularnih preferencija jednog dijela društva drugim dijelovima društva, s druge strane. Tako su srce modernog konstitucionalizma ovi pisci tražili u teoriji prava i zakonodavstva.

Pokazat će se kasnije da se rasprava “mladih” i novostasalih konstitucionalista (Sartoria, Vilea i drugih), osobito u posljednjih dvadeset godina 20. stoljeća, uvelike odmakla od “fokusa formaliteta”, kako je to okarakterizirao *S. L. Elkin*.<sup>19</sup> Novi će konstitucionalisti svoj fokus premjestiti iz prostora uređivanja formalnih političkih institucija i oblika koje zakonodavstvo mora slijediti, kako bi se prevenirala arbitrarna upotreba političke vlasti na neformalna sredstva kontrole vlasti, na prepreke koje omogućuju uspjeh takvih neformalnih sredstava, te na načine kako ta sredstva dalje usavršavati. Ipak, i za jedne i za druge bitno je da ih povezuju velike i trajne teme ljudske prošlosti i sadašnjosti – pravda, pravo i sloboda – te njihovo uvijek željeno apliciranje ma kolike se prepreke na tome putu pojavljivale.

<sup>19</sup> Usp., Elkin, S. L., op. cit., str. 24.

Arsen Bačić

***CLASSICS OF THE MODERN DEBATE ON CONSTITUTIONALISM:  
C. H. McILWAIN, C. J. FRIEDRICH, AND F. A. HAYEK***

*Summary*

For many pre-twentieth-century legal and political authors the crucial issue was to find the answers to the questions: Why one cannot support every claim to the right of absolute rule and, How to curtail power and authority anyway?

In this text, the author reviews the contribution of three classics of the modern debate on constitutionalism – C. H. McIlwain, C. J. Friedrich, and F. A. Hayek – whose political/legal theories represent the most glorious pages of the contemporary theory of state and rights and the comparative political systems.